

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

Editores Especiais:

Responsáveis pelo dossiê temático:

Ingo Wolfgang Sarlet

Lilian Rose Lemos Rocha

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 10	n. 3	p. 1-691	Dez	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORES ADJUNTOS

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 10, n. 3 (dez. 2020) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

EDITORIAL	17
Ingo Wolfgang Sarlet, Lilian Rose Lemos Rocha e Patrícia Perrone Campos Mello	
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, HERMENÊUTICA E MEIO AMBIENTE	19
ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A SUA DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA.....	
21	
Ingo Wolfgang Sarlet e Gabriel de Jesus Tedesco Wedy	
1 Introdução	22
2 Por um Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável	22
3 O direito fundamental a um desenvolvimento sustentável na sua dupla dimensão subjetiva e objetiva	31
4 Considerações finais	35
Referências.....	37
EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO.....	41
Belén Burgos Garrido	
1 Introducción: el problema de la carencia de agua.....	41
2 Antecedentes en los textos internacionales del derecho humano al agua.....	44
3 El reconocimiento constitucional del derecho al agua y sus conexiones con otros derechos constitucionales.	47
4 El agua como bien de dominio público	49
5 El orden de preferencia del derecho al agua	50
6 La proclamación del agua como derecho humano por la ONU.....	51
7 Conclusiones	54
Referencias.....	54
ATÉ ONDE VAI O DIREITO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO? UMA ANÁLISE SOBRE O POSICIONAMENTO BRASILEIRO FRENTE AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	58
Mariana Bruck de Moraes Ponna Schiavetti e Maria Eugênia Bruck de Moraes	
1 Introdução	59
2 Novo constitucionalismo latino-americano e direitos humanos.....	61
3 Direitos da natureza e as constituições latino americanas.....	64
4 Limites da Constituição brasileira em face do meio ambiente.....	68
4.1 O meio ambiente no texto constitucional e nas decisões do STF.....	68

4.2 Todos para além do ser humano.....	71
5 Considerações finais	74
Referências.....	76
Agradecimento.....	80

EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA	82
Gonzalo Aguilar Cavallo Garrido	

1 Introducción.....	82
2 La evolución del derecho internacional del medio ambiente	84
2.1 Soft law y hard law: el camino a Aarhus	84
2.1.1 El Convenio de Espoo de 1991.....	85
2.1.2 Las Directrices de la CEPE de 1995.....	86
2.1.2.1 ¿Qué es información ambiental?	87
2.1.2.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?	87
2.1.2.3 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?.....	88
2.1.2.4 ¿Cómo se debe entregar la información?.....	88
2.1.2.5 ¿Se puede rechazar la solicitud información?.....	88
2.1.2.6¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?	88
2.1.2.7 ¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?.....	88
2.1.2.8 ¿Debe haber costos para el acceso a la información?	88
2.1.2.9 ¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?	89
2.1.3 Convenio de Aarhus de 1998.....	89
2.1.3.1 ¿Qué es información ambiental?	89
2.1.3.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?	89
2.1.3.3 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?.....	90
2.1.3.4 ¿Se puede rechazar la solicitud información?.....	90
2.1.3.5¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?	90
2.1.3.6 ¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?.....	91
2.1.3.7 ¿Debe haber costos para el acceso a la información?	91
2.1.3.8¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?.....	91
2.2 El Acuerdo de Escazú de 2018	91
2.2.1 ¿Qué es información ambiental?	92
2.2.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?	92
2.2.3 ¿Sentido y alcance del derecho al acceso a la información pública?	93
2.2.4 ¿Cuál es la situación de los grupos en situación de vulnerabilidad?	93
2.2.5 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?	93
2.2.6 ¿Cuáles son las obligaciones que recaen sobre los que tienen la información ambiental?.....	93

2.2.7	¿Cuáles son los derechos de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad?	95
2.2.8	¿Cómo se debe entregar la información?	95
2.2.9	¿Se puede rechazar la solicitud información?	95
2.2.10	¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?	95
2.2.11	¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?	96
2.2.12	¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?	97
2.2.13	¿Debe haber costos para el acceso a la información?	97
2.2.14	¿Cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios?	97
2.2.15	¿Cuáles son los deberes de los actores privados que tienen información ambiental?	97
3	Desarrollo pretoriano interamericano del derecho a un medio ambiente sano y el acceso a la información ambiental	98
3.1	Derecho a un medio ambiente sano	98
3.2	Derecho al acceso a la información ambiental	102
4	Reflexiones finales	103
	Referências	104
	AS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE	109
	Zenildo Bodnar e Priscilla Linhares Albino	
1	Introdução	110
2	A cidade e suas dimensões ambiental, econômica e social	111
3	A fundamentalidade do direito à cidade	115
4	o direito à cidade como polo aglutinador de diversas dimensões dos direitos fundamentais	117
5	Considerações finais	121
	Referências	121
	NA DÚVIDA EM FAVOR DA NATUREZA? LEVAR A SÉRIO A CONSTITUIÇÃO ECOLÓGICA NA ÉPOCA DO ANTROPOCENO	125
	Patryck de Araújo Ayala e Mariana Carvalho Victor Coelho	
1	Introdução	126
2	O antropoceno e a ciência do sistema terrestre	129
3	A ciência do sistema terrestre a serviço da proteção jurídica da natureza	132
4	Constituição e sensibilidade ecológica: a normatividade da integridade ecológica na Constituição Federal de 1988	136
5	Virada ecológica dos direitos no interesse do sistema terra: os princípios da integridade ecológica e in dubio pro natura	139
6	in dubio pro natura?	142
7	Considerações finais	153
	Referências	156

2. DIREITOS DA NATUREZA.....	164
A SALA DE EMERGÊNCIA AMBIENTAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA NATUREZA NA AMÉRICA LATINA	
Lilian Rose Lemos Rocha	166
1 Introdução	166
2 Encruzilhada civilizatória da américa latina: sala de emergência: o homem é o centro do mundo?	168
3 Encruzilhada civilizatória da américa latina: sala de emergência: a natureza como sujeito de direito dentro da filosofia do “buen vivir.....	171
4 A mudança é o único caminho!: Problemas locais com efeitos globais exigem respostas locais e globais.....	173
5 Considerações finais	175
Referências.....	177
PROCEDURAL THEORY OF THE SUBJECT OF LAW AND NON-HUMAN ANIMALS: CRITERIA FOR RECOGNITION OF LEGAL SUBJECTIVITY FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL THEORY	
Sthéfano Bruno Santos Divino	182
1 Introduction	183
2 What it is like to be a Subject of Law?	185
3 The process of emancipation: the impossibility of “giving” the position of subject of law.....	186
4 The process of recognition: from the subject of the right to the social individual.....	190
5 Personification, subjectification and self-determination	192
6 Final Considerations: should non-human animals be Subject of Law?	193
References	194
Os “ANIMAIS DE PRODUÇÃO” PARA ALIMENTAÇÃO HUMANA E O DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E ECOLÓGICO: PARADOXOS ÉTICO-JURÍDICOS	
Juliane Caravieri Martins e Cíclia Araújo Nunes	197
1 Introdução	198
2 Os impactos ambientais da produção capitalista de carne animal.....	199
3 O respeito à vida e a dignidade dos seres sencientes pelas presentes e futuras gerações à luz do direito constitucional ambiental e ecológico	203
4 Os “animais de produção” e o abate (nada) humanitário	209
5 Considerações finais	216
Referências.....	217

3. POVOS INDÍGENAS 221

POVOS INDÍGENAS E PROTEÇÃO DA NATUREZA: A CAMINHO DE UM “GIRO HERMENÊUTICO ECOCÊNTRICO”223

Patrícia Perrone Campos Mello e Juan Jorge Faundes Peñafiel

1 Introdução	224
2 Alguns conceitos e categorias essenciais	226
3 Normas constitucionais protetivas dos Povos Indígenas	228
3.1 Direito Constitucional positivo	228
3.2 Hermenêutica Intercultural.....	229
4 Normas constitucionais protetivas da Natureza	231
4.1 Direito Constitucional positivo	231
4.2 Hermenêutica ecocêntrica.....	232
5 Os Povos Indígenas e a proteção à Natureza no Direito Internacional dos direitos humanos	234
5.1 Direito à identidade cultural no Direito Internacional dos direitos humanos	234
5.2 Direito ao meio ambiente no Direito Internacional dos direitos humanos.....	236
6 Povos Indígenas e Natureza: pontos de convergência e tutela recíproca	238
6.1 A contribuição dos Povos Indígenas para a proteção da Natureza.....	238
6.2 A contribuição da Natureza para a proteção dos Povos Indígenas.....	241
7 Giro Hermenêutico: da dignidade humana à dignidade da Natureza, do antropocentrismo ao ecocentrismo	242

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSULTA PRÉVIA NA AMAZÔNIA: DIREITO COMO MEDIADOR DEMOCRÁTICO EM CONFLITO INDÍGENA E MINERAÇÃO DE POTÁSSIO EM AUTAZES, AMAZONAS”253

Acursio Ypiranga Benevides Júnior e Rafael da Silva Menezes

1 Introdução	254
2 Democracia, deliberação e América Latina	256
2.1 Deliberação pública em Jürgen Habermas	258
2.2 Agir comunicativo à serviço da complexidade latino-americana	260
3 Democracia, Amazônia e Convenção nº 169 DA OIT	262
3.1 Deliberação, política, norma jurídica e consulta prévia	263
3.2 Consulta prévia, direitos fundamentais e meio ambiente.....	263
4 Participação e consulta prévia: os Mura e esfera do Poder Judiciário	265
4.1 Poder Judiciário e participação social para grupos minoritários	265
4.2 Os sinais do engajamento participativo por via de instrumentos da democracia deliberativa brasileira no Poder Judiciário Federal perante o conflito entre mineração e comunidades tradicionais.....	267
5 Considerações finais	271
Referências	272

A CONSULTA PRÉVIA AOS POVOS INDÍGENAS ENQUANTO PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: ABERTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A ROTAS ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	276
Laura Fernanda Melo Nascimento e Adriano Fernandes Ferreira	
1 Introdução	277
2 A consulta prévia e a proteção do meio ambiente.....	278
3 A consulta prévia enquanto instrumento de participação política	280
4 A abertura da Constituição brasileira à participação política dos povos indígenas	284
5 Considerações finais	288
Referências.....	289
4. ECOFEMINISMO.....	292
MEIO AMBIENTE, CUIDADO E DIREITO: INTERSECÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS DESDE A DIALÉTICA DA DIFERENÇA	294
Gustavo Seferian e Carol Matias Brasileiro	
1 Introdução	295
2 Crise de civilização e desigualdades ecológicas.....	297
3 A dialética da diferença no trato das interseccionalidades sociais	298
4 A mulher e a natureza na sociedade de classes	299
5 Gênero, raça e trabalho de cuidado para a organização da sociedade de classes brasileira	303
6 Considerações finais	308
Referências.....	309
ECOFEMINISMO INTERSECCIONAL E DECOLONIAL NO DIREITO BRASILEIRO: A NOVA POLÍTICA ESTADUAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS DE MINAS GERAIS.....	313
Émilien Vilas Boas Reis e Vanessa Lemgruber	
1 Introdução	314
2 Ecofeminismo, Interseccionalidade e Decolonialidade na Lei n.º 23.291/2019	315
2.1 A Política Estadual de Segurança de Barragens – Lei n.º 23.291/2019.....	322
3 Considerações finais	325
Referências.....	326
5. INSTRUMENTOS E INCENTIVOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	328
STARTUP E O DESAFIO DO COMPLIANCE	330
Grace Ladeira Garbaccio, Alexandra Aragão, Vanessa Morato Resende e Ana Walêska Xavier Araújo	
1 Introdução	330
2 Startup: definição e objetivo	333
3 O compliance e suas implicações.....	335

4 O compliance e as startups: o exemplo do compliance ambiental.....	336
5 Considerações finais	339
Referências.....	340

EL PROTOCOLO DE NAGOYA Y LOS ACUERDOS PARA EL ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS Y LA PARTICIPACIÓN JUSTA Y EQUITATIVA EN LOS BENEFICIOS QUE SE DERIVEN DE SU UTILIZACIÓN: UNA PROPUESTA DISCUTIDA 344
Ricardo Concha Machuca

1 Introducción.....	345
2 El acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios.....	346
3 Régimen jurídico internacional.....	350
4 Los acuerdos bilaterales de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios derivados de su utilización	353
5 Desafíos del enfoque bilateral del Protocolo de Nagoya	356
6 Conclusión	359
Referencias.....	360

A NECESSÁRIA INTERFACE ENTRE DIREITO, ECONOMIA E FINANÇAS NO PROCESSO DE ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS 363
Fernanda Dalla Libera Damacena

1 Introdução.....	364
2 Por que a mudança climática também é um problema econômico?	364
3 Risco climático e custo no processo de adaptação	366
4 Atores, aportes, oportunidades do processo de adaptação climática e a essencialidade do financiamento	368
5 O dever de adaptação climática no Brasil e a necessária readaptação do Direito.....	373
5.1 Observação sistêmica com vista a uma transição adaptativa, escalonada e justa	374
5.2 Interlocação entre políticas públicas	375
5.3 Assimilação da incerteza: entre o dever e a oportunidade.....	377
6 Considerações finais	378
Referências.....	379

RELEVÂNCIA E ESTRATÉGIAS PARA VIABILIZAÇÃO DA CRIAÇÃO DE CORREDORES ECOLÓGICOS EM ÁREA DA MATA ATLÂNTICA SETENTRIONAL 384
Juliana Garcia Vidal Rodrigues, Sueli Aparecida Moreira e Eliza Maria Xavier Freire

1 Introdução.....	385
2 Material e métodos.....	389
3 Resultados e discussão	391
3.1 Problematização da situação dos corredores ecológicos: Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP) como caso emblema	391

3.2 Princípios jurídico-ambientais atendidos	394
3.3 Instrumentalização de Políticas Públicas para a criação de corredores ecológicos em áreas remanescentes da Mata Atlântica Setentrional.....	396
3.3.1 Incentivos à agricultura tradicional sustentável	397
3.3.2 Reservas Particulares do Patrimônio Nacional – RPPNs	398
3.3.3 Pagamento por Serviços Ambientais	399
3.3.4 Crédito de Carbono	401
3.3.5 ICMS ecológico	403
3.4 Fontes de Recursos e instrumentos consolidados.....	404
3.4.1 Compensação ambiental na Lei nº 9985/2000.....	407
4 Considerações finais	409
Referências.....	410

AGROTÓXICOS, DOMINAÇÃO E FRONTEIRAS: SIGNIFICAÇÃO, RELAÇÃO E PERSPECTIVAS SOBRE O PACOTE TECNOLÓGICO AGRÍCOLA E A AMAZÔNIA BRASILEIRA 418

Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas, José Antônio Tietzmann e Silva e Luciane Martins de Araújo

1 Introdução	419
2 Os agrotóxicos: origens e funções	420
2.1 O surgimento dos agroquímicos, agentes biocidas	420
2.2 Qual é a função dos agrotóxicos?	423
2.3 Os impactos socioambientais do uso de agrotóxicos.....	424
3 O avanço mercadológico da utilização de agrotóxicos: a produção de commodities e seus efeitos	426
4 Terras baratas à frente: ocupações e desmatamento na Amazônia Legal	430
4.1 Lei 13.465/2017: regularização e reconhecimento de ocupações irregulares na Amazônia Legal.....	431
5 Considerações finais	435
Referências.....	436

SERÁ O SANEAMENTO BÁSICO UMA ESPÉCIE DE SERVIÇO PÚBLICO DE INTERESSE LOCAL? UM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES ESTATAIS APLICADA AOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.. 440

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira e Fabiana de Menezes Soares

1 Introdução	441
2 A titularidade dos serviços públicos na CR/88	445
2.1 Interesse local municipal ou competência residual dos Estados-membros?.....	448
3 O interesse local de competência municipal.....	450
3.1 Elementos característicos do interesse local	451
4 A capacidade estatal dos municípios brasileiros.....	454
4.1 A prevalência dos Municípios de pequeno porte e as assimetrias federativas	456

4.2A elaboração do Plano Municipal de Saneamento: um desafio para além da capacidade de grande parte dos Municípios	460
5 Considerações finais: a titularidade municipal dos serviços de saneamento como resquício histórico	463
Referências.....	464
IMPASSES DA ADOÇÃO DA TÉCNICA DE DESSALINIZAÇÃO: BENEFÍCIOS PARA A SAÚDE PÚBLICA E DANOS PARA O MEIO AMBIENTE.....	470
Ivone Rosana Fedel, André Studart Leitão e Gerardo Clésio Maia Arruda	
1 Introdução	471
2 Dessalinização: algumas iniciativas e aspectos legais	472
3 A tecnologia da dessalinização: abundância ou escassez	477
4 Custos, benefícios e danos ao meio ambiente.....	482
5 Considerações finais	486
Referências.....	488
AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS E A IMPLEMENTAÇÃO DA META 12.7 DOS OBJETIVOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NO BRASIL: AVANÇOS E RETROCESSOS	492
Lucas Campos Jereissati e Álisson José Maia Melo	
1 Introdução	493
2 O tortuoso caminho do desenvolvimento sustentável até a era dos ODS.....	495
3 A Agenda 2030 e os ODS: uma nova oportunidade de implementação do desenvolvimento sustentável.....	498
4 O ODS 12 e as compras sustentáveis: mecanismo de fomento de boas práticas.....	500
5 Contratações públicas sustentáveis no Brasil e a Meta 12.7: bons fundamentos, pouca eficácia .	503
6 O indicador de mensuração da Meta 12.7 em face das contratações públicas sustentáveis brasileiras	509
7 Considerações finais	512
Referências.....	513
6. ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	520
DESAFÍOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE.....	522
Jairo Enrique Lucero Pantoja, Gonzalo Aguilar Cavallo e Cristian Contreras Rojas	
1 Introducción	523
2 Mecanismos extrajudiciales de acceso a la justicia ambiental.....	523
2.1 Mecanismos extraestatales o empresariales de acceso a la justicia y medios de reparación.....	525
2.2 Mecanismos estatales no judiciales de acceso a la justicia y medios de reparación.....	529
3 El acceso judicial a la justicia ambiental en Chile	532
3.1 El papel de la jurisdicción ordinaria y el acceso a la justicia ambiental a través del recurso de protección	532

3.2 El acceso a la justicia ambiental y los procesos ante los Tribunales Ambientales.....	538
3.3 El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como vía de acceso a la justicia ambiental.....	543
4 Reflexiones finales	546
Referências.....	547

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO JUDICIAL DIRETA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL, NO EQUADOR E NA BOLÍVIA 556

Leonardo Leite Nascimento e Valmir César Pozzetti

1 Introdução	557
2 A democracia participativa e a tutela do direito ao meio ambiente para todos.....	558
2.1 Democracia participativa e os princípios democrático e da soberania do povo.....	559
2.2 A imprescindibilidade da prestação jurisdicional para a tutela jurídica do direito ao meio ambiente para todos	562
3 Novo constitucionalismo democrático latino-americano	564
3.1 O novo constitucionalismo democrático latino-americano e a importância da participação judicial direta na defesa do equilíbrio ambiental.....	565
3.2 “Ação popular ambiental” nas Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia.....	567
3.3 O bem jurídico ambiental e a relevância do reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos	569
4 Considerações finais	572
Referências.....	572

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PATRIMÔNIO CULTURAL: UM ESTUDO DE CASO DA ADPF 206 .575

Almir Megali Neto, Flávio Couto Bernardes e Pedro Augusto Costa Gontijo

1 Introdução	576
2 ADPF n. 206 e a proteção ao meio ambiente cultural à luz da Constituição de 1988	577
2.1 O meio ambiente cultural como preceito fundamental do sistema jurídico brasileiro.....	584
3 A decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206	588
4 Apontamentos críticos à decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206	590
5 Considerações finais	597
Referências.....	598

A TESE DE IMPRESCRITIBILIDADE DE DANOS AMBIENTAIS EM REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO AGRAVADO..... 602

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior e Daniel Pagliuca

1 Introdução	603
2 O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de danos ambiental pelo Supremo Tribunal Federal	604
3 O regime jurídico da responsabilidade civil no Brasil e as peculiaridades da reparação a bens ambientais	607
4 A natureza jurídica difusa do bem ambiental e a aplicação da teoria do risco agravado	615

5 Considerações finais	619
Referências	620
7. MUDANÇAS CLIMÁTICAS.....	622
AGENDA 2030: EMERGÊNCIA CLIMÁTICA E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS	624
Luiz Edson Fachin	
1 Introdução	624
2 Emergência climática	626
3 Agenda 2030 e os objetivos do desenvolvimento sustentável	627
4 Litigância ambiental	629
5 Considerações finais	631
Referências.....	633
DÉFIS ET PERSPECTIVES POLITIQUES, INSTITUTIONNELLES ET NORMATIVES DES ASSEMBLÉES CITOYENNES: UNE APPROCHE DEPUIS L'EXEMPLE DE LA CONVENTION CITOYENNE SUR LE CLIMAT	636
Benoit Delooz	
1 Introduction	637
2 Défi et perspectives politico-institutionnelles de la Convention citoyenne sur le climat comme défi politique	637
2.1 Le défi politico-institutionnel de la CCC: comment mieux associer les Français aux décisions qui les concernent et qui impactent leur quotidien ?.....	637
2.1.1 Origine.....	637
2.1.2 Nature et modalités de la CCC	639
2.2 De quelques perspectives ouvertes par la CCC	640
2.2.1 l'inscription du hasard comme modalité de représentation politique dans le débat public	640
2.2.2 Vers une réforme du bicaméralisme français ?.....	643
2.2.3 Une exigence renforcée de la prise en compte des revendications territoriales.....	644
3 Défis et perspectives normatives	645
3.1 Les défis normatifs.....	645
3.1.1 Les changements souhaités par les conventionnels.....	645
3.1.2 Les pistes avancées par le gouvernement.....	645
3.2 Les perspectives	647
3.2.1 L'émergence de nouvelles normativités	647
3.2.2 Une réforme des méthodes d'écriture de la loi.....	648
4 Conclusion	649
Bibliographie	650

CAMBIO CLIMÁTICO E INVERSIONES: ESBOZANDO ESTRATEGIAS DE ARMONIZACIÓN PARA CHILE 653

Andrea Lucas Garín, Jaime Tijmes-Ihl e Johanna Sagner-Tapia

1 Introducción.....	654
2 El actual marco del Régimen Internacional de Cambio Climático	654
3 El marco del Derecho Internacional de las Inversiones	656
4 Potenciales conflictos entre Inversiones y Cambio Climático	661
5 El caso de Chile frente al Cambio Climático y las inversiones	663
6 Posibles estrategias para armonizar inversiones y Cambio Climático	666
7 Conclusiones	667
Referencias.....	668

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A REPARAÇÃO DE DANOS CLIMÁTICOS 672

Sabrina Jiukoski da Silva e Thatiane Cristina Fontão Pires

1 Introdução	673
2 A análise do caso da Siderúrgica São Luiz Ltda.....	674
3 A responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental.....	676
4 Os desafios da responsabilidade civil por dano climático.....	679
5 Considerações finais	685
Referências.....	685

NORMAS EDITORIAIS..... 688

Envio dos trabalhos:.....	690
---------------------------	-----

Editorial

Ingo Wolfgang Sarlet

Lilian Rose Lemos Rocha

Patrícia Perrone Campos Mello

O ser humano e a humanidade como um todo parecem não aceitar ou lidar muito bem com a ideia de “limites” para as suas ações, de tal sorte que, a despeito de efetivos e significativos avanços no campo da proteção ambiental em escala nacional e global, a degradação do meio ambiente em todas as suas formas, biótica e abiótica, segue intensa e cada vez mais preocupante.

Nesse contexto, é mais do que oportuno invocar o conhecido *slogan* dos estudantes do movimento *Fridays for Future*: “Não há Planeta B!”. O momento, portanto, é de extrema urgência e relevância no que diz com o combate às intervenções abusivas e absolutamente desnecessárias na Natureza. Menos poluição e produção de resíduos, recuperação de áreas degradadas, despoluição dos rios e mares (por exemplo, em relação aos plásticos), ampliação de áreas especialmente protegidas (por exemplo, com a redução do desmatamento da Amazônia), recuperação de populações de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção, uso apenas sustentável e seguro de recursos naturais, valorização e proteção dos “serviços ecológicos” etc. Em linhas gerais, é tempo de maior rigor jurídico protetivo em matéria ambiental.

Nesse contexto, é de se sublinhar o referido no Preâmbulo do Acordo de Paris (2015), de acordo com o qual a comunidade internacional reconhece “a necessidade de uma *resposta eficaz e progressiva* à ameaça urgente da mudança do clima com base no *melhor conhecimento científico disponível*”.¹ Isso, em certo sentido, remete ao assim chamado *princípio da proibição de retrocesso ecológico*,² operando como espécie de limite jurídico-normativo (vinculado aos deveres de proteção e promoção estatais) à ação humana (privada e estatal), bem como, sua condição de instrumento para o controle da legitimidade jurídica (convencionalidade, constitucionalidade e legalidade) dos atos estatais que intervêm de modo restritivo no domínio ambiental, inclusive no que diz respeito a medidas que implicam redução da proteção jurídica dos bens ecológicos.

Nessa senda, cresce a importância de se assegurar, aqui com foco no Direito, um regime jurídico ecológico fortificado progressivamente, e não fragilizado ou flexibilizado, inadmitindo-se recuos e retrocessos, ainda mais quando em causa — como veremos à frente — a salvaguarda da integridade dos “processos ecológicos essenciais” e a proteção de espécies da fauna e da flora ameaçadas de extinção (art. 225, § 1.º, I e VII, da CF/1988). Isso se impõe também por força do princípio de *justiça intergeracional*, ou seja, a pro-

¹ Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf>. Acesso em: 12.05.2019.

² Na França, conforme assinala Michel Prieur, utiliza-se “o conceito do efeito *Cliquet* (catraca) ou regra *Cliquet* antirretorno” para designar o princípio da proibição de retrocesso ou de não regressão ecológica. PRIEUR, Michel. O princípio da “não regressão” no coração do direito do homem e do meio ambiente. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 1 (Edição Especial Rio +20), 2012, jan.-abr., p. 8. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3634/2177>. Acesso em: 12.03.2019.

teção jurídica dos interesses e direitos das futuras gerações humanas, como enuncia expressamente o *caput* do art. 225 da CF/1988. É — como pontua Juarez Freitas — o *direito ao futuro* que está em jogo,³ podendo-se até mesmo falar de uma certa sub-representação político-democrática dos interesses das gerações mais jovens no Estado Constitucional contemporâneo, assim como das futuras gerações que, ainda, estão por vir, sem prejuízo, numa perspectiva tendencialmente ecológica, da proteção da natureza biótica e abiótica como um todo.

Por tais (e tantas outras razões), não há mais como abrir mão de um direito humano e fundamental a um desenvolvimento sustentável, que, ainda que multidimensional, congregando os pilares ecológico-ambiental, social e econômico, deve ter como foco e, portanto, assegurar uma posição preferencial à proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Isso, por sua vez, somente é possível mediante estruturas regulatórias, organizatórias e procedimentais cooperativas e que integram as esferas locais, nacionais, regionais e globais, visto que o problema da degradação ambiental e dos conhecidos malefícios dela decorrentes afetam a todos e tudo, em todos os lugares. Na perspectiva jurídico-constitucional, portanto, cuida-se de criar, promover e proteger, no âmbito de um constitucionalismo de múltiplos níveis, uma comunidade internacional integrada e solidária de Estados Constitucionais (democráticos, sociais e ecológicos de Direito) abertos e cooperativos.

É levando em conta tais aspectos e premissas, aqui sumariamente apresentados, que ora se edita o presente volume especial da já prestigiada REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS, tendo justamente como eixo estruturante o direito constitucional ambiental, cobrindo as suas mais relevantes expressões, esperando-se, com isso, contribuir — dada a relevância e atualidade dos temas, ademais da qualidade dos autores e respectivos textos — de modo efetivo para a teoria e prática, nas esferas pública e privada — da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do correlato direito fundamental a um desenvolvimento sustentável.

Sublinha-se, outrossim, o fato de que ao todo foram submetidos, à vista da convocatória pública amplamente divulgada para captação de artigos nacionais e estrangeiros, 78 (setenta e oito) artigos, procedendo-se a uma seleção rigorosa, respeitados todos os critérios que têm assegurado à Revista a sua elevada posição no sistema de periódicos qualis da CAPES.

Assim, agradecendo-se a todos os que participaram do processo seletivo e, em especial, rendendo uma homenagem aos colaboradores estrangeiros e nacionais que tiveram as suas contribuições acolhidas, almeja-se que este volume tenha ampla receptividade pela comunidade acadêmica e pelo público em geral.

Brasília/ DF e Porto Alegre, 15 de dezembro de 2020.

³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

**1. DIREITOS FUNDAMENTAIS,
HERMENÊUTICA E MEIO AMBIENTE**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Algumas notas sobre o
direito fundamental ao
desenvolvimento sustentável
e a sua dimensão subjetiva e
objetiva**

**Some notes on the fundamental
right to sustainable
development and its subjective
and objective dimension**

Ingo Wolfgang Sarlet

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

Algumas notas sobre o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e a sua dimensão subjetiva e objetiva*

Some notes on the fundamental right to sustainable development and its subjective and objective dimension

* Recebido em 29/10/2020
Aprovado em 04/12/2020

** Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München (1997). É Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da PUCRS (desde 09.12.2006). Coordenador do MINTER PUCRS/Santo Agostinho (2013/2015) Coordenador do DINTER PUCRS/CESMAC (2015/2019). Professor Titular da Escola de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS. Coordenador do GEDF (Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais - CNPq) e Co-líder do Grupo de Pesquisa em Governança Corporativa, Compliance & Proteção de Dados (CNPq). Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (bolsista DAAD, 2005, com Prof. Claus-Wilhelm Canaris), como Bolsista e Pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social, Estrangeiro e Internacional (Alemanha) (2001-2002 e 2003), bem como no Georgetown Law Center (Washington DC, 2004, com Mark Tushnet). Atua especialmente nas áreas de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como principal linha de pesquisa a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no direito público e privado, com ênfase em direitos sociais e ambientais, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na sociedade tecnológica.
E-mail: iwsarlet@gmail.com

*** Juiz Federal. Pós- Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com período de pesquisa na Columbia Law School- Sabin Center for Climate Change Law (Estados Unidos) e na Universität Heidelberg- Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (Alemanha) abordando Litígios Climáticos em uma perspectiva de direito comparado: Brasil, Estados Unidos e Alemanha. Doutor em Direito pela Pucrs, com louvor e distinção, em virtude da tese expressamente recomendada para publicação, Direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas. Visiting Scholar pela Columbia Law School – Estados Unidos e na Universität Heidelberg – Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (Alemanha). Estágio Doutoral no Sabin Center for Climate Change Law da Columbia Law School- Estados Unidos, sob a orientação do Professor Michael B. Gerrard. Pesquisador Bolsista Capes, Cnpq. Mestre em Direito pela PUCRS.

Ingo Wolfgang Sarlet**

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy***

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar qual o possível fundamento e conteúdo de um direito dever fundamental ao desenvolvimento sustentável na ordem jurídico-constitucional brasileira, em especial para o efeito de verificar e avaliar, numa perspectiva crítica, como esse direito dever tem sido compreendido e aplicado pela doutrina jurídica e jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil, destaque para o STF. Tendo em conta o fato de que a construção do que se tem considerado como sendo um direito humano e fundamental ao desenvolvimento sustentável encontra fundamento na normativa internacional e dada a importância, nesse contexto, de um olhar sobre a literatura jurídica estrangeira e do direito internacional, ademais do reconhecimento e desenvolvimento jurisprudencial pelas instâncias judiciais supranacionais e de *leading cases* produzidos por Tribunais de outros Países, tais referenciais serão integrados à análise. Além disso, busca-se contribuir para — na esfera política, jurisdicional e acadêmica — a construção de uma concepção constitucionalmente adequada de um direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, enfatizando a sua dupla dimensão subjetiva e objetiva, que, ademais de guardar sintonia com a ordem constitucional brasileira, seja consistente na perspectiva da principiologia e das diretrizes do sistema internacional, em especial no que diz respeito aos pilares da proteção ambiental, governança, desenvolvimento econômico e inclusão social.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Desenvolvimento Sustentável. Dimensão Objetiva e Subjetiva. Proteção do Ambiente.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the possible basis and content of a fundamental right and duty to sustainable development in the Brazilian legal-constitutional order, especially for the purpose of verifying and evaluating, from a critical perspective, how this right and duty has been understood and applied by the legal doctrine and jurisprudence of the Superior Courts in Brazil, notably the Brazilian Federal Supreme Court (STF). Taking into

account the fact that the construction of what has been considered a human and fundamental right to sustainable development has its roots in international norms and given the importance in this context of a look at foreign legal literature and international law, as well as the recognition and development of jurisprudence by supranational judicial instances and leading cases produced by Courts of other countries, these references will be integrated into the analysis. Furthermore, what is being sought is to contribute — in the political, jurisdictional and academic spheres — to the construction of a constitutionally adequate conception of a fundamental right to sustainable development which, in addition to being in accordance with the Brazilian constitutional order, is consistent from the perspective of the principlology and guidelines of the international system, especially with regard to the cornerstones of environmental protection, governance, economic development and social inclusion.

Keywords: Fundamental Rights. Sustainable Development. Objective and Subjective Dimension. Environmental Protection.

1 Introdução

Sustentabilidade e desenvolvimento passaram a ser categorias indissociáveis, ademais de constituírem, no plano jurídico, princípios, objetivos e deveres consagrados tanto no direito internacional quanto na seara jurídico-constitucional interna dos Estados. Nesse contexto, discute-se, também, acerca da possibilidade de se reconhecer um direito humano e fundamental a um desenvolvimento sustentável, que já se batizou, inclusive no Brasil, de um *direito ao futuro*¹. Trata-se de controvérsia ainda não sedimentada e pacificada, porquanto ligada a outros desafios, como o do reconhecimento de um direito subjetivo das futuras gerações ou mesmo da atribuição da condição de sujeito de direitos à natureza e não apenas aos animais humanos, como já se sustenta há bem mais tempo.

De outra parte, sabe-se que o simples fato de um tratado internacional ou uma constituição referirem, expressamente, a existência de um direito humano e/ou fundamental não resolve por si só o problema. Dito de outro modo, afirmar a existência de um direito não implica, necessariamente, a possibilidade de sua existência, ao menos na condição de direito subjetivo, ou, pelo menos, de um direito subjetivo equiparável à concepção corrente de direitos fundamentais como direitos subjetivos.

Assim, se pretende, com o presente texto, reconhecer a existência, além de um dever (do Estado e da sociedade), de um direito subjetivo a um desenvolvimento sustentável, apresentar e delinear — em termos gerais — a sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, bem como as suas principais manifestações e implicações, de modo especial numa perspectiva constitucionalmente adequada.

Para tanto, necessário o diálogo com outros princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (CF), como é o caso dos objetivos enunciados nos Artigos 3º, dos princípios do artigo 4º, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da natureza em geral, e do direito (e dever) a um meio ambiente equilibrado e saudável, tal como já reconhecido, inclusive, pelo STF, ademais do arcabouço legislativo nacional e da normativa internacional.

2 Por um Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável

A preocupação com o desenvolvimento sustentável vem de longe. A deterioração ambiental foi o principal foco do chamado *Clube de Roma*, na década de 1970. O grupo, liderado por Dennis Meadows, elaborou

¹ Cf., por todos, FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

um documento de impacto na comunidade internacional chamado *Os limites do crescimento*. Em síntese, a conclusão do documento é de que a taxa de crescimento demográfico, os padrões de consumo e a atividade industrial eram incompatíveis com os recursos naturais. A solução para esse impasse seria a estabilização econômica, populacional e ecológica². O texto gerou grande polêmica, tendo sido atacado pelos defensores do desenvolvimento econômico tradicional, mas foi também defendido por ambientalistas no sentido da busca de um desenvolvimento sustentável e compatível com a proteção do meio ambiente.³

Os sociólogos Dunlap e Liere, por sua vez, realizaram importante estudo em que consta uma visão global emergente, a qual chamaram de novo paradigma ambiental (*New Environmental Paradigm – NEP*). Os elementos mais importantes desse novo paradigma ambiental foram o reconhecimento dos limites do crescimento, a preservação do equilíbrio da natureza e a rejeição da noção antropocêntrica de que a natureza existe, apenas, para o uso humano⁴. A esses elementos, acrescentaram, em posterior estudo, mais dois: a rejeição do excepcionalismo (no sentido de que os homens não são sujeitos a restrições naturais) e o potencial para mudanças ambientais catastróficas ou ecocrises⁵.

Do ponto de vista institucional, é de se recordar que já a Declaração da Assembleia Geral da ONU de 1986 deixou claro que todos os indivíduos possuem o direito a desenvolverem-se (direito ao desenvolvimento humano) e à justa distribuição dos benefícios do desenvolvimento⁶. Além disso, a Declaração já previa os elementos do que se pode hoje designar de uma dupla perspectiva subjetiva e objetiva do direito ao desenvolvimento⁷. Todavia, a despeito do avanço, o ser humano, ainda, é colocado no epicentro do direito ao desenvolvimento, sendo o seu maior beneficiário.⁸

Pode-se afirmar que a concepção de um direito ao desenvolvimento sustentável acabou sendo construída e moldada com base em um conjunto de documentos de projeção internacional, como é o caso da Declaração de Estocolmo (1972), da Estratégia Mundial de Conservação (1980), da Carta Mundial da Natureza (1982) e, finalmente, pelo Relatório Brundtland⁹ (1987), gravitando em torno do conceito de sustentabilidade.¹⁰

A Comissão Brundtland divulgou relatório denominado *Nosso Futuro Comum*¹¹ e conceituou a base do desenvolvimento sustentável como “[...] a capacidade de satisfazer as necessidades do presente, sem comprometer os estoques ambientais para as futuras gerações”.¹² Daí se extraem, de acordo com a lição de Klaus

² MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.

³ SOUZA, Mônica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 142. e GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 614.

⁴ DUNLAP, Riley; VAN LIERE, Kent. The new environmental paradigm: a proposed measuring instrument and preliminary results. *Journal of Environmental Education, Madison*, v. 9, n. 4, p. 10-19, 1978.

⁵ DUNLAP, Riley et al. Measuring endorsement of the new ecological paradigm: a revised NEP Scale. *Journal of Social Issues*, Washington, v. 56, n. 3, p. 225-442, 2000.

⁶ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* - Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-umanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 18 out 2020. pp.01-02.

⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* - Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-umanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 18 out 2020. p.03.

⁸ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* - Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-umanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 18 out 2020. p.02.

⁹ A Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da A/RES/38/61, no ano de 1983, constituiu uma Comissão para elaborar um relatório sobre questões atinentes ao meio ambiente (Comissão Mundial sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente), incluindo o desenvolvimento sem o comprometimento dos recursos naturais. Essa foi a origem do Relatório Brundtland.

¹⁰ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008. p. 40.

¹¹ Comentando o Relatório Brundtland, Garcia afirma que “o desenvolvimento sustentável se apresenta como a solução capaz de conciliar as dinâmicas econômicas, sociais, ecológicas e como problema, em virtude da complexidade de obter essa conciliação. Dele se diz um princípio normativo sem norma”. GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 448.

¹² WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our common future: brundtland report*. Oxford; New

Bosselmann, três elementos éticos que são essenciais para a ideia de desenvolvimento sustentável: a) a preocupação para com as necessidades das gerações atuais (justiça ou equidade intrageracional); b) a preocupação para com as necessidades das gerações futuras (justiça ou equidade intergeracional), e c) a preocupação com o mundo natural não humano, isto é, de uma justiça/igualdade entre as espécies.¹³

Observa-se, portanto, o desenvolvimento gradual de um discurso que abandona a visão antropocêntrica e se aproxima, ao fim e ao cabo, do ecocentrismo, ou seja, de uma concepção de justiça ecológica abrangente, integrando a vida humana e não humana¹⁴, chegando-se ao reconhecimento inclusive (ainda que ainda em caráter mais embrionário) de direitos dos animais¹⁵ e direitos da natureza, incluindo até mesmo o ambiente abiótico¹⁶.

Tal processo, por sua vez, foi também refletindo e interagindo com a reforma e/ou criação de legislação e mesmo à inserção em textos constitucionais com perfil mais focado numa concepção ecocêntrica, além de encontrar ressonância crescente na doutrina e jurisprudência, tanto em nível nacional quanto na esfera do direito internacional. Nesse contexto, dentre os muitos exemplos que já se poderia invocar, vale referir, pelo seu caráter precoce e inovador, o caso da Nova Zelândia, que ostenta uma das legislações ambientais mais avançadas do mundo em matéria de desenvolvimento sustentável, com uma abordagem ecocêntrica, fornecendo definições holísticas de meio ambiente.¹⁷

Novos códigos ambientais gerais orientados para um desenvolvimento sustentável foram criados, como na Holanda, Escandinávia e Austrália, assim como novas estratégias ao nível das políticas públicas, como se deu no caso de alguns países europeus, na forma dos assim chamados Planos Verdes (Holanda, Suécia e França) ou como Estratégias Nacionais (Reino Unido, Alemanha, entre outros), o que, também, se verificou em outros Continentes como na América do Norte (Canadá e Estados Unidos), na Austrália.¹⁸

Também, na América Latina, tem ocorrido desenvolvimentos importantes, com o reconhecimento de direitos da natureza no plano constitucional (Equador e Bolívia, por ex.) e, a despeito da ausência de previsão constitu-

York: Oxford University Press, 1987. p. 13.

¹³ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008. p. 97-98.

¹⁴ Quando se refere ao ecocentrismo, é impensável olvidar as lições de Thoreau que antecederam em mais de cem anos o Dia da Terra. Em Walden, ele celebra “a doce e benéfica sociedade na natureza”. THOREAU, Henry David. *Walden, or life in the woods and on the duty of civil disobedience*. New York: New American Library, 1962. p. 92-97. E no ensaio *Walking*, ele argumenta, em tom polêmico para a época, a noção de homem “como parte e parcela da natureza ao invés de membro da sociedade”. THOREAU, Henry David. *Walking*. Red Wing: Cricket House Books, 2010. p. 657-660. Aldo Leopold faz uma reformulação nas intuições ecológicas do pensamento de Thoreau com forte apelo ético. Sua ideia de comunidade biótica incorporou o valor de viver em harmonia com a natureza, contrariamente ao caminho da conquista, do controle e da dominação do meio ambiente. Para Leopold, a conservação é um estado de harmonia entre o homem e a Terra. LEOPOLD, Aldo. *A sand county almanac: with essays on conservation from round river*. New York: Ballantine Books, 1966. p. 240-243. Para Rachel Carson, discípula de Leopold, “o controle da natureza é uma frase concebida na arrogância, nascida na era da biologia e da filosofia de Neanderthal, quando supostamente a natureza existia para a conveniência do homem”. CARSON, Rachel. *Silent spring*. Boston: Houghton Mifflin, 1962. p. 189.

¹⁵ Sobre o tema, v., dentre outros, ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETERLE, Selma Rodrigues. *Animais não-humanos e a vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural*. Canoas: Editora Unilasalle, 2016.

¹⁶ V., em caráter ilustrativo, ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (ed.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz – Universidad Libre, 2019.

¹⁷ Na Nova Zelândia, o Environment Act (1986) e o Conservation Act (1987) abordam de modo ecocêntrico e holístico o meio ambiente, e o Resource Management Act (RMA), mais recentemente, adotou uma abordagem ética de administração sustentável dos recursos naturais. Ver: GRUNDY, Kerry James. *Sustainable management: a sustainable ethic*. *Sustainable Development*, New Jersey, v. 5, n. 3, p. 119-229, Dec. 1997.

¹⁸ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008. p. 107.

nal nesse sentido, na jurisprudência, como dão conta, em especial, os casos da Argentina¹⁹, Brasil²⁰ e Colômbia.²¹

No Brasil existem referências ao desenvolvimento no Preâmbulo e nos artigos 3º, 170 e 225 da Constituição Federal de 1988 (CF).²² No caso, trata-se, de acordo com parte da doutrina, de um direito fundamental ao desenvolvimento no sentido estrito e não numa perspectiva ampliada, que inclui o vetor da sustentabilidade. Tal direito encontraria lastro no § 2º do art. 5º da CF, segundo o qual os direitos e as garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faça parte.²³

O art. 3º da CF prevê o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República. Esse dispositivo contém princípios constitucionais que vinculam, obrigatoriamente, todos os Poderes, órgãos e agentes estatais. Grau refere “o princípio do desenvolvimento (em sentido estrito) como um princípio constitucional impositivo ou diretriz com caráter constitucionalmente conformador”.²⁴

Os objetivos fundamentais previstos na CF têm como diretriz, ainda que não explicitada no texto do artigo 3º, a criação e garantia dos pressupostos para a efetiva fruição dos direitos fundamentais e, com isso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental estruturante da ordem constitucional brasileira. Além disso, os objetivos arrolados no artigo 3º da CF (que, de resto, não excluem outros constantes em outras partes do texto constitucional) implicam um dever de atuação do poder público, em especial mediante a criação e execução de políticas de Estado destinadas à sua concretização,²⁵ o que, por sua vez, inclui um dever de sustentabilidade, porquanto o desenvolvimento ao qual se refere o texto da CF que não pode mais ser compreendido sem esse elemento, até mesmo pelo fato

¹⁹ Deferimento de recurso de *habeas corpus* a um orangotango pela Sala II da *Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina*, em 18 de dezembro de 2014 cf. SIMON, Farith. La Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana. In: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (ed.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz – Universidad Libre, 2019. p.324.

²⁰ STJ, REsp 1.797.175/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.03.2019;

²¹ Corte Constitucional colombiana, sentença T-622 de 10 de novembro de 2016 cf. SIMON, Farith. La Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana. In: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (ed.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz – Universidad Libre, 2019. p.323.

²² O direito ao desenvolvimento vem previsto no próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”. Segundo Anjos Filho: “Em relação ao regime e aos princípios constitucionalmente albergados, é necessário considerar, inicialmente, que o preâmbulo da Constituição consignou que o Estado Democrático criado pela Assembleia Nacional Constituinte teve como uma de suas finalidades assegurar o desenvolvimento como um dos valores supremos da nossa sociedade. Vale lembrar que embora haja discussão doutrinária sobre a existência de força normativa no preâmbulo, não há maior dissenso quanto ao fato de que o mesmo é um importante vetor da hermenêutica da própria Constituição”. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269.

²³ Para Anjos Filho: “Embora o direito ao desenvolvimento não esteja incluído de maneira expressa no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, nem tampouco tenha sido explicitamente mencionado em qualquer outro dispositivo constitucional, o regime e os princípios por ela adotados, bem como os tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido da sua integração ao direito positivo brasileiro como um direito fundamental”. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268-269.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 238.

²⁵ Como refere Anjos Filho: “Todos esses objetivos fundamentais, portanto, estão estreitamente vinculados à dignidade da pessoa humana, o que, a nosso ver, indica de maneira segura que a noção constitucional de desenvolvimento deve se alinhar à ideia de desenvolvimento humano que serve de alicerce ao direito ao desenvolvimento. Em outras palavras, desenvolvimento nacional não pode ser confundido com o mero crescimento econômico do país. O desenvolvimento, em termos constitucionais, vai além, não podendo ser dissociado da dignidade da pessoa humana nem tampouco dos demais objetivos fundamentais, para cuja realização pode contribuir decisivamente. Tanto é assim que a ordem econômica, pela qual a riqueza é gerada, tem como finalidade constitucional assegurar a todos uma existência digna. Isso tudo conforme os ditames da justiça social e observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego”. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 271-272.

de que o Princípio (e correspondente dever) da Sustentabilidade deve ocupar não mais a função de um princípio setorial da proteção ambiental, mas, sim, de um princípio constitucional implícito geral e estruturante, de toda a ordem jurídica²⁶.

Adotando tal linha de entendimento, também Aragão ressalta a importância do Princípio do Desenvolvimento Sustentável como um princípio estruturante do Direito Europeu do Ambiente, ademais de um princípio fundamental de Direito, advogando a existência de quatro ângulos (facetas) que expressam outras dimensões do princípio, designadamente, as dimensões diacrônica e sincrônica, de um lado, e as dimensões procedimental e material, de outro.²⁷

Diacronicamente, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável reflete a ideia de justiça intergeracional, ou seja, a responsabilidade das gerações de hoje para com as gerações futuras, o que se encontra expressamente consignado no Preâmbulo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (mas não vale evidentemente apenas para a União Europeia), no sentido de que “o gozo desses direitos implica responsabilidades e deveres tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas como para com a comunidade humana e as gerações futuras”.²⁸

Na sua dimensão sincrônica, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável traduz a Ideia de Justiça em sentido espacial, ou justiça na relação entre as diferentes regiões, entre indivíduos e entre povos, dentro e fora da Europa, o que se encontra normatizado pelo artigo 21 do Tratado da União Europeia, de acordo com o qual:

[...] a ação da União Europeia na cena internacional objetiva apoiar o desenvolvimento sustentável nos planos econômico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo como principal objetivo erradicar a pobreza e contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável (alíneas *d* e *f*).²⁹

Na sua perspectiva procedimental, os princípios da participação e da abertura (artigos 10º e 11º do Tratado da União Europeia) “densificam o princípio do desenvolvimento sustentável” no sentido de que a validade das decisões tomadas atualmente e com repercussões futuras depende do grau da participação cívica e da consideração dos interesses dos cidadãos atuais e futuros³⁰.

Já na sua dimensão material, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável comportaria três vertentes: ambiental, social e econômica. A vertente ambiental encontra-se calcada no dever de gerir, de maneira sustentável, a utilização dos recursos naturais e da capacidade de suporte dos ecossistemas, respeitando a sua capacidade de renovação quando renováveis e preservando, sem esgotar, os que não sejam renováveis. A vertente social está ligada à democracia ambiental marcada pela participação do povo nos processos decisórios ambientalmente relevantes. Também está vinculada à justiça ambiental, ou seja, à finalidade de eliminação das situações de injustiça que vitimam os mais frágeis e vulneráveis a sofrer os impactos ambientais e a degradação dos recursos naturais, considerando-se que são sempre os países mais pobres que sofrem com a poluição³¹. É de se agregar neste artigo que em regra são as camadas mais pobres da população que

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 297 ss.

²⁷ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-82. Sobre o Direito Ambiental Europeu e os seus princípios norteadores, ver: THIEFFRY, Patrick. *Droit européen de l'environnement*. Paris: Éditions Dalloz, 1998.

²⁸ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-82.

²⁹ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-82.

³⁰ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-82.

³¹ O sociólogo Robert Bullard, da UCLA, em 1990, publicou *Dumpint in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality*, argumentando que os afro-americanos, os grupos de baixa renda e a classe trabalhadora, tinham sofrido desproporcionalmente as consequências dos danos ambientais e que eram precariamente representados pelos movimentos ambientalistas. BULLARD, Robert D.

mais sofrem com a poluição e, especialmente, com os efeitos das mudanças climáticas causados por fatores antrópicos.³²

A vertente econômica consiste na promoção de atividades econômicas duradouras, baseadas em recursos renováveis, com respeito à capacidade de renovação, e “na total internalização dos custos ambientais e sociais das atividades econômicas ou, quando não for possível, na redistribuição equitativa destes custos”.³³ A jurisprudência europeia tem, nesse cenário, realizado a conciliação das diferentes vertentes do desenvolvimento sustentável.³⁴

Nesse sentido, é o caso de se acompanhar o entendimento de que “a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento é uma tarefa diversificada de tipo gestor, em que a comunidade interage com o Estado”,³⁵ porquanto a concretização do objetivo do desenvolvimento sustentável implica (aliás, exige) um diálogo entre os poderes públicos e a sociedade, o que pode ocorrer mediante a realização de audiências públicas, oitivas das partes atingidas e mesmo consultas diretas à população.³⁶

À vista de tudo isso, ressalta-se de modo cristalino que o Princípio da Sustentabilidade, na sua condição de princípio estruturante, possui um caráter multidimensional,³⁷ que, de acordo com a lição de Wolfgang Kahl, assume a condição de um *conceito composto, de natureza complexa, relacional, além de dependente de uma compreensão contextualizada*, a demandar uma compreensão abrangente e carente de integração pelo legislador e órgãos estatais em geral, especialmente no plano da organização e do procedimento,³⁸ informando não apenas a seara ambiental em sentido estrito (ainda que adotado um conceito amplo de ambiente), mas também as esferas econômica e social, designadamente pela função de articulação e coordenação de tais dimensões no âmbito do Estado Democrático Social e Ecológico de Direito.³⁹

De outra parte, considerando-se a viragem de uma concepção antropocêntrica para uma de cunho ecocêntrico, ou, pelo menos — para os que assim preferem —, afinada pelo menos com a ideia de um antropocentrismo mitigado, é preciso enfatizar que conceito de desenvolvimento sustentável, aqui advogado, encontra-se umbilicalmente vinculado ao respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão ecológica, mas também da dignidade da vida não humana, assim como dos direitos e deveres humanos e fundamentais (nesse caso também da natureza) que lhe são correlatos⁴⁰.

Uma das principais — senão a principal — questões referentes ao desenvolvimento sustentável refere-se a

Dumping in dixie: race, class, and environmental quality. 2. ed. Boulder: Westview Press, 1994. Como referido por Cannon, essa foi uma manifestação do movimento de justiça ambiental que emergiu entre o final dos anos 1970 e o início dos anos 1980, gerando uma crítica igualitária dentro do próprio ambientalismo. CANNON, Jonathan Z. *Environment in the balance: the green movement and the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 18.

³² Sobre o tema, ver: WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

³³ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-82.

³⁴ De acordo com Aragão: “[...] Veja-se, a título de exemplo, o caso das Marismas de Santoña (processo n. C-355/90, de 2 de agosto de 1993), o caso Caretta (processo n. 103/00, de 30 de janeiro de 2002) ou o caso da autoestrada de Castro Verde (processo n. C-72/02, de 24 de junho de 2003)”. ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

³⁵ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. O lugar do direito na protecção do ambiente. Coimbra: Almedina, 2007. p. 314.

³⁶ Sobre o tema, ver: WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

³⁷ Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. O direito ao futuro*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

³⁸ KAHN, Wolfgang (Hrsg.). *Nachhaltigkeit als verbundbegriff*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, com destaque aqui para a contribuição do próprio organizador da obra.

³⁹ Sobre o tema, v., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 94-96.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 82 ss; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.232.

como sustentabilidade ecológica está relacionada ao meio ambiente e à justiça social, porquanto deve abarcar tanto a preocupação com o desenvolvimento humano das pessoas hoje vivas (equidade intrageracional) quanto as que viverão no futuro (equidade intergeracional), impondo-se um equilíbrio essencial nesse ponto. Não se pode pretender um desenvolvimento sustentável pensando nas gerações futuras e abandonando as presentes, bem como não se pode cometer a irresponsabilidade de satisfazer as necessidades atuais da humanidade esquecendo-se das gerações futuras, sem descurar que, no contexto e perspectiva de uma teia da vida, não se trata (pelo menos, não deveria ser o caso) apenas de uma orientação focada nos interesses e direitos humanos.

Nessa perspectiva, o — forte no princípio/dever e direito da sustentabilidade — o balanceamento (equacionamento) entre as demandas presentes e futuras, não só é imperativo como exige sejam levadas em conta simultaneamente e de modo otimizado as necessidades econômicas, sociais e ambientais.⁴¹ Numa perspectiva holística, é possível afirmar que o conceito de desenvolvimento sustentável sempre envolve (pressupõe e exige) um desenvolvimento ambientalmente responsável e socialmente não excludente.⁴²

Nesse contexto, é possível afirmar que um Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito⁴³, não poderá ser jamais um Estado “Mínimo” (que apenas assegura o livre jogo dos atores econômicos e do mercado), mas sim, um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.⁴⁴

À vista disso, remete-se à lição de Gomes Canotilho, no sentido de que esse Estado Ecológico (o autor usa a terminologia Ambiental) apresenta as seguintes dimensões fundamentais: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade,⁴⁵ de modo que a qualificação de um Estado como Estado Ambiental (Ecológico) traduz-se em — pelo menos — duas dimensões jurídico-políticas relevantes: (a) a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; e (b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos Poderes Públicos perante as gerações futuras,⁴⁶ mas sem descurar da necessária partilha de responsabilidades entre o Estado⁴⁷ e os atores privados na consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, consoante, aliás, anunciado expressamente no art. 225, *caput*, da CF.

⁴¹ BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008. p. 11.

⁴² Bosselmann assevera que “não pode haver prosperidade sem justiça social e não pode haver justiça social sem prosperidade econômica; e ambas devem estar dentro dos limites da sustentabilidade ecológica”. BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008. p. 53.

⁴³ Valemo-nos aqui da terminologia adotada e difundida por SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 94 ss.

⁴⁴ Discorrendo sobre um Estado “regulador” Democrático de Direito e vinculando tal modelo ao desenvolvimento sustentável, v. FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. especialmente p. 113 e ss. e 191 e ss.; e, em especial, FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. especialmente p. 229-280.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos*, Lisboa, n. 7, p. 23, Gradiva, 1998.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos*, Lisboa, n. 7, p. 44, Gradiva, 1998.

⁴⁷ A respeito das mudanças institucionais (por exemplo, o fortalecimento das agências estatais ambientais) e adoção, pelos Estados, de mecanismos legais voltados à proteção ambiental, v. *Relatório Nosso Futuro Comum* (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento). 2. ed. São Paulo: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1991. p. 351 e ss. V. para, ao mesmo tempo, ilustrar o tema da vinculação do Estado a essas responsabilidades e demonstrar uma vinculação do Estado Socioambiental com o reconhecimento do valor inerente a outras formas de vida não humanas, inclusive como forma de proteção contra abusos, a decisão liminar na ADPF 640, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 27.03.2020, que suspendeu em nível nacional todas as decisões administrativas ou judiciais que autorizem o sacrifício de animais silvestres ou domésticos apreendidos em situação de maus-tratos em função de inadequada interpretação de dispositivos da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998). Para mais informações sobre esse tema, remete-se ao tópico “3.5.6 Direitos fundamentais da natureza, em especial a titularidade de direitos por parte dos animais não humanos” em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 378 ss.

Aliás, considerando-se que já se sugeriu que a noção contemporânea de Estado, dada a relevância da causa ambiental (e do meio ambiente em si), não mais se estrutura em torno dos três elementos clássicos (Soberania = Poder soberano, Povo e Território), mas, sim, exige a inclusão de um quarto elemento constitutivo, designadamente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴⁸ e (poderíamos agregar) sustentável.

Além disso, assumindo a sustentabilidade (na perspectiva multidimensional e integrada já referida) a condição de princípio geral e estruturante da ordem político-jurídica, social e econômica, ademais da agenda ambiental, soa atrativa e convincente à ideia de um Estado Sustentável (*Nachhaltigkeitsstaat*) e de uma Constituição da sustentabilidade (*Nachhaltigkeitsverfassung*), tal como proposto por Wolfgang Kahl⁴⁹.

Tal concepção de Estado e de Constituição, por sua vez, que assume a agenda da sustentabilidade como objetivo e tarefa permanente, somente poderá lograr (ou pelo menos, aspirar seriamente) êxito substancial na consecução e realização dessa pauta, se colocar a proteção e promoção do ambiente no centro das atenções, embora sempre em sinergia com a concretização dos demais princípios e direitos e garantias fundamentais, de todas as dimensões.

Para tanto, devem ser observadas determinadas diretrizes, decodificadas, no plano do direito constitucional positivo e de acordo com a lição de Gomes Canotilho, em três princípios (que, é bom agregar, não constituem um rol taxativo): a) a responsabilidade de longa duração; b) a solidariedade entre gerações; c) o princípio do risco ambiental proporcional.⁵⁰

No que toca ao primeiro, a responsabilidade de longa duração exige, seja numa perspectiva antropocêntrica (sobrevivência com dignidade da vida humana), seja sob a ótica ecocêntrica (sobrevivência de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e na estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados), a adoção pelo Estado de medidas de proteção eficazes e o respeito ao princípio de nível de proteção elevado no que concerne à defesa do meio ambiente, destacando-se que tal princípio serve de parâmetro no ordenamento jurídico da União Europeia, não apenas para a tutela do meio ambiente, mas para a proteção da saúde e do emprego⁵¹.

O Princípio da Solidariedade entre Gerações, por sua vez, implica a obrigação das gerações presentes de incluir como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras, o que remete à necessidade de levar a sério o princípio e dever de precaução⁵², que, por sua vez, impõe, antecipadamente, a adoção de determinadas medidas aptas a evitar ou, pelo menos, mitigar os possíveis danos, justificando a aplicação de outros princípios, como o da responsabilização e o da utilização das melhores tecnologias disponíveis.⁵³

Ainda segundo Gomes Canotilho, os interesses das presentes e das futuras gerações tornam-se evidentes, segundo Canotilho, em três campos problemáticos:

1. o campo das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das atividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal);
2. o campo do esgotamento dos recursos, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença

⁴⁸ KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-72.

⁴⁹ KAHL, Wolfgang. *Nachhaltigkeitsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81.

⁵¹ Sobre o tema, ver: WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

⁵² Sobre o tema, ver: WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e dos desastres)*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica;

3. o campo dos riscos duradouros.⁵⁴

Ainda segundo Gomes Canotilho, o terceiro princípio, do risco ambiental proporcional, encontra-se associado a outros três princípios jurídico-constitucionais: o Princípio da Proporcionalidade dos Riscos, o Princípio da Proteção Dinâmica do Meio Ambiente e o Princípio da Obrigatoriedade da Precaução; para o autor, o Princípio da Proporcionalidade dos Riscos poderia ser, assim, formulado: “[...] a probabilidade da ocorrência de acontecimentos ou resultados danosos é tanto mais real quanto mais graves forem as espécies de danos e os resultados danosos que estão em jogo”.⁵⁵

O Princípio da Proteção Dinâmica do Direito ao Ambiente (e de todos direitos fundamentais) ocorre segundo a evolução e o progresso dos conhecimentos da técnica e da segurança. Somente seriam aceitáveis, sob uma visão constitucional, os riscos de agressão ao meio ambiente (ou a outro direito fundamental) que não pudessem ser previstos consoante os critérios de segurança probabilística atuais⁵⁶.

Já o terceiro princípio, o Princípio da Obrigatoriedade da Precaução impõe que a falta de certeza científica não exime o Estado do dever de adotar medidas de proteção ambiental e ecológica, reforçando os níveis de precaução e prevenção contra danos ambientais, destacando-se, contudo, o reconhecimento de que é impossível atingir “o risco zero” em matéria ambiental. Além disso, a obrigatoriedade da precaução é densificada mediante regras das mais diversas, como é o caso, a criação/reconhecimento de novos modelos probatórios, a inversão do ônus da prova, as conferências de consenso e os *standards* de fiabilidade probatória.⁵⁷

À vista de todo o exposto e cientes de que os aspectos abordados de longe não esgotam as múltiplas dimensões e expressões do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, já é possível reconhecer a existência — aderindo-se aqui aos que já vem sustentando tal tese⁵⁸ — de um direito humano e fundamental ao desenvolvimento sustentável, compreendido aqui como um direito em sentido amplo, que possui, como é o caso dos direitos fundamentais em geral, tanto uma dimensão subjetiva quanto uma dimensão objetiva, decodificando-se em um conjunto de posições subjetivas (direitos subjetivos) e deveres objetivos (deveres de proteção estatais e deveres fundamentais das pessoas).

A concepção de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão dúplice foi desenvolvida, substancialmente, na doutrina e jurisprudência constitucional alemã do Segundo Pós-Guerra, significando, em síntese, que tais direitos operam, simultaneamente, como “direitos subjetivos” e como “elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade”.⁵⁹ Explicitando o ponto, Gomes Canotilho caracteriza a perspectiva subjetiva “quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade”,⁶⁰ ao passo que,

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-33.

⁵⁸ V., nesse sentido, dentre tantos: WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e dos desastres)*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

⁵⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Tradução da 20.ed. alemã). Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 228-244.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1242.

na sua perspectiva objetiva, se tem em vista o significado dos direitos fundamentais para toda a coletividade, para o interesse público, em suma, para a vida comunitária”.⁶¹

É nesse sentido que, doravante, serão tecidas algumas considerações sobre a dupla dimensão (perspectiva) subjetiva e objetiva do direito fundamental a um desenvolvimento sustentável, iniciando-se pela primeira.

3 O direito fundamental a um desenvolvimento sustentável na sua dupla dimensão subjetiva e objetiva

O reconhecimento da perspectiva subjetiva do direito fundamental ao meio ambiente não enfrenta maiores resistências doutrinárias no cenário brasileiro, não obstante algumas vozes dissonantes. O fundamento para tal reconhecimento pode ser extraído diretamente do teor literal do *caput* do art. 225 da CF, de acordo com o qual “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Nesse contexto, de acordo com lição de Gomes Canotilho, “só o reconhecimento de um direito subjetivo ao ambiente permitirá, em termos jurídico-constitucionais, recortar o ambiente como bem jurídico autônomo não dissolvido na proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente relevantes”⁶². Além disso, — segundo Pereira da Silva — a consideração do direito à proteção ambiental como um direito subjetivo, em rigor, um conjunto de posições jurídico-subjetivas, significa que os particulares (e mesmo o Estado) possam fazer valer essas suas posições jurídicas em face do poder público e daquele que degrada o ambiente, estabelecendo-se uma relação jurídica multilateral entre a Administração, o poluidor e o privado que é lesado no seu direito fundamental.⁶³ Ainda conforme o autor, há diferença entre a tutela objetiva do bem ambiental e a sua proteção jurídica subjetiva, decorrente da existência de um “domínio individual constitucionalmente protegido de fruição ambiental”, que protege o seu titular de agressões ilegais provenientes de entidades públicas (e privadas).⁶⁴

A ideia subjacente ao conceito de direito subjetivo está, portanto, vinculada à possibilidade, assegurada pela ordem jurídica, do titular de um direito fundamental de “impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”, o que caracteriza uma relação trilateral formada entre titular do direito, objeto e destinatário do direito.⁶⁵

A exigibilidade, inclusive e especialmente pela via judiciária, é, portanto, elemento essencial atrelado à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, o que não quer dizer que a noção de direito subjetivo se restrinja à apenas uma forma de manifestação. Pelo contrário, como já antecipado no capítulo anterior, cada direito fundamental, compreendido na sua perspectiva subjetiva, em sentido amplo, se decompõe em um conjunto maior ou menor de posições subjetivas que se distinguem especialmente quanto ao seu objeto, podendo, outro sim, ter uma exigibilidade mais ou menos intensa, a depender do caso.⁶⁶

É nesse sentido que se assume como mais adequado do ponto de vista da dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais e sua compatibilidade substancial com o direito constitucional positivo brasileiro, uma

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1242.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-33.

⁶³ PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p.104.

⁶⁴ PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 95.

⁶⁵ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

⁶⁶ Cf., por todos, SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 116.

classificação das posições subjetivas associadas também e especialmente com um direito a um desenvolvimento sustentável, em dois grandes grupos, os direitos subjetivos de caráter negativo (direitos de defesa) e os direitos de natureza positiva (direitos a prestações). No primeiro caso, cuida-se de posições subjetivas cujo objeto (aquilo que se busca seja reconhecido e imposto judicialmente) consiste na abstenção por parte do destinatário (polo passivo da relação trilateral) de intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental, ao passo que, no caso dos direitos a prestações, o objeto consiste na imposição de obrigações de natureza positiva, desdobrando-se, por sua vez, em dois subgrupos, designadamente os direitos subjetivos a prestações fáticas e direitos a prestações normativas⁶⁷.

Resulta evidente que qualquer direito fundamental, ainda mais em se tratando de um direito tão transversal e multidimensional quanto o direito ao desenvolvimento sustentável, se situa num contexto marcado pela coexistência de outros direitos e interesses constitucionalmente reconhecidos e protegidos, existindo, inclusive, situações nas quais entram em choque manifestações objetivas e subjetivas de um mesmo direito, como entre o pilar econômico e ambiental ou entre este e o social, e assim por diante.

É nesse contexto — mas não só — que assume relevo a assim chamada dimensão ou perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Na sua dimensão objetiva e na esteira dos desenvolvimentos operados no âmbito do direito constitucional alemão, os direitos fundamentais constituem:

[...] função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.⁶⁸

Nesse contexto, para Gomes Canotilho “[...] uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão relacionados com qualquer titular concreto.”⁶⁹ A partir da dimensão objetiva foram reconhecidas outras funções dos direitos fundamentais, vinculando todos os atores estatais, que legitimam e mesmo exigem controle das ações e omissões do poder público no que diz ao seu dever de proteção dos direitos fundamentais, sem que esteja em causa, diretamente, a satisfação de um direito subjetivo, como ocorre, aliás, em relação ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Foi, portanto, superada a concepção de que os direitos fundamentais seriam apenas garantias negativas, porquanto, mediante o reconhecimento de uma dimensão objetiva, foram adicionados efeitos jurídicos autônomos, que, em síntese, consistem, basicamente, em três funções: a) um dever de interpretação de toda a ordem jurídica em conformidade com os direitos fundamentais e os valores que expressam e traduzem; b) a vinculação de todos os atores estatais, isenta de lacunas, a deveres expressos e mesmo implícitos de proteção dos direitos fundamentais, resultando num dever de atuação destinada a assegurar aos direitos níveis suficientes de efetividade; c) o dever, vinculado aos deveres de proteção, de criar e garantir organizações e procedimentos adequados ao cumprimento dos deveres de proteção, assim como o de assegurar a participação (e controle) da cidadania na esfera organizacional e procedimental⁷⁰.

O reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, contudo, como já referido, não afasta a sua dimensão subjetiva, mas a complementa e reforça, implicando, de outra parte, uma ampliação do próprio leque de posições subjetivas associadas a cada direito.

No caso do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, o que pode (e deve) ser estendido ao

⁶⁷ Cf. por todos, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1994. p. 403.

⁶⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 151-152.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1238.

⁷⁰ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.151 ss.

direito a um desenvolvimento sustentável, isso significa, como novamente expõe Gomes Canotilho, que, paralelamente a um “direito ao ambiente”, situa-se um “direito à proteção do ambiente”, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).⁷¹ Na mesma perspectiva, Ferreira Mendes destaca que o dever de proteção do Estado toma a forma de dever de evitar riscos, autorizando o Poder Público a atuar em defesa do cidadão mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico⁷².

Embora o modo de o Estado levar a efeito os seus deveres de proteção não esteja, em regra, estabelecido de modo detalhado numa constituição, de tal sorte que os órgãos estatais dispõe de ampla margem de conformação e discricção, existem diversos instrumentos para tanto, como é o caso da criminalização de condutas que violam o meio ambiente (normas de direito penal), pelo recurso ao direito administrativo sancionatório e à responsabilidade civil do Estado e dos particulares, atos administrativos, atividade regulatória, mecanismos processuais, dentre outros que poderiam ser colacionados neste artigo.⁷³

Para além disso, cabe ao Estado a criação e execução de políticas públicas, como ocorre com a elaboração e aperfeiçoamento da legislação protetiva do ambiente, especialmente no tocante à concretização das exigências de um desenvolvimento sustentável, mas também mediante a adoção de medidas de controle e fiscalização de ações poluidoras do ambiente, criação de unidades de conservação, criação e estruturação de órgãos públicos destinados à proteção do ambiente e até mesmo campanhas públicas de educação e conscientização⁷⁴.

No caso da CF, além da existência de um dever geral de proteção do Estado para com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, sempre em sinergia com um direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, está prevista, em especial no § 1º do artigo 225, uma série de medidas protetivas mais delineadas, que não compõe uma lista fechada, mas assumem caráter meramente exemplificativo⁷⁵, estando aberto a outros deveres necessários a uma tutela abrangente e integral do ambiente, especialmente em razão do surgimento permanente de novos riscos e ameaças à Natureza provocadas pelo avanço da técnica, como é o caso, por exemplo, do aquecimento global⁷⁶.

Restringindo-nos aqui às medidas direta e expressamente atribuídas ao Estado no referido dispositivo constitucional, encontram-se as que seguem: I) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; 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 por meio de lei vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; 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, ao qual se dará publicidade; V) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 188.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 398.

⁷⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 246-247.

⁷⁵ Também no sentido de conferir ao dispositivo do art. 225, § 1º, natureza meramente exemplificativa, e não *numerus clausus*, v. BARROSO, Luís Roberto. “Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 68, 1993.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 253.

do meio ambiente; e VII) 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 à crueldade⁷⁷.

A tais deveres específicos, pode ser acrescido o quadro traçado por Gavião Filho no tocante a um modelo de atuação (negativa e positiva) do Estado: a) recusa da estatização, no sentido de que a tutela do ambiente é uma função de todos, e não apenas do Estado; b) a insuficiência da visão liberal no sentido de que o Estado não se resume a um mero Estado de polícia, confiante na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas; c) a abertura ambiental no sentido de que os indivíduos possam obter do Poder Público todas as informações sobre o ambiente; d) a participação dos indivíduos nas questões relativas à defesa e proteção do ambiente, notadamente no âmbito dos procedimentos administrativos que tratam das questões ambientais; e) o associacionismo ambiental no sentido de que a sociedade, regularmente organizada, possa valer-se dos instrumentos da democracia para exercer pressão sobre o legislador e o administrador em relação às questões ambientais, inclusive por intermédio de ações para a preservação e reparação de ações ou omissões estatais ou privadas lesivas ao ambiente.⁷⁸

Embora o dever geral de proteção do Estado e os deveres específicos, expressa e/ou implicitamente impostos pela CF acima colacionados, tenha sido substancialmente desenvolvido para a proteção do meio ambiente, não restam dúvidas de que ao mesmo tempo e sem prejuízo de outros deveres e medidas, tanto extraídas da CF quanto do bloco de constitucionalidade (contemplando, dentre outros, os tratados de direitos humanos gerais e os dedicados à proteção do ambiente), mas também da legislação infraconstitucional e da jurisprudência, servem também a salvaguarda — proteção e promoção — do direito ao desenvolvimento sustentável, eis que indissociável da pauta da proteção do ambiente, que, por sua vez, assim como se dá com o desenvolvimento sustentável, não pode ser compreendida senão em conjunto com os demais eixos da sustentabilidade, designadamente o social, econômico e político.

Outro desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, diretamente associado aos deveres de proteção, diz respeito ao fato de que um dos meios mais eficazes de dar concretude aos deveres consiste na criação e constituição de órgãos, organizações (ou instituições) estatais (ou mesmo não estatais) e de procedimentos adequados para tanto, o que, além disso, permite, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, que se extraiam consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie a efetivação da proteção aos direitos fundamentais.⁷⁹

Também não existe um elenco previamente estabelecido e fechado de possibilidades, das quais, inclusive, algumas já foram supracitadas. Além disso, merece destaque que, uma vez criados e estruturados determinados órgãos e procedimentos e comprovada a efetividade de sua atuação protetiva, estes estarão protegidos, do ponto de vista jusfundamental, em relação a medidas que os venham eliminar ou esvaziar. Portanto, aqui também é possível o controle judicial e a declaração da ilegitimidade constitucional de eventuais retrocessos.

Apenas para ilustrar o ponto com um exemplo singelo, não nos parece possível sequer imaginar que seja possível extinguir a ação civil pública sem a sua substituição por outro instrumento similar e igualmente eficaz, sem que com isso se estivesse a violar, frontalmente, os deveres de proteção estatal para com o ambiente e outros bens jurídicos tutelados pela referida ação constitucional. O mesmo pode ser afirmado em relação à eventual tentativa de extinção do CONAMA ou de erosão de seu poder regulatório e de sua autonomia e independência.

Outro aspecto crucial a ser lembrado e reenfatizado refere-se ao fato de que os deveres de proteção vinculam todos os atores estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), sempre no âmbito e na medida de

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 252-253.

⁷⁸ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24-25.

⁷⁹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 164-165.

suas competências e atribuições, proibindo, categoricamente, tanto a omissão na sua concretização quanto a tomada de medidas insuficientes, no sentido de inadequadas e ineficazes para dar conta da realização de tais deveres. É justamente nesse sentido que assume relevo a categoria usualmente designada de proibição de proteção insuficiente, que, embora também oriunda do constitucionalismo germânico, encontra-se largamente recepcionada pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do STF inclusive em matéria ambiental e associada ao princípio e dever de sustentabilidade⁸⁰.

De modo sumário, e para fechar este segmento do texto, a proibição de proteção insuficiente corresponde a uma espécie de dupla face do Princípio da Proporcionalidade, no sentido de que este não apenas exige (embora seja esta a sua função originária e principal) que toda e qualquer intervenção restritiva no âmbito de proteção dos direitos fundamentais esteja de acordo com os seus critérios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em suma, a proibição de um excesso de intervenção), mas também serve de parâmetro para o controle judicial da legitimidade constitucional de omissões e ações do Estado em relação à realização de seus deveres de proteção⁸¹.

Finalmente, é de se referir (de modo a não deixar a impressão de ignorância relativamente ao ponto) que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, também de um direito fundamental a um desenvolvimento sustentável, guarda estreita relação com o reconhecimento de deveres fundamentais, que, diferentemente dos deveres de proteção do Estado, são atribuídos, expressa ou implicitamente, de modo conexo ou autônomo em relação aos direitos, aos particulares, seja numa perspectiva individual, seja numa dimensão coletiva (transindividual).

Cuida-se, contudo, de tema que não poderá ser desenvolvido neste artigo, seja pelo foco do presente texto, seja em virtude de sua complexidade, que recomenda um enfrentamento mais detido em outra oportunidade.

4 Considerações finais

Apesar de não expressamente previsto como tal, a CF, na perspectiva de uma compreensão sistemática consagra um direito fundamental (ademais de dever) implícito a um desenvolvimento sustentável (Preâmbulo e arts. 1º, inc. III; 3º, inc. II; 5º, § 2º; 170; 225), ademais de se tratar de um princípio previsto em Tratados e Convenções Internacionais, por sua vez integradas à ordem jurídica brasileira.

Além disso, é de se recuperar o fato de que, a exemplo dos demais direitos fundamentais, o direito a um desenvolvimento sustentável apresenta uma dupla dimensão subjetiva e objetiva.

De acordo com a primeira, o direito ao desenvolvimento sustentável pode ser invocado, na condição de um direito subjetivo em sentido amplo (decodificado em diversas posições subjetivas de natureza negativa e positiva), por pessoas naturais, pessoas jurídicas, Estado e Organizações Internacionais, ademais de entes despersonalizados, em face de pessoas naturais, jurídicas, Estados e Organizações Internacionais, na condição de destinatários (sujeitos passivos).

No âmbito de sua perspectiva objetiva, por sua vez, o direito ao desenvolvimento sustentável implica, para todos os órgãos estatais, um dever vinculativo de proteção geral, ademais de deveres de proteção específicos, que devem ser concretizados mediante um conjunto de ações de natureza diferenciada (incluindo a proteção penal, responsabilidade civil, direito sancionatório, poder de polícia, organização e procedimento,

⁸⁰ STF, ADI 4.988/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.09.2018; STF, ADI 4.901/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2018.

⁸¹ Sobre o tema, v. por todos, SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p.416.

entre outros), mas dotadas da necessária eficácia e efetividade, pena de violação do princípio da proibição de proteção insuficiente, acionando, em tal caso, os mecanismos corretivos e sancionatórios correspondentes.

De especial relevância é o fato de que o direito ao desenvolvimento sustentável pressupõe e implica o respeito, proteção e promoção conjunta e harmônica da dignidade da pessoa humana e da vida e natureza não humanas, no sentido de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ademais de um desenvolvimento e progresso econômico e social que os sustente e assegure, tudo no contexto de uma boa governança.⁸²

Em suma, é possível afirmar que um desenvolvimento que não respeite e assegure tais premissas não é sustentável, devendo se dar, contudo, no âmbito e com o devido respeito às diretrizes de um Estado Democrático Social e Ecológico de Direito, que exige uma perspectiva de atuação holística e que coordene e coloque em uma relação de equilíbrio possível tanto a satisfação das necessidades e valores basilares do ser humano, quanto os da vida não humana e da natureza como um todo.⁸³

Muito embora se saiba (para não transmitir uma postura ingênua e mesmo inocente) das extremas dificuldades de toda natureza (social, econômica, política, cultural etc.) para a concretização em termos satisfatórios e globais do direito ao desenvolvimento sustentável, podemos acompanhar as vozes que já denunciam que, se essa missão não for levada a sério e priorizada, nada assegura que venhamos a ter um futuro que se possa considerar digno de ser vivido.

⁸² Importante lembrar que Jeffrey Sachs elenca como pilares do desenvolvimento sustentável, além da inclusão social, da tutela ambiental e do desenvolvimento econômico, também a boa-governança SACHS, Jeffrey. *The Age of Sustainable Development*. New York: Columbia University Press, 2015. p. 14 o que parece essencial para a concretização do desenvolvimento com sustentabilidade a fim de atender perspectivas intrageracionais e intergeracionais. Aliás, esse novo conceito de desenvolvimento sustentável, devidamente ampliado, resta estampado na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. São os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: 1. Erradicação da pobreza – acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2. Fome zero e agricultura sustentável – acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar – assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4. Educação de qualidade – assegurar a educação inclusiva, e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5. Igualdade de gênero – alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6. Água limpa e saneamento – garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos; 7. Energia limpa e acessível – garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos; 8. Trabalho de decente e crescimento econômico – promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos; 9. Inovação infraestrutura – construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação; 10. Redução das desigualdades – reduzir as desigualdades dentro dos países e entre eles; 11. Cidades e comunidades sustentáveis – tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis – assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima – tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos; 14. Vida na água – conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares, e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15. Vida terrestre – proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da Terra e deter a perda da biodiversidade; 16. Paz, justiça e instituições eficazes – promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17. Parcerias e meios de implementação – fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável; UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Acesso em: 10 jul. 2020. Aliás, o recém publicado *Relatório 2020 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas* deixa claro que o mundo está progredindo, todavia de modo inconstante e insatisfatório, para alcançar os 17 ODS previstos na Agenda 2030. Embora se constate uma evolução em alguns índices como saúde materna e infantil, no acesso à energia elétrica e um maior empoderamento da mulher, de outro lado, houve um alarmante aumento na insegurança alimentar, na deterioração do meio ambiente natural (evolução das poluições, dos desmatamentos e das queimadas) e no crescimento das persistentes e generalizadas desigualdades. UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals Report 2020*. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/sustainable-development-goals-report-2020>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁸³ Importante grifar que em todas as eras de globalização, para que estas ocorressem, a tecnologia, a geografia e as instituições tiveram um papel essencial de acordo com Jeffrey Sachs. Neste sentido, ver: SACHS, Jeffrey. *The Ages of Globalization: Geography, Technology and Institutions*. New York: Columbia University Press, 2020.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1994.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento - Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-umanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. “Proteção do meio ambiente na Constituição brasileira”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 2, 1993.
- BOSELTMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 18 out. 2020.
- BULLARD, Robert D. *Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality*. 2nd ed. Boulder: Westview Press, 1994.
- CANNON, Jonathan Z. *Environment in the Balance: the Green Movement and the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. *Cadernos Democráticos*, Lisboa, Gradiva, n. 71998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARSON, Rachel. *Silent Spring*. Boston: Houghton Mifflin, 1962.
- DUNLAP, Riley; VAN LIERE, Kent. The New Environmental Paradigm: a Proposed Measuring Instrument and Preliminary Results. *Journal of Environmental Education*, Madison, v. 9, n. 4, p. 10-19, 1978.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (ed.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz – Universidad Libre, 2019.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Cambridge: Polity Press, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRUNDY, Kerry James. Sustainable management: a sustainable ethic. *Sustainable Development*, New Jersey, v. 5, n. 3, p. 119-229, Dec. 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (Tradução da 20.ed. alemã). Porto Alegre: SAFE, 1998.
- KAHL, Wolfgang (Hrsg.). *Nachhaltigkeit als verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEOPOLD, Aldo. *A Sand County Almanac: With Essays on Conservation Form Round River*. New York: Ballantine Books, 1966.
- MEADOWS, Donella H; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS, Jorgen; BEHRENS III, William W. *Limites do crescimento*. São Paulo: Editora Perspectiva AS, 1973.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETERLE, Selma Rodrigues. *Animais não-humanos e a vedação de crueldade: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural*. Canoas: Editora Unilasalle, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.
- RELATÓRIO NOSSO FUTURO COMUM (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento). 2. ed. São Paulo: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- SACHS, Jeffrey. *The Age of Sustainable Development*. New York: Columbia University Press, 2015.
- SACHS, Jeffrey. *The Ages of Globalization: Geography, Technology and Institutions*. New York: Columbia University Press, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SIMON, Farith. La Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución ecuatoriana. In: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; Rubén MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (ed.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Grupo de

- Investigacion en Estudios Constitucionales y de la Paz – Universidad Libre, 2019
- SOUZA, Mônica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011.
- THIEFFRY, Patrick. *Droit Européen de L'Environnement*. Paris: Éditions Dalloz, 1998.
- THOREAU, Henry David. *Walden, or Life in the Woods and on the Duty of Civil Disobedience*. New York: New American Library, 1962.
- THOREAU, Henry David. *Walden, or life in the woods and on the duty of civil disobedience*. New York: New American Library, 1962.
- THOREAU, Henry David. *Walking*. Red Wing: Cricket House Books, 2010.
- UNITED NATIONS. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>. Acesso em: 01 jul. 2015.
- UNITED NATIONS. *Rio Declaration on Environment and Development*. Rio de Janeiro, 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>. Acesso em: 01 jul. 2015.
- UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals Report 2020*. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/sustainable-development-goals-report-2020>. Acesso em: 10 jul. 2020
- UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública (de acordo com o direito das mudanças climáticas e dos desastres)*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our common future: Brundtland report*. Oxford; New York: Oxford University Press, 1987.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

El derecho humano al agua y al saneamiento

The human right to water and sanitation

Belén Burgos Garrido

El derecho humano al agua y al saneamiento*

The human right to water and sanitation

Belén Burgos Garrido**

Resumen

A pesar de movernos en un contexto de cambio climático y tratarse el agua de un elemento esencial para la supervivencia de todos los seres vivos siendo el sustrato previo para el desarrollo de otros derechos (como el derecho a la vida, derecho a una alimentación adecuada, derecho a la salud o derecho al trabajo) lo cierto es que el derecho al agua y al saneamiento no se haya reconocido, ni con carácter de mínimos, en diversos textos constitucionales, lo que a nuestro juicio resulta muy paradójico. La finalidad de esta investigación es llamar la atención sobre esta cuestión a la par que poner de manifiesto una tendencia positivista de este derecho que comienza a reconocerse en diversos textos jurídicos, incluso de corte constitucional, y, en definitiva, defender la necesidad de intervención por parte de los poderes públicos en esta materia.

Palabras clave: Derechos humanos. Agua. Saneamiento. Medioambiente. Cambio climático. Seguridad hídrica. Justicia intergeneracional.

Abstract

Despite we are in a context of climate change, water being an essential element for the survival of all living beings and a prior base for the development of other rights (such as the right to life, the right to adequate food, the right to health or the right to work) the truth is that the right to water and sanitation has not been recognized, even as a minimum, in various constitutional texts, which in our opinion is very paradoxical. The purpose of this research is to draw attention to this issue at the same time as to highlight a positivist tendency of this right that is beginning to be recognized in various legal texts, including constitutional ones, and, ultimately, to defend the need for intervention by part of the public powers in this matter.

Keywords: Human rights. Water. Sanitation. Environment. Climate change. Water security. Intergenerational justice.

1 Introducción: el problema de la carencia de agua

El agua es un elemento químico crucial para la supervivencia de todos los seres vivos, sin cuya existencia, no sería posible la producción de alimento

* Autor convidado

** Profesora del Departamento de Derecho Administrativo da Universidad de Granada, España. E-mail: belenburgos@ugr.es

ni la conservación de los ecosistemas medioambientales.¹ Sin embargo, se trata de un recurso limitado. En este sentido, se habla de la necesidad de mantener la *seguridad hídrica*, que se define como la provisión de agua en cantidad adecuada y en una calidad aceptable para la salud, el bienestar humano y el desarrollo socio-económico para lograr la producción de bienes y servicios y garantizar la conservación de los ecosistemas². Asimismo, sobre la importancia de mantener la seguridad hídrica, la Asociación Mundial para el Agua pone de relieve que:

Un mundo con seguridad hídrica es vital para construir un futuro mejor: un futuro en el cual exista suficiente agua para el desarrollo económico y social y para los ecosistemas. [...] Es un mundo donde todas las personas tienen suficiente agua segura y a un precio accesible para llevar una vida limpia, sana y productiva. [...] Un mundo donde la seguridad hídrica esté garantizada reduce la pobreza, promueve la educación y aumenta el nivel de vida. Es un mundo donde existe una mejor calidad de vida para todos, especialmente para los más vulnerables³.

En definitiva, podemos afirmar que el agua es un recurso estratégico básico o de primer orden, por ello, resulta llamativo que, a pesar de ser imprescindible tanto para la vida como para el desarrollo de diversos sectores como el agrario, energético, turístico, industrial o económico⁴, su conceptualización como derecho humano no se haya producido hasta tiempos muy recientes.

Asimismo, actualmente asistimos a un panorama mundial donde el cambio climático ha provocado, la agudización y extensión, tanto espacial como temporal, de eventos de sequía y escasez hídrica junto con fuertes inundaciones⁵. Consecuentemente, sus impactos son cada vez más notables⁶ y ha aumentado la

¹ En este sentido, la Comisión Europea ha cuantificado las cifras de agua que se requieren para la producción de distintos alimentos, así, por ejemplo, se necesitan alrededor de 16.000 litros de agua para producir 1 kg. de carne de vacuno, 140 litros para una taza de café y 900 litros para 1 kg. de maíz. COMISIÓN EUROPEA. *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*. 2010. Disponible en: https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/water_scarcity/es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

² Sobre el concepto de seguridad hídrica *vid.* GÓMEZ, C. M. La seguridad hídrica como envolvente. DELACÁMARA, G.; DÍEZ, J. C.; LOMBARDO, F. (coord.). *Libro Blanco de la economía del agua*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2017.; BURGOS GARRIDO, B.: "La ciudad y el reto de la seguridad hídrica", artículo defendido en el XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2020, [en prensa].

³ AIT-KADI, M.; LINCKLAEN ARRIENS, W. T. *Aumentar la seguridad hídrica, un imperativo para el desarrollo*. Estocolmo: Asociación Mundial para el agua, 2009. p. 1. Disponible en: https://www.gwp.org/globalassets/global/toolbox/publications/perspective-papers/perspectives-paper_water-security_spanish.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

⁴ Tal y como se afirma en el Libro Blanco de la Economía del Agua de 2017, las conexiones entre la economía, el bienestar de la sociedad y el agua son indiscutibles. En esta obra participan los Premios Nobel de Economía: Kydland, Akerlof y Tirole, y el Premio Nobel de la Paz 2007 Mohan Munasinghe, así como los relatores especiales de la ONU para los derechos humanos al agua y el saneamiento. Dichos autores concluyen que la crisis del agua es una crisis de gobernanza y se destaca la gran relevancia de adoptar políticas públicas para su gestión. DELACÁMARA, G.; DÍEZ, J. C.; LOMBARDO, F. (coord.). *Libro Blanco de la economía del agua*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2018.

⁵ Diversos documentos y programas así lo evidencian. Así, en el Pacto de París sobre el agua y la adaptación al cambio climático en las cuencas de los ríos, lagos y acuíferos, de 2 diciembre de 2015, se pone de manifiesto que "el cambio climático ya afecta y afectará cada vez más la cantidad y calidad del agua dulce continental y los ecosistemas acuáticos, especialmente mediante la intensidad y la frecuencia creciente de los eventos hidrológicos extremos tales como las inundaciones y las sequías, así como la subida del nivel de los océanos, que amenazan el desarrollo económico y social y el medio ambiente." Por otra parte, en el Informe del Secretario General E/2018/64, de 10 de mayo de 2018, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018 atestigua que en 2017 la temperatura media se situó 1,1° C por encima de los niveles preindustriales. Precisamente, en relación con el aumento de las temperaturas, de acuerdo con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, la elevación entre 1,5° C y 2,5° C, incrementa entre un 20 % y un 30 % el riesgo de extinción de las especies animales y vegetales. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Adaptación al cambio climático en Europa: Opciones de actuación para la EU*. Bruselas: Comisión Europea, 2007. p. 4. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0354&from=ES> Acceso en: 4 nov. 2020. Y, relacionando el tema de las temperaturas con el agua, según la Comisión Europea se ha demostrado que, si las temperaturas se incrementan entre 2 y 3° C ello desencadenará la escasez de agua para entre 1.100 y 3.200 millones de personas, lo que supondría una auténtica catástrofe a nivel mundial. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*. 2007. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/eu/agua/legislacion/COM_414_2007_tcm35-215439.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

⁶ Sobre los impactos que las sequías pueden provocar *vid.* HERNÁNDEZ MORENO, E. *Protocolos de Actuación en Sequías*. 2008. Disponible en: https://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cajaAzul/20S5-P3-Enrique_HernandezACC.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

carencia de este recurso esencial. A nivel global contamos con números ejemplos donde la escasez hídrica se ha revelado como un auténtico problema, como son los casos de: Somalia en 2010-2011 (declarando la ONU a este país en situación de hambruna), Australia, entre 1997-2010 (con la conocida popularmente como *Big Dry* o Sequía del Milenio)⁷, o California donde se ha sufrido un período de sequía muy intenso entre 2011-2016 (ocasionando daños económicos por valor de 60.000 millones de dólares)⁸. Por lo que respecta a Europa, los episodios de sequía y su gravedad se han intensificado desde la década de los 80 con un coste estimado de 100.000 millones de euros en los últimos treinta años⁹.

En cuanto al contexto en España, de conformidad con el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC), aprobado en 2006, “los recursos hídricos sufrirán en España disminuciones importantes como consecuencia del cambio climático.” Se señala que:

Para el horizonte de 2030, simulaciones con aumentos de temperatura de 1° C y disminuciones medias de precipitación de un 5% ocasionarían disminuciones medias de aportaciones hídricas en régimen natural de entre un 5 y un 14%. Para 2060, simulaciones con aumentos de temperatura de 2,5° C y disminuciones de precipitación de un 8% producirían una reducción global media de los recursos hídricos de un 17%. Estas cifras pueden superar el 20 a 22% para los escenarios previstos para final de siglo.¹⁰

Por este motivo, el agua se ha convertido en una preocupación de índole mundial con especial incidencia en los países en desarrollo y aquellos con climas secos. En este sentido se habla de “derecho del desarrollo sostenible”, expresión que

Muestra ese vínculo estrecho entre la problemática medioambiental y la problemática de desarrollo de los Estados, con un punto de vista de protección de los derechos humanos (derecho a la alimentación, derecho al agua, derecho a vivir en un ambiente sano).¹¹

Así, en la Declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible, Río +20, de 19 de junio de 2012, en su apartado 190, se ha destacado la especial vulnerabilidad de los países en desarrollo a los efectos adversos del cambio climático, entre ellos, sequías persistentes y fenómenos meteorológicos extremos, fenómenos “que amenazan todavía más la seguridad alimentaria y las medidas para erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible.” Concluyendo que “la adaptación al cambio climático representa una prioridad mundial inmediata y urgente.” Y, en su apartado 205, resalta que “la desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una dimensión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo.”

Asimismo:

Existe un reconocimiento unánime por parte de la doctrina de que el deterioro ambiental puede significar la violación de una serie de derechos fundamentales como la vida, la salud, el derecho al agua y al saneamiento, a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la vida privada y familiar, a la libre

⁷ Sobre cómo este evento suscitó la revisión de derechos históricos sobre el agua *vid.* ARANA GARCÍA, E. Régimen jurídico de las sequías: planificación y prevención de sus efectos. *In:* ARANA GARCÍA, E. (ed.). *Riesgos naturales y derecho: una perspectiva interdisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 299-332. p. 300.

⁸ Sobre la sequía en California *vid.* GLEICK, P. H. The California Drought: implications for different economic sectors from 2012 to 2015. Paper presentado al Noveno Fórum Rosenberg sobre Política del Agua, Panamá, 2016.; PULIDO VELÁZQUEZ, M.; ESCRIVÀ-BOU, A. Cinco lecciones de la sequía en California. *Iagua on line*, 2016. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/manual-pulido/5-lecciones-sequia-california> Acceso en: 04 nov. 2020.

⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*. 2010. Disponible en: https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdfs/factsheets/water_scarcity/es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020. p. 2.

¹⁰ ESPAÑA. Ministerio de Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático: marco de referencia para la coordinación entre las Administraciones Públicas en las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático*. 2006. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/pna_v3_tcm7-12445_tcm30-70393.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

¹¹ TRIGEAUD, L. Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París. *In:* JIMÉNEZ GUANIPA, Henry; TOUS CHIMÁ, Javier (coord.). *Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*. Colombia: Ántropos, 2017. p. 299-332. p. 128.

determinación e incluso a la propiedad.¹²

Todo lo expuesto justifica el acuciante interés suscitado en el legislador por la temática hídrica, así como la necesidad de intervención por parte de los poderes públicos.¹³ Así, en los últimos años, comienzan a surgir voces que “reclaman al Estado sus responsabilidades respecto al clima. En virtud del deber del Estado de proteger a la población, este debe responder ante la ciudadanía de su inacción o de sus acciones ineficaces en materia climática.”¹⁴ En nuestra opinión, una de esas responsabilidades de los Estados respecto al clima lo constituye, sin duda, el reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento su adecuada protección.

2 Antecedentes en los textos internacionales del derecho humano al agua.

Para empezar, fue la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, adoptada en Estocolmo en 1972, y conocida como Cumbre de la Tierra de Estocolmo, la primera gran conferencia que se organizó sobre cuestiones medioambientales, y que resaltó la conexión de la protección del medio ambiente con el goce pleno y efectivo de los derechos humanos¹⁵, manifestando, además, en su principio número 2, que

Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

Pero, más específicamente, la génesis del derecho humano al agua la hallamos en un conjunto de conferencias internacionales cuyo objetivo era la puesta en marcha de estrategias para la defensa del medio ambiente y el impulso del desarrollo sostenible. Así, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua celebrada en Mar del Plata en 1977 se enunció por primera vez a nivel mundial el derecho de todas las personas a tener acceso al agua potable en cantidad suficiente, y se puso de manifiesto la necesidad del

¹² RECABARREN SANTIBÁÑEZ, O. El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 2, p. 305-346, 2016. p. 307. En este sentido, el mencionado autor cita como ejemplo a BRUZÓN VILTRES, C.; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional. *Justicia Ambiental*, v. 4, p. 73-92, 2012. p. 77; CARVALHO, E. Ferreira. La contribución del derecho humano a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad. *American University International Law Review*, v. 24, p. 141-180, 2008; SIMÓN, F. La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Persona y Derecho*, v. 63, p. 87-110, 2010. p. 91; SHELTON, D. Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 111-127, 2010. p. 127; LEWIS, B. Environmental rights or a right to the environment? exploring the nexus between human rights and the environmental protection. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, v. 8, n. 1, p. 36-47, 2012. p. 38-40; BORRÀS, S. Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, p. 649-680, 2014. p. 653.

¹³ Esta intervención por parte de los poderes públicos se hace necesaria a todos los niveles, a nivel estatal, de la comunidad Autónoma e incluso por parte de los Entes Locales. Sobre los mecanismos jurídicos que los Entes Locales pueden accionar *vid.* BURGOS-GARRIDO, B. Los municipios frente a las sequías. In: FERNÁNDEZ-ARACIL, J. P. (coord.). *Congreso Nacional del Agua Orihuela: innovación y Sostenibilidad*. Alicante: Universitat d'Alacant, 2019. p. 1579-1591.

¹⁴ TORRE-SCHAUB, M. La sociedad civil hace subir la temperatura: multiplica las demandas colectivas por el cambio climático. *Equal Times*, 2018. Disponible en: <https://www.equaltimes.org/la-sociedad-civil-hace-subir-la-#.XFd67M2CFPY> Acceso en: 04 nov. 2020.; BURGOS-GARRIDO, B. Responsabilidad administrativa de los Entes Locales por falta de mantenimiento o inadecuación de las instalaciones de saneamiento y alcantarillado. In: FERNÁNDEZ-ARACIL, Patricia (coord.). *Riesgo de inundación en España: análisis y soluciones para la generación de territorios resilientes*. Alicante: Universidad de Alicante, 2020. p. 1293-1303.

¹⁵ Así su primer principio expresa que “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.”

seguimiento de los recursos hídricos para el aseguramiento del bienestar de las personas, alentándose a los Estados al establecimiento de políticas y planes orientadas a la satisfacción de las necesidades de agua potable y saneamiento. Esta conferencia dio pie a que el periodo 1981-1990 fuera proclamado como Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, para impulsar el acceso a estos bienes en aquellos lugares que carecían de ello.

Por otra parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, estipula en su art. 14.2.h que los

Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua.

Asimismo, en 1990, con la Declaración sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño, que se resaltó el problema de la mortandad infantil debido a la carencia de agua potable junto a la malnutrición y las enfermedades.

Posteriormente, en 1992, tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en Dublín, en la que se propugnaron 4 principios rectores: 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente. 2. El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles. 3. La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. 4. El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

Seguidamente, en 1994, en el principio segundo del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrado en el Cairo, se afirmó 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 adecuado.” Y poco después, en 1996, la Conferencia de Naciones Unidas sobre asentamientos humanos aprueba el Programa Hábitat se señala la preocupación por la configuración de ciudades bien planificadas lo que implica, entre otras cuestiones, la existencia de viviendas adecuadas, infraestructura y acceso universal a los servicios básicos como el abastecimiento de agua, la energía y el saneamiento.

Además, en el año 2000, con la Declaración del Milenio efectuada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/55/2, se adoptaron los llamados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) dirigidos a evitar la sobreexplotación de los recursos hídricos y lograr su acceso equitativo y adecuado. Entre los cuales se marcaba como finalidad conseguir en 2015 reducir a la mitad la población que no contaba con acceso al agua potable. Igualmente, en la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, adoptada en Bonn en 2001, se considera que para lograr un desarrollo sostenible se requiere la integración de los múltiples usos del recurso con los aspectos sociales, ambientales y económicos.

También es importante señalar aquí la Observación General n° 15 sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) publicada por la ONU en 2002, y que resalta que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Más adelante, en 2006, en el Convenio general sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 relativo a un nivel de vida adecuado y protección social, en su segundo apartado los Estados Partes reconocen “el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad” y se insta a que adopten

Las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su

acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.

Igualmente, en el citado año, la Subcomisión de Promoción y protección de los Derechos Humanos aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. Y en 2007, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), a petición del Consejo de Derechos Humanos, realizó un estudio pormenorizado sobre el alcance y contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento en el que se alcanzó la conclusión de que había llegado el momento de considerar el agua potable y el saneamiento como un derecho humano.

En definitiva, efectuado un análisis cronológico sobre los distintos documentos internacionales en los que se ha ido subrayando la importancia del derecho al agua y al saneamiento, podemos concluir que, si bien el derecho humano al agua no se halla positivizado de forma independiente en los Tratados Internacionales, sus conexiones con otros derechos que sí lo están son más que evidentes¹⁶, y que, de conformidad con Silva Ardanuy,

No obstante, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con 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.¹⁷

Para finalizar, hemos de señalar que, aparte del derecho humano al agua y al saneamiento, la doctrina también se refiere al derecho humano a un medioambiente sano, concepto sin duda relacionado con el anterior y de carácter más global, dado que no sólo alcanza al medio hídrico. Este derecho humano a un medioambiente sano se fundamenta en la conexión entre el sistema económico-productivo y el principio de equidad generacional¹⁸. El núcleo de este principio viene representado por el hecho de que, si bien la generación presente ostenta el derecho a usar la Tierra y sus recursos naturales para satisfacer sus propias necesidades, debe transferir la Tierra a las generaciones futuras en una condición no peor que aquella en la que fue recibida para que las generaciones futuras puedan satisfacer sus propias necesidades; cuestión que es aplicable tanto a la diversidad de los recursos como a la calidad del medio ambiente.¹⁹²⁰ En nuestra opinión, entendemos aplicable este principio al tema que nos ocupa²¹.

¹⁶ Promotion and protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to development. Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, 1 of July 2009. UNITED NATIONS. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/promotion-and-protection-of-all-human-rights-civil-political-economic-social-and-cultural-rights-including-the-right-to-development.html> Acceso en: 04 nov. 2020.

¹⁷ SILVA ARDANUY, F. M. El derecho al agua posible. Dimensión social del derecho al agua y al saneamiento. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 1, p. 75-95, 2013. p. 76.

¹⁸ HAMILTON, C. Ecologically Sustainable Development: implications for governance in Australia. *Canberra Bulletin of Public Administration*, n. 69, 1992. p. 65.

¹⁹ BROWN WEISS, E. Intergenerational equity. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

²⁰ A mayor abundamiento sobre el principio de equidad generacional *vid.* PALOMBINO, G. La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible? *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, año 17, n. 33, ene./jun. 2020. Disponible en: <https://www.ugr.es/%7Eredce/REDCE33/ReDCEsumario33.htm> Acceso en: 04 nov. 2020.

²¹ Como apunta Häberle “En el nivel presente de desarrollo del «Estado constitucional», la interpretación científico-cultural del derecho constitucional ha llevado a muchas formas evidentes, y disfrazadas, de «derecho constitucional generacional»: desde los preámbulos que insinúan la protección generacional por medio de los objetivos educacionales y las cláusulas para la protección medioambiental, hasta los textos relativos a la salvaguarda los bienes culturales y naturales, o respectivamente el patrimonio cultural, así también como la protección de los ancianos y de los jóvenes. Un grado dosificado de «derecho constitucional generacional» diferenciado es una expresión normal de la fase de crecimiento del actual Estado constitucional. En este contexto, se busca un punto de equilibrio entre la libertad de la generación actual y las obligaciones concernientes a los intereses de futuras generaciones. La «protección generacional» prueba ser un verdadero problema material para la constitución, [...] Además, debería existir una competición productiva para la mejor implementación de justicia intergeneracional en las constituciones, más allá de los límites europeos. Todavía resta advertirse si la superposición de las escalas de tiempo mencionadas deben ser complementadas por un extensivo gasto territorial, excediendo los Estados de derecho. Dicho gasto territorial implicaría un “contrato generacional mundial”, uniendo todos

3 El reconocimiento constitucional del derecho al agua y sus conexiones con otros derechos constitucionales.

Por lo que se refiere a nivel constitucional español, hemos de decir que, aunque si bien nuestra Magna Carta reconoce el derecho al medio ambiente en su art. 45 CE, y podemos entender la misma como un elemento del medio ambiente, sin embargo, específicamente el derecho al agua no goza de un encuadre constitucional de forma autónoma. No obstante, diversos autores, con los que estamos de acuerdo, defienden que podemos entenderlo implícitamente comprendido en otros derechos. Así, de conformidad con la Observación nº 15 apuntada, el derecho humano al agua consiste en “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico”. Asimismo, según apuntan, Ortega Giménez y López Álvarez²²

El agua es indispensable para el desarrollo de una vida digna siendo el sustrato previo para la realización de otros derechos, por ejemplo, para el derecho a la vida, la producción de alimentos (derecho a una alimentación adecuada), para la higiene (derecho a la salud), para producir medios de subsistencia (derecho al trabajo), para la realización de determinadas actividades culturales (derecho a participar en la vida cultural).

No obstante, entendemos que sería conveniente un mayor reconocimiento del derecho al agua en nuestro texto constitucional, al menos desde el punto de vista del abastecimiento mínimo de agua potable necesario para la supervivencia y cobertura de necesidades básicas y del saneamiento.

No obstante, ciertos Estados sí han dado un paso más allá y han reconocido constitucionalmente el derecho al agua, ello ocurre, por ejemplo, en la Constitución de la República Oriental de Uruguay, que fue reformada expresamente en 1996 y 2004 con esta finalidad,²³ la de Sudáfrica²⁴ o la de México²⁵.

los pueblos y ciudadanos de nuestro planeta azul. Un contrato de este estilo podría llegar celebrarse paso por paso. Las demandas globales para la protección del medioambiente, la naturaleza y la cultura y las varias legislaciones interestatales apuntan en esa dirección. Esto también aclararía la conexión intertemporal entre las generaciones humanas. Y así, la intención de «ciudadanía mundial» de Kant ganaría a dimensión de profundidad en el tiempo, en paralelo a la de espacio”, HÄBERLE, P. Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, n. 87, 2009. p. 33.

²² ORTEGA GIMÉNEZ, A., LÓPEZ ÁLVAREZ, A. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In: MELGAREJO MORENO, J.; MOLINA GIMÉNEZ, A.; ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Agua y derecho, retos para el siglo XXI*. Navarra: Thomson Reuters, 2015. p. 35-50. p. 35-36.

²³ En concreto, la Constitución uruguaya dispone en su art. 47 que: “El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. 1) La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en: a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza. b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas. c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones. d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico. Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto. 2) Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico. 3) El servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales. 4) La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá autorizar el suministro de agua, a otro país, cuanto éste se encuentre desabastecido y por motivos de solidaridad.” Observamos, por tanto, que la Constitución de Uruguay, ha alcanzado un estadio más avanzado constitucionalizando no solo el derecho al agua sino la forma de su gestión al reservar el saneamiento y el abastecimiento a la competencia estatal.

²⁴ Su art. 27.1.b señala escuetamente que: “ Toda persona tiene derecho a b) suficiente comida y agua”.

²⁵ La Constitución mexicana, lo reconoce expresamente en su art. 4 al decir que “ Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.” A mayor abundamiento sobre la misma *vid.* DOMÍNGUEZ SERRANO, J.; FLORES RAMÍREZ, J. En torno al derecho humano al agua. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 32, n. 3, p. 701-704, Sept./Dic., 2017. p. 702, quienes señalan que el establecimiento de este precepto se llevó a cabo para “atenuar las desigualdades y la emergencia de conflictos por el agua.”

Por otra parte, Granados Gálvez²⁶ señala que, si bien pocos Estados latinoamericanos poseen un reconocimiento expreso del derecho humano al agua, lo cierto es que casi todos poseen “una cláusula abierta dentro de sus constituciones que permitiría su protección a través de una lectura amplia de los derechos humanos”, que suele decir que

Los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto, sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana o la dignidad humana, los mismos que pueden ser reconocidos por instrumentos internacionales.

Por ejemplo, estos son los casos de las constituciones de Colombia²⁷ o Perú²⁸. Por su parte, la Constitución Brasileña desde 1988 contiene ciertas normas sobre las relaciones de los tratados internacionales de derechos humanos con el orden jurídico interno brasileño.²⁹

Por lo que se refiere al derecho a la vida, proclamado en el art. 15 de nuestra CE, en la Observación General n° 6 del Comité de los Derechos Humanos de 1982, se subrayó que este derecho también alentaba a los Estados para que adoptaran medidas positivas, para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial acordando acciones para erradicar la malnutrición y las epidemias, medidas que presentan una evidente conexión con el acceso al agua potable y las medidas de higiene.

Por otra parte, por lo que se refiere al derecho a la salud, reconocido en el art. 43 de nuestra Magna Carta, hemos de mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó en su Observación General n° 14 de 2000, sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, que el mismo

Abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.³⁰

Asimismo, el derecho al agua también se ha relacionado con el derecho a la vivienda, reconocido en el art. 47 CE, en cuanto que este elemento posibilita las condiciones necesarias para garantizar una vivienda digna³¹.

²⁶ GRANADOS GÁLVEZ, J. M. *El reconocimiento del derecho humano al agua en los países miembros de la alianza del pacífico y la doctrina del control de convencionalidad*. 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/cursos_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Jonathan_Max_Granados_Galvez_1.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

²⁷ La Constitución de Colombia, señala en su art. 94 que: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” A mayor abundamiento sobre el derecho al agua en la Constitución colombiana *vid.* HOYOS ROJAS, L. M.; CERA RODRÍGUEZ, L. El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año 2, n. 2, p. 141-174, 2013.

²⁸ Por su parte, la Constitución peruana dispone en su art. 3 que: “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

²⁹ Así en la fecha citada se incorporó el artículo 5° párrafo 2°, conforme al cual los derechos y las garantías contenidas en la Constitución no excluyen otros procedentes del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte. Al respecto, Mesquita Ceia comenta que, en sus inicios, el del Supremo Tribunal Federal, adoptó “una postura conservadora, basado en la teoría de la paridad normativa entre tratados y leyes ordinarias, independientemente, independientemente de la materia versada en los tratados.” No obstante, “en 2008, el Tribunal revisó esa posición en virtud de la incorporación del párrafo 3° al artículo 5° de la Constitución, a través de la Enmienda Constitucional N° 45 de 2004. Este párrafo establece que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales. Debido a esta modificación constitucional, el Tribunal pasó a adoptar la teoría del doble estatuto de los tratados internacionales de derechos humanos: aquellos aprobados por el procedimiento previsto en el artículo 5° párrafo 3° detienen jerarquía constitucional y aquellos no aprobados por este procedimiento, jerarquía suprallegal”. MESQUITA CEIA, E. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 4, n. 125, p. 357-383, jul./dic. 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v46n125.a06> Acceso en: 04 nov. 2020.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la Cooperación de Innovación Europea sobre el Agua*. 2012. p. 2. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0216:FIN:ES:PDF> Acceso en: 04 nov. 2020.

³¹ No en vano, precisamente por esta relación defendemos que desde el sector urbanístico se pueden adoptar medidas que influyen

4 El agua como bien de dominio público

El hecho de que el derecho al agua no se encuentre reconocido en nuestra Magna Carta no significa que el legislador español no se haya preocupado de garantizar este recurso, precisamente ello se ha llevado a cabo a través de su declaración como bien de dominio público. No obstante, en nuestro Ordenamiento Jurídico, todas las aguas no siempre han sido entendidas con un bien demanial, sino que su categorización ha ido variando a lo largo de la historia, así en las Leyes de aguas de 1866 y 1879, sólo las aguas superficiales eran consideradas públicas, hubo que esperar hasta la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas para que el legislador ampliase la concepción del dominio público a las aguas subterráneas³² y actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), establece como una de sus premisas básicas la declaración de todas las aguas (superficiales y subterráneas renovables) como bienes de dominio público hidráulico en su art. 2. Por tanto, observamos que la inclusión del agua en esta categoría ha correspondido al legislador ordinario en lugar de al constitucional.

Sin embargo, actualmente, ello encuentra su sustento constitucional en el art. 132 de la CE, ubicado en el Título VII, que lleva por rúbrica Economía y Hacienda, que, por un lado, reserva a la Ley la determinación de los de titularidad estatal al decir, en su apartado primero, que: “la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”; y, por otro lado, atribuye la calificación de dominio público directamente a determinados bienes, al expresar en su apartado segundo que “son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental” de modo que este segundo conjunto de bienes goza de una protección reforzada frente a los primeros.

No obstante, este precepto suscitó ciertas dudas interpretativas que fueron resueltas por el Tribunal Constitucional español en su STC 227/88, de 29 de noviembre, que solventó los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas de 1985 y que declaró, en su fundamento jurídico catorceavo, que la reserva de ley que menciona se refiere a la ley estatal. Además, aclara que debido al verbo utilizado -“son”, en vez de la expresión “pueden ser”-, como la misma reserva absoluta de ley indican no se está refiriendo a bienes específicos o singularmente identificados, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas; Igualmente, señala que

La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así, ante todo, *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso da o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares.³³

en la calidad del servicio de saneamiento. Al respecto *vid.* BURGOS GARRIDO, B.: “Conexiones entre saneamiento y urbanismo en el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía” *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. especial 102/2, dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo “VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)”, junio 2020, CIEMAT, Madrid, 2020, pp. 508-521.

³² Posteriormente, con su reforma por la Ley 46/1999 se permitieron los mercados del agua y se introdujo la posibilidad de realizar contratos de cesión.

³³ Asimismo, la sentencia precisa que “dentro de esta amplia categoría de los bienes demaniales es preciso distinguir entre los singularmente afectados a un servicio público o a la producción de bienes o servicios determinados en régimen de titularidad pública y aquellos otros que, en cuanto géneros, se declaran no susceptibles de apropiación privada en atención a sus características naturales unitarias. En los primeros, la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material. En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es

Por último, señala que

La afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello, tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.^a de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.^a de la Constitución.

En definitiva, el hecho que se entienda en España que el agua en un bien de dominio público no viene impuesto por imperativo constitucional, sino que se trata de una opción del legislador, así lo ha recordado más recientemente la STC 149/2011, de 28 de septiembre, que expresa, en su fundamento jurídico sexto, que el art. 132 CE

No impone, por tanto, el carácter demanial de las aguas, sino que habilita, en todo lo no contemplado por el mismo, un amplio margen para el diseño del dominio público hidráulico hasta el punto de que la propia demanialización de esta categoría de bienes es una opción del legislador.³⁴

5 El orden de preferencia del derecho al agua

Ahora bien, hemos de especificar, que el hecho de que el agua sea un bien de dominio público, no significa que su empleo sea totalmente libre e indiscriminado, sino que su uso se sujeta a ciertas normas administrativas.³⁵ Este orden de preferencia que se contiene en el respectivo Plan Hidrológico de la cuenca corres-

decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la «riqueza del país», en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). Por ello, en el supuesto de la afectación en régimen demanial de un bien singular a un servicio público *stricto sensu*, resulta claro que la titularidad del bien es accesoria a la de la competencia para la gestión del servicio, salvo prescripción expresa en contrario, a lo que no se opone el art. 132.2 de la Constitución. En tales casos tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden ejercer las potestades que les confieren la Constitución (art. 128.2) y los Estatutos de Autonomía, cuando ello implique una afectación de bienes al dominio público, y de acuerdo con las leyes que regulen el régimen jurídico de este último (art. 132.1 de la Constitución). Por el contrario, tratándose del ‘demanio natural’, es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene.”

³⁴ Sobre este punto resultan muy interesantes las apreciaciones de Menéndez Rexach quien comenta que “en España, el agua es un bien público de titularidad estatal, lo que es una garantía (relativa) de su utilización con criterios de solidaridad frente a las tendencias actuales a la territorialización de esas decisiones. Es una paradoja que el derecho al agua no sea un verdadero derecho subjetivo en los nuevos Estatutos de Autonomía que lo proclaman, mientras que sí lo es en las leyes administrativas que, sin reconocerlo expresamente, lo dan por supuesto, al configurar el suministro como un servicio municipal obligatorio.” MENÉNDEZ REXACH, A. El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, p. 187-202, 2012. p. 187.

³⁵ Así se distingue entre aguas públicas y aguas privadas. Por un lado, son aguas públicas todas las que constituyen el dominio público hidráulico que de conformidad con el art. 2 del TRLA, son, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: 1) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación, (esto es importante, porque incluye a las corrientes que desaparecen y resurgen). 2) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. 3) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. 4) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. 5) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Este tipo de aguas, pueden emplearse: bien para usos comunes, de conformidad con el art. 50.1 del TRLA, que establece que: “todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado” o bien, para usos privativos, (de acuerdo con el art. 52.1 TRLA) para lo que será necesario que se ostente ese derecho de uso por disposición legal (art. 54 TRLA) o encontrarse habilitado para su uso por concesión administrativa.

Por otro lado, otro tipo de aguas son las privadas; en relación con esto, hemos de aclarar que con la Ley de Aguas de 1985 todas las aguas pasan al cauce público, no obstante, se estableció un régimen transitorio en sus disposiciones segunda, tercera y cuarta, si bien por razones de espacio y para no desviarnos de nuestro objeto de estudio no podemos detenernos en su análisis.

Para finalizar el tema, relacionado con la determinación de qué aguas se consideran públicas, expone Menéndez Rexach que

pondiente³⁶, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. Si bien ese orden de prioridades debe respetar en todo caso la supremacía del uso del agua destinado para el abastecimiento a la población.³⁷ Por tanto, podemos concluir, que, dentro del derecho al agua, podemos distinguir un núcleo duro del derecho constituido por el derecho al abastecimiento.

6 La proclamación del agua como derecho humano por la ONU

Teniendo en cuenta todo esto, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/64/292, de 28 de julio de 2010, ha afirmado que el derecho al agua potable es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y del resto de derechos humanos, y subraya “la responsabilidad de los Estados de promover y proteger todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y recibir la misma atención” exhortándolos para que faciliten recursos financieros en particular a los países en desarrollo, a fin de proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento. Por su parte, en la Resolución sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y al saneamiento, de 6 de octubre de 2010, aprobada por unanimidad por los 47 Estados miembros del CDH (A/HRC/RES/15/9) se pretende avanzar en la implementación de este derecho humano, y por ello se exhorta a los Estados a que incorporen a sus legislaciones instrumentos adecuados, para el acceso de la población al agua potable segura y los servicios de saneamiento. Y en la Resolución sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, de 23 de septiembre de 2011 (A/HRC/18/L.1) se destaca la necesidad de introducir un enfoque de derechos humanos en relación al agua.

Posteriormente, en su Resolución A/RES/70/1 titulada “transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, que la disponibilidad del agua es uno de los ejes centrales de la nueva Agenda 2030, plasmando el acceso al agua específicamente como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Este elenco de objetivos fue acordado por los líderes mundiales con la finalidad de erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad de las personas. Dentro de ellos, el objetivo número 6 aspira a “garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, para ello, se propugnan un conjunto de metas específicas a consumir antes de 2030.³⁸

precisamente “la demanialización de las aguas como técnica de protección se aprecia con mayor claridad en las aguas subterráneas que en las superficiales. [...] La inclusión de las subterráneas en el dominio público no significa que sean de uso público, sino la reserva al Estado del control del aprovechamiento de estos recursos, que requiere la obtención de la correspondiente concesión administrativa, salvo el derecho de aprovechar hasta 7.000 m³ anuales, que la Ley atribuye directamente”. MENÉNDEZ REXACH, A. El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, p. 187-202, 2012. p. 191. A mayor abundamiento sobre este significado del dominio público de las aguas subterráneas, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A.; DÍAZ LEMA, J. M. *El derecho de aguas en España*. Madrid: MOPU, 1986. t. 1. p. 402-405.

³⁶ Las cuencas hidrográficas pueden ser de dos tipos: intercomunitarias e intracomunitarias. Las primeras, son aquellas que exceden del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Dichos Organismos adoptan la denominación de Confederaciones Hidrográficas (art. 21 TRLA). Mientras que las segundas, son aquellas que se sitúan íntegramente dentro del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. En este supuesto, las funciones atribuidas a los organismos de cuenca corresponden a las Administraciones hidráulicas de las CC.AA. que de conformidad con sus respectivos Estatutos de Autonomía ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico.

³⁷ En defecto de dicha regulación, rige lo consignado en el art. 60 del TRLA que dispone el siguiente orden de preferencia de usos: 1. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. 2. Regadíos y usos agrarios. 3. Usos industriales para producción de energía eléctrica. 4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores. 5. Acuicultura. 6. Usos recreativos. 7. Navegación y transporte acuático. Y, 8. Otros aprovechamientos.

³⁸ Estas metas específicas son sucintamente: 6.1 Alcanzar el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible; 6.2 Lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos y poner fin a la defecación al aire libre; 6.3 Mejorar la calidad del agua. 6.4 Aumentar el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento; 6.5 Implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles; 6.6 Salvarguardar y

En este sentido, dicho Organismo, advierte que entre los retos que afronta el desarrollo sostenible se encuentra el aumento de la frecuencia y la intensidad de los desastres naturales, remarcando que

El agotamiento de los recursos naturales y los efectos negativos de la degradación del medio ambiente, incluidas la desertificación, la sequía, la degradación de las tierras, la escasez de agua dulce y la pérdida de biodiversidad, aumentan y exacerbaban las dificultades a que se enfrenta la humanidad.³⁹

Y reitera el carácter de *derecho humano* que tiene el agua potable y el saneamiento.⁴⁰

En cuanto al contenido mínimo de este derecho, Silva Ardanuy lo describe muy pormenorizadamente, expresando que supone:

Garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como prevenir enfermedades; asegurar el acceso a instalaciones y servicios sobre una base no discriminatoria, en particular respecto a los grupos más vulnerables; Garantizar el acceso físico a las instalaciones; es decir, que los servicios de agua se encuentren a una distancia razonable del hogar; garantizar un suministro suficiente y regular de agua salubre, con salidas de agua suficientes para evitar tiempos de espera prohibitivos; evitar que se vea amenazada la seguridad personal, cuando las personas acudan a obtener el agua, en especial las mujeres y las niñas; adoptar una estrategia y un plan de acción nacional sobre agua, que incluya indicadores para evaluar los progresos alcanzados y que presten especial atención a los grupos marginados.⁴¹

Sin embargo, hemos de manifestar que, a pesar de estas rotundas afirmaciones por parte de la ONU, que valoramos positivamente, recientes informes del Secretario General en los que se analizan los progresos en el cumplimiento de los ODS advierten que, lamentablemente, aún se requieren arduos esfuerzos para llevar a efecto este objetivo. Así, en su informe de 2017⁴² explica que la carencia de servicios de agua apta para el consumo continúa siendo un foco sobresaliente de enfermedades infecciosas y riesgo de mortalidad.⁴³ Y, su informe de 2018,⁴⁴ se encuentra plagado de numerosas referencias a la ausencia de este recurso vital como causante de hambre en el mundo⁴⁵ y muertes por falta de su consumo,⁴⁶ exponiendo, en definitiva, que la

restituir los ecosistemas relacionados con el agua 6.a Aumentar la colaboración internacional en actuaciones encaminadas al agua y el saneamiento, como su captación, desalinización, uso eficiente, tratamiento de aguas residuales, reciclado y reutilización 6.b Reforzar la intervención de las comunidades locales en la mejora de los recursos hídricos y el saneamiento.

³⁹ NACIONES UNIDAS. *A/RES/70/1: Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

⁴⁰ NACIONES UNIDAS. *A/RES/70/1: Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

⁴¹ SILVA ARDANUY, F. M. El derecho al agua posible. Dimensión social del derecho al agua y al saneamiento. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 1, p. 75-95, 2013. p. 81-82.

⁴² Informe del Secretario General E/2017/66, de 11 de mayo de 2017, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2017.

⁴³ Según sus conclusiones estos problemas afectan, sobre todo, a las regiones del África Subsahariana, y Asia Central y Meridional donde las muertes por carencia de estos servicios alcanzan 46 y 23 por cada 100.000 habitantes (apartado 7 de la E/2017/66, de 11 de mayo de 2017).

⁴⁴ Informe del Secretario General E/2018/64, de 10 de mayo de 2018, sobre los Progresos en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018.

⁴⁵ Apartado 12 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: “Tras un prolongado declive, el hambre en el mundo parece ir en aumento una vez más. Los conflictos, la sequía y los desastres relacionados con el cambio climático son algunos de los principales factores causantes de la reversión del progreso a largo plazo en la lucha contra el hambre en el mundo, por lo que las perspectivas de poner fin al hambre y la malnutrición para 2030 resultan más difíciles.”

⁴⁶ Apartado 30 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: “El agua no apta para el consumo, el saneamiento en condiciones de riesgo y la falta de higiene siguen contribuyendo considerablemente a la mortalidad mundial y causaron alrededor de 870.000 muertes en 2016, principalmente por las enfermedades diarreicas, aunque también como resultado de la malnutrición y las infecciones por nematodos intestinales. De esas muertes, 329.000 correspondieron a niños menores de cinco años. África Subsahariana y Asia Sudoriental tienen la mayor carga de morbilidad.” Asimismo, también se han detectado otro tipo de muertes relacionadas con el agua, así en India, se han suicidado agricultores cuando sus suministros para el riego se agotaron, AIT-KADI, M.; LINCKLAEN ARRIENS, W. T. *Aumentar la seguridad hídrica, un imperativo para el desarrollo*. Estocolmo: Asociación Mundial para el agua, 2009. p. 4. Disponible en: https://www.gwp.org/globalassets/global/toolbox/publications/perspective-papers/perspectives-paper_water-security_spanish.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

escasez de agua constituye un auténtico obstáculo para el desarrollo social y económico de los pueblos⁴⁷.

Lo cierto es que, tal y como apunta Menéndez Rexach “el reconocimiento internacional del derecho humano al agua no significa que su efectividad incumba a instancias internacionales. Corresponde a los Estados o, en su caso, las organizaciones infraestatales competentes”⁴⁸. En este sentido, se requiere que ese reconocimiento del derecho humano al agua en el plano internacional se traslade a los Ordenamientos Jurídicos internos y se materialicen medidas concretas que garanticen su disfrute efectivo por todas las personas⁴⁹.

Asimismo, relacionado con esto, tal y como expresa Silva Ardanuy “para que pudiéramos hablar de un reconocimiento pleno del derecho al agua, los Estados deberían asumir obligaciones en su ordenamiento interno⁵⁰, así como adquirir compromisos en la esfera internacional.”⁵¹

En este sentido, por lo que respecta a España actualmente, todas las demarcaciones tienen aprobado un plan hidrológico de primer ciclo (2009-2015), y de las 25 Demarcaciones españolas, 17 ya cuentan con un plan de segundo ciclo de planificación (2015-2021)⁵². Asimismo, estos planes deberán ser revisados antes de finales del año 2021, dando origen a los denominados planes de tercer ciclo (2021-2027)⁵³. Por su parte, el art. 27.2 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN) ordena a los Organismos de cuenca elaborar los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía, indicando que deben contener las reglas de explotación de los sistemas y las medidas a aplicar en relación con el uso del dominio público hidráulico y, por último, el art. 27.3 de la misma ley estipula que las Administraciones públicas responsables de sistemas de abastecimiento urbano que den servicio, ya sea de forma singular o mancomunada, a una población igual o superior a 20.000 habitantes estarán obligadas a disponer de un Plan de Emergencia ante situaciones de sequía, planes que, salvo honrosas excepciones (como son los casos de Málaga, Sevilla, Madrid y Barcelona) no se encuentran aprobados, por lo que entendemos en este plano, el derecho humano al agua no se encuentra adecuadamente protegido.

⁴⁷ Apartado 30 del Informe sobre los progresos en el logro de los ODS de 2018: “Demasiadas personas siguen careciendo de acceso a instalaciones de agua y saneamiento gestionadas de manera segura. La escasez de agua, las inundaciones y la falta de una gestión adecuada de las aguas residuales obstaculizan el desarrollo social y económico. El aumento de la eficiencia de los recursos hídricos y la mejora de su ordenación son fundamentales para equilibrar la creciente demanda de agua y la competencia de varios sectores y usuarios”.

⁴⁸ MENÉNDEZ REXACH, A. El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, p. 187-202, 2012 p. 195.

⁴⁹ El abastecimiento domiciliario de agua potable, en España se ha configurado como un servicio público de competencia municipal de conformidad con el art. 26.1.a de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, pudiendo, por tanto, exigir los vecinos a su municipio exigir la prestación de los servicios municipales obligatorios de conformidad con el art. 18.1.g.

⁵⁰ Respecto al reconocimiento del derecho al agua también resulta muy interesante analizar la cuestión de su reconocimiento en los Estatutos de Autonomía, cuestión en la que por razones de espacio no podemos detenernos. PÉREZ MIRAS, A. *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. 2012. Tesis (Doctorado) – Università di Bologna, Bologna, 2012.

⁵¹ SILVA ARDANUY, F. M. El derecho al agua posible. Dimensión social del derecho al agua y al saneamiento. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 1, p. 75-95, 2013. p. 82.

⁵² Son los relativos a las once demarcaciones intercomunitarias, cuya competencia recae en la Administración Central; la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental, con competencias compartidas entre la Administración Central y la C.A. del País Vasco; y cinco demarcaciones intracomunitarias, en las que la competencia de elaborar el plan recae en las C.A.A. de Andalucía (tres planes), Islas Baleares y Galicia. Los ocho planes de segundo ciclo pendientes de aprobación conciernen a las demarcaciones intracomunitarias del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña y de las siete demarcaciones canarias.

⁵³ El contenido de estos planes deberá ser acorde con el art. 42 del TRLA y Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH). Así, este último destaca en su art. 1 como objetivos y criterios de la planificación hidrológica “conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales”, para lo cual dispone que “la planificación hidrológica se guiará por criterios de sostenibilidad en el uso del agua mediante la gestión integrada y la protección a largo plazo de los recursos hídricos, prevención del deterioro del estado de las aguas, protección y mejora del medio acuático y de los ecosistemas acuáticos y reducción de la contaminación. Asimismo, la planificación hidrológica contribuirá a paliar los efectos de las inundaciones y sequías.”

7 Conclusiones

Tal y como hemos analizado, el derecho al agua y al saneamiento tiene un amplio reconocimiento tanto a nivel político como jurídico. Así de un lado, con notables Declaraciones como los Objetivos del Milenio, o los Objetivos para el Desarrollo Sostenible donde se pone de manifiesto la necesidad de garantizar el derecho humano al agua y al saneamiento, en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna. De otro lado, este reconocimiento se aprecia en diversos instrumentos jurídicos internacionales, donde se refleja cada vez más una creciente preocupación por el medioambiente y, en concreto, por el agua y el saneamiento. Podemos concluir, por tanto, que asistimos a una tendencia positivista de este derecho tanto en diversas leyes que lo reconocen implícitamente, como a los albores de su reconocimiento constitucional por parte de diversos Estados.

No obstante, a nuestro juicio, sería conveniente un mayor reconocimiento del derecho al agua en nuestro texto constitucional, al menos desde el punto de vista del abastecimiento mínimo de agua potable necesario para la supervivencia y cobertura de necesidades básicas y del saneamiento.

Igualmente, podemos concluir que se detecta, un incremento en la preocupación política y legislativa por ese derecho, lo cual debido a su importancia crucial valoramos positivamente, si bien hemos de mantener una actitud crítica, pues a nuestro juicio la necesidad de intervención por parte de los poderes públicos en esta materia es absolutamente esencial, y debemos reivindicar, por tanto, la puesta en marcha de mecanismos jurídicos eficaces que garanticen el disfrute de este derecho y permitan no solo su disfrute para las generaciones presentes, sino su conservación para las generaciones venideras, no pudiendo limitarnos a su mera declaración formal.

Referencias

- AIT-KADI, M.; LINCKLAEN ARRIENS, W. T. *Aumentar la seguridad hídrica, un imperativo para el desarrollo*. Estocolmo: Asociación Mundial para el Agua, 2009.
- ALBERT GÓMEZ, M. J. El derecho humano al desarrollo: educar para el desarrollo sostenible y la calidad de vida. *In: SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO DE TEORÍA DE LA EDUCACIÓN EN LA SOCIEDAD DE CONOCIMIENTO Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE*, 37., 2018, Santa Cruz de Tenerife. *Anais [...]*. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 2018. p. 1-7.
- ARANA GARCÍA, E. Régimen jurídico de las sequías: planificación y prevención de sus efectos. *In: ARANA GARCÍA, E. (ed.). Riesgos naturales y derecho: una perspectiva interdisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 299-332.
- BORRÀS, S. Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, p. 649-680, 2014.
- BROWN WEISS, E. Intergenerational equity. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.
- BRUZÓN VILTRES, C.; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional. *Justicia Ambiental*, v. 4, p. 73-92, 2012.
- BURGOS-GARRIDO, B. *La ciudad y el reto de la seguridad hídrica*. 2020, [en prensa].
- BURGOS-GARRIDO, B. Los municipios frente a las sequías. *In: FERNÁNDEZ-ARACIL, J. P. (coord.). Congreso Nacional del Agua Oribeña: innovación y Sostenibilidad*. Alicante: Universitat d'Alacant, 2019. p. 1579-1591.
- BURGOS-GARRIDO, B. Responsabilidad administrativa de los Entes Locales por falta de mantenimiento

o inadecuación de las instalaciones de saneamiento y alcantarillado. In: FERNÁNDEZ-ARACIL, Patricia (coord.). *Riesgo de inundación en España: análisis y soluciones para la generación de territorios resilientes*. Alicante: Universidad de Alicante, 2020. p. 1293-1303.

CARVALHO, E. Ferreira. La contribución del derecho humano a la protección ambiental: integrar para mejor cuidar la tierra y la humanidad. *American University International Law Review*, v. 24, p. 141-180, 2008.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea*. 2007. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/eu/agua/legislacion/COM_414_2007_tcm35-215439.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Adaptación al cambio climático en Europa: Opciones de actuación para la EU*. Bruselas: Comisión Europea, 2007. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0354&from=ES> Acceso en: 4 nov. 2020

COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la Cooperación de Innovación Europea sobre el Agua*. 2012. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0216:FIN:ES:PDF> Acceso en: 04 nov. 2020.

COMISIÓN EUROPEA. *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*. 2010. Disponible en: https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/water_scarcity/es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

DOMÍNGUEZ SERRANO, J.; FLORES RAMÍREZ, J. En torno al derecho humano al agua. *Estudios Demográficos y Urbanos*, v. 32, n. 3, p. 701-704, Sept./Dic., 2017.

ESPAÑA. Ministerio de Medio Ambiente. *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático: marco de referencia para la coordinación entre las Administraciones Públicas en las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático*. 2006. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/pna_v3_tcm7-12445_tcm30-70393.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A.; DÍAZ LEMA, J. M. *El derecho de aguas en España*. Madrid: MOPU, 1986. t. 1.

GLEICK, P. H. The California Drought: implications for different economic sectors from 2012 to 2015. Paper presentado al Noveno Fórum Rosenberg sobre Política del Agua, Panamá, 2016.

GÓMEZ, C. M. La seguridad hídrica como envolvente. DELACÁMARA, G.; DÍEZ, J. C.; LOMBARDO, F. (coord.). *Libro Blanco de la economía del agua*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2017.

GRANADOS GÁLVEZ, J. M. *El reconocimiento del derecho humano al agua en los países miembros de la alianza del pacífico y la doctrina del control de convencionalidad*. 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Jonathan_Max_Granados_Galvez_1.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

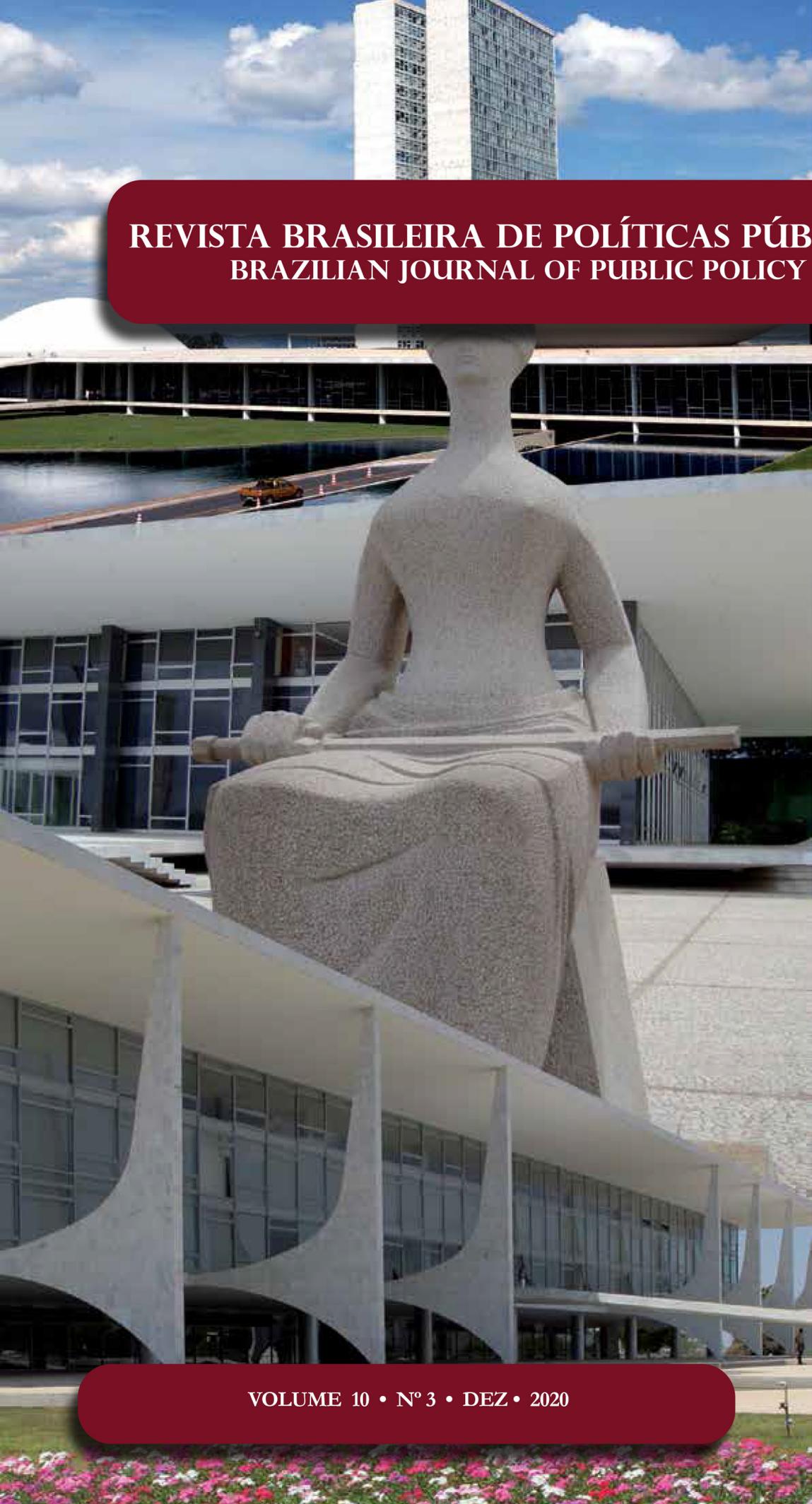
HÄBERLE, P. Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, n. 87, 2009.

HAMILTON, C. Ecologically Sustainable Development: implications for governance in Australia. *Canberra Bulletin of Public Administration*, n. 69, 1992.

HERNÁNDEZ MORENO, E. *Protocolos de Actuación en Sequías*. 2008. Disponible en: https://www.zaragoza.es/contenidos/medioambiente/cajaAzul/20S5-P3-Enrique_HernandezACC.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.

HOYOS ROJAS, L. M.; CERA RODRÍGUEZ, L. El derecho humano al agua como reivindicación neo-constitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Co-

- lombia. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año 2, n. 2, p. 141-174, 2013.
- LEWIS, B. Environmental rights or a right to the environment? exploring the nexus between human rights and the environmental protection. *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, v. 8, n. 1, p. 36-47, 2012.
- MENÉNDEZ REXACH, A. El agua como bien jurídico global: el derecho humano al agua. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, p. 187-202, 2012.
- MESQUITA CEIA, E. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, v. 4, n. 125, p. 357-383, jul./dic. 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v46n125.a06> Acceso en: 04 nov. 2020.
- NACIONES UNIDAS. *A/RES/70/1: Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 04 nov. 2020.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., LÓPEZ ÁLVAREZ, A. El derecho humano al agua: fundamentación jurídica, reconocimiento y contenido. In: MELGAREJO MORENO, J.; MOLINA GIMÉNEZ, A.; ORTEGA GIMÉNEZ, A. *Agua y derecho, retos para el siglo XXI*. Navarra: Thomson Reuters, 2015. p. 35-50.
- PALOMBINO, G. La construcción del principio de equidad generacional: ¿hacia una democracia sostenible? *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, año 17, n. 33, ene./jun. 2020. Disponible en: <https://www.ugr.es/%7Eredce/REDCE33/ReDCEsumario33.htm> Acceso en: 04 nov. 2020.
- PÉREZ MIRAS, A. *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. 2012. Tesis (Doctorado) – Università di Bologna, Bologna, 2012.
- PULIDO VELÁZQUEZ, M.; ESCRIVÀ-BOU, A. Cinco lecciones de la sequía en California. *Iagua on line*, 2016. Disponible en: <https://www.iagua.es/blogs/manuel-pulido/5-lecciones-sequia-california> Acceso en: 04 nov. 2020.
- RECABARREN SANTIBÁÑEZ, O. El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 2, p. 305-346, 2016.
- SHELTON, D. Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 111-127, 2010.
- SILVA ARDANUY, F. M. El derecho al agua posible. Dimensión social del derecho al agua y al saneamiento. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, n. 1, p. 75-95, 2013.
- SIMÓN, F. La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Persona y Derecho*, v. 63, p. 87-110, 2010.
- TORRE-SCHAUB, M. La sociedad civil hace subir la temperatura: multiplica las demandas colectivas por el cambio climático. *Equal Times*, 2018. Disponible en: <https://www.equaltimes.org/la-sociedad-civil-hace-subir-la#.XFd67M2CFPY> Acceso en: 04 nov. 2020.
- TRIGEAUD, L. Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París. In: JIMÉNEZ GUANIPA, Henry; TOUS CHIMÁ, Javier (coord.). *Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*. Colombia: Ántropos, 2017. p. 299-332.
- UNITED NATIONS. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/promotion-and-protection-of-all-human-rights-civil-political-economic-social-and-cultural-rights-including-the-right-to-development.html> Acceso en: 04 nov. 2020.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Até onde vai o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Uma análise sobre o posicionamento brasileiro frente ao novo constitucionalismo latino-americano

How far does the constitutional right to an ecologically balanced environment go? An analysis of the Brazilian position in the face of the new Latin American constitutionalism

Mariana Bruck de Moraes Ponna
Schiavetti

Maria Eugênia Bruck de Moraes

Até onde vai o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Uma análise sobre o posicionamento brasileiro frente ao novo constitucionalismo latino-americano*

How far does the constitutional right to an ecologically balanced environment go? An analysis of the Brazilian position in the face of the new Latin American constitutionalism

Mariana Bruck de Moraes Ponna Schiavetti**

Maria Eugênia Bruck de Moraes***

Resumo

O presente artigo buscou analisar as limitações impostas pelo direito constitucional brasileiro ao reconhecimento dos direitos da natureza no país e como as cortes constitucionais poderiam contribuir para uma mudança de paradigma. Para tanto foi identificado o problema jurídico, por meio do *design thinking* e apresentada uma proposta de solução. Ainda se utilizou da pesquisa doutrinária e jurisprudencial para analisar como os demais países da América Latina têm discutido a temática e quais as lições poderiam ser extraídas do movimento constitucional denominado de “novo constitucionalismo latino-americano”. Observou-se, nas 18 decisões do Supremo Tribunal Federal, que o meio ambiente, ainda, é tratado com base em paradigmas antropocêntricos que impedem uma análise mais abrangente do texto constitucional, como verificado em outros países latinos. Todavia, decisões individuais e propostas legislativas têm pautado a discussão sobre o valor intrínseco da natureza e necessidade de readequação dos padrões de sujeito de direito no Brasil. Desse modo, o presente artigo permite uma provocação aos tomadores de decisão sobre as concepções bases do constitucionalismo brasileiro referentes ao meio ambiente e, por meio de uma nova interpretação da palavra “todos”, presente no *caput* do art. 225 da Constituição brasileira, proporciona uma solução a um problema antigo: a evolução de paradigmas para o reconhecimento da natureza como sujeito de direito.

Palavras-chave: Direitos da natureza. Meio ambiente equilibrado. Constitucionalismo andino. Paradigmas ambientais.

Abstract

This article sought to analyze the limitations imposed by Brazilian constitutional law on the recognition of nature's rights in the country and how constitutional courts could contribute to a paradigm shift. To this end, the legal problem was identified through design thinking and a solution proposal was

* Recebido em 24/09/2020
Aprovado em 11/01/2021

** Doutoranda em Direito e Economia do Mar, pela École Doctorale de Sciences des la Mer et du Littoral da Université de Bretagne Occidentale (França).
E-mail: maryschiavetti@hotmail.com

*** Professor Pleno no Departamento de Ciências Agrárias e Ambientais da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC)
E-mail: eugeniabruck@gmail.com

presented. Doctrinal and jurisprudential research was also used to analyze how other countries in Latin America have discussed the theme and what lessons could be drawn from the constitutional movement called “new Latin American constitutionalism”. It was observed in 18 decisions of the Supreme Court that the environment is still treated based on anthropocentric paradigms that prevent a closer comprehensive constitutional text, as seen in other Latin countries. However, individual judicial decisions and legislative proposals have guided the discussion on the intrinsic value of nature and the need for readjustment of the right subject in Brazil. Thus, this article provides a challenge to decision makers on the basis of the Brazilian conceptions concerning the environment constitutionalism and, through through a new interpretation of the word “all” present in the caput of art. 225 of the Brazilian Constitution, provides a solution to an old problem, namely: the evolution of paradigms for the recognition of nature as a subject of law.

Keywords: Nature rights. Balanced environment. Andean constitutionalism. Environment paradigms

1 Introdução

A história se confunde com a capacidade de adaptação dos povos a situações extremas e da compreensão maior ou menor de como trabalhar em sintonia com a natureza. Aos poucos, o ser humano foi dominando, praticamente, todas as áreas terrestres do planeta e boa parte dos oceanos, de modo que a vida humana sempre esteve ligada à natureza e não apenas a questões fisiológicas.

Nos últimos 100 anos, o ser humano avançou, consideravelmente, no que diz respeito ao reconhecimento de direitos humanos, expandindo quem seria sujeito de direito, quais práticas seriam inaceitáveis e, principalmente, como deveria ser enxergada a coletividade e seus direitos. Essas mudanças foram incentivadas, inicialmente, pela Constituição de Weimar (1919) e depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial pela Declaração de Direitos Humanos da ONU em 1948. Aos poucos foram sendo reconhecidos os direitos trabalhistas, das mulheres, indígenas, LGBTQs etc., mas a relação com a natureza parece ter sido deixada de lado pelos juristas, especialmente os aprendizados dos povos tradicionais que, sempre, possuíram uma relação muito mais próxima e consciente com o meio ambiente em que vivem.

O novo constitucionalismo latino-americano surge como uma resposta a esse distanciamento, reconhecendo que a pluriculturalidade é essencial para o desenvolvimento nacional e como uma forma de superação do colonialismo cultural e constitucional, ainda, muito enraizado nos países da região.

Costa¹ chama atenção para o fato que, diferentemente do que vem sendo afirmado, não existiriam direitos humanos universais, mas sim dignidades e concepções de direitos próprios de cada cultura. Isso porque “o que caracteriza o homem não é sua estrutura, mas suas diferenças oriundas de características culturais. Sem essas características culturais, o homem é um objeto, um vazio”².

Nesse cenário de mudanças de paradigmas, onde a natureza e as culturas ancestrais voltam para o foco nas constituições e decisões judiciais, questiona-se qual seria o posicionamento do Brasil, uma vez que é integrante da primeira fase do novo constitucionalismo latino-americano. Assim, considerando-se a situação política do país e o texto constitucional positivado, seria possível reconhecer os direitos de natureza ou seria, apenas, uma faceta de um direito humano já reconhecido nacional e internacionalmente? O presente trabalho busca, de maneira exploratória, sem pretensões de exaurir por completo o tema, responder a essas indagações.

¹ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

² COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

Entretanto, parte-se da ideia de que o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado, previsto no *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, nos termos antropocêntricos utilizados pelas cortes e doutrina nacional, não sustenta a ideia da natureza como sujeito de direito fundamental. No entanto, o reconhecimento da Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônio nacional podem abrir caminhos para interpretações se tais patrimônios seriam competentes para reivindicarem direitos diretamente.

O trabalho se desenvolve em três partes por meio de uma abordagem metodológica dedutiva. Inicialmente, contextualizam-se o novo constitucionalismo latino-americano e quais foram as ampliações dos direitos humanos mais recentes. Em seguida analisam-se os conceitos trazidos pelas constituições latino-americanas que reconhecem, expressa ou tacitamente, a natureza como sujeito de direitos e quais os países têm realizado esse reconhecimento por meio das cortes superiores. Por fim, na última parte, será apresentado quais são os limites impostos pelo direito constitucional brasileiro ao meio ambiente e o reconhecimento dos direitos da natureza, aqui também chamados de Pachamama.

Em termos procedimentais, a pesquisa realizou-se, primeiramente, por meio do *design thinking*, uma abordagem nova nas ciências jurídicas que vem avançando no auxílio de respostas à complexidade dos problemas do século XXI³. Tal abordagem pode ser resumida em três grandes passos⁴: descobrir o problema; desenhar uma solução — processo de ideação —; e finalmente entregar uma solução elaborada especificamente para o público alvo. Desse modo, os problemas jurídicos identificados após o processo de leitura exploratória e análise inicial dos textos constitucionais latino-americano foram a ausência de meios de judicialização de danos ambientais em áreas onde não há dano aos seres humanos e a dúvida sobre a possibilidade da natureza ser sujeito de direito no Brasil.

Importante salientar que, durante o processo, questionou-se a possibilidade da utilização da abordagem, visto ser pressuposto inicial do *design thinking* a empatia, e não há menção à empatia com outros seres vivos nas leituras nacional e internacionais realizada. No entanto, o processo proposto pela abordagem permitiu o desenvolvimento base desse trabalho, no sentido de guiar a pergunta chave, delimitação do problema e a necessidade de soluções inovadoras para tal cenário. Ademais, não se pode afirmar que o processo foi inteiramente cumprido, pois a última etapa, ou seja, “entrega da solução”, ainda carece de ser testada e, caso necessário, readequada. Mas, dentro dos limites, o processo proposto pela abordagem do *design thinking* foi rigorosamente seguido para proporcionar soluções inovadoras para problemas antigos de interpretação do ordenamento jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, foi realizada pesquisa documental, por meio de palavras chaves, no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF) desde 1988. Os termos buscados foram: Direitos da natureza; Meio ambiente equilibrado e Direito fundamental meio ambiente equilibrado. Foram obtidas 18 decisões, listadas no quadro 01, as quais foram integralmente lidas e analisadas, culminando na compreensão da utilização de preceitos antropocêntricos na interpretação dada ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como será visto mais adiante.

Por fim, por meio de uma pesquisa doutrinária, levantaram-se as decisões nos últimos 5 anos na América Latina impulsionadas pelo novo constitucionalismo latino-americano e verificou-se como o Brasil pode evoluir com elas.

³ GOLDMAN, Shelley; KABAYADONDO, Zaza. *Taking design thinking to school*. How the technology of design can transform teachers, learners, and classrooms. New York: Routledge. 2017. CUTUMISU Maria; SCHWARTZ Daniel L.; LOU Nigel Mantou. *The relation between academic achievement and the spontaneous use of design-thinking strategies*. Computers & Education, 103806. 2020.

⁴ RAZZOUK, Rim; SHUTE, Valerie. What Is Design Thinking and Why Is It Important? *Review of Educational Research*, v. 82, p. 330-348, 2012.

2 Novo constitucionalismo latino-americano e direitos humanos

Durante, pelo menos, três séculos, os países da América Latina foram mantidos como colônias de países europeus e, mesmo após o processo de independência no início do sec. XIX, o colonialismo eurocêntrico se fez presente na construção político-social desses países, visualizado, principalmente, em suas constituições.

Em uma passada rápida pela parte histórica, pode-se destacar que os ideais e objetivos que politicamente dominavam em praticamente todos os países latino-americanos no início do século XIX proporcionaria, no campo do Direito público, “uma doutrina político-jurídica específica, que demarcava a necessária limitação do poder absolutista das metrópoles europeias e sintetizava a luta lenta, tenaz e histórica do povo periférico”⁵, que, por muito tempo, foi subjulgado e explorado pelas metrópoles europeias e ali buscavam sua libertação e direitos de cidadania.

Para Wolkmer⁶, o perfil ideológico do constitucionalismo político no período era naturalmente o “sustentáculo teórico do Direito público do período pós-independência, traduziu não só jogo dos valores institucionais dominantes e as diversificações de um momento singular da organização político-social, como expressou a junção notória de algumas diretrizes, como o liberalismo econômico, sem a intervenção do Estado, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador do governante, a concepção monista de Estado de Direito e a supremacia dos direitos individuais”⁷.

Entretanto, mesmo após anos de independências, as constituições latino-americanas permaneceram sobre forte influência dos ideais das antigas metrópoles⁸, sempre impostas de “cima para baixo” sem considerar os interesses e necessidades da maior parte da população, excluindo-os não apenas do processo decisório como muitas vezes não reconhecendo-os como sujeitos de direitos, ex. mulheres, indígenas e negros. Obviamente, a evolução no reconhecimento dos sujeitos de direito está intrinsecamente ligada à evolução dos direitos humanos, mas, novamente, se deu por meio da visão eurocêntrica, sendo na sequência incorporada aos países da América latina.

Todavia, a simples incorporação dos ideais eurocêntricos e novas visões jurídicas de questões sociais importantes, claramente, não foi suficiente para abarcar todos os problemas sociais vividos nos países latino-americanos. Esse movimento tido como “constitucionalismo moderno tradicional” para o jurista indígena boliviano Idon M. Chivi não é mais integralmente satisfatório, pois “tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI”⁹.

Assim, em virtude da herança deixada pelo colonialismo eurocêntrico e os problemas sociais modernos, que não haviam, ainda, sido o foco político nos governos latino-americanos, surge um novo pensamento jurídico crítico¹⁰. O novo constitucionalismo latino-americano apresenta, principalmente, características

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. 148 p.

⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. 143-155 p.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. 143-155 p.

⁸ PRÉCOMA, Adriele Andrade; FERREIRA, Helene Sivini; PORTANOVA, Rogério Silva. A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 381-400, ago. 2019.

⁹ CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurídico na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 158.

¹⁰ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

emancipadora e descolonial, proporcionando “um ideário humanitário, forjado no Bem-viver”¹¹.

Tolentino e Oliveira¹² destacam que “o novo constitucionalismo latino-americano advém de um processo de movimentos sociais, com fundamento na preservação da natureza como fonte maior da vida, que viabiliza a sustentabilidade, tanto natural quanto social, mediante políticas públicas de inclusão, de respeito à cultura, à diversidade e de participação na gestão ambiental”.

Pode-se afirmar que o novo constitucionalismo latino-americano teve três fases de um ciclo ainda em desenvolvimento. Inicialmente, foi marcado pelas Constituições da Guatemala (1985) e da Nicarágua (1987) que trazem as questões sociais e descentralizadoras bem marcadas nos textos. O segundo momento é observado, principalmente, na Constituição venezuelana (1999), onde se focou na implementação de um constitucionalismo participativo e pluralista. A Constituição do Brasil (1988) se encontra no limiar desse segundo ciclo¹³, e por fim, o “terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009); para alguns publicistas, tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário adicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa)”¹⁴.

O novo constitucionalismo latino-americano surgiu, portanto, como um instrumento imprescindível para incorporar reivindicações de grande parcela da população historicamente excluídas do processo decisório, em razão de incorporações cegas dos ideais europeus. Essa nova visão jurídico-política inicia “priorizando a proteção da natureza, o respeito pela vida, à dignidade, o valor da pessoa humana, como forma de transformar o ser humano em sujeito central do desenvolvimento, notadamente a parcela excluída da população indígena”¹⁵. Nasce, então, os direitos da Pachamama ou direitos da Mãe Terra, que traduz a ideia da Terra como um organismo vivo, um bloco só, sem a separação tradicional entre os seres humanos e o “resto da natureza”.

Tolentino e Oliveira explicam que “o termo pachamama é formado pelos vocábulos ‘pacha’ que significa universo, mundo, tempo, lugar, e ‘mama’ traduzido como mãe. De acordo com vestígios que restaram, a Pachamama é um mito andino que se referente ao ‘tempo’ vinculado à terra. Segundo tal mito, é o tempo que cura os males, o tempo que extingue as alegrias mais intensas, o tempo que estabelece as estações e fecunda a terra dá e absorve a vida dos seres no universo”¹⁶.

Em uma leitura meramente didática e simplória a Pachamama, na cultura andina, seria uma divindade a própria natureza capaz de criar e recriar os elementos da vida, os seres humanos e como parte de todo esse sistema complexo que é a Terra merecedora de proteção jurídica¹⁷.

¹¹ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 150.

¹² TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 315, jan./jun. 2015.

¹³ SOUZA, Lucas Silva; NASCIMENTO, Valéria Ribas; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: A visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 585, ago. 2019.

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. 153 p.

¹⁵ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 316, jan./jun. 2015

¹⁶ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 316, jan./jun. 2015.

¹⁷ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 313-335, jan./jun. 2015.

Germana de Oliveira Moraes¹⁸ destaca que, na região andina,

a Consciência Pachamama se realiza com as vivências conjugadas de *ayllu* e de *ayni*, integradas como Viver em Plenitude, ou, dito de outra forma, como Harmonia com a Natureza”. Ou seja, o objetivo da incorporação dos direitos da Pachamama nas constituições andinas é de ressaltar vivência harmônica com a natureza, celebrando a vida na Terra de maneira única e indivisível. Importante destacar que quando se fala em viver em harmonia com a natureza, não significa que não há problemas de convivência e de interesses, mas sim “que não há uma visão de separação ou de divisão entre o ser humano e a Natureza, senão que a natureza humana e a natureza extra-humana são o mesmo, ou que o ser humano é parte e continuidade da Natureza.

Surge, no entanto, o questionamento se seriam os direitos da Pachamama uma subespécie ou parte dos direitos humanos ou seria o contrário? Quais são os fundamentos para o reconhecimento de um rio ou parte da floresta como sujeito de direitos? Ou, ainda, como será tratado no tópico dois desse trabalho, como acionar os direitos reconhecidos constitucionalmente pelo Equador, quem seria detentor da ação? Germana de Oliveira Moraes¹⁹ afirma que, sob uma perspectiva teórica, os direitos humanos contêm os direitos da Pachamama e que a Pachamama contém os direitos humanos, sendo a grande questão para compreender a relação entre os direitos humanos e os direitos da Pachamama, indagar-se “onde queremos chegar?”

Observa-se, portanto, uma aproximação no desenvolvimento e reconhecimento dos direitos da natureza com os direitos humanos. Para Melo²⁰,

compreendem-se os direitos humanos como nada menos do que um processo de luta, não somente para afirmação formal desses direitos nos documentos, mas para a efetivação dos textos, para garantia das condições básicas de dignidade. Essa proposta de reflexão acerca dos direitos humanos implica o reconhecimento de distintas modalidades de direitos humanos, específicas para os grupos minoritários, em especial grupos étnicos-culturais, que enfrentam cada qual obstáculos específicos à dignidade, impedindo assim qualquer tentativa de universalização homogeneizadora desses direitos, que se demonstram cada vez mais multiculturais.

Messa e Francisco²¹ salientam que, em que pese os estágios de cada nação e os seus aspectos culturais, após os fatos históricos da Segunda Guerra Mundial, o mundo ocidental se viu obrigado a pactuar, de maneira geral, alguns aspectos elementares e essenciais da vida em sociedade, traduzindo-se em tratados internacionais de direitos humanos, quais foram internalizados por praticamente todos os Estados ocidentais. Os autores, ainda, destacam que, a partir de meados do séc. XX, cresce a necessidade de cooperação internacional em temas considerados de interesses comuns, tais como as questões ambientais.

Nas palavras dos autores, “uma vez vencido os obstáculos da Guerra Fria a partir da década de 1980 proliferaram ordenamentos constitucionais que incorporaram essas tendências de harmonização internacional refletida em direitos humanos e em proteção internacional (notadamente em tribunais internacionais de proteção e de reparação a direitos indispensáveis à realização da natureza humana e à vida em sociedade)”²².

¹⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Direitos de Pachamama e direitos humanos. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 16. 2018.

¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. Direitos de Pachamama e direitos humanos. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 10-21.

²⁰ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 78.

²¹ MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2012. p. 241-276.

²² MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2012. p. 246.

Para Coelho²³ a normatização internacional do direito ao meio ambiente reflete, diretamente, o campo da proteção internacional dos direitos humanos. Apesar de não ter sido expressamente incluída nas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde somente se tratou sobre os direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, os autores acreditam que, caso a negociação ocorresse nos dias de hoje, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seria necessariamente mencionado, porque sem ele é impossível implementar plenamente os demais direitos humanos positivados.

Apensar da discussão internacional sobre os direitos ao meio ambiente serem realizados em uma concepção puramente antropocêntrica, ou seja, proteção para a conservação da espécie humana, o primeiro Princípio da Declaração de Estocolmo de 1972 pode ser equiparado ao status de direito humano fundamental:

o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas²⁴.

Assim, o Comitê de Direitos Humanos qualifica o direito à vida como um direito supremo do ser humano, sendo necessário e mandatário que os Estados hajam para manter, controlar e garantir a preservação do meio ambiente para evitar que se coloque em perigo o equilíbrio ecológico do mundo, e como consequência, a vida humana²⁵. Todavia, para o novo constitucionalismo latino-americano, os direitos da natureza devem ser resguardados não somente para a conservação da espécie humana, mas porque se reconhece a natureza como ser vivo e detentor por si só de direitos *fundamentais*.

Nas palavras de Germana de Oliveira Morais²⁶, “os direitos humanos fazem parte dos direitos de Pachamama e os direitos de Pachamama fazem parte dos direitos humanos. Os direitos de Pachamama são parte e todo ao mesmo tempo. Trata-se de um holón”.

3 Direitos da natureza e as constituições latino americanas

Em diversas regiões da América Latina, o conceito de modernidade é bastante diferente do ocidental/eurocêntrico, assim como meio de contrapor o sistema colonial anteriormente imposto, “a cosmovisão indígena mostra-se um eficaz instrumento ao apontamento de uma nova cultura jurídica latino-americana própria, aquém do etnocentrismo”²⁷.

Como visto no tópico anterior, o novo constitucionalismo latino-americano busca, nas raízes dos povos originais, uma nova abordagem pluralista e multicultural que abrace o direito de todos, inclusive os da natureza. Vale, no entanto, destacar que, no terceiro ciclo, como denominado por Wolkmen²⁸, duas constituições

²³ COELHO, Fabrízia Lelis Naime de Almeida. A proteção internacional do meio ambiente: complemento ao direito humano vida. In: TOLEDO, André de Paiva. *Direito internacional e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte/MG: D'Plácido, 2015. p. 217-238.

²⁴ ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Declaração de Estocolmo, Estocolmo, 16 junho 1972.

²⁵ COELHO, Fabrízia Lelis Naime de Almeida. A proteção internacional do meio ambiente: complemento ao direito humano vida. In: TOLEDO, André de Paiva. *Direito internacional e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte/MG: D'Plácido, 2015. p. 217-238.

²⁶ MORAES, Germana de Oliveira. Direitos de Pachamama e direitos humanos. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 14.

²⁷ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 150.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. p. 143-155

incorporaram mais profundamente o reconhecimento aos direitos da Pachamama, a do Equador (2008) e da Bolívia (2009), enquanto que a Colômbia introduz o tema via Corte Suprema de Justiça.

Não restam dúvidas que uma das principais características materiais do novo constitucionalismo latino-americano é a integração de populações social e historicamente excluídas, como é o caso dos indígenas, com intuito de construir novos paradigmas ambientais e sociais. O modo diferenciado com que os indígenas convivem com a natureza é fundamental para a superação de conceitos antropocêntricos²⁹. Costa³⁰ salienta que as constituições atuais da Bolívia e do Equador, ao revisarem os antigos dogmas ocidentais, criticando-os e desconstruindo a ideia de inatingíveis, mostram uma forma alternativa de desenvolvimento, se distanciando do desenvolvimento (leia-se crescimento) econômico almejado até então. Portanto, “as atuais constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) inserem-se no quadro do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Isso porque rompem com modelos ocidentais ao incorporar saberes locais indígenas em seus textos, tais como o *Sumak kawsay* e o *Suma Qamaña* que objetivam proteção à *Pachamama*, proporcionando um giro paradigmático que afasta o modelo antropocêntrico para vigorar um biocêntrico de dignidade”³¹.

Em 2008, o Equador reconhece, expressamente, em sua Carta Constitucional, os direitos da natureza. Inicialmente, em seu preâmbulo, ressalta que “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existência”³² tem como objetivo a criação de “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”³³. Enquanto a constituição boliviana propõe reconhecimento tácito, referindo-se a “todos os outros seres vivos”, a Constituição equatoriana traduz, expressamente, os direitos da Pachamama, de maneira a alinhar os direitos humanos universais com os direitos advindos da natureza. No capítulo VII, intitulado Direitos da Natureza, por meio do art. 71³⁴, afirma-se que a questão ambiental é própria da natureza e não do ser humano, de maneira que ela, a Natureza, deve ser titular dos seus direitos³⁵.

Assim como a Constituição boliviana de 2009, a Constituição do Equador (2008) traz, no preâmbulo, a menção à fortaleza da Pachamama³⁶ como fonte para a refundação do país. Ao analisarmos mais profundamente a Carta Constitucional boliviana, o art. 33 não apenas consagra o direito humano a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado, mas introduz maior amplitude quando menciona o direito de outros seres vivos se desenvolverem de maneira normal e permanente. *In extenso*:

Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente³⁷ (grifo nosso).

²⁹ MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. A construção do paradigma ecocêntrico no novo constitucionalismo democrático dos países da UNASUL. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 42-69, 2013.

³⁰ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

³¹ COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARA-RIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

³² EQUADOR. *Constitución Del Ecuador, Ciudad Alfaro, Montecristi*. Ecuador, 20 Outubro 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 Jun. 2019.

³³ EQUADOR. *Constitución Del Ecuador, Ciudad Alfaro, Montecristi*. Ecuador, 20 Outubro 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 Jun. 2019.

³⁴ “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

³⁶ “Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

³⁷ “Artigo 33. As pessoas têm direito a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício desse direito deve permitir

Ainda a Constituição Boliviana³⁸ preocupou-se em regulamentar temas referentes aos direitos da Pachamama, buscando, por meio da utilização de elementos e expressões estritamente culturais indígenas, reforçar, assim, a dialética com as comunidades originárias que entendem, efetivamente, os paradigmas não antropocêntricos³⁹. Pode-se afirmar que a Constituição da Bolívia de 2009 é a primeira, dentro do novo constitucionalismo latino-americano, a estabelecer as bases para o acesso aos direitos e poderes de todos, humanos ou não, “adotando uma posição íntegra e congruentemente anticolonialista, a primeira que rompe de uma forma decidida com o trato tipicamente americano do colonialismo constitucional ou constitucionalismo colonial desde os tempos da independência”⁴⁰.

Para Zaffaroni⁴¹ está claro que, em ambas as constituições (Equador e Bolívia), a Terra assume a condição de sujeito de direito, de forma expressa na Carta equatoriana e de forma tácita no caso boliviano, mas com efeitos iguais em todas as duas, qual seja, qualquer um pode reclamar por seus direitos, seja humano, seja a natureza.

Necessário ressaltar que, após o questionamento judicial sobre as aplicações prática e o reconhecimento dos direitos da Pachamama na Bolívia, foi assinada, em 2010, na cidade de Cochabamba, a Declaração dos Direitos da Mãe Terra, tornando expresso o reconhecimento da natureza como sujeito de direito no país.

Outro país da América do Sul merece destaque no reconhecimento dos direitos da natureza, ainda que não por vias constitucionais. Os casos dos reconhecimentos do rio Atrato e da Amazônia como sujeitos de direito na Colômbia são inovadores.

O rio Atrato é um dos mais importantes rios na Colômbia, localizado no departamento del Chocó, sendo que quase metade da população local vive em condição de extrema pobreza. Na região, durante muito tempo, as atividades eram puramente artesanais, mas com objetivo de desenvolver economicamente a região, foi incentivado a instalação de empreendimentos de mineração e exploração florestal intenso. Em razão da extração de minérios, como ouro e prata na beira do rio, o nível de contaminação por mercúrio, cianureto e demais substâncias tóxicas causou sérios problemas de saúde na população, mas também gerou prejuízos à biodiversidade⁴².

Após o ajuizamento de uma ação de tutela em janeiro de 2015 perante o *Tribunal Administrativo de Cundinamarca* por meio do *Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”*, os órgãos responsáveis foram notificados, porém a ação foi julgada improcedente em primeira instância sob a alegação “o instrumento processual em questão, prestando-se à proteção de direitos fundamentais, não poderia ser utilizado para a defesa de direitos coletivos”⁴³. Decisão confirmada em segunda instância. Todavia, após ser acionada, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia proferiu uma decisão foi inédita.

que os indivíduos, a coletividade das presentes e futuras gerações, além de outros seres vivos, desenvolvam-se de maneira normal e permanente.” Tradução livre.

³⁸ “Artículo 8. I. 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). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

³⁹ MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. A construção do paradigma ecocêntrico no novo constitucionalismo democrático dos países da UNASUL. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 42-69, 2013.

⁴⁰ MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. A construção do paradigma ecocêntrico no novo constitucionalismo democrático dos países da UNASUL. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 63, 2013.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

⁴² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *Sentencia T-622/16, Bogotá*. 10 novembro 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>. Acesso em: 05 julho 2019.

⁴³ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 83.

Após reanalisar os pressupostos fáticos existentes nos autos, o tribunal identificou a situação de conduta omissiva pelas autoridades estatais demandadas, responsáveis pela violação dos direitos à vida, à saúde, à água, à segurança alimentar, ao meio ambiente sadio, à cultura e ao território das comunidades étnicas demandantes. Em seguida, no item 9.28, a *Sala Sexta de Revisión* da Corte Constitucional conclama à necessidade de avanço na interpretação do direito aplicável e nas formas de proteção dos direitos fundamentais e de seus sujeitos, reiterando o enfoque dos direitos bioculturais, “cuja premissa central é a relação de profunda unidade e interdependência entre natureza e ser humano, e que tem como consequência um novo entendimento sociojurídico no qual a natureza e seu entorno devem ser levados a sério e com plenos direitos. Isso é, como sujeito de direito⁴⁴” (tradução nossa)⁴⁵.

No item 9.32, arremata a Corte Constitucional, a partir dos tratados internacionais assinados pela Colômbia sobre proteção do meio ambiente e dos argumentos expedidos no item 5 da decisão, a declaração do rio Atrato como sujeito de direitos que deve ser protegido, conservado, mantido e, sendo o caso, restaurado, determinando a constituição de uma comissão de guardiões do rio⁴⁶.

Para Matos⁴⁷, “em síntese, solicitou-se ao juiz constitucional que se tutelassem os direitos fundamentais da vida, da saúde, da água, ao meio ambiente saudável, à cultura e ao território das comunidades étnicas demandantes, e em consequência se emitisse uma série de medidas que permitissem articular soluções estruturais diante da grave crise em matérias de saúde, socio-ambiental, ecológica e humanitária que se vive na bacia do rio Atrato, seus afluentes e territórios próximos”.

Desse modo, a *Sentencia* T-622/16 é um paradigma na América Latina no que se refere ao reconhecimento dos direitos da natureza. Isso porque se trata de uma decisão da mais alta corte constitucional colombiana, mas também em razão da relevância da biodiversidade, cultural e etnias do rio Atrato⁴⁸.

Agora mais recentemente, em 2018, a Corte Suprema de Justiça colombiana reconheceu, no mesmo sentido, a Amazônia colombiana também como sujeito de direito. A organização *Dejusticia* questionou, na ação proposta, as mudanças climáticas vislumbradas no mundo, tornando-se a primeira ação judicial, pelo menos, em nível latino-americano, sobre esse tema. Na decisão da corte, foi determinada a “realização de um plano de ação com metas de curto, médio e longo prazos para que o governo nacional adote medidas para reduzir os impactos das mudanças climáticas, realizando, assim, verdadeira política pública ambiental⁴⁹”.

Germana de Oliveira Moraes⁵⁰, ao analisar os Diálogos “Harmonia com a Natureza” realizados pela ONU entre 2011 e 2017, conclui que

⁴⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *Sentencia T-622/16, Bogotá*. 10 novembro 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>. Acesso em: 05 julho 2019.

⁴⁵ Trecho original “cuya premissa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico em el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitude de derechos. Esto es, como sujetos de derechos”.

⁴⁶ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 83-84.

⁴⁷ MATOS, L. M. A. Os rios como sujeitos de direito nos tribunais da América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 67.

⁴⁸ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 76-92.

⁴⁹ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 85.

⁵⁰ MORAES, Germana de Oliveira. Direitos de Pachamama e direitos humanos. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 12.

o atual paradigma do desenvolvimento sustentável, fundado em uma visão de mundo antropocêntrica e em métodos, ora reducionistas, ora holísticos, o qual vem sendo adotado como *ethos* da formulação da Agenda 2030, foi reconhecido nos Relatórios *HmN* das Nações Unidas, como um modelo em desconhecimento com os atuais conhecimentos da Ciência e da Filosofia. Cabe a esta geração, ao menos começar a rever os saberes sociais, políticos e jurídicos, de modo que possam acompanhar o novo paradigma- Harmonia com a Natureza, que se vem desenhando em sintonia com o resgate dos saberes tradicionais e ancestrais que ora convergem com a atual evolução das ciências naturais, físicas e biológicas, a Ecosofia e a Biofilosofia, campos em que esse paradigma já vem operando, como também no domínio das ciências da saúde, sob a perspectiva de Saúde Integral.

Porém, para Melo, a simples afirmação constitucional, apesar de ser um avanço significativo para o reconhecimento dos direitos da Pachamama, não seria suficiente. O autor destaca que “a sua afirmação pode representar um sinal claro de que as estratégias jurídicas pretéritas não tenham surtido os efeitos esperados. Ou seja, quer-se dizer que na América Latina, e em especial no Equador, se assiste cotidianamente a eventos, quase sempre antrópicos, de maior ou menor magnitude, que provocam a poluição ambiental com efeitos quase irreversíveis para os ecossistemas afetados”⁵¹.

Além da afirmação dos novos direitos incorporados pelas constituições latino-americanas, é necessário buscar a efetivação desses direitos, cabendo ao Poder Judiciário assimilar e debruçar-se sobre o tema.

4 Limites da Constituição brasileira em face do meio ambiente

As Constituições do Equador e da Bolívia como demonstrado são marcos no novo constitucionalismo latino-americano, transformando-se em “instrumentos que viabilizam a sustentabilidade plural, que reconhecem a natureza como sujeito de direito, o multiculturalismo, o plurinacionalismo, conferindo-lhes direitos até então relegados”⁵². Muito diferentemente é o caso da Constituição do Brasil (1988), que, apesar de, ao longo de seus artigos, tratar do meio ambiente⁵³, o faz de maneira, predominantemente, utilitarista, pensando a preservação do meio ambiente como garantia de direitos e qualidade de vida das presentes e futuras gerações⁵⁴, não havendo o reconhecimento dos direitos da natureza⁵⁵.

Os avanços e retrocessos no texto e julgados nacionais nos obrigam a separar esse tópico em dois momentos. Primeiramente, veremos que a Constituição de 1988 abordou a temática ambiental e quais têm sido as interpretações do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, uma possível solução para as limitações impostas ao reconhecimento dos direitos da natureza pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 O meio ambiente no texto constitucional e nas decisões do STF

O *caput* do art. 225 ao consagrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelece um direito fundamental de terceira geração — difuso e transindividual — baseado em uma matriz antropocên-

⁵¹ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 79.

⁵² TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 313, jan./jun. 2015.

⁵³ Tais como art. 3º, I e III; art. 170, VI; art. 186, II; e art. 225.

⁵⁴ TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 313-335, jan./jun. 2015.

⁵⁵ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 76-92.

trica⁵⁶, isto é, conferindo-se o direito às presentes e futuras gerações humanas⁵⁷.

Wolkmer⁵⁸ é mais otimista ao afirmar que a Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou o pluralismo, mas que pode ser entendido de maneira mais abrangente em razão da utilização da expressão “político” ao final. A Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso V, apresenta o pluralismo político com um de seus eixos fundamentais, devendo ser pautado na convivência e, especialmente, na interdependência de diversos grupos sociais, independentemente de suas crenças, valores ou práticas. Ainda é importante ressaltar que foram constitucionalizados novos direitos aos cidadãos brasileiros oriundos de lutas sociais históricas, tais como direitos humanos universais, direitos das crianças e do adolescente, do idoso, bem como do meio ambiente. Mas mais importante para o autor⁵⁹ foi o fato de ter sido introduzido no Título VIII da Constituição Federal um capítulo destinado exclusivamente aos povos indígenas, sendo lhes reconhecido suas terras, forma de organização social e cultural, e, principalmente, o direito de ser e se manter como índio, ainda que, atualmente, esse direito venha sendo questionado por alguns membros do Poder Executivo brasileiro. Nas palavras de Wolkmer

o texto constitucional oficializa a existência do índio como um ser juridicamente reconhecido, com sua organização social, humana, cultural e, sobretudo, com o direito de ser índio, de manter-se como índio [...]. Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Essa concepção é nova e juridicamente revolucionária porque rompe com a repetida visão integracionista. A partir de 5 de outubro de 1988, o índio, no Brasil, tem o direito de ser índio⁶⁰.

Não obstante, a Constituição brasileira não apresentar a mesma leitura e direitos reconhecidos pelas Cartas do Equador e da Bolívia, é verdade que o direito brasileiro já evoluiu bastante, tendo sido revisitando e aprimorado diversas vezes o tratamento dado à natureza. Herman Benjamin⁶¹ lembra que, inicialmente, o meio ambiente e seus elementos eram tratados como coisas, bem como vistas de modo isolado, destinados à apropriação privada. Resta claro que, em 1988, houve mudança no posicionamento, alinhando-se a um pensamento mais contemporâneo e próximo do conhecimento científico. Para o autor, a ideia de meio ambiente deve ser

baseada na valorização não apenas dos fragmentos ou elementos da natureza, mas do todo e de suas relações recíprocas; um todo que deve ser “ecologicamente equilibrado”, visto, por um lado, como “essencial à sadia qualidade de vida”, e, por outro, como “bem de uso comum do povo”. Numa palavra, o legislador não só autonomizou (=deselementalizou) o meio ambiente, como ainda o descoisificou, atribuindo-lhe, sentido relacional, de caráter ecossistêmico e feição intangível⁶².

⁵⁶ Ressalta-se a existência de diversas correntes, Morato Leite, baseando-se na doutrina de Cunhal Sedin, afirmar ser o caso de “antropocentrismo alargado”. Já Pereira da Silva defende a conceituação de “antropocentrismo ecológico”, enquanto Herman Benjamin afirmar ser o caso rompimento com o antropocentrismo clássico e o acolhimento de uma visão mais ampla, denominada de “biocentrismo mitigado”. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick De Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-156.

⁵⁷ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 86.

⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. p. 143-155

⁵⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. p. 143-155.

⁶⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. p. 152.

⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do PPGD da UFC*, Curitiba, v. 31, n. 1, p. 79-96, jan./jun. 2011.

⁶² BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do PPGD da UFC*, Curitiba, v. 31, n. 1, p. 80, jan./jun. 2011.

Para Silva⁶³ a constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente foi revolucionária e inovadora, pois apresenta um direito com uma natureza multifacetada, implicando duas dimensões: individual e coletiva, “podendo-se evidenciar uma ampla gama de titulares — indivíduos e grupos — e sua concretização se manifesta sobretudo em sua dimensão “social””⁶⁴. Todavia, em razão da constitucionalização, o direito ao meio ambiente passa a integrar o escalão hierárquico supremo no ordenamento jurídico nacional, “competindo” diretamente com os demais direitos fundamentais consagrados e, assim torna-se necessário a realização de ponderações em busca da efetivação desse direito sem colidir com os demais⁶⁵. E, como veremos, o meio ambiente em si, normalmente, não prevalece, ainda que, para a autora, “o direito ao meio ambiente configura-se, portanto, como a matriz de todos os demais direitos fundamentais”⁶⁶.

Verificou-se, no levantamento realizado juntamente ao sítio de jurisprudências do STF, que, em relação as 18 decisões encontradas com base nas palavras chaves⁶⁷, apenas quatro⁶⁸ tinham a questão ambiental como objeto principal do julgado e duas⁶⁹ em que o tema era predominante. Observa-se que, nas 12 outras decisões da corte, a temática perpassa a proteção do meio ambiente, mas geralmente associada à proteção da saúde humana⁷⁰ ou direitos coletivos⁷¹, ou seja, o meio ambiente vem sendo tratado pela maior corte constitucional como um direito humano e não como detentor de valor intrínseco.

Vale destacar que, ainda, dentro das decisões focadas nas discussões ambientais, três versam sobre a competência dos municípios para legislar sobre direito ambiental quando se tratar de assunto de interesse predominantemente local. A primeira trata de um agravo regimental no recurso extraordinário que discute a possibilidade do município de Americana proibir o uso de sacolas plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo; a segunda, sobre a possibilidade de o município de Belo Horizonte impor pena de multa em caso de emissão de fumaça acima dos padrões aceitos; e o terceiro trata do reconhecimento da repercussão geral da discussão sobre a constitucionalidade da obrigação da substituição de sacos e sacolas plásticas por de materiais ecológicos.

⁶³ SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n. 6, p. 169-188, set. 2006.

⁶⁴ SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n. 6, p. 173, set. 2006.

⁶⁵ Vale ressaltar sobre o tema que para a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy - atualmente adotada pela maioria dos juristas brasileiros - como salientado por Sarlet e Fensterseifer, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental completo, apresentando, portanto, uma feição defensiva e outra prestacional. Desse modo, há um direito subjetivo do titular, mas também há um valor comunitário, podendo-se reconhecer uma dupla perspectiva do direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado: subjetiva e objetiva. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁶ SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n. 6, p. 173, set. 2006.

⁶⁷ Conforme descrito na introdução, as palavras-chaves foram: Direitos da natureza; Meio ambiente equilibrado e Direito fundamental meio ambiente equilibrado.

⁶⁸ ADI 4983, julgado em 06/10/2016. Objeto da ação era acerca da de manifestação cultural, conhecida como “vaquejada”, qual foi proibida, após o reconhecimento do caráter cruel contra os animais.

RE 194704, julgado em 29/06/2017. Objeto da ação era acerca da possibilidade de imposição de multa decorrente da emissão de fumaça acima dos padrões aceitos pelos Municípios.

RE 729731 ED-AgR, julgado em 06/10/2017. A ação reconheceu o direito dos municípios de legislar sobre matérias de direito ambiental na esfera local, cabendo portanto ao município de Americana/SP proibir a utilização de sacolas plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo.

RE 732686, julgado em 19/10/2017. Reconhece a repercussão geral que discute a constitucionalidade da obrigação da substituição de sacos e sacolas plásticas por de materiais ecológicos.

⁶⁹ ARE 1045443 AgR, julgado em 06/10/2016. Objeto da ação era a demarcação de reserva legal e propriedade privada.

ADI 4988, julgada em 19/09/2018. Objeto da ação era a possibilidade de edificação particular com finalidade unicamente recreativa em áreas de preservação permanente.

⁷⁰ ADPF 101, julgada em 24/06/2009; RE 627189, julgado em 08/06/2016; ADI 4066, julgada em 24/08/2017; ADI 3470, julgada em 29/11/2017; e ADI 5592, julgada em 11/09/2019.

⁷¹ RE 796347, julgado em 24/03/2015; ADI 4269, julgada em 18/10/2017; e ADI 3239, julgada em 08/02/2018.

Nessa última, ainda em tramitação⁷², ressaltam a controvérsia formal, possibilidade de o ente municipal legislar sobre meio ambiente e material, por ofensa aos princípios da defesa do consumidor, do meio ambiente, bem como do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no tocante ao controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que *risco para a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente*. Assim, observa-se que, apesar de o foco principal ser os dados ambientais — sendo inclusive destacado pelo relator Min. Luiz Fux ser louvável a preocupação dos municípios em reduzir a quantidade de sacos plásticos leves produzidos e consumidos e que o descarte das sacolas plásticas é um dos principais responsáveis pelo entupimento da drenagem urbana e pela poluição hídrica, sendo encontradas até no trato digestivo de alguns animais — a temática qualidade da vida e saúde humana é sempre trazida e até mesmo sobressalente em comparação à natureza.

O caso da ADI 5012 merece destaque. A Ação Direta de Inconstitucionalidade objetivava a declaração de inconstitucionalidade de 19 artigos incluídos via emenda parlamentar ao projeto de conversão da Medida Provisória n.º 472/2009, cuja temática original visava à “criação de regimes especiais de tributação para as indústrias petrolíferas, aeronáuticas e de informática”, enquanto os artigos questionados determinavam a supressão e/ou a alteração de três espaços especialmente protegidos localizados nos Estados do Amazonas e de Rondônia.

Em que pese as ressalvas trazidas à discussão pela relatora Min. Rosa Weber, a ação foi julgada improcedente em razão de entendimento precedente. Nas palavras da Ministra:

entendo, ainda, que no caso a violação da Constituição, para além de garantias formais pertinentes à higidez do processo político, se perfaz pelo barateamento do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). E isso porque, ao exigir que a alteração ou supressão de espaços territoriais protegidos somente se dê por meio de lei, o art. 225, III, da CF contempla específica garantia de participação democrática que apenas se pode ter por assegurada mediante lei em cuja elaboração efetivamente observado o devido processo legislativo, o que, como visto, não ocorre no caso dos autos⁷³.

No entanto, ainda que importante as remarcas trazidas pela Ministra, em momento algum, os direitos da natureza são abordados. O que se questiona na ação é a possibilidade de alteração de espaços especialmente protegidos sem a participação democrática e não a necessidade de conservação e preservação da natureza em razão do seu valor intrínseco.

Por fim, convém destacar a utilização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como acessório nas decisões concernentes ao uso de amianto, dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito *aedes aegypti* e impossibilidade de importação de pneus usados.

Em suma, observa-se, em relação às decisões resultantes da pesquisa especificamente das decisões do STF entre 1988 e 2020 indexadas como “Direitos da natureza”, “Meio ambiente equilibrado” e “Direito fundamental meio ambiente equilibrado”, a ausência de discussão sobre o valor da natureza e tal como consagrado no art. 225 da Constituição Federal, e sim a utilização desse como um direito fundamental auxiliar ao direito à saúde humana.

4.2 Todos para além do ser humano

O caráter utilitarista empregado pela Constituição brasileira, que vem sendo reafirmado pelas cortes nacionais, muitas vezes impede o reconhecimento dos direitos da natureza, transformando o direito ao meio ambiente em um acessório que somente é utilizado quando beneficia a um determinado grupo humano.

⁷² Informações válidas para dezembro de 2020.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5012 / DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 16/03/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379506/false>. p. 41.

No entanto, esse entendimento não inviabilizou a propositura de ações como a apresentada pelo rio Doce em 2017 perante o Tribunal Federal de Minas Gerais, requerendo o reconhecimento dos direitos do rio atingido pelos rejeitos de minérios advindos do rompimento da barragem da Samarco, na cidade de Bento Rodrigues em novembro de 2015. Em que pese a ação ter sido julgada improcedente em primeira instância sob a alegação de incompetência do autor para a propositura da ação e que o sistema jurídico brasileiro não reconhece direitos de não humanos, houve grande repercussão nacional, ensejando discussões acadêmicas e técnicas sobre as possibilidades do reconhecimento da natureza como sujeito de direito na legislação brasileira, além de quais seriam os ritos adequados.

Chama atenção a decisão proferida pelo tribunal mineiro, haja vista o reconhecimento constitucional do direito ao bem-estar e saúde dos animais, com a emenda constitucional n.º 96 de 2017, que incluiu a redação do parágrafo 7º⁷⁴ do art. 225, bem como por meio da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Não parece coeso o reconhecimento de direitos, sem o reconhecimento do sujeito de direito. Nas palavras de Pontes de Miranda “Direito sem sujeito é contradição *in adiecto* [...] se o sistema jurídico, como sistema lógico, atribui Direito a animais e coisas, tais animais e coisas não são objeto, - são sujeitos”⁷⁵.

Vale lembrar que o sistema jurídico reconhece como sujeito de direito a coletividade de bens e pessoas jurídicas⁷⁶, assim, a decisão da corte mineira soa incompatível com a possibilidade de o instituto do espólio poder pleitear seus direitos numa corte de justiça, enquanto um rio não. Logo, percebe-se, como salientado por Kersten⁷⁷, que a interpretação dada ao conceito de pessoa jurídica orienta-se, majoritariamente, pelos interesses em questão e não por concepções filosóficas aristotélicas ou kantianas.

A interpretação mais ampla das normas constitucionais permitiria o reconhecimento do Rio Doce como autor da ação proposta, uma vez que os tribunais nacionais já permitem que outros seres não humanos sejam autores, mas especialmente porque o país internalizou diversos tratados internacionais que acolhem outros direitos para além dos humanos. Ademais, quando o art. 225 da Constituição Federal afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, não há restrição expressa ao entendimento do “todos” como humanos e não humanos⁷⁸, esta ocorre somente por meio do pensamento antropocêntrico, para aqueles que a natureza é vista somente como objeto para consumo e não reconhecem, como vários⁷⁹ doutrinadores já o fizeram, a dignidade para além da pessoa humana, o valor intrínseco da natureza.

Apesar de, como destacado por Herman Benjamin⁸⁰, haver, ao longo da Carta Magna brasileira, outros trechos em que se utiliza o termo “todos”, como no art. 205, em nenhum outro momento verifica-se a necessidade de relacionar a expressão com o ser humano. A interpretação dada a norma reflete a realidade

⁷⁴ § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 238.

⁷⁶ DERANI, Cristiane et al. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas. In: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; ACHURY, Liliana Estupiñán; DALMAU, Rubén Martínez; STORINI, Claudia. (org.). *Derechos de la Naturaleza*: teoría, política y práctica. Valencia: Pireo Editorial, 2019. v. 1. p. 495-546.

⁷⁷ KERSTEN, Jens. Trad. MARQUES, Antonio Silveira.; FENSTERSEIFER, Tiago. Quem necessita dos direitos da Natureza? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 93 p. 21. jan./mar. 2019.

⁷⁸ DERANI, Cristiane et al. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas. In: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; ACHURY, Liliana Estupiñán; DALMAU, Rubén Martínez; STORINI, Claudia. (org.). *Derechos de la Naturaleza*: teoría, política y práctica. Valencia: Pireo Editorial, 2019. v. 1. p. 495-546.

KERSTEN, Jens. Trad. MARQUES, Antonio Silveira.; FENSTERSEIFER, Tiago. Quem necessita dos direitos da Natureza? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 93 p. 21. jan./mar. 2019.

⁷⁹ Tais como Antônio Herman Benjamin; Ingo Wolfgang Sarlet; Norberto Bobbio; Patryck de Araújo Ayala; e Tiago Fensterseifer.

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-156.

cultural de uma sociedade, desabrochando os seus valores éticos, de maneira que seria possível ler o termo “todos” do *caput* do art. 225, de maneira “mais ampla e menos solitária”⁸¹ do que restrita apenas aos próprios seres humanos.

Observa-se que o constituinte ao estabelecer no parágrafo 4º que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônios nacionais e devem ter maior proteção, agiu em colaboração com o movimento do novo constitucionalismo latino-americano ao positivar a proteção do meio ambiente, mas também abriu margem para uma interpretação mais ampla do texto. Ainda que, do ponto de vista geográfico, não faça sentido a ausência dos biomas tipicamente brasileiros; Cerrado e Caatinga, bem como a inserção da Serra do Mar, que é composta por Mata Atlântica com boa parte de sua área em zona costeira, o reconhecimento da importância dessas áreas permitiria a propositura de ação judicial para defendê-las, ainda que não haja prejuízos ao ser humano. Assim, se há direito reconhecido, haveria um sujeito de direito, no caso a própria Mata Atlântica ou zona costeira, por exemplo.

Imperioso destacar que, em 2019, em julgamento histórico, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, no Recurso Especial 1.797.175 -SP (2018 / 0031230-00)⁸², que o papagaio Verdinho (*Amazona aestiva*) era passível de bem-estar e saúde, considerando-se a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana qual foi estendida ao animal. Nas palavras de Moraes, “ao exercer o juízo de razoabilidade, o Tribunal considerou os direitos humanos, os direitos de Maria Angélica, e admitiu direitos de seres não humanos, os direitos do papagaio Verdinho”⁸³.

O julgamento do STJ abriu novos paradigmas para a discussão da interpretação dada ao art. 225 da Carta Magna brasileira e demais leis infraconstitucionais.

Se consideramos que o parágrafo 4º do art. 225 da Constituição brasileira estabelece proteção especial a algumas áreas nacionais, sendo passível o ajuizamento de ação para defendê-las e protegê-las, juntamente à extensão do reconhecimento dos direitos de animais não humanos, como manifestado pelo STJ na decisão supramencionada, o reconhecimento dos direitos da natureza no Brasil poderia ocorrer sem a necessária alteração legal, mas tão somente pela reinterpretação de paradigmas arcaicos, tal como ocorreu na Colômbia em 2015.

Mister salientar que o reconhecimento dos direitos da natureza no Brasil é importante, não apenas para que haja coerência entre as legislações nacionais e os acordos internacionais ratificados pelo país, mas para que a América Latina possa se desenvolver como um bloco coeso e harmônico, considerando todas as semelhanças e interesses regionais. Ademais, caso já tivesse sido incorporada a visão biocêntrica ou ecocêntrica nas cortes superiores nacionais, a tutela do Rio Doce poderia ter sido apreciada e, talvez, por meio de uma fiscalização mais rígida e da compreensão da vida para além dos humanos ligados ao rio, poderia ter sido evitado o rompimento da barragem da Mina do Córrego do Feijó, em janeiro de 2019, no município de Brumadinho que resultou no maior desastre ambiental do país.

O realismo jurídico aqui é importante, devendo-se considerar a incorporação por meio da reinterpretação dos direitos da natureza, que permitiria, no momento da ponderação entre direitos fundamentais, que o meio ambiente não fosse analisado tão somente do ponto de vista antropocêntrico, mas que, ao entender a existências de outros seres passíveis de direitos fundamentais, houvesse dupla proteção, no sentido de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos os seres, humanos ou não, porém sem

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

⁸² Acórdão disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp>. Acesso em 21 maio 2020.

⁸³ MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levado a sério: Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 –SP). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 175, 2019.

a necessária prevalência sobre os demais direitos fundamentais⁸⁴. Haja vista que o discurso de desenvolvimento nacional contrário à conservação do meio ambiente não faz sentido — se é que um dia fez — e que, a respeito da vida em um mundo globalizado, o entendimento do ser humano como parte da natureza se mostra cada dia mais importante.

O texto constitucional já fornece as bases jurídicas para o reconhecimento dos direitos da natureza ao “reconhecer a vida do animal não humano e a natureza em geral como um fim em si mesmo”⁸⁵, ou seja, passível de dignidade, cabendo a superação de conceitos ora kantianos, ora puramente antropocentristas arraigados na interpretação constitucional.

5 Considerações finais

Em que pese o Brasil tender em direção ao constitucionalismo andino, pois apresenta elementos básicos, tais como o pluralismo como fundamento da República e o Estado Democrático, o atual momento político nacional, talvez, não permita a continuidade desse caminhar, visto que o conhecimento científico é questionado, quiçá o conhecimento ancestral basilar para o novo constitucionalismo latino-americano.

No entanto, recentes discussões têm permitido que as cortes de justiça avancem na contramão do retrocesso proposto pelo poder executivo federal, havendo esperança para que haja o reconhecimento dos direitos da natureza por meio da reinterpretação de normas constitucionais já positivadas no ordenamento jurídico nacional.

Ainda se observam alguns movimentos locais que atuam na vanguarda do novo constitucionalismo latino-americano. O Município de Bonito (PE) tornou-se pioneiro ao reconhecer em sua lei orgânica os direitos das serras verdes e cachoeiras, reconhecendo assim, os direitos da natureza em escala local⁸⁶. Verificase que, nas cidades de Fortaleza (CE), Florianópolis (SC) e São Paulo (SP) também existem projetos de lei para que sejam igualmente reconhecidos os direitos da natureza em suas respectivas regiões. Na prática, tais ações significam que haverá maior rigidez contra os crimes ambientais e o fortalecimento da proteção dos recursos naturais brasileiros.

Tem-se, portanto, cenário político não favorável aos avanços propostos pelos paradigmas do novo constitucionalismo latino-americano, entretanto movimentos ainda isolados sinalizam a difusão dessa nova visão, para além do simples antropocentrismo, possibilitando o fomento do debate sobre o assunto, bem como a crença de que aos poucos, por meio de decisões judiciais individuais, a reinterpretação das normas constitucionais permitirão o reconhecimento dos direitos da natureza no Brasil.

⁸⁴ KERSTEN, Jens. Trad. MARQUES, Antonio Silveira.; FENSTERSEIFER, Tiago. Quem necessita dos direitos da Natureza? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 93 p. 19-25, jan./mar. 2019.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 106.

⁸⁶ MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 76-92.

Quadro 01 – decisões resultantes da pesquisa por palavras chaves no sítio de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2020

Ação	Meio Processo	Data Julgamento	Data Publicação	Relator	Tema principal
AC 1255	Físico	27/6/2007	30/10/2014	Min. CELSO DE MELLO	Procedimento obrigatório para criação de Unidade de Conservação
ADPF 101	Físico	24/6/2009	4/6/2012	Min. CÁRMEN LÚCIA	Importação de pneus usado
RE 586224	Eletrônico	5/3/2015	8/5/2015	Min. LUIZ FUX	Competência municipal para legislar sobre meio ambiente
RE 796347	Eletrônico	24/3/2015	14/5/2015	Min. CELSO DE MELLO	Legitimidade do MP para firmar TAC com o município
RE 627189	Eletrônico	8/6/2016	3/4/2017	Min. DIAS TOFFOLI	Reconhecimento da repercussão geral que discute a possibilidade de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população
ADI 4983	Eletrônico	6/10/2016	27/4/2017	Min. MARCO AURÉLIO	Proibição da manifestação cultural “vaquejada” em razão do caráter cruel contra os animais
ADI 5012	Eletrônico	16/3/2017	01/02/2018	MIN. ROSA WEBER	Possibilidade de alteração de limites de unidades de conservação por meio de artigos inseridos via emenda parlamentar
RE 194704	Eletrônico	29/6/2017	17/11/2017	Min. CARLOS VELLOSO	Competência municipal para legislar sobre meio ambiente
ADI 4066	Eletrônico	24/8/2017	7/3/2018	Min. ROSA WEBER	Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham

Ação	Meio Processo	Data Julgamento	Data Publicação	Relator	Tema principal
ARE 1045443 AgR	Eletrônico	15/9/2017	27/9/2017	Min. DIAS TOFFOLI	Demarcação de reserva legal
RE 729731 ED-AgR	Eletrônico	6/10/2017	26/10/2017	Min. DIAS TOFFOLI	Competência municipal para legislar sobre meio ambiente
ADI 4269	Eletrônico	18/10/2017	1/2/2019	Min. EDSON FACHIN	Regularização fundiária e terras indígenas na Amazônia Legal
RE 732686	Eletrônico	19/10/2017	13/11/2017	Min. LUIZ FUX	Reconhecimento da repercussão geral que discute a constitucionalidade da obrigação da substituição de sacos e sacolas plásticas por de materiais ecológicos
ADI 3470	Eletrônico	29/11/2017	1/2/2019	Min. ROSA WEBER	Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto
ADI 3239	Eletrônico	8/2/2018	1/2/2019	Min. CEZAR PELUSO	Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação e demarcação de terras ocupadas por remanescentes quilombolas
ADI 4988	Eletrônico	19/9/2018	5/10/2018	Min. ALEXANDRE DE MORAES	Edificação por particulares em áreas de preservação permanente com finalidade exclusivamente recreativa
ADI 5312	Eletrônico	25/10/2018	11/2/2019	Min. ALEXANDRE DE MORAES	Dispensa prévia de licenciamento ambiental em caso de atividades agrossilvipastoris
ADI 5592	Eletrônico	11/9/2019	10/3/2020	Min. CÁRMEN LÚCIA	Incorporação do mecanismo de dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate ao mosquito <i>aedes aegypti</i>

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Revista do PPGD da UFC*, Curitiba, , v. 31, n. 1, p. 79-96. jan./jun. 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasi-

leira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 83-156.

BOLÍVIA. Constituição da Bolívia. *Constitución Política del Estado, El Alto de La Paz*. 07 Fevereiro 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 05 Outubro 1988.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES, 2009. p. 151-166.

COELHO, Fabrízia Leis Naime de Almeida. A proteção internacional do meio ambiente: complemento ao direito humano vida. In: TOLEDO, André de Paiva. *Direito internacional e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte/MG: D'Plácido, 2015. p. 217-238.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *Sentencia T-622/16, Bogotá*. 10 novembro 2016. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-622-16.htm>. Acesso em: 05 julho 2019.

COSTA, Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira. Haluhalunekisu e o Bien Vivir no novo constitucionalismo latino-americano: novas perspectivas a partir das epistemologias do sul. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 137-152.

CUTUMISU Maria; SCHWARTZ Daniel L.; LOU Nigel Mantou. *The relation between academic achievement and the spontaneous use of design-thinking strategies*. Computers & Education, 103806. 2020.

DERANI, Cristiane; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; MORAES, Germana de Oliveira; MAGALHÃES, José Luiz Quadros; SOBRINHO, Lafayette Garcia Novaes; SOUZA, Tatiana Ribeiro; OLIVEIRA, Vanessa Hasson; FREITAS, Vitor Sousa. Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas. In: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; ACHURY, Liliana Estupiñán; DALMAU, Rubén Martínez; STORINI, Claudia. (org.). *Derechos de la Naturaleza: teoría, política y práctica*. Valencia: Pireo Editorial, 2019. p. 495-546.

EQUADOR. *Constitucion Del Ecuador, Ciudad Alfaró, Montecristi*. Ecuador, 20 Outubro 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Acesso em: 18 Jun. 2019.

FRANCISCO, J. C. Força normativa dos tratados em matéria ambiental. In: MESSA, A. F.; THEOPHILO NETO, N.; THEOPHILO JÚNIOR, R. *Sustentabilidade Ambiental e os Novos Desafios da Era Digital*. Estudos em Homenagem a Benedito Guimarães Neto. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 432-447.

GOLDMAN, Shelley; KABAYADONDO, Zaza. *Taking design thinking to school: How the technology of design can transform teachers, learners, and classrooms*. New York: Routledge. 2017

JONAS, Hans. La nature a-t-elle des droits? In: BURBAGE, Frank. *La nature*. Paris: Flammarion, 1998. p. 181-188.

KERSTEN, Jens. Trad. MARQUES, Antonio Silveira.; FENSTERSEIFER, Tiago. Quem necessita dos direitos da Natureza? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 93 p. 19-25. jan./mar. 2019.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick De Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEUZINGER, M. D. *Natureza e cultura: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habitadas por populações tradicionais*. 2007. 357 p. Tese (Doutorado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Univer-

cidade de Brasília, Brasília, 2007.

MATOS, L. M. A. Os rios como sujeitos de direito nos tribunais da América Latina. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 65-75.

MELO, Álisson José Maia. A luta pelo reconhecimento dos direitos da natureza na América do Sul e as novas gramáticas para os direitos humanos: uma análise das garantias processuais de defesa dos direitos dos rios. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humano*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 76-92.

MENDONÇA, Alex Jordan Oliveira Mendonça; RIBEIRO, Gláucia Maria Araujo. O novo constitucionalismo latino-americano e sua contribuição nas políticas de proteção e de reconhecimento de direitos no Brasil. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, Belém, v. 5, n. 2, p. 80-100, 2019.

MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2012. p. 241-276.

MORAES, Germana de Oliveira. Direitos de Pachamama e direitos humanos. In: MORAES, Germana de Oliveira; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ARARIPE, Thaynara Andressa Frota. *Direitos de Pachamama e direitos humanos*. Fortaleza: Murucipe, 2018. p. 10-21.

MORAES, Germana de Oliveira. Direitos dos animais e da natureza levado a sério: Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 –SP). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 173-187, 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. Os diálogos das Nações Unidas “Harmonia com a Natureza” e a proposta de declaração internacional dos direitos da Mãe Terra. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38, n. 2 p. 687-712, jul./dez. 2018.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. A construção do paradigma ecocêntrico no novo constitucionalismo democrático dos países da UNASUL. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 42-69, 2013.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972*. Declaração de Estocolmo, Estocolmo, 16 junho 1972.

PERRA, Livio. Naturaleza y Constitución. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.7, n. 1, p. 192-206, jan. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRÉCOMA, Adriele Andrade; FERREIRA, Helene Sivini; PORTANOVA, Rogério Silva. A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.381-400, ago. 2019.

RAZZOUK, Rim; SHUTE, Valerie. What Is Design Thinking and Why Is It Important?. *Review of Educational Research*, v. 82, p. 330-348, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SBABO, Alexandre Provin. La nature en tant que sujet de droit une perspective sémiotique sur la notion de sujet dans le discours juridique. *TraHs*, Limoges, n. 3, p. 63-73, set. 2018.

SILVA, Solange Teles. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e

Desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, n. 6, p.169-188, set. 2006.

SOUZA, Lucas Silva; NASCIMENTO, Valéria Ribas; BALEM, Isadora Forgiarini. O novo constitucionalismo latino-americano e os povos indígenas: A visão do direito a partir dos caleidoscópios e dos monóculos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 9, n. 2, p. 576-599, ago. 2019.

STF. *AÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. AC 1255 MC-AgR / RR*. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 27/06/2007, STF. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282550/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 3239 / DF*. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 08/02/2018, STF. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397204/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 3470 / RJ*. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 29/11/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397205/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4066 / DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 24/08/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381361/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4269 / DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 18/10/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397323/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4983 / CE*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 06/10/2016, STF. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 4988 / TO*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 19/09/2018, STF. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392021/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5012 / DF*. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 16/03/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379506/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5312 / TO*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 25/10/2018, STF. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397942/false>

STF. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5592 / DF*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. DJ: 11/09/2019, STF. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420304/false>

STF. *AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARE 1045443 AgR / SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 15/09/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374254/false>

STF. *AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 796347 AgR / RS*. Relator: Celso de Mello. DJ: 24/03/2015, STF. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur304302/false>

STF. *AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 729731 ED-AgR / SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 06/10/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur376047/false>

STF. *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 101 / DF*.

Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 24/06/2009, STF. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur210078/false>

STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 194704 / MG*. Relator: Ministro Carlos Veloso. DJ: 29/06/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377674/false>

STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 586224 / SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 05/03/2015, STF. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur303407/false>

STF. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 627189 / SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 08/06/2016, STF. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur365602/false>

STF. *REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 732686 RG / SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 19/10/2017, STF. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9422/false>

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12 n. 23, p. 313-335, jan./jun. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABSCONST, 9., 2011, Curitiba. *Anais eletrônicos...* Curitiba, 2011. p. 143-155.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

Agradecimento

Este trabalho foi co-financiado pela Région Bretagne e pelo Interdisciplinary graduate School for the Blue planet (ISblue) por meio do financiamento do contrato de doutorado da primeira autora.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**El derecho humano al acceso a
la información ambiental y la
jurisprudencia interamericana**

**The human right to access to
environmental information and
inter-American jurisprudence**

Gonzalo Aguilar Cavallo

El derecho humano al acceso a la información ambiental y la jurisprudencia interamericana*

The human right to access to environmental information and inter-American jurisprudence

Gonzalo Aguilar Cavallo**

Resumen

Este trabajo analiza la contribución que el derecho a la información ambiental realiza para la plena efectividad del derecho a un medio ambiente sano. El derecho a la información ambiental ha sido desarrollado en América Latina a través del Acuerdo de Escazú. Este Acuerdo demuestra la autonomía que estos derechos de acceso han ido adquiriendo en el derecho internacional. En la medida que los Estados partes en el sistema interamericano de protección de derechos humanos vayan ratificando el Acuerdo, este pasará a engrosar el *ius commune* desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho a un medio ambiente sano. Derecho de acceso a la información ambiental. Derechos procedimentales. Acuerdo de Escazú. Derechos humanos.

Abstract

This paper analyses the contribution of the right to environmental information for the right to a healthy environment. The right to environmental information has been further developed through the Escazú Convention. This Convention shows the autonomy these environmental rights have reached in international law. The Escazú Convention would broaden the extent of the *ius commune* developed by the Inter-American Court on Human Rights, inasmuch the State members of the Inter-American Human Rights System will ratify the Convention.

Keywords: Human rights to a healthy environment. Right to access to environmental information. Procedural right. Escazú Convention. Human rights.

1 Introducción

El derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable, y sostenible ha venido desarrollándose con fuerza desde la esfera

* Autor convidado

** Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). E-mail: gaguilar@utalca.cl. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1190423: Análisis de los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental y su concreción en el derecho interno, del que el autor es investigador principal. E-mail: gaguilar@utalca.cl

de las Naciones Unidas, especialmente, gracias al trabajo realizado por los relatores especiales de las Naciones Unidas para el medio ambiente y los derechos humanos¹. A partir de los trabajos realizados por estos expertos, con el concurso de los Estados miembros de la Organización, el contenido, contornos y límites del derecho humano al medio ambiente se ha ido definiendo y concretizando. De hecho, en 2018, el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, presentó su propuesta de Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. El Principio marco 1, establece claramente lo siguiente: “Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos”².

También, desde la esfera internacional, la jurisprudencia internacional ha jugado un rol relevante en los últimos tiempos. Sólo para mencionar un ejemplo, entre varios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió una Opinión Consultiva sobre el medio ambiente, la cual contiene importantes principios y definiciones en materia de protección del medio ambiente y del derecho a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible³. Sin duda, todas estas definiciones y principios contribuyen a llenar el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente y con el derecho humano al medio ambiente en sí mismo considerado. Esta importante evolución que se está produciendo en el ámbito del derecho internacional podría generar un impacto decisivo en el desarrollo futuro del derecho constitucional de los derechos humanos al interior de los Estados. Esto es particularmente relevante, en los Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, si se tiene presente la Opinión Consultiva de la Corte IDH antes mencionada.

Uno de los rasgos que se ha ido definiendo con mayor precisión en la evolución actual del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ha sido la, cada vez más, estrecha interdependencia entre los denominados derechos sustantivos ambientales y derechos procesales ambientales, tales como el derecho a la información ambiental⁴.

El objetivo principal de este trabajo es determinar los fundamentos, el sentido, el alcance y la relevancia del acceso a la información ambiental en la protección ambiental, así como el examen de las normas que lo apuntalan. En este contexto, la pregunta que orienta este estudio corresponde a ¿cuál sería el fundamento, sentido y alcance de la información ambiental en la protección ambiental y cuáles son las fuentes de la misma? El método utilizado será el análisis dogmático y normativo, junto con la técnica de revisión documental.

En este trabajo abordaremos en primer lugar, las fuentes del derecho al acceso a la información ambiental, su contenido, sentido y alcance, conectando la protección del medio ambiente con el acceso a la información, y, posteriormente, analizaremos el desarrollo pretoriano interamericano en relación con la protección del medio ambiente y del derecho al acceso a la información ambiental.

¹ LUIS GARCÍA, Elena de. El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 25, p. 550-569, 2018.

² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018. Anexo: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Principio marco 1.

³ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23.

⁴ “Prácticamente en cada una de las fuentes examinadas se identificaban derechos humanos cuyo disfrute se había visto vulnerado o amenazado por daños ambientales y se reconocía que, en virtud del derecho de los derechos humanos, los Estados tenían obligaciones a los efectos de proteger contra esos daños. Se trataba de obligaciones procesales (como las de proporcionar información, facilitar la participación y permitir el acceso a vías de recurso), obligaciones sustantivas (incluidas las que regulaban las entidades del sector privado) y obligaciones reforzadas en pro de quienes se encontraban en situaciones particularmente vulnerables”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018, par. 3.

2 La evolución del derecho internacional del medio ambiente

El acceso a la información ambiental es un derecho que cuenta con un reconocimiento reciente en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos⁵. Sin duda que su reconocimiento comienza, en el nivel de los principios, en el área del derecho internacional del medio ambiente (DIMA), para luego, en el último tercio del siglo XX, comenzar su camino en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), fundamentalmente, a través de tratados que no son denominados propiamente de derechos humanos, aunque abordan materias concernientes a los derechos humanos⁶. A continuación examinaremos esta evolución.

2.1 *Soft law* y *hard law*: el camino a Aarhus

El derecho al acceso a la información ambiental fue formalmente reconocido en un instrumento, *prima facie*, de *soft law*, esto es en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992⁷. En efecto, el Principio 10 de esta Declaración señala:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Respecto al acceso a la información, el Principio 10 establece ciertos puntos cardinales, que seguirán evolucionando en las décadas posteriores a su adopción. Algunos aspectos que fija son: ¿Quién puede acceder a la información ambiental? En general, se consagra un criterio amplio de acceso a la información ambiental, esto es, todas las personas. Y, esto se condice con el creciente interés, incluso en períodos de crisis, de mantener elevados estándares de acceso a la información y a la participación ambiental⁸. ¿La información que se encuentre en poder de quién? Se trata del derecho a acceder a la información que tengan las autoridades públicas. ¿Qué actitud debe asumir el Estado? El Estado debe poner la información a disposición de todos. ¿Cómo debe ser la modalidad de ejercicio de este derecho? El acceso a la información ambiental debe ser adecuado, seguro, pertinente, de calidad, fácil, veraz, completo y efectivo. ¿Qué información se debe incluir? Toda la información ambiental disponible, salvo que esté cubierta por una excepción, e incluso, la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro para las comunidades, para poder ejercer el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos⁹.

En este mismo contexto, en 1994, la Relatora Especial Sra. Fatma Zohra Ksentini, elaboró el Informe final titulado “Los derechos humanos y el medio ambiente”, conocido como Informe Ksentini¹⁰. Este informe propuso un Proyecto de Principios sobre los derechos humanos y el medio ambiente, cuyo Principio

⁵ VERA ESQUIVEL, Germán. La protección del medio ambiente y los derechos humanos: algunas aproximaciones comparativas. *Agenda Internacional*, v. 1, n. 1, p. 133-145, 1994.

⁶ BOYLE, Alan. Human rights and the environment: where next? *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 613-642, 2012.

⁷ CABRERA MEDAGLIA, Jorge. El impacto de las Declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, año 6, n. 61, p. 25-41, 2004.

⁸ COTTA, Benedetta; MIMOLI, Vincenzo. Do environmental preferences in wealthy nations persist in times of crisis? the european environmental attitudes (2008-2017). *Italian Political Science Review*, v. 50, p. 1-16, 2020.

⁹ NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 3-14 jun. 1992.

¹⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Los derechos humanos y el medio ambiente: Informe Final de la Relatora Especial Sra. Fatma Zohra Ksentini*. Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1994/9, de fecha 6 de julio de 1994. p. 73.

15 afirma lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho a recibir información sobre el medio ambiente. Esto comprende la información, cualquiera sea la forma en que se obtenga, relativa a las acciones o formas de conducta que puedan afectar el medio ambiente así como la información necesaria para hacer posible una participación pública efectiva en la adopción de decisiones ambientales. La información será oportuna, clara, comprensible y podrá conseguirse sin una carga financiera excesiva para quien la solicite”.

Asimismo, producto de la interacción entre el DIMA y el DIDH, el reconocimiento del derecho al acceso a la información ambiental se potenció en los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente de 2018, anteriormente mencionados. En efecto, en su Principio marco 7, señala: “Los Estados deben proporcionar acceso público a la información ambiental mediante la reunión y difusión de datos y proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información a cualquier persona que lo solicite”.¹¹

Por su parte, el derecho internacional convencional ha desarrollado, al menos expresamente, en dos tratados regionales, el derecho al acceso a la información ambiental. En orden cronológico, el primer tratado en regular directamente el derecho a la información ambiental es el Convenio de Aarhus de 1998, mientras que el segundo tratado es el denominado Acuerdo de Escazú de 2018.

En esta parte, antes de explicar el Convenio de Aarhus, haremos una breve referencia a otros instrumentos internacionales relevantes y que fueron preparando el camino al Convenio de Aarhus de 1998, desde el momento en que se hace una referencia indirecta a la información ambiental. De este modo, examinaremos brevemente, en el siguiente orden, el Convenio de Espoo (1991), las Directrices de la CEPE (1995) y el Convenio de Aarhus (1998).

2.1.1 El Convenio de Espoo de 1991

Nos estamos refiriendo al Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo, también llamado Convenio de Espoo, por el lugar donde fue adoptado, con fecha 25 de febrero de 1991. En efecto, en el contexto de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), se adoptó en Espoo, Finlandia, en 1991, este Convenio que regula la evaluación del impacto ambiental en situaciones transfronterizas¹².

En este Convenio se abordan varias características del acceso a la información ambiental, tales como quién puede y debe acceder a la información ambiental, cuál es el contenido de esta información ambiental, el momento en que esta información ambiental debe estar disponible y qué pueden hacer los afectados en relación con esta información ambiental.

En efecto, en caso de que un proyecto o actividad pueda probablemente producir un impacto perjudicial y de magnitud apreciable, se deben realizar consultas apropiadas y efectivas, lo antes posible (art. 3 párrafo 1). Dentro de la información que se debe entregar, se señala la siguiente:

“a) La información pertinente sobre el procedimiento de evaluación del impacto medioambiental, con indicación de los plazos de remisión de observaciones, y

b) La información pertinente sobre la actividad propuesta y su posible impacto transfronterizo de carácter perjudicial y magnitud apreciable.” (Art. 3 párrafo 5)

Y, luego, se entiende por público a una o más personas físicas o jurídicas (art. 1, número x). En relación con la información que debe ser puesta a disposición del público, el Convenio indica:

¹¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018. Anexo: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Principio marco 7.

¹² Vid. LÓPEZ ZAMORA, Luis. El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de pueblos indígenas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 14, p. 301-345, 2014.

“Las Partes interesadas velarán por que el público de la Parte afectada en las zonas que podrían verse afectadas reciba información sobre la actividad propuesta y tenga oportunidad de formular observaciones o plantear objeciones con respecto a la actividad propuesta y de transmitir estas observaciones y objeciones a la autoridad competente de la Parte de origen, bien sea directamente a la propia autoridad o, cuando proceda, por intermedio de la Parte de origen.” (art. 3 párrafo 8)

En el apéndice II de este Convenio, se refiere el contenido mínimo de la información que se debe disponer para el inicio del proceso de evaluación del impacto ambiental, tal como lo indica el artículo 4 párrafo 1 del Convenio de Espoo. Resulta esclarecedor revisar la información que el Convenio propone, al momento de tener en cuenta qué información un titular de un proyecto debe poner a disposición de los interesados. El apéndice II establece lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 4, la documentación para la evaluación del impacto medioambiental incluirá, al menos, lo siguiente:

- a) La descripción de la actividad propuesta y su finalidad;
- b) La descripción, si procede, de las alternativas razonables de la actividad propuesta (en cuanto al emplazamiento o la tecnología, por ejemplo), incluida la alternativa de no realizar la actividad;
- c) La descripción del medio ambiente al que la actividad propuesta y sus alternativas pueden afectar de manera apreciable;
- d) La descripción del posible impacto medioambiental de la actividad propuesta y sus alternativas y la evaluación de su magnitud;
- e) La descripción de las medidas paliativas para reducir al mínimo el impacto medioambiental de carácter perjudicial;
- f) La indicación expresa de los métodos de predicción, las hipótesis fundamentales y los datos ambientales pertinentes utilizados;
- g) La relación de las lagunas de conocimiento y dudas surgidas al recopilar la información necesaria;
- h) Si procede, el esbozo de los programas de supervisión y gestión y de todo plan de análisis de proyectos a posteriori; e
- i) Un resumen de carácter no técnico que incluya una presentación visual apropiada (mapas, gráficos, etc.).”

2.1.2 Las Directrices de la CEPE de 1995

En cuanto a la información ambiental, el Convenio de Espoo viene a ser reforzado por el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998. Antes de abordar el Convenio de Aarhus, conviene hacer referencia a los instrumentos que fueron cimentando su nacimiento. El Convenio de Aarhus de 1998 fue precedido de las Directrices sobre Acceso a la Información Ambiental y a la Participación Pública en la toma de decisiones ambientales aprobadas en el seno de la CEPE, en 1995 (Directrices de Sofía de 1995), y luego refrendadas por la Declaración Ministerial de la CEPE de 1995¹³.

Como se ha observado, el Convenio de Aarhus se basa en las Directrices de la CEPE para el acceso a la información sobre el medio ambiente y la participación del público en la toma de decisiones en materia medioambiental, aprobadas en la Declaración Ministerial adoptada en la Tercera Conferencia Ministerial sobre el tema «Un medio ambiente para Europa» celebrada en Sofía, Bulgaria, el 25 de octubre de 1995¹⁴.

¹³ KRÄMER, Ludwig. Transnational access to environmental information. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 95-104, 2012. especialmente, p. 97.

¹⁴ UNECE. *Fourth Ministerial Conference “Environment for Europe”*. Århus, Denmark 23-25 June 1998. Reporto on The Conferece prepared by the ECE Secretariat in cooperation with the host country. U.N. Doc. ECE/CEP/41.

En efecto, en dicha Declaración Ministerial se afirma lo siguiente:

“Creemos que es esencial que de acuerdo con el Principio 10 de la Declaración de Río, los Estados deberían dar al público la oportunidad de participar en todos los niveles de los procesos de toma de decisiones relativos al medio ambiente, y reconocemos que mucho queda por hacer a este respecto. Hacemos un llamado a todos los países de la región para garantizar que tengan un marco jurídico y mecanismos efectivos y apropiados para asegurar el acceso público a la información medioambiental, para facilitar y estimular la participación pública, *inter alia*, a través de procedimientos de evaluación de impacto ambiental, y para proporcionar acceso público efectivo a los mecanismos judiciales y administrativos de reparación de daño ambiental. Invitamos a los países a garantizar que se introduzca en la legislación relevante la participación pública efectiva como un fundamento para las políticas ambientales exitosas.

Aprobamos las Directrices de la ECE sobre Acceso a la Información Ambiental y a la Participación Pública en la toma de decisiones ambientales e invitamos a la ECE a revisar su implementación en 1997 y a informar en la próxima Conferencia.”

Incluso, puede señalarse que las Instituciones europeas, antes de la Reunión Ministerial de la CEPE de 1995, emitieron una Resolución, en la que indicaron lo siguiente:

“8. Insta, en particular, a que se garantice que las obligaciones establecidas en las directrices sobre el acceso a la información medioambiental:

- incluyan la información sobre las repercusiones en la salud humana de la degradación del medio ambiente,
- se apliquen a todos los órganos públicos que dispongan de información medioambiental (y no sólo a los órganos responsables de la política para el medio ambiente),
- se apliquen a las entidades privadas con responsabilidades públicas,
- se apliquen también a los parlamentos,
- establezcan un plazo efectivo para proporcionar la información, o para comunicar las razones por las que se deniega el acceso a la misma;”¹⁵

2.1.2.1 ¿Qué es información ambiental?

Las Directrices de la CEPE fueron sometidas a la Conferencia de Ministros en 1995. Estas directrices sobre el Acceso a la información ambiental y la participación del público en el proceso de toma de decisiones ambientales, preparadas por un grupo de expertos, definen la información ambiental de la manera que sigue:

“Para el propósito de estas Directrices, información ambiental quiere decir cualquier información sobre el estado del agua, del aire, del suelo, de la fauna, de la flora, de la tierra y de los sitios naturales y sobre las actividades o medidas que afectan adversamente o pueden afectar adversamente, y sobre las actividades o medidas diseñadas para proteger el estado del agua, del aire, del suelo, de la fauna, de la flora, de la tierra y de los sitios naturales, incluyendo las medidas administrativas y los programas de gestión ambiental.”¹⁶

2.1.2.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?

Las Directrices de la CEPE señalan que “cualquier persona natural o jurídica debería tener libre acceso a la información ambiental cuando lo soliciten, sujeto a los términos y condiciones establecidas en estas Directrices, sin considerar la ciudadanía, la nacionalidad o el domicilio, y sin tener que probar un interés jurídico o de otra naturaleza.”¹⁷

¹⁵ PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución sobre la Conferencia de Ministros de Medio Ambiente que se celebrará en Sofía en octubre de 1995*. (Resolución A4-0172/95. Diario Oficial N° C 249 de 25/09/1995).

¹⁶ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Ginebra: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996.

¹⁷ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environ-*

2.1.2.3 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

Las Directrices indican que “las autoridades públicas (a nivel nacional, regional, y local) y los órganos que tengan responsabilidad pública por el medio ambiente, excepto aquellos actuando en su capacidad judicial o legislativa, deben proporcionar información ambiental.”¹⁸

2.1.2.4 ¿Cómo se debe entregar la información?

El sistema de información ambiental debería ser siempre transparente, indicando el tipo de información disponible, las condiciones bajo las cuales se puede acceder, el proceso para obtenerla, el establecimiento de registros y la designación de oficiales de información.

2.1.2.5 ¿Se puede rechazar la solicitud información?

Una solicitud de información podría rechazarse cuando afecta la seguridad nacional, las relaciones internacionales, materias bajo investigación o en juicio, por confidencialidad industrial o intelectual, por confidencialidad de datos personales, materiales cuya publicación podría poner en peligro el medio ambiente¹⁹.

2.1.2.6 ¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?

Un elemento que es de mucha relevancia es que las Directrices señalan en esta parte un criterio de interpretación de los motivos de rechazo de acceso a la información ambiental, que es tradicional en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, nos referimos al principio *pro homine* aplicado concretamente en este caso al acceso a la información ambiental²⁰. Las Directrices señalan expresamente que “los motivos antes señalados para rechazar el acceso a la información deben ser interpretados de una manera restrictiva, considerando el interés público atendido por la divulgación ponderado con el interés por no divulgar, en cada caso.”²¹

2.1.2.7 ¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

Las autoridades públicas deberían responder la solicitud del interesado tan pronto como sea posible y, máximo, dentro de las seis semanas siguientes²².

2.1.2.8 ¿Debe haber costos para el acceso a la información?

La información ambiental debe estar disponible para revisión libre de costos y cuando se solicita información esta debe proporcionarse dando las debidas facilidades en cuanto al costo de las copias de los documentos y en cuanto al formato del documento. Si el documento se encuentra en diversos formatos, se debe proporcionar el documento en el formato que el solicitante lo requiera²³.

mental Decision-Making. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 2.

¹⁸ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 3.

¹⁹ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 6.

²⁰ Vid. MITTE, Leesi Ebenezer. The right of public access to legal information: a proposal for its universal recognition as a human right. *German Law Journal*, v. 18, n. 6, p. 1429-1496, 2017.

²¹ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 6.

²² ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 7.

²³ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 8.

2.1.2.9 ¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?

Toda persona que haya presentado una solicitud de información y que sienta que esa solicitud fue ignorada, erróneamente rechazada o inadecuadamente respondida, debe disponer de recursos administrativos y judiciales para buscar un remedio²⁴.

2.1.3 Convenio de Aarhus de 1998

Las Directrices sobre el derecho de acceso a la información y a la participación pública en el proceso de toma de decisiones ambientales de 1995, fueron recogidas en el Convenio de Aarhus de 1998, por lo que gran parte de las cuestiones allí planteadas fueron reiteradas en el Convenio e incluso mejoradas. Cabe resaltar que el Convenio de Aarhus establece un Comité de Cumplimiento, con fijación de un procedimiento determinado, lo cual, como se verá, se repetirá en el caso del Acuerdo de Escazú²⁵. Veamos los principales aspectos del Convenio de Aarhus en materia de acceso a la información ambiental.

2.1.3.1 ¿Qué es información ambiental?

El Convenio de Aarhus define, en su artículo 2.3., lo que se entiende por información ambiental, señalando:

“3. Por «información(es) sobre el medio ambiente» se entiende toda información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material y que se refiera a:

- a) el estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos;
- b) factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 anterior sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental;
- c) el estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) anterior.”

Aquí es posible apreciar que la definición de información ambiental del Convenio de Aarhus es más extensa que aquella propuesta en las Directrices antes mencionadas.

2.1.3.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?

Las autoridades públicas deben poner a disposición del público las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten. El artículo 2 párrafo 4 del Convenio de Aarhus señala que “Por “público” se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas.” El público puede solicitar y acceder a la información ambiental sin tener que invocar un interés particular (Art. 4 párrafo 1, letra a))

²⁴ ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Ginebra: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996, par. 9.

²⁵ KOESTER, Veit. The Compliance Committee of the Aarhus Convention: an overview on procedures and jurisprudence. *Environmental Policy and Law*, v. 37, n. 1-2, p. 87-96, 2007.

2.1.3.3 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

La obligación de proporcionar o poner a disposición la información ambiental recae sobre las autoridades públicas²⁶. El artículo 2 párrafo 2 del Convenio de Aarhus proporciona un concepto ampliado de autoridad pública, lo que a su vez, produce una expansión de la información ambiental que se puede solicitar. En efecto, esa disposición establece:

“Por “autoridad pública” se entiende:

- a) La administración pública a nivel nacional o regional o a cualquier otro nivel;
- b) Las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del derecho interno, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente;
- c) Cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de un órgano o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) y b) supra;
- d) Las instituciones de cualquier organización de integración económica regional a que hace referencia el artículo 17 que sea Parte en el presente Convenio.”

2.1.3.4 ¿Se puede rechazar la solicitud información?

La solicitud de información sobre el medio ambiente puede ser rechazada si no se dispone de la información solicitada; si la solicitud es abusiva o formulada en términos generales; si la información está elaborándose; o cuando la divulgación tenga efectos adversos sobre la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas o en la seguridad nacional o relaciones internacionales; si afecta la buena marcha de la justicia; si afecta los secretos industriales o la confidencialidad en propiedad comercial o intelectual; si afecta la confidencialidad de los datos personales, o si afecta la protección del medio ambiente, como las zonas de reproducción de especies raras. (Art. 4, párrafos 3 y 4)

2.1.3.5 ¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?

En este contexto, el Convenio de Aarhus no hace más que reiterar un principio propio del derecho internacional de los derechos humanos, cual es el *principio pro homine*, en este caso, aplicado a la protección de la naturaleza²⁷. Este artículo es el equivalente, por ejemplo, al artículo 29 b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, en materia de los derechos de acceso ambiental, el Convenio de Aarhus indica:

“Las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán el derecho de las Partes a seguir aplicando o a adoptar, en lugar de las medidas previstas por el presente Convenio, medidas que garanticen un acceso más amplio a la información, una mayor participación del público en la toma de decisiones y un acceso más amplio a la justicia en materia medioambiental.” (Art. 3, párrafo 5)

Luego, a propósito de la interpretación de las causales de rechazo de acceso a la información, considerando que el acceso debe ser la regla general, el Convenio de Aarhus reitera la regla de las Directrices antes mencionada²⁸. En efecto, el Convenio señala que los “motivos de denegación antes mencionados deberán

²⁶ MASON, Michael. Information disclosure and environmental rights: the Aarhus Convention. *Global Environmental Politics*, v. 10, n. 3, p. 9-31, 2010.

²⁷ RUSSO, Josefina; RUSSO, Ricardo. In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales. *Tierra Tropical*, v. 1, n. 1, p. 23-32, 2009.

²⁸ “Requests for environmental information should be permitted to be refused only on the basis of specific grounds for refusal, taking into account the relevant provisions of the Convention, including the requirement that grounds for refusal should be interpreted in a restrictive way, taking into account the public interest in disclosure.” Cfr. NACIONES UNIDAS. *Almaty Guidelines on Promoting the Application of the Principles of the Aarhus Convention in International Forums*. U.N. Doc. ECE/MP.PP/2005/2/Add.5, de fecha 20 June 2005, par. 25.

interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente” (Art. 4, párrafo 4, parte final).

2.1.3.6 ¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

El artículo 4 párrafo 2 del Convenio de Aarhus establece un plazo bastante más restringido para la entrega de la información ambiental que el señalado por las Directrices. En efecto, se dispone que “[l]as informaciones sobre el medio ambiente a que se refiere el apartado 1 supra serán puestas a disposición del público tan pronto como sea posible y a más tardar en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que se haya presentado la solicitud, a menos que el volumen y la complejidad de los datos solicitados justifiquen una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.”

2.1.3.7 ¿Debe haber costos para el acceso a la información?

En términos generales, el Convenio de Aarhus consagra la misma regla que las Directrices antes mencionadas, en el sentido de que se debe facilitar lo más posible el acceso a la información ambiental, por lo que no debería haber costos en la obtención de la documentación pertinente, aun cuando los Estados pueden establecer un valor siempre que sea de “una cuantía razonable”. Los Estados deben avisar con anticipación a los requirentes el monto de la documentación solicitada y los casos en que se puede reducir el monto o bien liberar del mismo (Art. 4 párrafo 8)²⁹.

2.1.3.8 ¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?

El Convenio de Aarhus determina que los Estados deben asegurar medios de recurso para el público en caso de rechazo de la solicitud, dando las condiciones para el acceso a la justicia. Así, prevé que el rechazo se haga por escrito, dando las razones de la negativa, y que esta se comuniquen en el más breve plazo posible, reiterando la regla del plazo del artículo 4 párrafo 1. En efecto, el Convenio señala que la “denegación de una solicitud de información se notificará por escrito si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor solicita una respuesta escrita. En la notificación de denegación, la autoridad pública expondrá los motivos de la denegación e informará al solicitante del recurso de que dispone en virtud del artículo 9. La denegación de la solicitud se notificará lo antes posible y en el plazo de un mes a más tardar, a menos que la complejidad de las informaciones solicitadas justifique una prórroga de ese plazo hasta un máximo de dos meses a partir de la solicitud. Se informará al solicitante de toda prórroga del plazo y de los motivos que la justifican.” (Art. 4 párrafo 7)

Toda esta regulación, que es el resultado de una evolución en el tiempo acerca de los estándares europeos en materia de derecho de acceso a la información ambiental, ha servido de fuente de inspiración para la elaboración de las normas internacionales sobre la materia en la región de América Latina y el Caribe.

2.2 El Acuerdo de Escazú de 2018

El Acuerdo de Escazú fue adoptado el 4 de marzo de 2018, en Escazú, Costa Rica, luego de varios años de negociaciones, acompañadas por la Cepal como Secretaría Técnica y liderado por varios países latinoamericanos, tales como Chile³⁰. El nombre completo de este tratado es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la

²⁹ WHITTAKER, Sean. The right of access to environmental information and legal transplant theory: lessons from London and Beijing. *Transnational Environmental Law*, v. 6, n. 3, p. 1-22, 2017.

³⁰ CEPAL. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe*: hacia el logro de la

Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. La denominación de Acuerdo, y no de Tratado o Convención, tal vez sirva para demostrar una de las grandes cuestiones que se discutieron en estas negociaciones, esto es, si el instrumento sería vinculante o no para los Estados. Finalmente, los Estados decidieron que se trataría de un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Hasta la fecha de redacción de este artículo, el Acuerdo de Escazú había sido firmado por 24 Estados de la región y había sido ratificado por 9 Estados. Los Estados que han firmado el Acuerdo son Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, San Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay. Los Estados que han ratificado el Acuerdo son Antigua y Barbuda, Bolivia, Ecuador, Guyana, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis y Uruguay.

El derecho al acceso a la información ambiental se encuentra regulado en el artículo 5 y 6 del Acuerdo de Escazú. Previamente, el artículo 2 proporciona la definición de derechos de acceso y de información ambiental. En efecto, el artículo 2, letra a) señala, a este respecto, que “por “derechos de acceso” se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales.”³¹ Además, el Acuerdo de Escazú hace una vinculación evidente entre estos derechos de acceso ambiental y el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano³². La nomenclatura del derecho no se encuentra actualizada a aquella que es utilizada en nuestros días por el sistema de Naciones Unidas, pero, de todas maneras, es interesante el nexo que realiza. En efecto, el artículo 4 párrafo 1 reza como sigue:

“Cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo.”

2.2.1 ¿Qué es información ambiental?

El artículo 2, letra c) del Acuerdo de Escazú señala que “por “información ambiental” se entiende cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales”³³.

2.2.2 ¿Quién puede acceder a la información ambiental?

El Acuerdo de Escazú señala que el acceso a la información ambiental es un derecho del público (Art. 5 párrafo 1). Este tratado contiene una definición amplia del público, a saber, “por “público” se entiende una o varias personas físicas o jurídicas y las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas, que son nacionales o que están sujetos a la jurisdicción nacional del Estado Parte.” (Art. 2, letra d))

Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Santiago: CEPAL, 2018. p. 23.

³¹ ACUÑA, Guillermo. El acceso a la información y participación pública en la toma de decisiones ambientales en América Latina: avances y desafíos hacia una mejor aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río. In: PNUMA. *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. Santiago: PNUMA, 2010. p. 115-134.

³² COSTA CORDELLA, Ezio; BURDILES PERUCCI, Gabriela. El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 15, n. 2, p. 189-211, 2019.

³³ COSTA CORDELLA, Ezio; BURDILES PERUCCI, Gabriela. El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 15, n. 2, p. 189-211, 2019. especialmente, p. 205.

2.2.3 ¿Sentido y alcance del derecho al acceso a la información pública?

El Acuerdo se refiere a dos variantes del derecho a la información ambiental. Primero, el derecho a solicitar y recibir información ambiental. Segundo el derecho a ser informado si la autoridad se encuentra en poder de la información, o de los motivos de la negativa y las vías de recurso de que se dispone y los requisitos necesarios para ejercer ese derecho de acceso a la justicia (Art. 5, párrafo 2). Estas variaciones serían lo que la doctrina denomina derecho a la información activa y derecho a la información pasiva.³⁴

2.2.4 ¿Cuál es la situación de los grupos en situación de vulnerabilidad?

Las partes acordaron darle un tratamiento especial a las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, atendiendo su caso particular (Art. 5 párrafo 3 y 4). Este diseño coincide con el principio del derecho de los derechos humanos relativo al deber del Estado de proporcionar una protección reforzada para este tipo de grupos³⁵.

2.2.5 ¿Quién está obligado a proporcionar la información ambiental?

Los sujetos obligados a proporcionar la información ambiental es la autoridad competente. El Acuerdo de Escazú contiene una definición amplia de autoridad competente, que incluye a organizaciones privadas. En efecto, el artículo 2 letra b), señala que “por “autoridad competente” se entiende, para la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del presente Acuerdo, toda institución pública que ejerce los poderes, la autoridad y las funciones en materia de acceso a la información, incluyendo a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Estado o controlados por él, que actúen por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y, cuando corresponda, a las organizaciones privadas, en la medida en que reciban fondos o beneficios públicos directa o indirectamente o que desempeñen funciones y servicios públicos, pero exclusivamente en lo referido a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados.”

2.2.6 ¿Cuáles son las obligaciones que recaen sobre los que tienen la información ambiental?

Las autoridades deben generar, mantener y actualizar la información ambiental relevante y velar porque esta información esté desagregada a nivel nacional, regional y local (Art. 6 párrafo 1). Se deben mantener y actualizar uno o más sistemas de información ambiental, que deberían incluir, por ejemplo, la siguiente información:

- a) los textos de tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes, reglamentos y actos administrativos sobre el medio ambiente;
- b) los informes sobre el estado del medio ambiente;
- c) el listado de las entidades públicas con competencia en materia ambiental y, cuando fuera posible, sus respectivas áreas de actuación;
- d) el listado de zonas contaminadas, por tipo de contaminante y localización;
- e) información sobre el uso y la conservación de los recursos naturales y servicios ecosistémicos;
- f) informes, estudios e información científicos, técnicos o tecnológicos en asuntos ambientales

³⁴ “El derecho a la información es un derecho universal, inviolable e inalterable del hombre moderno, puesto que se funda en la naturaleza del hombre. Se trata de un derecho activo y pasivo: por una parte, la búsqueda de la información; y por la otra, la posibilidad de todos a recibirla”. BELTRAO, J. *et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2014. p. 16.

³⁵ BELTRAO, J. *et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2014. p. 314.

- elaborados por instituciones académicas y de investigación, públicas o privadas, nacionales o extranjeras;
- g) fuentes relativas a cambio climático que contribuyan a fortalecer las capacidades nacionales en esta materia;
 - h) información de los procesos de evaluación de impacto ambiental y de otros instrumentos de gestión ambiental, cuando corresponda, y las licencias o permisos ambientales otorgados por las autoridades públicas;
 - i) un listado estimado de residuos por tipo y, cuando sea posible, desagregado por volumen, localización y año; e
 - j) información respecto de la imposición de sanciones administrativas en asuntos ambientales.” (Art. 6 párrafo 3)

También, los Estados deben generar, mantener y actualizar un registro de emisiones transferencias de contaminantes del aire, agua, suelo y subsuelo y de materiales y residuos bajo su jurisdicción (Art. 6 párrafo 4).

Del mismo modo, los Estados deben mantener sistemas de alerta temprana usando los mecanismos disponibles, en casos de riesgo o amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente (Art. 6 párrafo 5). Esto se encuentra íntimamente relacionado con los nuevos desarrollos acerca del contenido y alcance del derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos (seguro), limpio, saludable y sostenible que se vienen realizando en el sistema de Naciones Unidas.³⁶

El Estado debe además publicar periódicamente un Informe Nacional sobre el Estado del Medio Ambiente, y en todo caso cada 5 años, el cual podría contener:

- “a) información sobre el estado del medio ambiente y de los recursos naturales, incluidos datos cuantitativos, cuando ello sea posible;
- b) acciones nacionales para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia ambiental;
- c) avances en la implementación de los derechos de acceso; y
- d) convenios de colaboración entre los sectores público, social y privado.”

El Estado podría invitar al público a hacer aportes a este Informe Nacional (Art. 6 párrafo 7), lo cual sería deseable ya que ello fortalecería el principio de participación ambiental, y, por consecuencia, el principio de democracia ambiental en la generación colectiva de la información.

Asimismo, es obligación del Estado fomentar las Evaluaciones Independientes de Desempeño ambiental, que tomen en cuenta el cumplimiento y satisfacción de sus compromisos tanto nacionales como internacionales. Deberían considerar la participación de actores públicos, privados y la sociedad civil en la realización de esta Evaluación de Desempeño (Art. 6 párrafo 8).

Finalmente, todo acto que involucre bienes, servicios o recursos públicos, ya sean concesiones, contratos u otros, deberían asegurar el acceso a la información ambiental relacionado con ellos (Art. 6 párrafo 9).

³⁶ “Sobre la base de esa experiencia, el Relator Especial recomienda al Consejo de Derechos Humanos que considere la posibilidad de apoyar el reconocimiento de ese derecho en un instrumento mundial. Podrían servir de modelo los derechos al agua y al saneamiento, que, al igual que el derecho a un medio ambiente saludable, no están expresamente reconocidos en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, pero son claramente necesarios para el pleno disfrute de tales derechos. En 2010, en su resolución 64/292, la Asamblea General reconoció 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”. La Asamblea General podría aprobar una resolución similar, en la que se reconociese que el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es también un derecho esencial para el pleno disfrute de todos los derechos humanos.” ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018.

2.2.7 ¿Cuáles son los derechos de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad?

El Estado debe garantizar el acceso a la información ambiental a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad. El artículo 2 letra e), define este concepto señalando que “por “personas o grupos en situación de vulnerabilidad” se entiende aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos en el presente Acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en el contexto nacional de cada Parte y de conformidad con sus obligaciones internacionales.” Además, el Estado debe asegurar la divulgación de la información ambiental en varios idiomas según se usen en el país, utilizar los formatos y los canales y vías de comunicación que sean culturalmente adecuados (Art. 6 párrafo 6).

En relación con el Informe Nacional sobre el Estado del Medio Ambiente a que se refiere el artículo 6 párrafo 7, el Estado debe garantizar que este informe sea accesible a todo el público, incluyendo a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, considerando sus idiomas y medios de difusión culturalmente apropiados, e incluso, considerar la posibilidad de su participación en la confección del mismo.

2.2.8 ¿Cómo se debe entregar la información?

La información ambiental se debe entregar en el formato requerido por el solicitante, si este existe, o bien, en aquel que esté disponible. La autoridad debe garantizar total transparencia en el acceso a la información ambiental. Para ello se necesita establecer un órgano imparcial, autónomo e independiente encargado de velar por el cumplimiento de estos criterios en el acceso a la información ambiental (Art. 5 párrafo 11 y 18). Asimismo, la autoridad debe informar al solicitante, con la máxima celeridad posible, si no tiene la información ambiental solicitada, pero la posee otro órgano, o bien, informar si no existe o aún no está generada (Art. 5 párrafo 15 y 16).

2.2.9 ¿Se puede rechazar la solicitud información?

En caso de denegación de la solicitud de acceso a la información, esta debe ser notificada por escrito al solicitante (Art. 5, párrafo 5). Esta misma regla ya se encontraba presente en las Directrices y en el Convenio de Aarhus.

Las causales de denegación, o el rechazo, total o parcial, de la solicitud, son establecidas, en forma excepcional por el derecho nacional y en su defecto por el derecho internacional. Estas razones, todas excepcionales, pueden ser el riesgo para la vida, seguridad o salud de una persona física; la seguridad o la defensa nacional; la afectación negativa al medio ambiente, por ejemplo, cuando la información se refiere a zonas de protección de especies amenazadas o en peligro de extinción; o cuando afecte la acción de la justicia (Art. 5 párrafo 6).

2.2.10 ¿Cuál debe ser el principio de interpretación de las restricciones al acceso a la información ambiental?

El Acuerdo de Escazú reitera el principio de interpretación restrictiva que se retrotrae a las Directrices y es repetido en el Convenio de Aarhus. Esto quiere decir que las causales de denegación o rechazo son de derecho estricto. En efecto, los motivos de denegación deben ser interpretados conforme al principio de interpretación restrictiva (Art. 5 párrafo 8). Una vez más, es posible observar la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional del medio ambiente, en este caso, en

relación con los derechos de acceso³⁷. En efecto, el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a estos derechos humanos es una manifestación del principio *pro homine*³⁸. Y, desde el punto de vista procesal, el principio *pro homine* tiene una consecuencia en relación con la prueba y, especialmente, con la carga de la prueba u *onus probandi*. En efecto, el Acuerdo de Escazú señala que la carga de la prueba recaerá en la autoridad competente, lo que implica una inversión en el peso de la prueba (Art. 5 párrafo 8, parte final).

Las razones de la denegación o el rechazo a la solicitud y su interpretación deben ser una de las cuestiones más relevantes de todo el derecho al acceso a la información ambiental. En este contexto, el tratado latinoamericano nos proporciona una serie de principios y criterios que permiten guiar la acción de las partes involucradas.

Primeramente, el artículo 4 párrafo 4 consagra el principio de efectividad en materia de derechos de acceso ambiental³⁹. Esta es una regla consuetudinaria en el derecho internacional e informa todo el sistema del derecho internacional⁴⁰. Pero, además, el Acuerdo reitera en diversas ocasiones que los principios y reglas allí establecidas se encuentran regidas por el principio *pro homine*. En efecto, con diversa nomenclatura, el artículo 3 (Principios) letra k), menciona el principio *pro persona*. Y, a su turno, el artículo 4 párrafo 7, consagra el principio *pro homine* o de favorabilidad de los derechos de acceso ambiental. Cabe reiterar que este es un principio clásico y transversal a los derechos humanos y encuentra su reconocimiento, *inter alia*, en el artículo 29 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso más, el artículo 4 párrafo 8 del Acuerdo consagra el principio de interpretación más favorable, como sigue:

“En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte avanzará en la adopción de la interpretación más favorable al pleno goce y respeto de los derechos de acceso.”

Este principio de interpretación se conecta perfectamente con el gran principio regulado en el artículo 3, letra h), esto es, el principio de máxima publicidad, relacionado con el derecho de acceso a la información⁴¹.

Por último en esta materia, el tratado establece que cuando se aplique la prueba del interés público, la autoridad o intérprete deberá ponderar el interés de no divulgar contra el beneficio público que se obtendría de divulgar la información, sobre la base de elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Art. 5 párrafo 9). En definitiva, sería una aplicación concreta al acceso a la información ambiental del juicio de ponderación⁴².

2.2.11 ¿En qué plazo se debe responder a la solicitud de información?

La autoridad competente debe entregar la información ambiental solicitada con la máxima celeridad posible y en un plazo no superior a 30 días hábiles contados a partir de la fecha de recepción de la misma o en un plazo menor si así lo dispone la normativa interna. Si la autoridad competente requiere más tiempo, debe

³⁷ De acuerdo con los criterios indicados en los Principios marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente de John Knox: “Los motivos para denegar una solicitud deben establecerse claramente e interpretarse de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público en favor de la divulgación. Además, los Estados deben orientar a la población sobre el modo de obtener información ambiental”. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de fecha 24 de enero de 2018. Anexo: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Principio marco 7.

³⁸ UNEP. *Environmental Rule of Law: first global report*. Nairobi: UNEP, 2019. p. 99.

³⁹ Sobre la efectividad en derecho al medio ambiente, vid. PRIEUR, Michel; MEKOUAR, Mohamed Ali. Measuring the effectivity of environmental law through legal indicators in the context of francophone Africa. *Revista de Direitos Difusos*, v. 71, n. 1, p. 9-37, 2019.

⁴⁰ VISSCHER, C. Observations sur l'effectivité en droit international public. *Revue Générale de Droit International Public*, t. 62, p. 601-609, 1958.

⁴¹ COSTA CORDELLA, Ezio; BURDILES PERUCCI, Gabriela. El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 15, n. 2, p. 189-211, 2019. especialmente, p. 205.

⁴² UNEP. *Environmental Rule of Law: first global report*. Nairobi: UNEP, 2019. p. 98; COSTA CORDELLA, Ezio; BURDILES PERUCCI, Gabriela. El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 15, n. 2, p. 189-211, 2019. especialmente, p. 205.

así notificarlo al solicitante, por escrito, expresando la justificación correspondiente, antes del vencimiento del plazo, no pudiendo exceder, el suplemento de tiempo, de 10 días hábiles (Art. 5 párrafo 12 y 13).

Como se puede apreciar, el Acuerdo de Escazú es bastante más preciso que las Directrices y el Convenio de Aarhus, y más acotado también, en términos de plazo. Contempla la posibilidad de la prórroga, pero por un tiempo limitado también.

2.2.12 ¿De qué medios dispone el solicitante cuando se le rechaza la solicitud de acceso a la información?

Si la autoridad competente no responde dentro de plazo, se debe garantizar un recurso ante instancias judiciales y/o administrativas, como medio de asegurar el acceso a la justicia medioambiental (Art. 5 párrafo 14).

2.2.13 ¿Debe haber costos para el acceso a la información?

La autoridad debe entregar la información ambiental solicitada sin costo, salvo en caso de reproducción o envío de antecedentes (Art. 5 párrafo 17). Aquí ya se percibe un cambio de enfoque en relación con el mismo criterio en el Convenio de Aarhus. El Acuerdo señala que los costos deben ser razonables, deben ser informados anticipadamente, y se podrá liberar al solicitante, en caso de personas o grupos vulnerables o causa justificada (Art. 5 párrafo 17).

2.2.14 ¿Cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios?

El Acuerdo de Escazú contempla también una disposición para los derechos de los consumidores y usuarios. En efecto, el Estado debe promover patrones de consumo y producción sostenibles garantizando el acceso a la información ambiental de los bienes y servicios producidos y consumidos y sus efectos en la salud (Art. 6 párrafo 10).

2.2.15 ¿Cuáles son los deberes de los actores privados que tienen información ambiental?

El Acuerdo de Escazú contiene disposiciones relativas al acceso a la información ambiental en manos de privados. En efecto, el tratado señala que los Estados deben garantizar, a través de leyes y medidas administrativas o de otro carácter, el acceso a la información ambiental en manos de privados, en particular, aquella relativa a sus operaciones y posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente (Art. 6 párrafo 12). Nuevamente, aquí encontramos una íntima relación entre este deber de los actores privados con los desarrollos recientes en cuanto a contenido y alcance del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Igualmente, el tratado establece el deber del Estado de incentivar la realización de Informes de Sostenibilidad de empresas –públicas y privadas- que reflejen su desempeño social y ambiental (Art. 6 párrafo 13).

Todos estos estándares han ido evolucionando en el tiempo. Los antecedentes que se han mencionado muestran cómo el derecho humano al acceso a la información ambiental encontró, en el Convenio de Aarhus, su primera concretización explícita en una norma convencional. Aun así, cabe señalar que los primeros pasos que dio el acceso a la información ambiental en Europa no fueron desde el enfoque de los derechos humanos, sino más bien, desde el prisma ambiental. Esto significa que se le daba una consideración como derechos ambientales. Sólo tenuemente a partir de Aarhus y luego, más reforzadamente, desde el Acuerdo de Escazú, el derecho a la información ambiental es abordado desde una perspectiva de derechos humanos. El Acuerdo de Escazú no sólo establece estándares más altos, sino también completa los estándares, por

ejemplo, fortaleciendo las referencias a los grupos en situación de vulnerabilidad, detallando las obligaciones que recaen sobre aquellas que poseen la información ambiental, indicando los derechos que le corresponden a consumidores y usuarios, y muy importantemente, especificando los deberes de los actores privados que manejan la información ambiental. Todo esto, sin considerar el enorme aporte para la efectividad de los derechos de acceso, del resguardo que el Acuerdo de Escazú establece respecto de los derechos de los defensores ambientales⁴³.

Esta evolución se nutre en una relevante medida de la jurisprudencia, un poco dispersa, primero de la Corte Europea de Derechos Humanos y luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de acceso a la información ambiental. Nosotros queremos enfocarnos en este texto, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, haciendo un esbozo de los desarrollos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de medio ambiente. Gracias a esto quizás se pueda afirmar que los estándares sobre protección ambiental se han incorporado definitivamente en el *corpus iuris* interamericano.

3 Desarrollo pretoriano interamericano del derecho a un medio ambiente sano y el acceso a la información ambiental

El derecho al acceso a la información ha sido desarrollado por vía pretoriana siguiendo, *mutatis mutandis*, la línea de progreso que, desde el hard law y el soft law internacional, ha experimentado el derecho antes mencionado. A continuación analizaremos algunos de los principales hitos en este avance respecto de la protección del medio ambiente y el derecho al acceso a la información ambiental.

3.1 Derecho a un medio ambiente sano

La protección del medio ambiente ha sido fortalecida por el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴. El derecho internacional de los derechos humanos no sólo ha desarrollado derechos sustantivos al medio ambiente sino también derechos adjetivos o procedimentales para efectivizar la protección del medio ambiente⁴⁵.

Como es sabido, la trayectoria de este reconocimiento y protección creciente del medio ambiente y la naturaleza en la órbita de los derechos humanos se puede resumir en tres grandes etapas. En primer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos, y los órganos encargados de su aplicación e interpretación, utilizaron los derechos clásicos, especialmente, los derechos de carácter civil y político, para proporcionar protección al medio ambiente. Esto, podríamos decir que corresponde a una especie de protección indirecta mediata. En una segunda etapa, el derecho internacional de los derechos humanos desarrolló los denominados derechos procedimentales ambientales como derechos humanos consustanciales a la protección de la naturaleza y el medio ambiente. Los derechos procedimentales corresponden al derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de acceso a la participación ambiental y el derecho de acceso a la justicia

⁴³ ARTICLE 19. *Un verde mortal*: amenazas contra los defensores y defensoras de los derechos. London: Article 19; CIEL, Vermont Law School, 2016. Disponible en: https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2016/08/Deadly_shade_of_green_Spanish_Aug2016.pdf. Visitado el: 19 oct. 2020; BORRÁS PENTINAT, Susana. El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales. *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho, n. 70, p. 291-324, 2013; BORRÁS PENTINAT, Susana. La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales. *Eunomia*: Revista en Cultura de la Legalidad, n. 9, p. 3-25, 2015.

⁴⁴ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Derecho internacional del medio ambiente: teoría y práctica del derecho internacional público*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley, 2016. p. 695.

⁴⁵ SHELTON, Dinah. Human rights and the environment: what specific environmental rights have been recognized? *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 35, n. 1, p. 129-171, 2006.

ambiental. Andrade-Goffe y Crooks señalan que estos “derechos de acceso (el derecho a la información, a la participación pública y a la justicia) son reconocidos internacionalmente y nacionalmente en otros instrumentos regionales e internacionales como los pilares de la democracia ambiental y son esenciales para la buena gobernanza, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible”.⁴⁶ En tercer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos ha tendido a reconocer, en forma creciente, la existencia de un derecho humano a un medio ambiente sano. Hoy día, la nomenclatura utilizada en el seno de las Naciones Unidas es el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.⁴⁷

El sistema interamericano, desde hace mucho tiempo que se viene pronunciando sobre diversos aspectos de la protección del medio ambiente. En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) podríamos recordar, sólo a título ejemplar, el famoso caso Yanomamis.⁴⁸ Y, en el vaso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pueden mencionar, también a título ejemplar, el caso Claude Reyes y otros y el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa. Estos casos sirven como ejemplo para dejar el registro histórico de esta evolución.⁴⁹

Con todo, sin duda que el hito más relevante es la Opinión Consultiva sobre Medio ambiente y derechos humanos, N° 23/17, 15 de noviembre de 2017.⁵⁰ En efecto, la Corte IDH ha contribuido decisivamente a la construcción de un *corpus iuris interamericanum* en el ámbito del derecho humano a un medio ambiente sano a través de la Opinión Consultiva mencionada. Esta Opinión Consultiva de la Corte IDH posee, al menos, cinco rasgos destacables en relación con el contenido de la protección del medio ambiente: i) Se basa en todo lo hasta ahora obrado en Naciones Unidas y en los Estados miembros; ii) Se basa en los desarrollos contenidos en instrumentos de *soft law*; iii) Se basa en la jurisprudencia internacional; iv) Reconoce el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo; v) Reconoce los derechos de acceso ambiental y los desarrolla con bastante precisión. Este apartado se centra en el examen de estos denominados derechos de acceso ambiental.

Esta Opinión Consultiva ha sido complementada y completada por una sentencia de la Corte IDH en el caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) contra Argentina, de 6 de febrero de 2020, donde los jueces interamericanos hicieron justiciable el derecho a vivir en un medio ambiente sano, el derecho a la alimentación adecuada y el derecho al agua.⁵¹

Los contenidos jurídicos, argumentativos e interpretativos, de la OC N° 23/17, de 15 de noviembre de 2017 en conjunto con aquellos desarrollados en la sentencia precedentemente mencionada, de 6 de febrero de 2020, constituyen el estándar mínimo interamericano ambiental, que debe servir de base para la realización de un control de convencionalidad. Esta Opinión Consultiva es extraordinaria para el progreso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos así como la evolución del propio derecho

⁴⁶ ANDRADE-GOFFE, Danielle; CROOKS CHARLES, Karetta. El desarrollo de un instrumento regional sobre derechos de acceso para América Latina y el Caribe. In: OEA. *Estado de derecho en materia ambiental: tendencias en las Américas: ensayos seleccionados*. Documentos oficiales, OEA/Ser.D/XXIII.31, p. 243-256. especialmente p. 244.

⁴⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. John H. Knox Informe de recopilación. Doc. N.U. A/HRC/25/53, de fecha 30 de diciembre de 2013.

⁴⁸ CIDH. *Resolución N° 12/85*. Caso N° 7615, Comunidad Yanomami contra Brasil, 5 de marzo de 1985; Vid. BRATMAN, Eve Z. Contradictions of green development: human rights and environmental norms in light of Belo Monte Dam activism. *Journal of Latin-American Studies*, v. 46, p. 261-289, 2014.

⁴⁹ CIDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151; CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁵⁰ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23.

⁵¹ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

internacional de los derechos humanos. La Opinión Consultiva, por su riqueza y características, constituye fuente y fundamento del *ius commune interamericanum* en materia de medio ambiente.

Los pilares de esta Opinión Consultiva se pueden resumir de la siguiente manera. En primer lugar, se reconoce el derecho humano al medio ambiente sano como derecho autónomo. En efecto, la Corte IDH señala que “considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos [...]”.⁵² Como una forma de uniformar la denominación y ponerla en línea con la nomenclatura utilizada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, nosotros preferiremos en este trabajo utilizar el nombre de derecho humano al disfrute de un medio ambiente limpio, sin riesgos, saludable y sostenible.⁵³

En segundo lugar, y esta es la característica que más nos interesa resaltar en este trabajo, reconoce los derechos de acceso ambiental como parte integrante del derecho humano al medio ambiente sano. Tal como hemos sostenido, los denominados derechos de acceso ambiental corresponden al derecho de acceso a la información ambiental, el derecho de acceso a la participación ambiental y al derecho de acceso a la justicia ambiental. Antes de revisar someramente cada uno de ellos, cabe simplemente señalar que estos derechos de acceso fueron establecidos con claridad y precisión en el Principio N°10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.⁵⁴ Quizás esta no sea la primera vez que un instrumento internacional se refiere a estos derechos de acceso, pero sí, fue la primera vez en que fueron elaborados con claridad bajo la fórmula de un principio general del derecho internacional del medio ambiente.⁵⁵

Por su lado, en la sentencia de la Corte IDH en el caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) contra Argentina, de 6 de febrero de 2020, los jueces interamericanos desarrollan los estándares del derecho a un medio ambiente sano con referencias a los derechos de acceso ambiental y, entre ellos, a la información ambiental.

En primer lugar, la sentencia Lhaka Honhat declara que el derecho a un medio ambiente sano está incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la vía del artículo 26, el cual es, a la sazón, justiciable.⁵⁶ En segundo lugar, la Corte IDH reconoce que este derecho “constituye un interés universal” y se configura como un “derecho autónomo”. Pero, dentro de su contenido y alcance, quizás lo más relevante

⁵² CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 62.

⁵³ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. John H. Knox Informe de recopilación. Doc. N.U. A/HRC/25/53, de fecha 30 de diciembre de 2013.

⁵⁴ La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, en junio de 1992.

⁵⁵ Con posterioridad, ha habido múltiples declaraciones de voluntad política en que los Estados han reconocido el valor asignado a este Principio. Por ejemplo, con ocasión de la Cumbre de Río + 20, los Estados de Chile, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, manifestaron que “A veinte de años de la Cumbre de la Tierra subrayamos que el Principio 10 de la Declaración de Río, reconoce que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados. Para ello toda persona deberá tener acceso adecuado a la información así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones y tener acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos. A su vez, que de modo de cumplir con dicho principio los Estados debemos facilitar y fomentar la educación, sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos y proporcionar acceso efectivo a los procedimientos señalados.” Vid. Declaración sobre aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo.

⁵⁶ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 202.

es un reconocimiento indirecto de un enfoque biocéntrico este derecho, al afirmar que “protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales⁵⁷. En tercer lugar, los jueces interamericanos, advirtiendo que al menos 16 Estados del continente incluyen en sus constituciones el derecho a un medio ambiente sano, dejan entrever que posiblemente este derecho ha alcanzado el estatus de una norma de fuente consuetudinaria⁵⁸. En cuarto lugar, la Corte IDH destaca las obligaciones positivas del Estado en materia del derecho a un medio ambiente sano, y dentro de estas, su deber de prevención. Así, “en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas⁵⁹”.

Íntimamente unido con el estándar anterior, en quinto lugar, los jueces interamericanos han afirmado que la obligación positiva de prevención debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia. En efecto, la sentencia declara que:

“en materia específica ambiental, debe destacarse que el principio de prevención de daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario, y entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que, debido a sus particularidades, frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente. En virtud del deber de prevención, la Corte ha señalado que “los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al [...] ambiente”. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser apropiada y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. Por otro lado, si bien no es posible realizar una enumeración detallada de todas las medidas que podrían tomar los Estados con el fin de cumplir este deber, pueden señalarse algunas, relativas a actividades potencialmente dañosas: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental⁶⁰”.

Además, la Corte IDH resalta que los problemas ambientales pueden afectar diversos derechos humanos tales como el derecho a la alimentación, al agua, a la participación en la vida cultural, y esta afectación suele verse incrementada en sus consecuencias perjudiciales tratándose de grupos en situación de vulnerabilidad⁶¹. Tal como se examinó supra, este es un estándar que se encuentra exactamente recogido de esta manera en el Acuerdo de Escazú de 2018.

⁵⁷ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 203; GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015. p. 68; BORRÀS PENTINAT, Susana. Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. esp. 99-100, p. 649-680, 2014; KOTZÉ, Louis J.; VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola. Somewhere between rhetoric and reality: environmental constitutionalism and the rights of nature in Ecuador. *Transnational Environmental Law*, v. 6, n. 1, p. 401-433, 2017.

⁵⁸ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 206.

⁵⁹ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 207.

⁶⁰ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 208.

⁶¹ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 209.

3.2 Derecho al acceso a la información ambiental

El acceso a la información ambiental es esencial para la realización de los otros dos derechos de acceso ya que no podrá haber participación ambiental en la medida en que la comunidad afectada no pueda acceder sin discriminación, de buena fe, con transparencia, a la integridad de la información ambiental.⁶²

El derecho al acceso a la información ambiental no sólo corresponde a un derecho del individuo sino también a una obligación del Estado. Esta obligación de acceso que debe ser garantizada por el Estado corresponde al orden de las denominadas obligaciones positivas. Este tipo de obligaciones son sumamente relevantes respecto de todos los derechos humanos, pero particularmente, en relación con el derecho a disfrutar de un medio ambiente limpio, seguro, saludable y sostenible, el cual se encuentra –como ya hemos señalado- interrelacionado con el derecho humano a la alimentación adecuada y el derecho al agua potable y al saneamiento.⁶³

Dentro del concepto de obligaciones positivas del Estado, en materia específica del derecho a la alimentación y del derecho al agua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado con meridiana claridad que “la obligación de garantizar también implica que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares a ejercer sus derechos. En este sentido, se deben adoptar medidas para que se difunda información sobre el uso y protección del agua y de las fuentes de alimentación adecuada. Asimismo, en casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua y a una alimentación adecuada, por razones ajenas a su voluntad, los Estados deben garantizar un mínimo esencial de agua y alimentación. Si un Estado no tiene los recursos para cumplir con dicha obligación, debe “demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.⁶⁴

En este contexto, cabe hacerse la pregunta ¿cuándo surgen las obligaciones positivas del Estado? La Corte IDH ha sostenido que para que “surja esta obligación positiva, debe establecerse que: (i) al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo, y (ii) que existe una relación de causalidad entre la afectación a la vida o a la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente.”⁶⁵

Por último, es sumamente relevante hacer presente que dentro de las obligaciones positivas del Estado en materia de medio ambiente, acceso a la alimentación adecuada y acceso al agua potable, existe la obliga-

⁶² ANDRADE-GOFFE, Danielle; CROOKS CHARLES, Karetta. El desarrollo de un instrumento regional sobre derechos de acceso para América Latina y el Caribe. In: OEA. *Estado de derecho en materia ambiental: tendencias en las Américas: ensayos seleccionados*. Documentos oficiales, OEA/Ser.D/XXIII.31, 2015, pp. 243-256; CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 226.

⁶³ GIFRA DURALL, Julia; BELTRÁN GARCÍA, Susana. El derecho humano a la alimentación y al agua. *Cuadernos de Estrategia*, n. 161, p. 25-65, 2013.

⁶⁴ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 121; Cfr. COMITÉ DESC. *Observación General No. 15: El derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, par. 25; COMITÉ DESC. *Observación General No. 12: el derecho a una alimentación adecuada* (art. 11), 12 de mayo de 1999, Doc. ONU E/C.12/1999/5, par. 6.

⁶⁵ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 120.

ción del Estado de proporcionar en forma transparente, adecuada y sin discriminación toda la información necesaria y requerida que permita apuntar a la satisfacción de estos derechos. De este modo, la Corte IDH afirma el estándar de que el “derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. En este sentido, la obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la “obligación de transparencia activa”, impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia del derecho a la vida, integridad personal y salud. Asimismo, este Tribunal ha indicado que la obligación de transparencia activa en estos supuestos, impone a los Estados la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa. Dicha información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población.”⁶⁶

Un estándar que resulta sumamente relevante recordar es aquel que se aplica en materia de la obligación que pesa sobre el Estado de transparencia activa, especialmente intensa, en casos de emergencias o crisis ambientales. A saber, la Corte IDH ha señalado que “advierde que dicha obligación de transparencia activa cobra particular importancia en casos de emergencias ambientales que requieren la difusión inmediata y sin demora de la información relevante y necesaria para cumplir con el deber de prevención.”⁶⁷

Por último, en cuanto a los derechos de acceso ambiental y, particularmente, el derecho humano al acceso a la información ambiental, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo, en el caso *Lhaka Honhat*, que Argentina violó el derecho al acceso a la información y a la participación en los asuntos susceptibles de afectarles a las comunidades indígenas involucradas. Ante este planteamiento, la Corte IDH afirma que para poder realizar o autorizar obras o proyectos con impacto ambiental sobre territorio indígena, el Estado debe asegurar el cumplimiento de una serie de garantías. Una de estas garantías consiste, efectivamente, en garantizar el acceso a la información ambiental para permitir, a su vez, una participación ambiental efectiva. Así, se señala que el Estado debe “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”⁶⁸.

4 Reflexiones finales

El derecho internacional de los derechos humanos, en conexión con la protección del medio ambiente, se ha desarrollado en forma vertiginosa en las últimas décadas. Últimamente, un impulso importante en este desarrollo se ha debido a la incorporación definitiva, en su esfera de competencias, de las consecuencias y efectos del cambio climático en el goce efectivo de los derechos humanos, y más particularmente, en la naturaleza.

⁶⁶ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 221.

⁶⁷ CIDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23, par. 223.

⁶⁸ CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, par. 174.

En este contexto, el Acuerdo de Escazú, sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado el 4 de marzo de 2018, viene a reforzar la protección ambiental pero también el derecho autónomo a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

La pregunta que orientó esta breve investigación fue cuál es el sentido y alcance del derecho a acceder a la información ambiental de acuerdo con estas nuevas fuentes del derecho internacional del medio ambiente. Nuestra conclusión es que el Acuerdo de Escazú viene a reforzar, complementar y elevar los estándares sobre acceso a la información ambiental fijados en instrumentos de soft law y hard law anteriores. El nivel de precisión y especificidad de los estándares fijados en el Acuerdo de Escazú son mucho más elevados que los anteriores estudiados, sobre todo, en relación con el derecho de acceso a la información ambiental.

Algunos elementos que vale la pena destacar es la ampliación en el concepto de público que puede acceder a la información ambiental, lo que permite una extensión en el ejercicio de este derecho. La precisión en materia de plazos, mucho más acotados, para la entrega de la información, es sumamente relevante vis-a-vis los Estados. Luego, la referencia a la información ambiental en poder de actores privados, quienes también serían sujetos pasivos de la obligación de proporcionar acceso a la información ambiental que manejen, según el caso, es sumamente relevante. Por último, la obligación que se impone al Estado de solicitar a las empresas – públicas y privadas- de levantar un Informe de Desempeño Sostenible en sus actividades, no es sino, un paso en la dirección correcta. Resta por ver si estos estándares más altos en materia de acceso a la información ambiental son incorporados a los órdenes jurídicos internos y ello genera un acceso efectivo al derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible.

Referências

ACUÑA, Guillermo. El acceso a la información y participación pública en la toma de decisiones ambientales en América Latina: avances y desafíos hacia una mejor aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río. In: PNUMA. *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. Santiago: PNUMA, 2010. p. 115-134.

ANDRADE-GOFFE, Danielle; CROOKS CHARLES, Karetta. El desarrollo de un instrumento regional sobre derechos de acceso para América Latina y el Caribe. In: OEA. *Estado de derecho en materia ambiental: tendencias en las Américas: ensayos seleccionados*. Documentos oficiales, OEA/Ser.D/XXIII.31, 2015. p. 243-256.

ARTICLE 19. *Un verde mortal: amenazas contra los defensores y defensoras de los derechos*. London: Article 19; CIEL, Vermont Law School, 2016. Disponible en: https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2016/08/Deadly_shade_of_green_Spanish_Aug2016.pdf. Visitado el: 17 oct. 2020.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, de 24 de enero de 2018. Anexo: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

BELTRAO, J. *et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2014.

BORRÀS PENTINAT, Susana. Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. esp. 99-100, p. 649-680, 2014.

BORRÀS PENTINAT, Susana. El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 70, p. 291-324, 2013.

- BORRÀS PENTINAT, Susana. La contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la protección de los defensores ambientales. *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 9, p. 3-25, 2015.
- BOYLE, Alan. Human rights and the environment: where next? *European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 613-642, 2012.
- BRATMAN, Eve Z. Contradictions of green development: human rights and environmental norms in light of Belo Monte Dam activism. *Journal of Latin-American Studies*, v. 46, p. 261-289, 2014.
- CABRERA MEDAGLIA, Jorge. El impacto de las Declaraciones de Río y Estocolmo sobre la legislación y las políticas ambientales en América Latina. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, año 6, n. 61, p. 25-41, 2004.
- CEPAL. *Acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe: hacia el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Santiago: CEPAL, 2018.
- CIDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lbaka Honbat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.
- CIDH. *Resolución N° 12/85*. Caso N° 7615, Comunidad Yanomami contra Brasil, 5 de marzo de 1985.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA. *Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo*. (Doc. N.U. ECE/ENHS/NONE/2003/25).
- COMITÉ DESC. *Observación General No. 15: el derecho al agua* (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. John H. Knox Informe de recopilación. Doc. N.U. A/HRC/25/53, de fecha 30 de diciembre de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017*. Serie A No. 23.
- COSTA CORDELLA, Ezio; BURDILES PERUCCI, Gabriela. El derecho humano al medioambiente: nuevos avances en su comprensión en América Latina y el Caribe. *Anuario de Derechos Humanos*, v. 15, n. 2, p. 189-211, 2019.
- COTTA, Benedetta; MIMOLI, Vincenzo. Do environmental preferences in wealthy nations persist in times of crisis? The european environmental attitudes (2008-2017). *Italian Political Science Review*, v. 50, p. 1-16, 2020.
- ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. *Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making*. Geneva: UN-ECE (Doc. ECE/CEP/24/Rev.1), 1996.
- FUENMAYOR, A. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública: análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*. San José: Oficina de la UNESCO para América Central, 2004.

- GIFRA DURALL, Julia; BELTRÁN GARCÍA, Susana. El derecho humano a la alimentación y al agua. *Cuadernos de Estrategia*, n. 161, p. 25-65, 2013.
- GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2015.
- KOESTER, Veit. The Compliance Committee of the Aarhus Convention: an overview on procedures and jurisprudence. *Environmental Policy and Law*, v. 37, n. 1-2, p. 87-96, 2007.
- KOTZÉ, Louis J.; VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola. Somewhere between rhetoric and reality: environmental constitutionalism and the rights of nature in Ecuador. *Transnational Environmental Law*, v. 6, n. 1, p. 401-433, 2017.
- KRÄMER, Ludwig. Transnational access to environmental information. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 95-104, 2012.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Derecho internacional del medio ambiente: teoría y práctica del derecho internacional público*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley, 2016.
- LÓPEZ ZAMORA, Luis. El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de pueblos indígenas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 14, p. 301-345, 2014.
- LUIS GARCÍA, Elena de. El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 25, p. 550-569, 2018.
- MASON, Michael. Information disclosure and environmental rights: the Aarhus Convention. *Global Environmental Politics*, v. 10, n. 3, p. 9-31, 2010.
- MITTE, Leesi Ebenezer. The right of public access to legal information: a proposal for its universal recognition as a human right. *German Law Journal*, v. 18, núm. 6, p. 1429-1496, 2017.
- NACIONES UNIDAS. *Almaty Guidelines on Promoting the Application of the Principles of the Aarhus Convention in International Forums*. U.N. Doc. ECE/MP.PP/2005/2/Add.5, de fecha 20 June 2005.
- NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992)*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.
- PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución sobre la Conferencia de Ministros de Medio Ambiente que se celebrará en Sofía en octubre de 1995*. (Resolución A4-0172/95. Diario Oficial N° C 249 de 25/09/1995).
- PRIEUR, Michel; MEKOUAR, Mohamed Ali. Measuring the effectivity of environmental law through legal indicators in the context of francophone Africa. *Revista de Direitos Difusos*, v. 71, n. 1, p. 9-37, 2019.
- RUSSO, Josefina; RUSSO, Ricardo. In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales. *Tierra Tropical*, v. 1, n. 1, p. 23-32, 2009.
- SHELTON, Dinah. Human rights and the environment: what specific environmental rights have been recognized? *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 35, n. 1, p. 129-171, 2006.
- UNECE. *Fourth Ministerial Conference "Environment for Europe"*. Århus, Denmark 23 - 25 June 1998. Reporto on The Conferece prepared by the ECE Secretariat in cooperation with the host country. U.N. Doc. ECE/CEP/41.
- UNEP. *Environmental Rule of Law: first global report*. Nairobi: UNEP, 2019.
- VERA ESQUIVEL, Germán. La protección del medio ambiente y los derechos humanos: algunas aproximaciones comparativas. *Agenda Internacional*, v. 1, n. 1, p. 133-145, 1994.
- VISSCHER, C. Observations sur l'effectivité en droit international public. *Revue Général de Droit International Public*, t. 62, p. 601-609, 1958.

WHITTAKER, Sean. The right of access to environmental information and legal transplant theory: lessons from London and Beijing. *Transnational Environmental Law*, v. 6, n. 3, p. 1-22, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**As múltiplas dimensões do
direito fundamental à cidade**
The multiple dimensions of the
fundamental right to the city

Zenildo Bodnar

Priscilla Linhares Albino

As múltiplas dimensões do direito fundamental à cidade*

The multiple dimensions of the fundamental right to the city

Zenildo Bodnar**

Priscilla Linhares Albino***

Resumo

Este artigo tem como propósito o estudo do direito à cidade como direito fundamental em suas múltiplas dimensões. O seu objetivo é analisar o direito à cidade enquanto direito fundamental, sua relação com a dignidade humana, bem como relacionar a sua caracterização com as diversas dimensões de direitos fundamentais. Inicia com uma breve incursão acerca dos aspectos sociais, econômicos e ambientais, seguindo com apontamentos acerca do relevo conferido à dignidade da pessoa humana, a fim de caracterizar uma cidade sustentável. Prossegue abordando a Teoria dos Direitos Fundamentais e o seu entrelaçamento ao direito à cidade, sob o vértice constitucional. Encerra com apontamentos que visam à demonstração da conexão inarredável do direito à cidade com as cinco dimensões dos direitos. Quanto à metodologia, utiliza a base lógica indutiva por meio de pesquisa bibliográfica. Como resultado, caracteriza o direito à cidade como direito fundamental, considerando a sua intensa e direta relação com a dignidade humana e com o meio ambiente; identifica relações do direito à cidade com as diversas dimensões dos direitos fundamentais, o que atrai deveres compartilhados para a sua progressiva e efetiva implementação.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direito à cidade. Direitos fundamentais. Meio ambiente.

Abstract

This article aims to study the right to the city as a fundamental right in its multiple dimensions. Its objective is to analyze the right to the city as a fundamental right, its relation to human dignity, as well as to relate its characterization to the different dimensions of fundamental rights. It begins with a brief incursion on social, economic and environmental aspects, followed by notes on the importance given to the dignity of the human person, in order to characterize a sustainable city. It continues approaching the Theory of Fundamental Rights and its intertwining with the right to the city, under the constitutional vertex. It ends with notes that aim to demonstrate the unbelievable connection between the right to the city and the five dimensions of rights. As for the methodology, it uses the inductive logic base through bibliographic research. As a result, it characterizes the right to the city as a fundamental right, considering its intense and direct relationship with hu-

* Recebido em 03/10/2020
Aprovado em 04/12/2020

** Possui Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade, Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutorado em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós Doutorado em Direito Ambiental na Universidade Federal de Santa Catarina e Pós Doutorado em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante - Espanha. Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Foi Juiz Federal e atualmente é Registrador de Imóveis. E-mail: zenildo.bodnar1@gmail.com.

*** Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1998) e Pós-Graduação em Direito Processual Penal (2006) e Direito Ambiental (2010) pela Universidade do Vale do Itajaí, e especialista em Proteção Jurisdicional dos Direitos da Criança (2009), pela Universidade Diego Portales, do Chile, e especialista em Cidades Inteligentes, pela Universidade do Vale do Itajaí (2020). É mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Universidade da Região de Joinville (2009) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014). É doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é Promotora de Justiça aposentada do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. E-mail: priscillalbino@gmail.com.

man dignity and the environment; identifies relations between the right to the city and the different dimensions of fundamental rights, which attracts shared duties for its progressive and effective implementation.

Keywords: Human dignity. Right to the city. Fundamental rights. Environment.

1 Introdução

O futuro está nas cidades, nas suas tramas, vivências, desafios e conflitos. A intensidade dos vínculos, bem como a diversidade de perspectivas ambiental, social e econômica requer aportes hermenêuticos adequados, especialmente para que o Direito cumpra, também, a sua função promocional de outorga da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Para além do desenvolvimento, os aglomerados urbanos trouxeram consigo inúmeras oportunidades e, paralelamente, imensos e complexos desafios.

Nesse cenário, a cidade passou a se encontrar visceral e integralmente vinculada aos direitos fundamentais e qualquer tentativa de separação seria inócua, a se considerar a automaticidade de interlocução existente entre as duas categorias.

Os vínculos existentes se espalham não de maneira isolada, mas da primeira à última dimensão de direitos, gerando, assim, uma pluralidade que contempla, à guisa de exemplo, os contratos de propriedade, a moradia, as políticas públicas prestacionais, o meio ambiente, a democracia participativa, assim como o direito à informação, à sociedade tecnológica, à realidade virtual e a percepção de paz no ambiente das cidades.

Em meio a uma conjuntura de avanços trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), especialmente no que se refere aos direitos sociais e fundamentais, tem-se o direito à cidade, *tema central deste artigo*, analisado sob a perspectiva da sua fundamentalidade e, ainda mais, da vinculação estreita com, ao menos, cinco dimensões dos direitos fundamentais.

Considerando-se o cenário mencionado, o *objetivo* deste artigo é analisar o direito à cidade enquanto direito fundamental, sua relação com a dignidade humana, bem como relacionar a sua caracterização com as diversas dimensões de direitos fundamentais.

O problema de pesquisa identificado consiste no risco de baixa efetividade do direito à cidade, compreendido enquanto manifestação específica e exclusiva de uma das dimensões dos direitos fundamentais. Essa problemática não está relacionada à efetividade do direito, mas aos critérios hermenêuticos quando o conteúdo do direito à cidade dialoga, intensamente, com outros direitos fundamentais diretamente relacionados.

Há justificativa teórica para a pesquisa, considerando-se a ausência de reflexões específicas sobre a temática do direito à cidade relacionada com as múltiplas dimensões dos direitos fundamentais e com a dignidade humana, e, principalmente, a importância social do direito à cidade para o exercício pleno da cidadania e dos direitos fundamentais.

O estudo está dividido em três momentos. No primeiro, aborda-se a cidade sustentável e as suas dimensões social, ambiental e econômica, apontando a dignidade humana como valor imensurável a esse contexto. No segundo momento analisa-se, especificamente, a fundamentalidade do direito à cidade. Por fim, no *terceiro*, a pesquisa busca conectar o direito à cidade às cinco dimensões dos direitos fundamentais.

Quanto à *metodologia*, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e, no relatório final, o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais da pesquisa bibliográfica e do fichamento.¹

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 97-99.

2 A cidade e suas dimensões ambiental, econômica e social

Nas últimas quatro décadas, as cidades caminharam em sentido oposto à sua finalidade primordial, que seria a congregação de pessoas, e passaram a dispersá-las.

E isto ocorreu em razão de esses aglomerados urbanos terem sofrido mudanças estruturais na dinâmica de construção social, política, econômica e física, a fim de comportar o novo ritmo civilizacional e abrigar uma população cada vez mais regida pela quarta revolução industrial² (digital) e pela lógica capitalista.

Nessa nova Sociedade Informacional³ mundial, delineada no século XXI, é possível identificar 33 megacidades⁴ e, sem qualquer perspectiva de desaceleração desta curva ascendente, estima-se que chegarão a 39 no ano de 2030⁵.

Haverá, assim, continuidade na pressão exercida sobre os recursos naturais planetários, exurgindo desafios paralelos ao processo vertiginoso de urbanização.

Esse aumento populacional, em sua maior parte, segundo Morin⁶, envolverá países em desenvolvimento, cujos espaços urbanos acolherão, ao menos, 2 bilhões de habitantes a mais do que hoje.

A população mundial contemporânea é estimada em 7.815.000.000⁷, sendo 55% moradores de áreas urbanas e com expectativa de que essa proporção aumente para 70% até 2050⁸, o que se traduz em 6,3 bilhões de pessoas residindo nas cidades em todo o mundo, consequência da mais intensa fase de urbanização da história humana.⁹

No Brasil a população urbana saltou de 26,3%, em 1940, para 81,2%, em 2000, tendo os dados de 2018 projetado um aumento para 86,6% nesse cenário.¹⁰

Em números absolutos, em 1940, a população que residia nas cidades era de 18,8 milhões de habitantes, enquanto, no ano 2000, era de, aproximadamente, 138 milhões. Atualmente, com lastro nas últimas estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a projeção da população do Brasil, em agosto de 2020, é de 211.874.561 habitantes.¹¹

Referidos números geram alguma apreensão em razão de a sociedade se desenvolver com elevada carga de desigualdade econômica, social e ambiental.

Os diversos fatores de assimetria envolvem questões de caráter sociológico, territorial, econômico e cultural, e seu incremento, também, pode ser atribuído às mudanças advindas da globalização¹².

² É do conhecimento dos autores que não é unívoca a divisão quanto ao período das revoluções industriais, como se observa nas obras *La Era del Acceso* (2000) e *A Terceira Revolução Industrial* (2012), ambas de Jeremy Rifkin. Entretanto, opta-se pela divisão feita por Klaus Schwab em sua obra *A quarta revolução industrial*. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016; RIFKIN, Jeremy. *La era del acceso*. Buenos Aires: Paidós, 2000; RIFKIN, Jeremy. *A terceira revolução industrial: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012. p. 15-16.

³ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 84.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS HABITAT. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. *World Cities Report 2016*. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/> Acesso em: 28 set. 2020.

⁵ EUROMONITOR INTERNACIONAL. *Megacities: Developing Country Domination*. 2018. Disponível em: <https://go.euromonitor.com/strategy-briefing-cities-2018-megacities.html> Acesso em: 26 set. 2020.

⁶ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 243.

⁷ WORLDOMETERS. *População mundial*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/br/> Acesso em: 26 set. 2020.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701> Acesso em: 27 set. 2020.

⁹ UNITED NATIONS POPULATION FUND. *The power of choice*. Disponível em: <https://www.unfpa.org/swop-2018> Acesso em: 26 set. 2020.

¹⁰ MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Acesso em: 26 set. 2020.

¹² O termo globalização também pode ser compreendido como mundialização. MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*.

Os tempos atuais refletem os efeitos da indústria cultural e da mundialização da economia e da cultura, desencadeando, assim, uma série de transformações nas configurações espaciais e nas dinâmicas urbanas que influenciam diretamente no modo de vida da Sociedade e em suas relações coletivas. As cidades estão sobremaneira interconectadas e “os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”.¹³

Morin considera a mundialização “a origem do agravamento do destino de populações vulneráveis”, responsável por reforçar a desigualdade por toda a parte, apontando que “um quinto da humanidade consome (e produz) sozinho os quatro quintos da riqueza mundial.”¹⁴

O enfrentamento direto dos abismos causados pelas desigualdades sociais entre nações, e até mesmo dentro delas, constitui medida inadiável e objeto primordial de pauta governamental em diversos países. Somente com foco nesse ponto poderão ser desenvolvidas ou recriadas cidades mais humanas.

Uma cidade sustentável¹⁵ verdadeiramente, para além de seus projetos arquitetônicos ecologicamente adequados, não pode prescindir de modificar a situação de grupos que vivem em situação de vulnerabilidade socioambiental¹⁶, garantindo, também, a eles o meio ambiente como bem de caráter difuso, transindividual e coletivo de uso comum do povo.

Segundo Petermann e Cruz, coloca-se como desafiador o estabelecimento da noção de pertencimento a um mesmo corpo social político em uma “Sociedade com elevado desequilíbrio social, porque não são estabelecidos laços de solidariedade entre os distintos grupos que vivem em locais diferentes, representam papéis distintos e estão imersos em realidades díspares.”¹⁷

Em exame a essa situação, o relatório *Cidades do Mundo*¹⁸ concluiu que o atual modelo de urbanização global é insustentável, sendo necessário criar novos padrões para responder a desafios como desigualdades sociais e a proliferação de favelas, especialmente nos países em desenvolvimento.

A apontada crise demográfica se amplifica, na análise de Morin¹⁹, pelo somatório da superpopulação dos países pobres, da diminuição populacional dos países ricos e da intensificação dos fluxos migratórios engendrados pela miséria.

Para além disso, há uma desproporção alarmante entre países ricos e pobres sobre o consumo e a demanda por atividades e serviços por parte do Estado nas áreas urbanas, como água, energia, gás e saneamento.

A pressão sobre esses se torna a cada dia mais intensa, exigindo atuação e estrutura compatíveis e integradas, assim como o uso da ciência, da tecnologia e de recursos financeiros para seguir em direção a um futuro sustentável.

Esse cenário desafiador favoreceu o aumento das moradias precárias nas periferias e favelas, situação que deve piorar especialmente nos países em desenvolvimento, segundo dados do *World Cities Report 2016*²⁰.

Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

¹³ GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1990. p. 69.

¹⁴ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. p. 142.

¹⁵ Segundo o art. 2º da Lei n. 10.257/2001, cidade sustentável é “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

¹⁶ Sobre o tema vulnerabilidade socioambiental, ver ALVES, Henrique Prates da Fonseca. Vulnerabilidade socioambiental na metrópole paulistana: uma análise sociodemográfica das situações de sobreposição espacial de problemas e riscos sociais e ambientais. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 23, p. 43-59, 2006.

¹⁷ PETERMAN, Vânia; CRUZ, Paulo Márcio. (Des)Igualdade e sustentabilidade social: do patrimônio ambiental todos são herdeiros. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 24-44, jan./abr. 2017. p. 32.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS HABITAT. *Relatório Cidades do Mundo*. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/atual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/> Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁹ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. p. 26.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS HABITAT. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. *World Cities Report 2016*. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/> Acesso em: 28 set. 2020.

Além disso, o advento da pandemia²¹, desencadeada pelo vírus Covid-19, assolou o mundo no decorrer dos anos 2019/2020, deixando milhares de pessoas desempregadas ou vivendo na informalidade e evidenciando que a população de baixa renda é a sua grande vítima.

Nessa ordem de ideias, o custo ambiental²² será cada vez mais alto, em razão da excessiva pressão exercida sobre o meio ambiente, posto que está diretamente relacionada a fatores sociais e econômicos.

Em artigo que baliza a sustentabilidade como guia de ação para a humanidade, Ferrer pontua que é ela, sem dúvida, o paradigma da pós-modernidade, tratando-se não somente de objetivo, mas também de caminho. Contudo, segundo o autor, faz tempo que o modelo de produção e consumo adotado pela Sociedade atual conduz a um colapso, tratando-se as leis ambientais apenas de uma reação a esta certeza.²³

Nesse cenário, extrai-se da análise da realidade contemporânea que o planejamento dos complexos urbanos e as respectivas políticas públicas não bastam quando visam, somente, à sustentabilidade²⁴ ambiental.

É preciso que almejem a sustentabilidade de longo alcance — e em todas as suas dimensões; aquela que se atenta aos integrantes da comunidade e às questões relevantes que os envolvem.

Para além do empenho contínuo visando a ações de conteúdo material, a exemplo da utilização adequada de recursos naturais, a destinação correta do lixo e a ocupação de zonas por indústrias e comércio, imprescindível o empenho pela concretização do conceito de sustentabilidade social^{25 26} e a integração das diferenças, com foco na cidadania global.

Segundos os dados do relatório da Síntese de Indicadores Sociais (SIS-IBGE)²⁷, de 2018, o Brasil possui 13,5 milhões de pessoas na pobreza extrema, que vivem com até R\$ 145,00 por mês.²⁸ Os dados informam, ainda, que 11,6 milhões de habitantes habitam imóveis com mais de 3 moradores por dormitório, o que é considerado adensamento excessivo.

²¹ Evento que teve início na China em dezembro 2020.

²² Neste cenário de pandemia, a situação tende a se agravar demasiadamente, mormente em decorrência do descarte diário de milhares de recipientes de álcool, máscaras, luvas e demais equipamentos de segurança utilizados pelos trabalhadores da área da saúde, acrescidos do lixo hospitalar que se agiganta, e muito, no meio ambiente.

²³ FERRER, Gabriel Real. El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad. In: CHACON, Mario Peña (org.). *El principio de no regresión ambiental en iberoamérica*. Gland (Suiza): Universidad de Costa Rica: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Comisión Mundial de Derecho Ambiental, 2015. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-084.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.

²⁴ Tem-se conhecimento de que as dimensões reputadas ao termo Sustentabilidade não são unívocas e que para alguns doutrinadores, como Juarez Freitas, em sua obra *Sustentabilidade: direito ao futuro*, as dimensões ética e jurídico-político também são compreendidas pela Sustentabilidade. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 59. Contudo, para o presente estudo serão adotados somente os três vértices tradicionais — ambiental, social e econômico — nos moldes feitos por grande parte da doutrina nacional, como NALINI, José Renato; SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2017. p. 6-7. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/107> Acesso em: 28 set. 2020.

²⁵ A dimensão social da Sustentabilidade, segundo Garcia, é tida como capital humano e reveste-se do aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, baseando-se em um processo de aumento da qualidade de vida da população, calcado na redução das discrepâncias entre a riqueza e a miséria, com paridade do padrão de renda e acesso, dentre outros direitos, à educação, à moradia e à alimentação. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Sustentabilidade e Ética: um debate urgente e necessário. *Revista Direito Culturais – URI*, Santo Ângelo, v. 15, p. 51-75, 2019. p. 51-75.

²⁶ UNESCO. *Educação para a cidadania global (ECG): a abordagem da UNESCO*. 2015. Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brasilia/pdf/brz_ed_global_citizenchip_brochure_pt_2015.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

²⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais (SIS)*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=o-que-e> Acesso em: 28 set. 2020.

²⁸ Paralelamente, baseando-se em um estudo da Organização Não-Governamental Oxfam, tem-se que entre 18 de março e 12 de julho de 2020, o patrimônio dos 42 bilionários existentes no Brasil passou de US\$ 123,1 bilhões (cerca de R\$ 629 bilhões) para US\$ 157,1 bilhões (cerca de R\$ 839,4 bilhões). PATRIMÔNIO dos super-ricos brasileiros cresce US\$ 34 bilhões durante a pandemia, diz Oxfam. *G1 Globo*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/patrimonio-dos-super-ricos-brasileiros-cresce-us-34-bilhoes-durante-a-pandemia-diz-oxfam.ghtml> Acesso em: 27 set. 2020.

Somado a isso, 31,1 milhões de brasileiros (16% da população) não possuem acesso à água fornecida por meio de rede geral de abastecimento; 74,2 milhões (37% da população) vivem em áreas sem coleta de esgoto e outros 5,8 milhões não têm banheiro em casa.²⁹

A melhora da qualidade geral de vida das populações se torna um fator essencial para o êxito de projetos futuros construídos por meio de políticas públicas urbanas.

O direito à cidade transcende a liberdade individual de ter acesso aos recursos urbanos. Para Harvey³⁰, afigura-se num direito de mudar a nós mesmos e, assim, a cidade, conformando-se num “direito coletivo e não individual, já que essa transformação depende do exercício de um poder coletivo para remodelar os processos de urbanização.”

Esse quadro é objeto da tese central da obra *La ciudad de los ricos y la ciudad de los pobres*, de Secchi³¹, para quem as desigualdades sociais são um dos aspectos mais significativos que ensejam reflexão acerca do projeto urbano de uma cidade, salientando a imensa responsabilidade do urbanismo para piorar ou melhorar a assimetria social.

Atribuindo a injustiça espacial urbana à injustiça social, o autor afirma que, aliada ao dilema da mobilidade nas cidades e às implicações das mudanças climáticas, estas atingem direitos fundamentais dos cidadãos.³²

A própria ideia profusamente divulgada de desenvolvimento, como fórmula-padrão que desconsidera os contextos humanos e culturais, é “cega” diante das devastações e degradações que produz, consoante reflete Morin³³.

Resta evidenciado, portanto, que não é mais possível estabelecer o debate ecológico sem enfrentar o inescapável prisma social.

Fundamental, outrossim, introduzir, no debate ambiental urbano, a perspectiva da redistribuição de renda, buscando o equilíbrio do indivíduo com o uso dos recursos naturais e também com os demais seres humanos, a fim de evitar um modelo de preservação ambiental que privilegie apenas a minoria.³⁴

Em relação aos aglomerados urbanos, que deveriam ser compreendidos como local que abraça a necessidade do outro, abarcando manifestações de diversidade e relações humanas, têm-se colocado estes como entes segregadores e reveladores de uma sociedade estruturalmente desigual.

A discrepância entre as realidades vivenciadas dentro de uma mesma cidade, por indivíduos que pertencem a um mesmo corpo social e comunidade política, salta aos olhos e produzem danos concentrados que afetam sobremaneira as camadas mais pobres da população.

Assim, vê-se o direito à cidade entrelaçado irrefutavelmente ao direito à integridade do meio ambiente em razão da sua incidência direta na existência humana e, via de regra, em sua dignidade.

A degradação dos ecossistemas ao longo dos anos gerou impactos não somente ambientais, mas sociais e econômicos imensuráveis, acarretando mudanças climáticas, poluição, diminuição da biodiversidade, perda de produtividade na agricultura, aumento de doenças, da exclusão social e da pobreza, dentre tantos outros desafios que passaram a repercutir no âmago jurídico.

Por ser assim, incontornável a exigência de ser o direito à cidade guindado ao núcleo dos direitos funda-

²⁹ INSTITUTO TRATA BRASIL. *Painel Saneamento Brasil*. 2018. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua> Acesso em: 27 set. 2020.

³⁰ HARVEY, David. O direito à cidade. *Folha de São Paulo*, Piauí, n. 82, jul. 2013. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-direito-a-cidade/> Acesso em: 17 set. 2020.

³¹ SECCHI, Bernardo. *La ciudad de los ricos y la ciudad de los pobres*. Madrid: Catarata, 2015. p. 22.

³² SECCHI, Bernardo. *La ciudad de los ricos y la ciudad de los pobres*. Madrid: Catarata, 2015. p. 22.

³³ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

³⁴ PETERMAN, Vânia; CRUZ, Paulo Márcio. (Des)Igualdade e sustentabilidade social: do patrimônio ambiental todos são herdeiros. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 24-44, jan./abr. 2017. p. 30.

mentais, a fim de que possa ser invocado em prol da resolução dos conflitos contemporâneos, especialmente em razão da sua intensa vinculação com a dignidade humana.

3 A fundamentalidade do direito à cidade

Os direitos inerentes ao homem são a origem teórica do reconhecimento dos direitos humanos, em razão de carregarem consigo a compreensão de que devem ser a ele garantidos a qualquer tempo, independentemente de previsão expressa.

Sob a influência do cristianismo, a terminologia “direitos do homem” se baseava no direito natural, sendo possível concluir que o conteúdo dos direitos humanos encontra raízes no jusnaturalismo. A sua simples existência já tornava o homem titular de direitos naturais e inalienáveis.

Contudo, essas raízes não são a exclusiva matriz genética da árvore genealógica dos direitos humanos. Afinal, o contratualismo que concebeu a organização dos Estados-membros e gerou o sistema de positivação e proteção de tais direitos foi igualmente essencial para o reconhecimento dos direitos humanos.

Ao se fazer menção ao termo, busca-se configurar que existem direitos garantidos,

[...] por normas de índole internacional, isto é, por declarações ou tratados celebrados entre Estados com o propósito específico de proteger os direitos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais etc.) das pessoas sujeitas à sua jurisdição³⁵.

Nessa ordem de ideias, Piovesan afirma que:

[...] considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.³⁶

Os direitos humanos são direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (*standard*) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional.

Assim, os direitos humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um dado estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (v.g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos).³⁷

A íntima relação e, ao mesmo tempo, a distinção não ontológica entre direitos humanos e direitos fundamentais é demonstrada quando delineados os conceitos, inicialmente elaborados pela doutrina jurídica alemã e que, posteriormente, receberam importantes contribuições de diversos doutrinadores.

Consoante Comparato³⁸, os direitos fundamentais são os direitos humanos,

[...] reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, leis e tratados internacionais.

Com o advento da CRFB/88, erigiu-se ao cenário nacional um significativo repertório básico de direitos

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 23.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 25.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71.

e garantias individuais e, conseqüentemente, os direitos humanos.

Mediante a sua positivação, os então direitos fundamentais³⁹ passaram a integrar, aliados aos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da ordem normativa constitucional.⁴⁰

Descritos, de maneira ampla, no rol do artigo 5º da CRFB/88⁴¹, esses direitos receberam *status* jurídico reforçado, ao tempo em que restaram incluídos dentre as cláusulas pétreas do artigo 60, § 4º, o que impede, conseqüentemente, a sua supressão ou desgaste por obra do poder constituinte derivado.

Dentre eles figuram o direito à vida, à saúde, à educação, à moradia ao meio ambiente e à propriedade, dentre outros. Registre-se, entretanto, que os direitos fundamentais previstos não impedem que outros que derivem do regime democrático, dos tratados internacionais e dos princípios adotados pelo ordenamento sejam a ele incluídos.⁴²

Afinal, os direitos fundamentais encontram-se em permanente estado de renascimento e ressignificação, a exemplo do direito à cidade, que também se acha em constante evolução.

Nesse patamar, a Teoria dos Direitos Fundamentais nos confere lastro suficiente a compreender o direito à cidade como um dos seus elementos, especialmente considerando-se que os espaços urbanos exigem ser pensados e projetados numa congregação de direitos, a fim de que a cidade, muitas vezes tão hostil, especulativa e segregadora, seja projetada e concretizada a partir de perspectivas plurais que possam recriar uma cidade mais humana.

Tratando-se de um direito humano e este intensamente conectado à dignidade humana, ambos deverão ser encontrados de mãos dadas no cenário urbano, unindo as franjas que compõem o tecido social.

O direito à cidade retira sua validade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assim como dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁴³.

Referidos princípios, cumpre frisar, são eixos axiológicos de interpretação constitucional e, também, vértices centrais que espargem e validam os direitos fundamentais.

Possível afirmar, ainda, que o direito à cidade possui complexidade suficiente a ensejar o manejo de conhecimentos sociológicos, históricos, econômicos e ecológicos de diversas áreas, conformando-se como um direito com características interdisciplinares, que não somente sofre influência, mas também recebe aportes de alguns ramos autônomos do Direito, e que se encontra sob o manto da Carta Maior brasileira.

Assim, para vislumbrar a cidade com base em um direito fundamental, cumpre que se verifiquem os seus análogos propósitos, traduzindo-se em desdobramento dos mencionados princípios, dos quais, também, retira a sua validade.

Ao experimentar o ambiente urbano, o indivíduo passou a usufruir dos recursos ali disponíveis, exercendo a sua liberdade e deixando transparecer que, mesmo à época inicial de sua conformação, o direito à cidade já nutria íntima relação com o exercício dos direitos em amplo senso⁴⁴.

³⁹ Ferrajoli os conceitua como sendo todos “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 37.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 62.

⁴¹ O mencionado artigo 5º da CRFB/88 possui 78 incisos.

⁴² Art. 5º, § 2º, da CRFB/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴³ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁴ Diversas expressões são empregadas para designar os direitos fundamentais, dentre elas “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades funda-

Nesse cenário, a relação formada entre o homem e as cidades transpassa o campo político e alcança o jurídico, demonstrando que o espaço urbano se conecta em sua integralidade e a todo tempo com os direitos fundamentais e qualquer tentativa de separação seria infrutífera, a se considerar a automaticidade de interlocução existente entre eles.

Os vínculos existentes se espriam não de maneira isolada, mas da primeira à última dimensão⁴⁵ dos direitos fundamentais, gerando, assim, uma pluralidade dimensional.

4 O direito à cidade como polo aglutinador de diversas dimensões dos direitos fundamentais

O direito à cidade opera como polo aglutinador das diversas dimensões dos direitos fundamentais, pois a sua efetiva realização depende de vínculos intensos com direitos históricos e recentes que precisam ser harmonizados e concretizados.

A amplitude dimensional já pode ser identificada a partir do próprio conceito de cidade sustentável, contemplado no artigo 2º do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) como sendo o “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

A primeira dimensão forma a base física indispensável para a estruturação da cidade, à medida que se trata do direito fundamental de propriedade que deve, também, ser funcionalizado para contemplar vínculos com a coletividade e com os legítimos interesses não humanos e das futuras gerações.

Na CRFB/88 o referido direito foi positivado no artigo 5º, incisos XXII e XXVI⁴⁶, configurando-se como norma de ordem pública e interesse social, além de conformar a função social da propriedade, expandindo-a para função social da cidade.

Os dois caminhos levam ao mesmo objetivo e se complementam. A propriedade funcionalizada e a cidade funcionalizada se traduzem em dois institutos comprometidos com valores constitucionais.

Nessa ordem de ideias, a função social da propriedade urbana foi inserida no art. 182, § 2º, da CRFB/88, ao ser registrado que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”⁴⁷

Esse direito é estendido, por lógica, às populações residentes em áreas rurais, a fim de que “não sofram os efeitos negativos da concentração de infraestrutura e de políticas públicas no perímetro urbano e da falta

mentais”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais do homem”. Entretanto, esta pesquisadora compactua com o preceituado por Sarlet, para quem existe a “necessidade de se adotar uma terminologia (e de um correspondente conceito) única e, além disso, constitucionalmente adequada”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 248.

⁴⁵ Deve ser registrado que não há consenso a respeito da expressão mais precisa para abordar os direitos fundamentais, havendo parte da doutrina que prefere a terminologia *dimensão*, a qual será utilizada no presente artigo, e outros autores que utilizam *geração*, “*naípe*” ou “*famílias*”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45-46.

⁴⁶ Art. 5º [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento [...].

⁴⁷ Segundo o artigo 182, § 1º, da CRFB/88, “Plano diretor é uma lei municipal, aprovada pela Câmara Municipal de Vereadores, obrigatória nas cidades com mais de 20 mil habitantes, sendo “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”.

de suporte às dinâmicas econômicas urbano-rurais.”⁴⁸

A profunda modificação no conceito original de propriedade, com a positivação de uma função social, conectou-a, estreitamente, aos direitos fundamentais de segunda dimensão decorrentes do desenvolvimento industrial e doutrinas socializantes, uma vez que tais direitos passaram a cuidar da promoção de igualdade entre os cidadãos, afastada a noção primária, egoística e individualista configurada no direito absoluto de fruir, gozar e abusar.

A dimensão social restou, assim, evidenciada e possui no direito à moradia a sua maior expressão, pois materializa o berço que acolhe, o lar que abriga, a estrutura física que protege e assegura dignidade para pessoas e famílias.

A segunda dimensão é necessariamente reforçada pelo amplo conjunto de ações positivas por parte do Estado, traduzido em políticas públicas urbanas, asseguradoras do direito à cidade, a exemplo do saneamento, da infraestrutura, do transporte, do lazer, do trabalho e da saúde.

Não há de se falar em políticas governamentais efetivas e eficazes que estejam relacionadas ao direito à cidade quando estas não contemplam direitos de primeira grandeza como a moradia.

Com base nessa perspectiva, Comparato adverte: “sendo objetivo da justiça proporcional ou distributiva instaurar a igualdade substancial de condições de vida, é óbvio que ela só pode realizar-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental.”⁴⁹

Nesse sentir, as políticas públicas prestacionais adquirem relevo significativo, posto que devem conferir valorização ao indivíduo, assim como contribuir para a melhoria da sua qualidade de vida, bem como de sua relação com o espaço urbano e todo o mosaico social.

Daí porque a CRFB/88 estabelece, em seu artigo 182, que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, que deve ser executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

É por meio das políticas públicas municipais que o direito à cidade pode ser efetivamente exercido. Afinal, a União e os Estados constituem uma representação administrativa dos Governos Federal e Estaduais, mas sem conexão direta com as vidas dos habitantes das cidades, todas calcadas em políticas públicas locais, oferecidas por seus respectivos municípios.

Para muito além das dimensões clássicas, na atual quadra da história devem, também, ser realçadas as conexões desse direito com a coletividade, inclusive com os não humanos e com o futuro.

Um dos pilares fundamentais de toda e qualquer cidade é a sustentabilidade, o que se confirma em razão da previsão normativa constitucional⁵⁰ e ordinária, que estabeleceu políticas públicas em todas as esferas — nacional, estaduais e municipais — a exemplo da gestão e tratamento de resíduos sólidos e saneamento básico, conforme estabelecido nas Leis Federais n. 11.445/07 (alterada pela n. 14.026, de 15 de julho de 2020) e 12.305/10 que reconheceu expressamente o princípio do desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, verifica-se a conexão do direito à cidade à terceira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de fraternidade), que são aqueles de titularidade transindividual (difusa ou coletiva) e concebidos para a proteção de toda a coletividade.

Recebem a alcunha de direitos de fraternidade em razão de se destinarem às presentes e, também, às futuras gerações, garantindo-lhes minimamente o que existe para as atuais. Esses direitos tutelam o desen-

⁴⁸ OSÓRIO, Letícia Marques. O direito à cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.) *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 541.

⁵⁰ Artigo 225, *caput* e parágrafos.

volvimento, a comunicação, o patrimônio comum da humanidade e o meio ambiente.

Dentre eles, o direito à cidade se enquadra como uma modalidade e uma classificação do meio ambiente, possuindo com ele intrínseca correlação em razão da garantia de sadia qualidade de vida dos cidadãos, e, indubitavelmente, gerando vínculos com bens difusos e coletivos em amplo senso, sendo exatamente essa robusta amarra que o emancipa do direito administrativo.

Por ser assim, as questões urbana e ambiental, comumente debatidas isolada e separadamente, passaram a ser tratadas de forma integrada, a fim de se alcançar proposta de espaços de assentamento humano sustentáveis.

Desse modo, no item 7 da Conferência de Berlim, a proposição foi de que: “as cidades devem ser organizadas de forma a desempenhar um papel decisivo na redução e eliminação de padrões insustentáveis de transportes e de construções ambientalmente sadios.”⁵¹

Sob essa concepção internacional, é possível contemplar um direito à cidade que traz, em sua amplitude conceitual, a íntima conexão entre os direitos humanos fundamentais contemporâneos, essencialmente a garantia a espaços territoriais sustentavelmente organizados, de forma a oferecer sadia qualidade de vida a seus cidadãos, com plena participação social democrática nas políticas públicas estatais.

A fim de acompanhar a evolução mundial e suas revoluções informacionais e tecnológicas, foram delimitados os direitos descritos como de quarta dimensão ou direitos de solidariedade *lato sensu*.

Estes são considerados “jovens” no contexto jurídico atual e precisam ser compreendidos em meio à globalização e às velozes modificações experimentadas pelo Estado de Direito contemporâneo.

A solidariedade expressa, conforme preconizado por Sarlet e Fensterseifer⁵², “a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal.”

Impulsionados pela conjuntura atual, encontram-se compreendidos nesse cenário os direitos fundamentais à democracia, à informação, ao pluralismo e ao patrimônio genético, os quais devem atingir a máxima universalidade, permeando, assim, todas as relações tecidas no seio da sociedade.

Globalizar direitos fundamentais, segundo Bonavides⁵³, seria o mesmo que universalizá-los no meio institucional, posto que somente assim um conceito aufere humanização e legitimidade que, de outro modo, conforme vem ocorrendo, poderá servir, unicamente, ao futuro.

A participação democrática social ou democracia participativa na formação da vontade do Estado decorre da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Essa participação foi inicialmente tratada no artigo 21 do mencionado documento: “todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.”⁵⁴

Esse formato encontra-se, assim, intrinsecamente vinculado ao Princípio da Solidariedade, porquanto, como ensinam Terra e Pellegrini⁵⁵,

[...] a solidariedade, princípio firmado pela dogmática jurídica no século XX, apresenta-se, na atualidade, com uma missão difícil, que passa por solidificar a democracia, humanizar as relações, conduzir o indivíduo à reflexão e concretizar a dignidade da pessoa humana.

⁵¹ MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 91-92.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 571.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Artigo%2021-,1.,servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico%20do%20seu%20pa%C3%ADs> Acesso em: 28 set. 2020.

⁵⁵ TERRA, R. B. M. da R. B.; PELLEGRINI, G. K. de F. *Inter-relações entre o direito público e o privado: uma abordagem do princípio da solidariedade nas relações privadas*. In: REIS, J. R.; Cerqueira, K. L. (orgs.). Santa Cruz do Sul: IPR, 2013. p. 89.

Ao ser respeitado o Princípio de Participação Popular no planejamento das cidades, torna-se o projeto destas não um projeto de governo, mas de todo o povo, reforçando o espírito de cidadania e de gestão democrática e eficiente do espaço urbano.

A importância da observância de tal princípio reside no fato de que as normas urbanísticas definidas ou alteradas pelos Municípios exigem ser objeto de participação popular, a fim de legitimar a atuação do poder público.

Para que isso ocorra devidamente na pós-modernidade, torna-se necessário que os cidadãos tenham acesso à inclusão digital e a todos os tipos de Tecnologias de Informação e Comunicações (TICs) que circundam as clássicas opções, permitindo que se informem sobre os problemas das cidades e apontem as soluções desejadas.

Nesse sentido, a e-democracia, instituto contemporâneo de participação democrática, indica uma forma nova de buscar a implementação da participação popular por meio da internet e demais mídias digitais.

No que toca ao entrelaçamento do direito à cidade com a quinta dimensão dos direitos fundamentais, faz-se necessário, de antemão, apontar que não há consenso doutrinário em relação a sua formação, tampouco, no que concerne aos direitos por ela abarcados.

Para alguns autores, como Bonavides⁵⁶, a apontada dimensão contempla, apenas, o direito à paz. Para outros, como Oliveira Junior⁵⁷ e Wolkmer⁵⁸, ela comporta o direito à sociedade tecnológica e de informação, o ciberespaço, a internet e a realidade virtual.

O mencionado direito, para Bonavides, “é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas.”⁵⁹

Um dos documentos internacionais que talvez tenha apresentado a melhor definição sobre o tema pode ser considerado a “Carta da Terra”, em que a paz está estabelecida no princípio 16, f, como “a plenitude criada por relações corretas consigo mesmo, com outras pessoas, outras culturas, outras vidas, com a Terra e com a totalidade maior da qual somos parte.”⁶⁰

Entretanto, atrelados aos indutores de uma coletividade pacífica e democrática, exsurge uma nova realidade, que contempla o direito à sociedade tecnológica e de informação, ao ciberespaço, à internet e à realidade virtual.

Essa nova existência tecnológica permitiu, à guisa de ilustração, que fossem fomentados grandes protestos pelas ruas de diversas cidades do mundo, demonstrando insatisfações e reivindicando uma gama diversificada de direitos pelas populações.

A mencionada realidade dialoga, também, com a governança das cidades, agora tida como governança digital, uma vez que inúmeras administrações públicas têm disponibilizado portais, paralelamente aos meios tradicionais, nos quais os cidadãos podem intervir em processos administrativos, visando informar, informar-se ou ser informado de assuntos que poderão impactar no cotidiano urbano.

O direito à cidade, em meio ao processo de transformação social, assume maior destaque, em razão do choque existente em seus aspectos político, social e jurídico, até mesmo em razão do contraste de uma lógica privatizante e o direito metaindividual à fruição do bem comum *cidade* com todos os seus direitos inerentes.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008. p. 82.

⁵⁷ OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 100.

⁵⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 2, n. 31, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593> Acesso em: 26 set. 2020.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008. p. 82.

⁶⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Carta da Terra*. 2000. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf Acesso em: 27 set. 2020.

5 Considerações finais

A estruturação histórica da cidade, evidencia uma trajetória marcada por intensos desafios, conflitos e dificuldades extremas de acesso aos direitos fundamentais. Sua adequada compreensão, na perspectiva da sustentabilidade, requer uma análise ampla e que envolva os aspectos sociais, econômicos e ambientais.

Nas últimas décadas, constata-se maior sensibilização dos estudiosos do Direito para compreender a cidade como direito. O quadro normativo, internacional e nacional também sofreu profícua evolução, merecendo especial destaque o Estatuto da Cidade.

A intensa vinculação do direito à cidade à dignidade humana, e a outros direitos essenciais para a sua concretização, assegura a esse direito dimensão material de um autêntico direito fundamental.

Todavia, a máxima efetividade desse direito fundamental somente será alcançada com a compreensão da sua perspectiva multidimensional, ou seja, da sua intensa e concreta vinculação com todas as dimensões dos direitos fundamentais. Somente assim, o direito à cidade poderá ser operacionalmente implementado com forte vocação para ser instrumento de dignidade humana apto a ser aplicado em harmonia com outros direitos fundamentais diretamente relacionados.

A multiplicidade de dimensões do direito à cidade também é justificada no papel exercido pelos mais diversos atores e instituições na sua colaborativa efetivação. Afinal, a construção do direito fundamental à cidade deve ser necessariamente um afazer compartilhado que atrai intensa participação e comunicação entre os mais diversos atores, Estado e sociedade civil. Por todo exposto, fica demonstrada a intensa contribuição que o Direito Constitucional pode prestar para a efetivação do direito fundamental à cidade.

Referências

- ALVES, Henrique Prates da Fonseca. Vulnerabilidade socioambiental na metrópole paulistana: uma análise sociodemográfica das situações de sobreposição espacial de problemas e riscos sociais e ambientais. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 23, p. 43-59, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 2, n. 3, abr./jun. 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Carta da Terra*. 2000. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf Acesso em: 27 set. 2020.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- EUROMONITOR INTERNACIONAL. *Megacities: Developing Country Domination*. 2018. Disponível em: <https://go.euromonitor.com/strategy-briefing-cities-2018-megacities.html> Acesso em: 26 set. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 2004.
- FERRER, Gabriel Real. El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad. In: CHACON, Mario Peña (org.). *El principio de no regresión ambiental en iberoamérica*. Gland (Suiza): Universidad de Costa Rica: Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Comisión Mundial de Derecho Ambiental, 2015. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/>

EPLP-084.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Sustentabilidade e Ética: um debate urgente e necessário. *Revista Direito Culturais – URI*, Santo Ângelo, v. 15, p. 51-75, 2019.

GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1990.

HARVEY, David. O direito à cidade. *Folha de São Paulo*, Piauí, n. 82, jul. 2013. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-direito-a-cidade/> Acesso em: 17 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Acesso em: 26 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de Indicadores Sociais (SIS)*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=o-que-e> Acesso em: 28 set. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. *Painel Saneamento Brasil*. 2018. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua> Acesso em: 27 set. 2020.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MARQUES, José Roberto. *Meio Ambiente urbano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NALINI, José Renato; SILVA NETO, Wilson Levy Braga da. Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/107> Acesso em: 28 set. 2020.

OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS HABITAT. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. *World Cities Report 2016*. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/> Acesso em: 28 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS HABITAT. *Relatório Cidades do Mundo*. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/atual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/> Acesso em: 28 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Artigo%2021-,1.,servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico%20do%20seu%20pa%C3%ADs> Acesso em: 28 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701> Acesso em: 27 set. 2020.

OSÓRIO, Leticia Marques. O direito à cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.) *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PATRIMÔNIO dos super-ricos brasileiros cresce US\$ 34 bilhões durante a pandemia, diz Oxfam. *G1 Globo*,

2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/patrimonio-dos-super-ricos-brasileiros-cresce-us-34-bilhoes-durante-a-pandemia-diz-oxfam.shtml> Acesso em: 27 set. 2020.

PETERMAN, Vânia; CRUZ, Paulo Márcio. (Des)Igualdade e sustentabilidade social: do patrimônio ambiental todos são herdeiros. *Justiça do Direito*, v. 31, n. 1, p. 24-44, jan./abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIFKIN, Jeremy. *A terceira revolução industrial: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

RIFKIN, Jeremy. *La era del acceso*. Buenos Aires: Paidós, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SECCHI, Bernardo. *La ciudad de los ricos y la ciudad de los pobres*. Madrid: Catarata, 2015.

TERRA, R. B. M. da R. B.; PELLEGRINI, G. K. de F. *Inter-relações entre o direito público e o privado: uma abordagem do princípio da solidariedade nas relações privadas*. In: REIS, J. R.; Cerqueira, K. L. (orgs.). Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.

UNESCO. *Educação para a cidadania global (ECG): a abordagem da UNESCO*. 2015. Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Brasilia/pdf/brz_ed_global_citizenchip_brochure_pt_2015.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

UNITED NATIONS POPULATION FUND. *The power of choice*. Disponível em: <https://www.unfpa.org/swop-2018> Acesso em: 26 set. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 2, n. 31, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593> Acesso em: 26 set. 2020.

WORLDOMETERS. *População mundial*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/br/> Acesso em: 26 set. 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Na dúvida em favor da natureza? Levando a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno

In doubt when in favor of nature? Taking Ecological Constitution seriously in times of the Anthropocene

Patryck de Araújo Ayala

Mariana Carvalho Victor Coelho

Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno*

In doubt when in favor of nature? Taking Ecological Constitution seriously in times of the Anthropocene

Patryck de Araújo Ayala**

Mariana Carvalho Victor Coelho***

Resumo

Por meio do método indutivo e de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, este trabalho tem por objetivo justificar e demonstrar que respostas jurídicas que favoreçam a proteção da natureza, na época do Antropoceno, não podem ser o resultado da aplicação de um conteúdo *restritivo* de um assim denominado princípio *in dubio pro natura*. Sustenta-se que a fórmula *in dubio pro natura* não pode ser reduzida a um mandado de, *na dúvida* se deve proteger a natureza. Argumenta-se que, no lugar de se privilegiar um sentido restritivo para o conteúdo de um princípio *in dubio pro natura*, é possível ampliá-lo para se justificar decisões *pro natura*, *sempre* que se estiver em causa a aplicação de normas ambientais. Para tanto, considera-se, no Direito brasileiro, que as decisões *pro natura* encontram-se, antes de tudo, estruturadas e bem justificadas em um arranjo institucional a partir do qual não se permite decisões ou o exercício das liberdades econômicas que ultrapasse os limites objetivos da existência dos sistemas naturais (artigo 225, caput, § 1º, incisos I e VII, CRFB/88). A proposição é demonstrada pela sua afirmação em um contexto mais alargado de transformação ecológica dos direitos nos tribunais latino-americanos, bem representada não apenas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiros, referidos neste trabalho, senão na aderência à contribuição que também foi oferecida por tribunais na Argentina, Colômbia, Equador, México, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio de sua Opinião Consultiva (OC) n. 23/2017.

Palavras-Chave: Constituição Ecológica. Integridade Ecológica. Justiça Ecológica. *In dubio pro natura*. Limites Planetários.

Abstract

Through the inductive method and bibliographic and jurisprudential research, this work aims to justify and demonstrate that legal responses that favor the protection of nature, at the time of the Anthropocene, cannot be the result of the application of a *restrictive* content of a so-called *in dubio pro natu-*

* Recebido em 30/09/2020
Aprovado em 25/01/2021

** Pós-doutor, doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
E-mail: pkayala@terra.com.br

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso.
E-mail: maricvcoelho@hotmail.com

ra principle. It is argued that the formula *in dubio pro natura* cannot be reduced to a warrant for when *in doubt* whether to protect nature. It is argued that, instead of privileging a restrictive sense for the content of a *in dubio pro natura* principle, it is possible to expand it to justify *pro natura* decisions, *whenever* the application of environmental standards is at stake. To that end, it is considered, in Brazilian law, that *pro natura* decisions are, above all, structured and well justified in an institutional arrangement from which do not allow decisions or the exercise of economic freedoms that exceed the objective limits of the existence of natural systems (article 225, *caput*, § 1, items I and VII, CRFB / 88). The proposition is demonstrated by its affirmation in a broader context of ecological transformation of rights in Latin American courts, well represented not only in the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), referred to in this work, but in adhering to the contribution that was also offered by courts in Argentina, Colombia, Ecuador, Mexico, and by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), through its Advisory Opinion (OC) n. 23/2017.

Keywords: Ecological Constitution. Ecological Integrity. Ecological Justice. *In dubio pro natura*. Planetary Boundaries.

1 Introdução.

A superposição de eventos planetários materializados por uma pandemia global (COVID-19) e a expansão dos efeitos de um estado de emergência gerado pelas mudanças climáticas podem justificar com perfeição, o acolhimento do retrato de um mundo em transformação, ou em metamorfose.

A pandemia e as mudanças climáticas globais sugerem a interpretação de um mundo em transformação distinta de outras que já lhe antecederam, geradas pelo holocausto, o acidente nuclear, o terror e pela globalização.

Nessa interpretação de um mundo em transformação, o estado atual do conhecimento científico permite demonstrar uma importante conclusão, cujo conteúdo é relevante para que possa compreender e justificar o modo como se interpreta o mundo, são realizadas as escolhas e são tomadas as decisões *por meio do Direito*. No contexto da pandemia planetária e das mudanças climáticas globais, tem origem na ciência a demonstração de que há uma relação de dependência entre a comunidade humana e os sistemas naturais, e o rompimento de determinados processos ecológicos, ou, ainda, o desrespeito de algumas fronteiras estabelecidas nesta relação interespecie (vida humana e não humana) pode originar consequências que se estendem nos dois domínios, humano e não humano.

É assim que consequências pessoais, socioeconômicas e ecológicas são enumeradas e relacionadas pela ciência, relacionadas igualmente à pandemia e às alterações climáticas globais. Deslocamentos ambientais, impacto nos processos produtivos, na segurança alimentar, no sistema sanitário, a proliferação de doenças, o comprometimento de identidades culturais. Da mesma forma, no plano político, assiste-se à expansão da divisão global das sociedades sob a direção de narrativas de resistência ao mesmo conhecimento científico que embasou essas mesmas conclusões.

No plano da relação entre essa realidade e o Direito, assiste-se à confirmação por organismos vinculados à ONU e seus colegiados (especialmente em 2019 e 2020) que monitoram e implementam os tratados e convenções ambientais, que um determinado modelo de enfrentamento dos conflitos ecológicos não foi suficiente para impedir, prevenir e conter essa mesma realidade. Os processos responsáveis pela proliferação de normas ambientais e pela definição de direitos não foram suficientes para obstar o rompimento das relações existentes entre a condição humana e o mundo natural, ou ainda, de diminuir a velocidade de sua degradação.

Diante de semelhante cenário, é possível explicar, por meio dessa interpretação de um mundo em transformação, que escolhas ou decisões favoráveis à natureza precisam ser estruturadas e justificadas nos sistemas de direitos.

Para o propósito deste trabalho pretende-se justificar que não se pode limitar respostas jurídicas que favoreçam a proteção da natureza como o resultado de uma aplicação privilegiada e restritiva de um, assim denominado, princípio *in dubio pro natura*. Para tanto, considera-se que respostas jurídicas *pro natura* podem ser melhor justificadas se for considerada uma transformação e ampliação sobre o conteúdo desse princípio, o qual deve interagir com as conclusões científicas de um mundo em transformação, pelas quais se tem que os sistemas naturais precisam ser respeitados *por todas* as decisões e escolhas humanas.

O princípio tem expressa previsão no texto da Constituição Equatoriana de 2008 (artigo 395.4) e propõe, como conteúdo, aplicar as disposições que sejam mais favoráveis à natureza, nos casos em que haja dúvida sobre o sentido das normas jurídicas em matéria ambiental.

Por meio desse sentido, as normas jurídicas em matéria ambiental serão aplicadas de forma mais favorável à natureza, *nos casos em que existam dúvidas* sobre seu alcance.

O trabalho faz o uso da experiência de alguns tribunais latino-americanos (especialmente os constitucionais) para demonstrar que o sentido do princípio também pode expressar conteúdo distinto e de maior alcance. Em detrimento de se propor que as normas serão aplicadas em favor da natureza *sempre que houver dúvida*, propõe-se para seu conteúdo, que o princípio pode ser compreendido como um mandado *geral* de interpretação e aplicação de normas jurídicas ambientais. Com base nesse ângulo, as normas ambientais *sempre* deverão ser aplicadas por meio do melhor sentido que favoreça a natureza.

O recente giro ecológico da jurisprudência desses tribunais — nomeadamente na Colômbia, Argentina, México e até mesmo no Brasil — influencia diretamente a pretendida transformação sobre o significado do princípio. Essa transformação resulta de um contexto no qual é afirmado um conteúdo ecológico para direitos. Por sua vez, a justificação de conteúdos ecológicos para direitos encontra-se assentada na concretização da Constituição, a qual pode chegar em último nível, à afirmação de direitos para a natureza.

De forma distinta de se apresentar uma descrição *restritiva*, sob a condição de um caminho, e de uma resposta (ecológica), para a *solução de estados de dúvida*, ou para se justificar que, agora, em contextos de incerteza científica, ou de deficiência sobre o estado da informação disponível, as decisões devem favorecer a natureza, opta-se por explicar sua definição *relacionando-o* com uma *estrutura jurídica* que deve favorecer, *sempre*, respostas em favor da natureza, especialmente quando estiverem presentes cenários de aproximação ou de rompimento dos limites (ou fronteiras) do planeta. Estes (limites planetários) são considerados no trabalho, sob a condição de imperativos de proteção.

É assim que uma abordagem ecológica sobre a concretização da Constituição colabora para se justificar esse conteúdo diferenciado para o princípio e, desse modo, também se permite justificar de forma, de forma mais abrangente, escolhas e decisões *pro natura*.

Para o fim de desenvolver semelhante proposta, o trabalho se encontra estruturado ao longo de cinco seções.

Inicialmente, nas duas primeiras seções, são caracterizados os cenários de um mundo em transformação, que é definido por um conjunto de assim denominados medos planetários, para o fim de se justificar que os medos planetários também *transformam o mundo*, no modo de sua organização política e social. São priorizados dois medos planetários (as mudanças climáticas e a pandemia planetária), os quais serão situados no contexto de uma assim denominada época do Antropoceno, para o fim de se demonstrar que os medos também transformam o modo de interpretar o mundo, sob as mais distintas perspectivas. Naquilo que diz respeito a este trabalho, interessa demonstrar que os medos planetários transformam o modo de interpretar o mundo, a partir do momento em que se permite *justificar*, definitivamente, por meio das conclusões cien-

tíficas extraídas do contexto da pandemia e das mudanças climáticas globais, que: a) a comunidade humana depende dos sistemas naturais e que, b) não há mais espaço para o acolhimento institucional de relações de instrumentalização humana da vida, independente de *juízos imperativos* sobre limites.

É desse modo que as duas primeiras seções priorizarão a afirmação de uma posição relevante assumida pelas conclusões científicas sobre mudanças climáticas e pandemia para se demonstrar, em seguida, que essas conclusões se encontram materializadas em três definições de ciência climática: os limites planetários, pontos de inflexão e o espaço operacional seguro.

Sustenta-se na terceira seção que os sistemas jurídicos precisam respeitar os limites da natureza e as leis da natureza e, sob semelhante abordagem, demonstra-se que é possível uma aproximação entre Direito e sistemas naturais por meio da ordem constitucional brasileira. Argumenta-se que o texto do artigo 225, § 1º, inciso I e VII, especialmente, da Constituição Brasileira, propõe deveres de proteção cujo conteúdo veicula, objetivamente, imperativos de não se violar os limites planetários, e de se respeitar a integridade dos processos ecológicos e dos sistemas naturais, sob o acolhimento de uma constituição ecologicamente sensível. Sob essa perspectiva sustenta-se que já seria possível respostas jurídicas *pro natura* sob uma direção ampliativa.

Assim, considera-se na seção seguinte, que a justificação de uma abordagem ecológica de direitos e dos sistemas de direitos passa, antes de tudo, por levar a sério a Constituição, e levar a sério um modelo de Constituição, aquela que descreve, objetivamente, compromissos com a natureza, com os sistemas naturais, e com os processos ecológicos e sua integridade.

As duas últimas seções se ocuparão de desenvolver um sentido para o princípio *in dubio pro natura*, propondo para este uma realidade de conexão e de *coerência* com a já sobredita abordagem ecológica de direitos.

A partir de uma consideração sobre a jurisprudência selecionada de casos nacionais, no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e de alguns casos extraídos da jurisprudência latino-americana (Colômbia, Equador e México), pretende-se demonstrar que se, neste momento, de emergência para uma *virada ecológica de direitos*, é necessário justificar adequadamente modelos de decisão que favoreçam a natureza, o conteúdo de um princípio *in dubio pro natura* deve ser compreendido em contexto *ampliado, para além* de instrumento para se favorecer a natureza *na hipótese de dúvida*.

Considera-se que um imperativo *pro natura*, nos sistemas de direitos, não pode ser *restritivamente* justificado no resultado de escolhas que sejam realizadas apenas em contextos de dúvida (*in dubio pro natura*). Para *além da dúvida*, sustenta-se que o estado atual do conhecimento científico disponível já permite explicar uma proteção *pro natura*, sempre que se tiver de considerar escolhas ou decisões sobre a intervenção que ameace qualquer dos limites planetários, como, v.g, a (perda da) diversidade biológica.

A jurisprudência dos tribunais latino-americanos selecionada neste trabalho demonstra que a recente afirmação em suas decisões, de direitos da natureza, e de uma abordagem ecológica para direitos nas Constituições, traduzem não apenas um giro ecológico em sua jurisprudência. Sustenta-se que, no âmbito desse giro ecológico, podem estar as melhores oportunidades para se favorecer, justamente, a ampliação para o seu conteúdo. No lugar de se justificar escolhas *pro natura* em casos de *dúvida*, jurisprudência desses tribunais, neste momento, permite justificar que *todas* as normas ambientais devem ser aplicadas com o sentido que melhor favoreça a natureza.

Portanto, nesse sentido, considera-se que, *para além da dúvida*, um imperativo de proteção da natureza surge de uma abordagem ecológica para direitos. Semelhante virada ecológica de direitos encontra-se em curso no âmbito da jurisprudência dos tribunais nacionais latino-americanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), após o pronunciamento na OC n. 23/2017.

2 O antropoceno e a ciência do sistema terrestre

Na época geológica compreendida como Antropoceno, os sistemas ecológicos ficaram mais vulneráveis. Se é uma época jovem (Antropoceno), não é possível saber como lidar com os impactos que serão trazidos¹, inclusive, para a regulação jurídica, aspecto que suscita indagações sobre a utilidade do próprio Direito em uma época geológica que foi iniciada pelas intervenções do próprio homem e pelas transformações que este submeteu a natureza e os processos ecológicos.

A humanidade transformou uma época geológica e fragilizou os sistemas ecológicos.² O homem seria o único causador mas não seria, por outro lado, a única vítima das transformações por si infligidas, na medida em que submete todas as demais formas de vida a fragilização de sua integridade. Por essa razão, surge, com evidência, a necessidade de recomposição do valor que se atribui à natureza no contexto da própria comunidade moral.

Na época do Antropoceno as medidas de proteção que priorizem as demandas dos humanos sem considerar a necessidade de se respeitar a integridade dos sistemas terrestres são medidas limitadas e incapazes de assegurar a proteção necessária perante os riscos aos processos ecológicos que sustentam todas as formas de vida.

A constatação da realidade das ameaças dessa época geológica — afirmada por Paul Crutzen³ — influencia, diretamente, o modo como um dos principais instrumentos jurídicos que identifica aquela racionalidade antropocêntrica, deve se comportar em contextos onde imperativos ecológicos não mais podem ser ignorados pelas escolhas públicas e privadas.

Se a consideração de uma nova época geológica nos permite estabelecer ao menos um juízo consensual ou de certeza, este seria o de que este é um mundo em transformação, sendo relevante neste trabalho, que se possa compreender e interpretar esse mundo em transformação, por meio do Direito.

Em sua sociologia do risco, Ulrich Beck propôs interpretar um mundo em transformação designando-lhe um estado de metamorfose, o qual teria origem em um movimento produzido pelo evento mudanças climáticas, evento este que poderia suscitar oportunidades de emancipação⁴.

Esse mesmo mundo pode ser interpretado de formas distintas. Edgar Morin destaca uma trindade inspirada na teologia cristã, e baseada no Espírito Santo, no Pai e no Filho, que foi sucedida por uma trindade que tende a guiar a interpretação deste mundo, sob a condição dos valores da humanidade. Ela seria baseada na trindade liberdade, igualdade e fraternidade.⁵

A humanidade como se conhece a partir das revoluções liberais burguesas, guia-se por uma trindade característica e que é diferente. Ela é caracterizada pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, sendo que esta última não pode ser imposta. Ela precisa ter origem na organização coletiva dos sujeitos e só existe quando e a partir do momento em que nos entendermos e nos respeitarmos⁶. Respeitar o outro é um passo para respeitar coletividades (sujeitos) e por fim, respeitar o comum (valores).

¹ CRUTZEN, Paul Josef. The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. *Philosophical Transactions of The Royal Society A Mathematical Physical and Engineering Sciences*, n.369, p. 847-849, 2011. HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017. p. 7.

² HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017. p. 5.

³ CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MACNEILL, John. *The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?* *Ambio*, v. 36, n. 8, p. 613-621, Dec. 2007; CRUTZEN, Paul. *Human Impact On Climate Has Made This the “Anthropocene Age”*. *New Perspectives Quarterly*, v. 22, n. 2, p. 14-16, Mar. 2015; CRUTZEN, Paul. STEFFEN, Will; MACNEILL, John; GRINEVALD, Jacques. *The Anthropocene: conceptual and Historical Perspectives*. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, v. 369, p. 842-867, 2011.

⁴ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Como as alterações climáticas estão transformando a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 150.

⁵ MORIN, Edgar. *Fraternidade*. Para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Atenas, 2019. p. 11-13.

⁶ MORIN, Edgar. *Fraternidade*. Para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Atenas, 2019. p. 12-13.

Há um mundo em transformação social, econômica, cultural, religiosa, ecológica, mundo que estabeleceu uma comunidade de destino e uma comunidade de riscos. Estabelecem-se, de algum modo, conexões, ainda que parciais, com o global, e dificilmente com o local. O desafio proposto neste mundo em transformação é a compreensão entre os povos e a emergência de uma fraternidade planetária⁷. Para Edgar Morin, a Pátria é a Terra-Pátria, é a comunidade de destino de todos os seres humanos do planeta⁸, e este destino foi desafiado, neste momento, por dois medos globais ou planetários, a saber: a pandemia virótica e as mudanças globais, os quais se encontram estabelecidos simultaneamente.

Já não é novo se pensar que o modo como se vive, como se compreende o mundo e como se pode explicá-lo agora e após um cenário de pandemia, mudou e mudará substancialmente.

Não é apenas a proliferação de efeitos objetivos nos planos econômico e social que se pode enfatizar. As economias foram e serão afetadas, as nações ficarão mais pobres, as políticas públicas serão financeiramente afetadas, as pessoas ficarão mais vulneráveis.

Se o mundo efetivamente parou em um primeiro momento, com as execuções de medidas de *lockdown* em escala global, como Sousa Santos explicou, nós deveremos ter condições de aprender algumas lições nesta pausa do mundo⁹. Entre essas lições, estão algumas que interessam particularmente o desenvolvimento deste texto, as lições oferecidas pelo estado do conhecimento científico disponível.

A União Europeia¹⁰ já havia sinalizado mesmo antes de um mundo em pandemia, que o caminho, e agora a reconstrução desse mundo, deveria ser baseada em relações econômicas que proponham relações mais responsáveis com a natureza, colaborando para o fortalecimento de uma tendência pré-pandemia que já se vinha fortalecendo na esteira da divulgação científica do 5º relatório do IPCC: um *green new deal*, na linha do que sustenta Naomi Klein¹¹.

A pandemia agrega-se a um segundo medo planetário ou global que já se encontrava em curso, a saber, as mudanças climáticas. Ambas aumentam a visibilidade sobre a transformação do modo como os problemas devem ser compreendidos pelas pessoas e pelas instituições, e propõem ao menos um aprendizado comum: as lições que podem ser oferecidas e acolhidas a partir da ciência para o fim de se demonstrar a existência de uma relação de dependência entre as ações humanas e os sistemas naturais.

É assim que, por meio da pandemia global em curso, se permitiu evidenciar, por meio da ciência, que 75% das últimas doenças infecciosas conhecidas nas três últimas décadas possuem origem zoonótica¹².

A perda de qualidade dos recursos naturais produz consequências sobre extenso conjunto de direitos humanos¹³, e a relação entre a intervenção humana e realidades ecológicas disruptivas com consequências de grande magnitude já não se encontram fora do alcance da cognição científica¹⁴.

Já se foi possível observar, v.g., que o período de redução da ação humana permitiu que os primeiros

⁷ MORIN, Edgar. *Fraternidade*. Para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Atenas, 2019. p. 41.

⁸ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 176-177.

⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 22-28.

¹⁰ EUROPE. European Commission. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. The European Green Deal Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf> Acesso em: 14 jul. 2020.

¹¹ KLEIN, Naomi. *The Burning Case for a Green New Deal*. New York: Simon & Schuster. 2019.

¹² WORLD HEALTH ORGANIZATION. Zoonotic disease: emerging public health threats in the Region. Disponível em: <<http://www.emro.who.int/fr/about-who/rc61/zoonotic-diseases.html>> Acesso: 15 jul. 2020.

¹³ UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, David R. Boyd. Human rights depend on a healthy biosphere. Disponível em: <<https://undocs.org/A/75/161>> . Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁴ Cf. ROBINSON, Nicholas A.; WALZER, Christian. *How Do We Prevent the Next Outbreak?* Our planning needs to take account of the complex interconnections among species, ecosystems and human society. Disponível em: <<https://blogs.scientificamerican.com/observations/how-do-we-prevent-the-next-outbreak/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

números comparativos dessa relação pudessem ser empiricamente colhidos e utilizados para escolhas e processos de decisão¹⁵.

Da mesma forma também se permitiu propor que a diminuição do desflorestamento poderia contribuir para o controle biológico, dados os números já ilustrados pela OMS, dos efeitos dessa relação nociva entre práticas extrativistas e natureza.¹⁶

Em 2010 o mundo se comprometeu com 10 metas para salvar o mundo (Metas de Aichi) que deveriam ser atingidas em 2020¹⁷.

Em 15 de setembro de 2020, o Secretariado da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) divulgou seu relatório final para o fim de consideração do estado de implementação das metas de Aichi, no qual se concluiu não terem sido atingidas nenhuma das metas por nenhuma das nações¹⁸.

No mesmo contexto, o Clube de Roma apresentou dois planos de emergência climática¹⁹. Se as metas falharam e eram metas estruturantes, convergentes com a formação de um *green new deal*, deve-se compreender que essas metas *deixaram de ser metas de longo prazo*.

Por isso, neste momento, as gerações presentes já são tão importantes quanto as futuras gerações foram no passado, as quais deixaram de ser beneficiárias prioritárias em uma narrativa/argumento de proteção útil ou viável.

Sempre, pela narrativa do Direito ambiental, até o momento²⁰, e é possível constatar isso na narrativa dos instrumentos internacionais, políticas e na literatura, os beneficiários prioritários das narrativas e dos discursos sempre foram as futuras gerações, e sua conexão com o meio ambiente. Nesse momento, pelo estado do conhecimento científico que se produz agora, as presentes gerações também são importantes, e tão importantes quanto são as futuras gerações e, especialmente, os sistemas naturais.

Corine Pelluchon alertou, em recente entrevista, que a pandemia nos exigiu refletir de forma radical sobre a relação humana para com a vida não humana²¹. Ela impôs o levantamento das hierarquias existentes entre os mundos humano e não humano, mas também enfatizou as fronteiras biológicas existentes entre ambos, alertando não ser possível a instrumentalização da vida sem que se sofra consequências dessas ações²². A pandemia virótica global ilustra de uma forma bastante clara que essas fronteiras hierárquicas foram rompidas e também produziram consequências.

O vírus atravessou fronteiras interespecies e nessa relação o homem é o sujeito mais frágil. Por fim, e este é o argumento de relevância para o desenvolvimento desta seção, a pandemia levantou as hierarquias e *devolveu o mundo (reparou o mundo)* ao seu estado anterior, exigindo que a natureza seja apenas a natureza, e não

¹⁵ RUTZ, Christian et al. COVID-19 lockdown allows researchers to quantify the effects of human activity on wildlife. *Nature Ecology & Evolution*, v. 4, p. 1156-1159, sept. 2020.

¹⁶ TOLEFFSON, Jeff. Why Deforestation and Extinctions make Pandemics More Likely. *Nature*, v. 584, p. 175-16, aug. 2020.

¹⁷ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Aichi Biodiversity Targets*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/sp/targets/>>. Acesso em 15 jul. 2020.

¹⁸ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. Convention on Biological Diversity. *Global Biodiversity Outlook 5*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/gbo5>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁹ PLANETARY EMERGENCY PLAN: Securing a New Deal for People, Nature and Climate. Switzerland: The Clube of Rome, 2019. PLANETARY EMERGENCY 2.0: Securing a New Deal for People, Nature and Climate. Switzerland: The Clube of Rome, 2020.

²⁰ Por todos os argumentos, restringe-se a registrar seu exposto reconhecimento nos textos de 1972 e de 1992 nas respectivas Cúpulas do Meio Ambiente e Desenvolvimento.

²¹ PELLUCHON, Corine. *El coronavirus nos muestra vulnerables, pero puede traer una toma de conciencia*. 2020. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/corine-pelluchon-coronavirus-muestra-vulnerables-puede-traer-toma-conciencia-_0_h5o-9qiPvD.html> Acesso em: 15 jul. 2020. Para a compreensão completa sobre a definição de reparar o mundo, conferir: PELLUCHON, Corine. *Réparons le monde*. Humains, animaux, nature. Paris: Payot & Rivage, 2020.

²² PELLUCHON, Corine. *El coronavirus nos muestra vulnerables, pero puede traer una toma de conciencia*. 2020. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/corine-pelluchon-coronavirus-muestra-vulnerables-puede-traer-toma-conciencia-_0_h5o-9qiPvD.html> Acesso em: 15 jul. 2020.

um objeto de instrumentalização no interesse de utilidades humanas.²³

Os grandes medos planetários descritos por Ulrich Beck em sua sociologia do risco (o acidente nuclear, o terror e a mudança climática) poderiam ser complementados ainda, com um que lhes antecedeu, o holocausto (que foi o precursor e o motor do modo contemporâneo como são definidos direitos humanos), e um que lhe sucedeu, a pandemia. São cinco, portanto, os medos globais, estando dois deles, a pandemia e a mudança climática, simultaneamente em curso, neste momento.

Uma segunda lição é também ofertada pelos medos globais e planetários. Se a primeira nos indica a dependência da comunidade humana e os sistemas naturais, a segunda nos informa, por meio do relatório de 2020, para a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)²⁴, e do relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) sobre o Estado de Direito Ambiental, de 2019²⁵, que a comunidade humana aprendeu muito pouco até o momento, pois os danos aumentaram e nossa fragilidade também continuou aumentando, estando exposta por meio do último medo global, a pandemia.

Logo, se tornou visível que as estratégias que não romperam com um modelo de instrumentalização da natureza falharam — portanto, aprendemos pouco — e que devemos reconhecer, de forma imperativa, a existência da relação de dependência da comunidade humana perante os sistemas naturais, como parte de uma nova estratégia de ação, e de compromissos para com a natureza.

A próxima seção desenvolverá de que modo se encontra disponível uma oportunidade de aprendizagem do Direito, por meio da Ciência do Sistema Terrestre, no interesse da proteção jurídica da natureza.

3 A ciência do sistema terrestre a serviço da proteção jurídica da natureza

Na data de 22 de setembro de 2020, Carlos Nobre apresentou em audiência pública convocada no âmbito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708²⁶, o resultado de estudos por si realizados, em conjunto com James Lovejoy nos anos de 2018 e 2019²⁷. Nestes estudos foi possível demonstrar resultados que já permitiriam afirmar a existência de um *tipping point* (um ponto de não retorno, ou ponto de inflexão)²⁸ para o bioma amazônico. Nesses estudos se concluiu que a superação de 20% de desmatamento do bioma já conduziria a um processo de savanização sem retorno. Esse seria o estado de irreversibilidade, o qual não permitiria, nem mesmo em milhares de anos, restaurar o mesmo nível de diversidade biológica original. Advertiu na mesma ocasião, que já teria sido atingido o índice de 17% de desmatamento, já se aproximando, portanto, de um perigoso *tipping point*²⁹.

²³ PELLUCHON, Corine. *El coronavirus nos muestra vulnerables, pero puede traer una toma de conciencia*. 2020. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/corine-pelluchon-coronavirus-muestra-vulnerables-puede-traer-toma-conciencia-_0_h5o-9qiPvD.html> Acesso em: 15 jul. 2020

²⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. Convention on Biological Diversity. *Global Biodiversity Outlook 5*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/gbo5>>. Acesso em: 20 set. 2020.

²⁵ UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. *Environmental Rule of Law. First Global Report*. 2019. Disponível em: <<https://www.unenvironment.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>> Acesso em: 15 jul. 2020.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiodescrição*. Audiências Públicas do STF - Fundo do Clima - 4ª Parte. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uK5hNV-NDY0>>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁷ NOBRE, Carlos; LOVEJOY, James. Amazon Tipping Point. *Science Advances*, Issue 4, p. 1, Feb. 2018; NOBRE, Carlos; LOVEJOY, James. Amazon tipping point: Last chance for action. *Science Advances*, Issue 5, p. 1-2, Dec. 2019.

²⁸ De acordo com Timothy Lenton (Et. al): “The term “tipping point” commonly refers to a critical threshold at which a tiny perturbation can qualitatively alter the state or development of a system.”. (LENTON, Timothy M.; HELD, Hermann; KRIEGLER, Elmar Et. al. *Tipping elements in the Earth’s climate system*. PNAS, 2008. Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/105/6/1786>> Acesso em: 30 out. 2020).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiodescrição*. Audiências Públicas do STF, Fundo do Clima, 4ª Parte. Disponível em:

Essa amostra de produção científica, no domínio da ciência climática, permite que se estruture o argumento central neste trabalho, para justificar uma abordagem ecológica dos direitos: por meio da ciência, neste momento, é que se permite demonstrar a relação de dependência da comunidade humana em relação aos sistemas naturais e processos ecológicos.

Para se fazer o uso da imagem proposta por Corine Pelluchon, de *reparação do mundo*, é a ciência que, neste momento, pode ser útil e pode colaborar para reparar o mundo. É ela quem pode ser útil e pode colaborar para devolver a natureza ao seu lugar (de natureza), e que pode colaborar para se justificar argumentos para levantar as hierarquias construídas socialmente entre humanos e o mundo natural.

A pandemia virótica planetária tornou essa realidade de dependência ainda mais evidente e, mais uma vez, é a ciência quem confirmou tal realidade, demonstrando-se que as pandemias conhecidas são majoritariamente zoonóticas.

Por outro lado, é por meio da ciência, e de ciência climática, que se faz possível demonstrar essa dependência por meio de conceitos como os de espaço operacional seguro, limites ou fronteiras planetárias, ou ainda, o de pontos de inflexão (pontos de não retorno, *tipping points*).

A noção da ciência para a normatividade do direito deve servir para o fim de relacionar a necessidade desse cenário de dependência com a necessidade de se compreender o que é e o que deve ser, *de fato*, a proteção jurídica da natureza e dos sistemas terrestres.

Isso somente poderá ser alcançado, em primeiro lugar, se o Direito deixar de ignorar as leis da natureza. Transportar essa necessidade em termos jurídicos sugere que o Direito precisaria, adequadamente, compreender e refletir, em seu processo normativo, *a ciência do sistema terrestre*, de modo que a natureza passe a ser um valor fundamental para escolhas em que se contextualizem cenários de pontos de inflexão.

A sugestão que se passa a compreender é a de que um Direito que objetive a proteção dos sistemas terrestres deve ser um *Direito ecológico*, e, para tal, deve ser capaz de entender, corretamente, *o que é a natureza*³⁰. Entender o que é a natureza levanta a questão quanto *ao que se busca proteger*, e de que forma é possível se intentar esse objetivo primário de proteção jurídica.

A descrição de uma proposta jurídica que leve a natureza a sério deve se encontrar enquanto *integração da ciência às normas jurídicas que objetivem a proteção dos sistemas da terra*³¹. Sustenta-se que a ciência deve desempenhar importante papel na ecologização de direitos, atuando *no e para o direito*.

Em primeiro lugar, de modo a corretamente definir *o que é natureza*, e em segundo lugar, de modo a orientar os processos de tomada de decisões, a fim de que atividades antropogênicas possam respeitar os limites ecológicos dos sistemas terrestres.

A ciência é útil *no Direito* porque, conforme observa Jan Laitos, a política ambiental, e no presente caso, o direito ambiental, são compreendidos a partir de visões de mundo equivocadas, e que revelam, antes de tudo, que a percepção humana sobre o ambiente natural é fundamentalmente incorreta, visto que baseada

<<https://www.youtube.com/watch?v=uK5hNV-NDY0>>. Acesso em: 25 set. 2020. O alerta também se encontra consignado em: NOBRE, Carlos; LOVEJOY, James. *Amazon tipping point: Last chance for action*. Science Advances, Issue 5, p. 1-2, Dec. 2019.

³⁰ Nesse mesmo sentido, afirma Patryck de Araújo Ayala: “(...) O direito precisa entender o que é e o que pode ser a natureza. O que se tem normalmente são normas socialmente instituídas e definidoras do que seja meio ambiente, e que não correspondem à realidade do que é a natureza”. (AYALA, Patryck de Araújo. Constitucionalismo global ambiental e os direitos da natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 150).

³¹ A necessidade quanto a aproximação da ciência às normas jurídicas de proteção do ambiente pode ser encontrada em: LAITOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017; BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to Nature's Discordant Harmonies*. Duke Environmental Law and Policy Forum. v. 7:25. 1996; KOTZÉ, Louis J. *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*. Oxford: Hart Publishing, 2016; WESTRA, Laura. *The Ethics of Integrity and the Law in Global Governance*. University of California, Davis, v. 37:127.

“(…) não na realidade ou em fatos cientificamente comprovados, mas na falsa suposição e em uma esperança não substanciada”³².

O âmbito de um Direito que não protege a natureza porque não enxerga a natureza é favorecido por um cenário em que a compreensão do que se entende por natureza é falsa, irreal, sustentada por *suposições do que poderia ser a natureza*, e não por compreensões científicas do que *realmente consiste a natureza*³³.

Nesse sentido, Jan Laitos observa um estado de incompreensão do Direito ambiental quanto à real percepção do que é natureza, que se manifesta pela existência de “suposições incorretas por de trás das normas ambientais”³⁴.

Um Direito que se pretenda ecológico não pode “[...] transigir com a definição de natureza, a qual se encontra representada pela integridade dos sistemas e dos processos ecológicos”³⁵.

No Antropoceno, o Direito precisa observar e dialogar com a ciência para enfrentar os problemas de tal época geológica, onde o homem é o responsável por transformações geológicas. O Direito precisa entender o que é e o que pode ser a natureza. O que se tem normalmente são normas socialmente instituídas e definidoras do que seja meio ambiente, e que não correspondem à realidade do que é a natureza.

Conforme explicam Ugo Mattei e Fritjof Capra: “[...] a natureza sustenta a vida por meio de um conjunto de princípios ecológicos que são generativos e não extrativistas.”³⁶

Considerando-se que os desafios propostos para a regulação jurídica da natureza exigem que se afastem as compreensões fundamentalmente equivocadas que os seres humanos detêm sobre os sistemas ecológicos³⁷, algumas falsas concepções precisam, portanto, ser superadas, se se deseja falar em um Direito ecológico, ou ecologicamente sensibilizado.

É por meio da correta percepção da natureza que é possível se falar em um Direito ecologicamente sensível³⁸, pois há, nesse caso, uma correta consideração relativa à preocupação ecológica em torno dos problemas infligidos aos sistemas ecológicos pelas condutas humanas. A ciência, *no direito*, portanto, deve auxiliar a correta definição do bem objeto de proteção jurídica em um direito que se diga ecologizado.

De outro modo, a ciência, *para o direito*, deve atuar de modo a orientar processos de tomada de decisões em contextos de pontos de não retorno. Estudos como o espaço operacional seguro e os limites planetários *demonstram que há dependência entre as ações humanas e os sistemas naturais*.

Os estudos relativos ao espaço operacional seguro (*safe operating system*) têm por objetivo identificar e quantificar os limites planetários que não devem ser transgredidos, a fim de evitar que as atividades humanas causem mudanças ambientais inaceitáveis³⁹.

O estudo expõe que, se, durante o Holoceno as mudanças ambientais, ocorreram de modo natural e que

³² No original: “(…) based not on reality or scientifically proven fact, but on false assumption and unsubstantiated hope”. (LAI-TOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 17).

³³ LAITOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 17.

³⁴ No original: “Faulty assumptions behind environmental rules”. (LAI-TOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 77).

³⁵ AYALA, Patryck de Araújo. Constitucionalismo global ambiental e os direitos da natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. 149.

³⁶ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica*. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 25.

³⁷ LAITOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p. 17.

³⁸ A noção de *sensibilidade ecológica (ecological sensitivity)* é utilizada por Oren Perez e será abordada na seção 3 do presente trabalho (PEREZ, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*. Oxford: Hart Publishing, 2004).

³⁹ ROCKSTROM, Johan; STEFFEN, Will; NOONE, Kevin; Et al. *A safe operating space for humanity*. Nature. v. 461/24, 2009. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/461472a>> Acesso em: 20 set. 2020.

a capacidade regulatória dos sistemas terrestres foi capaz de manter as condições físicas que habilitam o desenvolvimento humano, a nova era do Antropoceno revela que as atividades humanas podem desestabilizar, criticamente, os sistemas biofísicos e desencadear mudanças ambientais abruptas ou irreversíveis, que podem ser deletérias ou mesmo catastróficas para o bem estar humano⁴⁰.

Em sua grande parte, em razão de uma crescente dependência do uso de combustíveis fósseis e formas industrializadas de agricultura, as atividades humanas no Antropoceno atingiram um nível que pode danificar os sistemas que mantêm a vida da Terra⁴¹.

De igual modo, os estudos relativos aos limites planetários indicam que há uma necessidade urgente de um novo paradigma que integre o desenvolvimento contínuo das sociedades humanas e a manutenção do Sistema Terrestre em um estado resiliente⁴². Johan Rockstrom, Will Steffen et al. explicam que a estrutura da fronteira planetária contribui para tal paradigma ao fornecer uma análise baseada na ciência, do risco de que as perturbações humanas desestabilizem o Sistema Terrestre na escala planetária.

Os autores defendem que um limite planetário conforme originalmente definido não é equivalente a um limite global ou ponto de inflexão. Assim, o limite planetário proposto não é colocado na posição do limite biofísico, mas sim a montante dele⁴³.

A noção dos estudos científicos no direito ambiental é apontada por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer — em específico em relação aos limites planetários — como parâmetro para a progressividade das *leis dos homens* de proteção ecológica em face da força imperativa das *leis da natureza* no Antropoceno⁴⁴.

Afirmam que:

(...) os limites normativos colocados pelo Direito à ação humana — por exemplo, ao estabelecer o regime jurídico de proteção ecológica — devem dialogar necessariamente com os limites naturais ou ecológicos, reconhecendo-se, como comprovado cientificamente, que muitos dos denominados ‘limites ou fronteiras planetárias’ já foram ultrapassados (...).

Os limites normativos de regulação para o direito ambiental devem estar, necessariamente, vinculados aos limites estabelecidos e determinados pelas ciências dos sistemas terrestres.

Enquanto a proteção da natureza esteja fundamentada em acepções falsas ou ilusórias, não é possível que a estrutura jurídica para o enfrentamento dos problemas ecológicos — na qualidade de uma teoria antropocêntrica e que se fundamenta em definições que distorcem a noção de realidade ecológica — ofereça respostas a níveis satisfatórios de proteção dos sistemas terrestres.

Nessa perspectiva, o compromisso com uma proteção *verdadeira* da natureza poderá ser alcançado não apenas por meio do real enfrentamento da extensão e dos motivos da crise ambiental acentuada pelo Antropoceno, senão também pelo fortalecimento da ciência do sistema terrestre através do direito.

É por meio da mesma ciência climática que se permite justificar e explicar porque é, agora, imperativo e é uma emergência, respeitar e proteger mais do que utilidades humanas, respeitar e proteger os próprios sistemas naturais, afastando-os de seus *tipping points*⁴⁵.

⁴⁰ ROCKSTROM, Johan; STEFFEN, Will; NOONE, Kevin; Et al. *Planetary boundaries: exploring the Safe Operating System for Humanity*. Ecology and Society. v. 14. 2009. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/26268316?seq=2#metadata_info_tab_contents > Acesso em: 21 set. 2020.

⁴¹ ROCKSTROM, Johan; STEFFEN, Will; NOONE, Kevin; Et al. *A safe operating space for humanity*. Nature. 2009.

⁴² STEFFEN, Will; RICHARDSON, Katherine; ROCKSTROM, Johan; Et al. *Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet*. Science, v. 347. 2015. Disponível em: < <https://science.sciencemag.org/content/347/6223/1259855> > Acesso em: 21 set. 2020.

⁴³ STEFFEN, Will; RICHARDSON, Katherine; ROCKSTROM, Johan; Et al. *Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet*. 2015.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 384.

⁴⁵ LENTON, Timothy M.; HELD, Hermann; KRIEGLER, Elmar Et. al. *Tipping elements in the Earth's climate system*. PNAS, 2008.

Com essa estrutura de definição e interpretação da realidade por meio da ciência climática, é possível, neste momento, reforçar a mesma premissa esboçada na seção anterior, agora orientada para lhe extrair consequências, a saber, para uma abordagem ecológica dos direitos: por meio da ciência (climática) é permitido demonstrar que uma relação de dependência da comunidade humana em relação aos sistemas naturais e processos ecológicos, existe.

Está se propondo, portanto, que uma forma de justificar a existência de uma abordagem ecológica dos direitos é baseada em ciência. Nessa linha de argumentação (e demonstração), sustenta-se com ciência (climática), que a dependência entre a comunidade humana e os sistemas naturais é uma realidade.

É a ciência que está colaborando com instrumentos para reparar o mundo no contexto das mudanças climáticas e da pandemia. É por meio dela que se podem obter caminhos para se justificar devolver a natureza ao seu lugar de natureza.

Por meio dela, colabora-se para levantar hierarquias socialmente construídas entre o mundo humano e o mundo não humano.

A pandemia tornou essa realidade de dependência ainda mais evidente e, mais uma vez, é a ciência quem confirma tal realidade. A pandemia permitiu acelerar nossa compreensão, por meio da ciência, de que existe uma dependência entre o mundo humano e o mundo não humano.

A ciência, especialmente a ciência climática, afirma que os sistemas naturais devem ser protegidos, e o devem ser, por meio Direito, e de uma abordagem que favoreça decisões em seu favor.

Nesse sentido, a partir da próxima seção, se poderá enfrentar o problema proposto neste trabalho, que diz respeito à justificação, por meio do Direito, de modelos de decisão em favor da natureza (decisões *pro natura*)

Decisões *pro natura* dependem, ante de tudo, de estruturas institucionais ecologicamente sensíveis. Essas estruturas serão capazes de favorecer a transformação dos padrões de decisão *pro natura*, para além de oportunidades de adjudicação ecológica que se limitem a solucionar casos de dúvidas, por sua vez, ancoradas em um sentido restritivo de um princípio *in dubio pro natura*.

A próxima seção sustenta que a oportunidade para decisões *pro natura* deve ser compreendida, antes de tudo — ao menos no contexto constitucional brasileiro — a partir dos imperativos ecológicos definidos por uma ordem jurídica ecologicamente sensível, e não pode ser limitada à aplicação restritiva de um princípio *in dubio pro natura*.

4 Constituição e sensibilidade ecológica: a normatividade da integridade ecológica na Constituição Federal de 1988

Como resposta a uma crescente crise ecológica, o discurso de proteção ambiental, que se deu com mais força primeiramente no plano normativo internacional⁴⁶, foi absorvido posteriormente pelas metas e objetivos estatais, fato que resultou na inclusão gradativa, pelos Estados, do

Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/105/6/1786>> Acesso em: 30 out. 2020.

⁴⁶ No início de 1970, as primeiras preocupações legais com o ambiente baseavam-se, em sua maioria, em questões de poluição transfronteiriça e proteção específica e fragmentada da fauna e flora (WEISS, Edith Brown. Rule of law for nature in a kaleidoscopic world. In: VOIGT, Christina (Ed.). *Rule of Law for Nature: New dimensions and Ideas in Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 28). A Conferência de Estocolmo denunciou a conexão entre degradação ambiental e ações antrópicas, principalmente as decorrentes da expansão do processo econômico, afirmando a urgente necessidade de abordar o processo de desenvolvimento humano do ponto de vista da proteção ambiental, tornando-se um marco jurídico de relevância para a consolidação daquilo que viria a ser reconhecido como o direito internacional ambiental.

meio ambiente como um bem jurídico em suas constituições.

Para muito além das tradicionais responsabilidades para com direitos, garantias e liberdades individuais, a Constituição da República de 1988 se expressa em uma ordem jurídica *ecologicamente sensível*, firmada sob um compromisso político mais solidário e uma arquitetura moralmente expandida, de forma a favorecer um modelo normativo de valoração diferenciado, como é o caso da inclusão no seio da normativa ambiental constitucional do respeito à integridade ecológica.

O artigo 225, inciso I, § 1º, aloca como dever do Poder Público a preservação e restauração dos *processos ecológicos essenciais*, e de igual modo, devendo prover ainda o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. Trata-se de um imperativo fundamentalmente ecológico⁴⁷, que denota, antes de tudo, uma abertura normativa à recepção de preocupações essencialmente ecológicas.

A noção de *sensibilidade ecológica* (*ecological sensitivity*) é utilizada por Oren Perez para definir de que forma a percepção de preocupações ecológicas é levada em consideração por instituições, normas ou políticas — e, em sua obra, especificamente, em relação aos conflitos em torno da dialética comércio-meio ambiente em um sistema econômico global⁴⁸.

O conceito, portanto, representa a noção de que a receptividade à preocupações ecológicas pelas normas se encontra suscetível a *diferentes níveis de sensibilidade*, que podem ser aferidos pela força de influência que exercem, em maior ou menor grau, os problemas ecológicos à consideração — no presente caso — do direito constitucional, o que pode sugerir uma percepção de *sensibilidade* ou *insensibilidade ecológica*⁴⁹.

Para os fins da pesquisa apresentada neste artigo, a receptividade da consideração em torno de preocupações ecológicas se dá pelo compromisso das normas jurídicas com a proteção dos sistemas terrestres. Assumir esse compromisso particularizado — que vai além da garantia de interesses pautados na satisfação de utilidades — ressalta que as normas jurídicas de um sistema constitucional ecologicamente sensível precisam estar suscetíveis à adequada ponderação das preocupações que envolvem a *integridade dos sistemas terrestres*, e dos problemas infligidos aos sistemas ecológicos pelas condutas humanas de uso do, e de interação com o ambiente.

A compreensão de uma *sensibilidade ecológica*, nesse caso, salienta a incorporação de *deveres constitucionais* que permitam definir a noção de que os limites da natureza sejam considerados para a elaboração de normas jurídicas.

Isso quer significar, em outras palavras, que o direito deve levar em consideração a ciência dos sistemas terrestres.

A noção de *sensibilidade* constitui condição de suscetibilidade das normas jurídicas à incorporação de preocupações essencialmente ecológicas. A definição de uma norma ecologicamente sensível, portanto, propõe que é necessário considerar uma real percepção dos sistemas ecológicos.

É nesse sentido que se afirma que *normas jurídicas ecologicamente sensíveis* não podem ignorar as leis da natureza. Em um parâmetro normativo, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 denota sensibilidade ecológica, visto fazer referência à proteção do ambiente *por meio de deveres estatais*, cujo objetivo primário são a proteção de *processos ecológicos essenciais* (inciso I, § 1º), e da *função ecológica* (inciso VII, § 1º).

⁴⁷ Nesse sentido, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer: “(...) no sistema constitucional brasileiro (art. 225), as expressões ‘processos ecológicos essenciais’ e ‘função ecológica’, inclusive com vedação expressa a práticas que provoquem a extinção de espécies da biodiversidade, também refletem o conteúdo e princípio da integridade ecológica. De tal sorte, pode-se alegar que a integridade ecológica pode (e deve) ser reconhecida como um princípio constitucional implícito do regime constitucional ecológico edificado pela nossa Lei Fundamental de 1988.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 76-77).

⁴⁸ PEREZ, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism*. Rethinking the Trade and Environment Conflict. Oxford: Hart Publishing, 2004. P. 23-29.

⁴⁹ PEREZ, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism*. Rethinking the Trade and Environment Conflict. 2004, p. 23-29.

Pode-se alegar que as referências inseridas nos incisos I e VII, do § 1º, do art. 225, se contextualizam enquanto constitucionalização implícita de um princípio de integridade ecológica⁵⁰, que atuam de forma a vincular a atuação estatal (deveres constitucionais) em benefício do respeito aos limites ecológicos.

Por integridade ecológica, entende-se as condições e características físicas, biológicas e químicas que compõem e determinam a integridade, a existência e a manutenção de um ecossistema⁵¹. Isto é, trata-se de um conjunto de atributos ecológicos que permitem a identificação e caracterização de um ecossistema. Um dever constitucional de proteger os processos ecológicos deve se apresentar enquanto correta percepção do que se compreende por sistema ecológico.

Isso ressalta que, em um cenário de contraperspectiva, um direito que não enxerga a natureza poderia ser definido como um *direito ecologicamente insensível*, ou menos sensibilizado, na medida em que o que se precisa considerar é o conjunto de preocupações relativo não à necessidade humana de acesso aos recursos naturais, senão com a própria condição dos sistemas ecológicos.

A noção ecológica para um Estado Constitucional, nesse sentido, parte de um Estado estruturado sob a consideração de valores e objetivos que definem a complexidade dos processos sociais na pós-modernidade *a partir de um imperativo de proteção ecológica*. Nesta pesquisa considera-se que esse *imperativo de proteção ecológica* identificaria um *direito ecologicamente sensível*. Trata-se de um modelo jurídico que se encontra fundamentado em uma abordagem ecológica para os direitos, e que necessariamente deve ser orientado pela ciência dos sistemas terrestres.

O texto do artigo 225, § 1º, incisos I e VII, especialmente, da Constituição Brasileira, propõe imperativos ecológicos de proteção cujo conteúdo veicula, objetivamente, *deveres estatais de não se violar os limites planetários*, e de se respeitar a integridade dos processos ecológicos e dos sistemas naturais. A noção de uma constituição ecologicamente sensível permite que se compreenda como juridicamente possível uma abordagem ecológica dos direitos no interesse do sistema terra.

Especialmente em relação a um dos limites planetários, a biodiversidade, não é possível que, com base no artigo 225, § 1º, incisos I e VII, da CRFB de 1988, escolhas ou decisões públicas ou privadas violem e se afastem dos limites planetários, ou que comprometam a integridade dos sistemas naturais, na medida em que se encontram vedados todos os atos, práticas, decisões ou escolhas que frustrem a função ecológica da fauna e da flora, comprometam a integridade dos processos ecológicos, não permitam sua restauração, colaborem para a extinção da existência da vida não humana, ou, ainda, que não respeitem sua existência sob o ângulo da senciência, infligindo dor e sofrimento.

Portanto, em um mundo em transformação, a proteção jurídica da natureza passa, antes de tudo, por levar a sério a Constituição. E levar a sério a Constituição, em semelhante contexto, estrutura-se em favorecer a aplicação da Constituição que favoreça compromissos com o Sistema Terrestre, com os sistemas naturais e seus processos ecológicos.

É nesse sentido que se procura propor, na próxima seção, que intervenções antropogênicas em contextos de comprometimento dos limites planetários justificam um parâmetro *pro natura* para a tomada de decisões.

Portanto, as duas últimas seções partirão de proposições orientadas pela ciência climática para um sentido ecológico do *in dubio pro natura*, que deve se encontrar, antes de tudo, estruturado e bem justificado em um arranjo no qual não se possa permitir que decisão, escolha ou o exercício das liberdades ultrapassem os limites objetivos da existência dos sistemas naturais, garantidos pelos imperativos ecológicos de uma constituição ecologicamente sensível.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 77.

⁵¹ BOSSELMANN, Klaus. *Loosing the forest for the trees: environmental reductionism in the law*. 2010. p. 2439.

5 A Virada ecológica dos direitos no interesse do sistema terra: os princípios da integridade ecológica e *in dubio pro natura*

Conforme foi exposto na seção anterior, definições relevantes de ciência climática se encontram acolhidas pelo texto do artigo 225, § 1º, incisos I e VII, da CRFB de 1988, sendo possível justificar, por meio de sua normatividade, uma aproximação entre Direito e os sistemas naturais e, sobretudo, justificar uma *virada ecológica dos direitos*, no contexto da ordem jurídica brasileira⁵², identificada, neste artigo, com base na definição de ecologicamente sensível.

O reconhecimento de sua existência em âmbito nacional não pode ser apartado, entretanto, de um diálogo que ela estabelece com a ordem jurídica internacional e com outras ordens jurídicas nacionais, estando nesse diálogo um caminho de fortalecimento de uma abordagem ecológica para direitos, nomeadamente por meio da afirmação de dois princípios representativos daquela aproximação já referida: os princípios da integridade ecológica e *in dubio pro natura*.

Muito embora as normas que regulem a proteção jurídica da natureza nem sempre se encontrem dispostas sob a condição de normas imperativas, é possível considerar, pelo menos, três argumentos que justificariam a possibilidade de interação entre a ordem jurídica internacional e a doméstica, em outros níveis de vinculação.

Dinah Shelton salienta, antes de tudo, como primeiro argumento, que — para além das fontes associadas aos tratados, costumes, das normas de *jus cogens*, de decisões de tribunais internacionais, e de outras fontes, tais como, declarações, resoluções e recomendações — também não pode ser ignorada a possibilidade de uso indireto do direito internacional, como instrumento de informação do direito doméstico.⁵³

Em segundo lugar, não se pode considerar que normas vinculantes sejam mais eficazes do que aquelas que não o sejam. Dinah Shelton observa mesmo que, às vezes, o cumprimento de normas não vinculativas é extremamente bom e provavelmente não seria se estas estivessem contidas em textos vinculativos.⁵⁴

Por outro lado, também se deve considerar que mesmo instrumentos que não ostentem a condição de *hard law* podem conter normas imperativas, sendo este precisamente o caso do princípio 21 da Declaração de Estocolmo, pelo qual a soberania dos Estados encontra limites no dever de não prejudicar o meio ambiente.⁵⁵

Sem pretender enfrentar o tema associado ao modo de incorporação e de relacionamento do direito internacional com o direito interno brasileiro — naquilo que se encontre associado ao problema da incorporação do direito internacional imperativo- para o propósito deste texto —, considera-se que o relacionamento de uma ordem jurídica não imperativa — *locus* normalmente associado ao direito internacional do meio ambiente, que pode conter acordos de implementação mais ou menos flexível⁵⁶ — se estabeleça por meio de diálogos colaborativos entre ordens jurídicas, no interesse da proteção de valores de interesse existencial emergente.

⁵² SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ecológico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 15-26; SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 67-71; SOZZO, Gonzalo. *Derecho Privado Ambiental. El Giro Ecológico del Derecho Privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2019; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁵³ SHELTON, Dinah. Introduction. In: SHELTON, Dinah. (Coord.). *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation and Persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 19.

⁵⁴ SHELTON, Dinah. Soft Law. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1003387>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁵⁵ BRUNNEE, Jutta. The Stockholm Declaration and the Structure and Processes of International Environmental Law. In: CHIRCOP, Aldo; MCDORMAN, Ted. (Ed.). *The Future of Ocean Regime Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston*. Kluwer, 2008. p. 42-44.

⁵⁶ BRUCH, Carl. Is International Environmental Law Really Law?: An Analysis of Application in Domestic Courts. *Pace Environmental Law Review*, n. 23, p. 424, 2006.

Para além de um diálogo de fontes — tal como proposto por Jayme, com o escopo de assegurar a coexistência coerente de normas em uma mesma ordem jurídica, garantida a influência recíproca de todas elas no processo de aplicação e no interesse da solução mais justa⁵⁷ —, o diálogo se realiza em uma proposta de colaboração entre ordens jurídicas no interesse de se favorecer um pluralismo jurídico que represente uma comunidade de interesses em transformação.

Isso somente seria possível, conforme salienta Mireille Delmas-Marty com o “[...] desenvolvimento de estruturas jurídicas que talvez anunciem, com seu funcionamento simultâneo sem ser unificado, o nascimento de um pluralismo ‘jurídico’, ou seja, ordenado”⁵⁸.

Nesse plano de argumentação, a existência de documentos internacionais que implicam uma noção de responsabilidade ecológica para o Direito passa pelo reconhecimento de que os sistemas ecológicos representam, antes de tudo, *limites a ações antrópicas*. Noções como limites planetários⁵⁹ e integridade ecológica⁶⁰ — manifestações jurídicas sensíveis à proteção da natureza — são definidas em modelos internacionais como os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e a Carta da Terra, e precisam, igualmente, ser considerados como objetivos relevantes para as ordens jurídicas domésticas.

Nesse sentido, um paradigma de avanço em matéria de direitos ambientais e proteção dos sistemas ecológicos é claramente reconhecido pela abordagem dos ODS que, adotados em 2015, na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, devem pautar as políticas nacionais e as ações de cooperação internacional⁶¹.

O discurso de sustentabilidade adotado nos ODS assume um caráter integrado e sistêmico não somente para a proteção dos direitos humanos, senão também para o reconhecimento de responsabilidades de proteção dos sistemas ecológicos, cujo objetivo principal é o de promover condições sustentáveis para uma vida justa⁶².

Uma noção real de sustentabilidade em um contexto do Antropoceno, portanto, implica a observação dos limites planetários, o que sugere, por si só, um nível mínimo de proteção ambiental exigido dentro de um contexto mais amplo de desenvolvimento sustentável ao longo prazo⁶³.

Em um contexto similar, é por meio do comprometimento ético para um mundo justo, sustentável e pacífico, e pela consideração da unidade entre a vida humana e não humana⁶⁴ que a Carta da Terra — documento internacional oriundo do consenso de grande parte da sociedade civil global⁶⁵ — abarca, em seu rol de princípios, conceitos como integridade ecológica, direitos humanos e justiça social e econômica, ajustando como fundamentos o objetivo de se alcançar uma sociedade sustentável e de paz⁶⁶.

⁵⁷ Cf. JAYME, Erik. Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. In: Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Leiden: Martinus Nijhoff, 1995. p. 60.

⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 238.

⁵⁹ STEFFEN, Will; RICHARDSON, Katherine; ROCKSTROM, Johan; Et al. *Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet*. Science, v. 347. 2015. Disponível em: < <https://science.sciencemag.org/content/347/6223/1259855> > Acesso em: 21 set. 2020.

⁶⁰ BOSSELMANN, Klaus. *Losing the forest for the trees: environmental reductionism in the Law*. Sustainability, 2010. p. 2439.

⁶¹ LEITE, José Rubens Morato; SILVEIRA, Paula Galbiatti. *A Ecologização do Estado de Direito: uma Ruptura ao Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes*. In: LEITE, José Rubens Morato et al. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*: Rupturas Necessárias. LEITE, José Rubens Morato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 117.

⁶² Vide os 17 objetivos elencados: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>

⁶³ KIM, Rakhyun E.; BOSSELMANN, Klaus. *International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multi-lateral Environmental Agreements*. Transnational Environmental Law, v. 2, issue 02, 2013. p. 290.

⁶⁴ BOSSELMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 180.

⁶⁵ BOSSELMANN, Klaus; TAYLOR, Prue. *The Significance of the Earth Charter in International Law*. The Way Forward, 2009. Disponível em: <<http://earthcharterinaction.org/pdfs/TEC-ENG-PDF/ENG-Bosselmann.pdf>> Acesso em: 20 jun. 20.

⁶⁶ De acordo com o preâmbulo da Carta da Terra. UNESCO. The Earth Charter. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/img/02_earthcharter.pdf> Acesso em: 29 jun. 2020. p. 1.

Há uma fundamental importância na escolha dos princípios gerais na Carta da Terra, sendo o Princípio da Integridade Ecológica um imperativo relevante para a adequada proteção e restauração da *integridade dos sistemas ecológicos* e dos processos naturais que sustentam a vida (princípio II, 5.)⁶⁷, inclusive por meio da aplicação de princípios como prevenção e precaução (princípio II, 6.)⁶⁸.

Nesse contexto, prevenção e precaução são situados como princípios específicos de conduta para a aplicação de um princípio geral de proteção e restauração da integridade dos sistemas ecológicos, de modo a operacionalizar a observância deste imperativo de proteção e preservação da natureza.

Esse mesmo imperativo de proteção da natureza se encontra bem representado em princípio que tem sua afirmação expressa, dessa vez, em ordem jurídica nacional distinta, a saber, o texto da Constituição equatoriana de 2008: o princípio *in dubio pro natura*.⁶⁹

Inicialmente afirmado pelo artigo 395.4 do texto vigente da Constituição do Equador, o princípio *in dubio pro natura* preceitua que “[...] no caso de dúvida sobre o alcance das disposições legais em matéria ambiental, estas serão aplicadas no sentido mais favorável à proteção da natureza.”⁷⁰

Esse mesmo sentido é expressamente acolhido no Brasil pelo STJ, tendo-o sido especialmente nos autos do REsp n. 1.668.652/PA e do REsp n. 1.356.207/SP, ocasião em que foi para o fim de favorecer a aplicação do conteúdo ambiental das normas jurídicas — obstando sentidos que fossem incompatíveis com semelhante finalidade —, muito embora não seja possível afirmar que sempre se estivesse concretamente em contexto de dúvida ou de conflito que exigisse o uso da norma principiológica como instrumento determinante para a decisão⁷¹.

Por outro lado, o tribunal também acolhe sentido mais específico, que se aproxima do fortalecimento do Princípio de Reparação Integral dos Danos.

É assim que o tribunal fixou seu uso para o fim de justificar que os assim denominados danos interinos, intersticiais e futuros, também não poderiam deixar de ser incluídos sob o alcance das medidas de reparação de danos associadas ao regime de responsabilização civil definido pela ordem jurídica nacional⁷². Da mesma forma, também justificou, com base no mesmo princípio, a possibilidade de acumulação das obrigações de reparação e de recomposição *in natura*, bem como a reparação dos danos extrapatrimoniais coletivos⁷³

⁶⁷ UNESCO. The Earth Charter, p. 3.

⁶⁸ UNESCO. The Earth Charter, p. 3.

⁶⁹ Para uma análise detalhada do princípio e seu significado no contexto latino-americano, conferir a exaustiva pesquisa realizada em: CAPPELLI, Silvia. In dubio pro natura. *Revista de Direito Ambiental*, v. 98, p. 197-223, Abr./Jun. 2020.

⁷⁰ ECUADOR. Asamblea Constituyente. *Constitución del Ecuador*. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020. Lê-se no original: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1668652/PA. Recurso Especial 2017/0086149-3, 27 de novembro de 2018. Diário da Justiça, DF, 08 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1356207/SP. Recurso Especial 2012/0251709-6, 28 de abril de 2015. Diário da Justiça, DF, 07 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

⁷² BRASIL. REsp 1669185/RS. Recurso Especial 2017/0098505-6, 05 de setembro de 2017. Diário da Justiça, DF, 20 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. REsp 1255127/MG. Recurso Especial 2011/0091499-0, 18 de agosto de 2016. Diário da Justiça, DF, 12 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1328753/MG. Recurso Especial 2012/0122623-1, 28 de maio de 2013. Diário da Justiça, DF, 03 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. REsp 1198727/MG. Recurso Especial 2010/0111349-9, 14 de agosto de 2012. Diário da Justiça, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. REsp 1145083/MG. Recurso Especial 2009/0115262-9, 27 de setembro de 2011. Diário da Justiça, DF, 04 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1180078/MG. Recurso Especial 2010/0020912-6, 02 de outubro de 2010. Diário da Justiça, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. REsp 1114893/MG. Recurso Especial 2008/0243168-8, 16 de março de 2010. Diário da Justiça, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1269494/MG. Recurso Especial 2011/0124011-9, 24 de setembro de 2013. Diário da Justiça, DF, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1367923/RJ. Recurso Especial 2011/0086453-6, 27 de agosto de 2013. Diário da Justiça, DF, 06 set. 2013. Disponível

(ambas já reconhecidas pelo tribunal em ocasiões anteriores, sob fundamentos distintos⁷⁴), ou, ainda, da inversão do ônus da prova como manifestação de um princípio da precaução.⁷⁵

Embora a origem de seu conteúdo esteja relacionada a contextos de *dúvida* sobre a *aplicação de normas*, ou sobre contextos de incerteza científica, ou ainda, a contextos de incerteza sobre a avaliação dos fatos em matéria ambiental, não parece ser possível justificar que a virada ecológica de direitos em curso, especialmente na América Latina, acolha a aplicação de um sentido restritivo do princípio. Nessa abordagem restritiva, ter-se-ia que o princípio se apresentaria na condição de mero instrumento de resolução de controvérsias de natureza ambiental *que envolvam contextos de dúvida*, quando e somente então seria possível favorecer uma solução em favor da natureza.

Sustenta-se que uma estrutura dialógica que relacione a ordem jurídica internacional não imperativa, a ordem jurídica nacional e a atividade jurisprudencial estrangeira, com a ordem jurídica doméstica, permitiria justificar a emergência de um Direito Ecológico, designando-lhe pela coordenação dos princípios anteriormente descritos, o objetivo de respeitar os limites planetários.

A próxima seção ilustrará essa projeção ecológica do Direito, nomeadamente pela exposição da jurisprudência selecionada dos tribunais equatorianos, colombianos, mexicano, argentino, e da CIDH. A seleção jurisprudencial tem por finalidade ilustrar que, se um dos imperativos designados ao Direito no contexto de emergências planetárias é permitir justificar-se decisões em favor da natureza, a afirmação de que a natureza possui um valor intrínseco e autônomo — tal como reconhecido pela CIDH — e a afirmação de que a natureza também deve possuir direitos caminham na direção de que os sistemas naturais já constituem objeto de imperativos de proteção.

Nesse sentido a próxima seção pretende justificar que um imperativo *jurídico de in dubio pro natura* pode ser melhor compreendido no contexto de uma estrutura jurídica que já posiciona a natureza em um contexto de prioridade, na medida em que os sistemas de direitos — incluído o brasileiro — acolhem conteúdos e definições circunscritos à ciência do Sistema Terrestre, e ao respeito dos limites dos sistemas naturais.

6 *in dubio pro natura*?

A terceira e quarta seções demonstraram que a ordem constitucional brasileira, em diálogo com a experiência normativa internacional, acolhe possibilidades de se justificarem decisões *pro natura* mediante a afirmação de compromissos jurídicos com a integridade dos sistemas naturais, e dos processos ecológicos que sejam essenciais. Essa justificação se faz possível, inclusive, mediante a expressa aplicação de um princípio *in dubio pro natura*, pela jurisprudência do STJ⁷⁶.

Sustentou-se, assim, que justificar respostas jurídicas *pro natura* dependeria, primeiramente, de se levar a sério a Constituição ecológica.

Nessa oportunidade se desenvolve o argumento pelo qual levar a sério a Constituição Ecológica materializa não apenas uma transformação sobre os sistemas de direitos, senão influencia a *ampliação* do conteúdo

em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

⁷⁴ Sobre a possibilidade de acumulação das obrigações é conveniente salientar que o STJ confirmou a conclusão por meio da tese n. 1, vinculado ao julgamento de 74 precedentes. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 02 jul. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 883.656/RS. Recurso Especial 2006/0145139-9, 09 de março de 2010. *Diário da Justiça*, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02/04/2019. A matéria também é objeto da tese de n. 4 do STJ, oriunda de 33 precedentes. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 02 jul. 2020.

⁷⁶ LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Environmental Protection in Brazil's High Court: safeguarding the environment through a Rule of Law for Nature, *Sequência*, n. 77, p. 29-50, nov. 2017.

para o mesmo princípio *in dubio pro natura*.

Mediante a afirmação de que um Direito ecológico aproxima as instituições e os sistemas naturais, demonstrar-se-á — por meio da jurisprudência nacional de tribunais latino-americanos e da CIDH — que esse movimento de aproximação do Direito em relação à natureza também é responsável pela *ampliação* do conteúdo para o referido princípio.

Sob essa perspectiva se pretende contextualizar — a partir do giro ecológico na jurisprudência latino-americana — que não mais se pode restringir a justificação de decisões *pro natura* a contextos de *dúvida interpretativa* sobre a aplicação de normas jurídicas ambientais⁷⁷.

Se o Direito deve respeitar os sistemas naturais, Isabelle Stengers et al. propõem que deva ser feita uma pergunta antes de todas as outras. Como instituir uma natureza que respeite e considere o que importa para os cientistas?⁷⁸

Normalmente quem toma decisões aceita a hipótese de que existe um sistema terrestre autorregulado, mas as ciências naturais não a aceitam.

Isabelle Stengers et al. afirmam que não se trata nem de propor uma natureza hegemônica, nem, de outro lado, uma natureza domesticada.⁷⁹

Gaia não pode ser compreendido como um retorno às leituras de uma harmonia da natureza.

Conforme explicam Bruno Latour e Timothy Lenton, o que James Lovelock propõe em *Gaia*, e Lyn Margullis o faz em *Planeta Simbiótico*, é atribuir às formas de vida, a elas mesmas, a tarefa de criar as condições de longo prazo para se expandirem no espaço, obedecendo as suas próprias leis. As distinções entre ambas são apenas de escala, planetária em James Lovelock, e celular, e Lyn Margullis.⁸⁰

Bruno Latour, em sua quarta conferência das *Gifford Lectures*, assinala que o Antropoceno nos traz uma referência de que a Terra é instável.⁸¹

Não se trata de fazer o uso indiscriminado da noção de totalidade e de atribuir à *Gaia* uma referência de organismo que determina e orienta todas as nossas ações.

O Antropoceno deixou os humanos mais geológicos, e sua presença na Terra é compreendida por meio de relações e *conexões* que este estabelece com a Terra⁸².

No lugar da definição de globo (totalidade), é proposta a consideração de uma noção de ciclos.

No lugar de uma reverência ao todo, são enfatizadas as conexões. *Gaia* é sensível à ação humana e reage muito rapidamente. Essas conexões são aquelas que precisam ser respeitadas no Antropoceno⁸³.

Isabelle Stengers et al., mais uma vez, dirão que civilizar a natureza significa que nós pertencemos à Terra, mas a natureza não é algo que possa ser definida de um vez por todas e não pode mobilizar o conhe-

⁷⁷ No Brasil, a noção de um mandado *in dubio pro natura* foi referida pela primeira vez pelo professor Luiz Fernando Coelho, em trabalho publicado no ano de 1994. Em texto mais recente, desenvolvendo 11 teses para o Direito Ambiental, sustenta que conflitos normativos são resolvidos pela aplicação da tese *in dubio pro natura*. Desse modo, no caso de conflitos normativos se deveria sempre adotar a solução que favoreça a proteção ambiental. COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do Direito, *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*, v. 11, n. 1, p. 308, jan./jun. 2008.

⁷⁸ STENGERS, Isabelle et al. Restituing Nature: A Latourian Workshop. *Environmental Humanities*, v. 6, p.169, 2015.

⁷⁹ STENGERS, Isabelle et al. Restituing Nature: A Latourian Workshop. *Environmental Humanities*, v. 6, p.169, 2015.

⁸⁰ LATOUR, Bruno, LENTON, Timothy M. Extending the Domain of Freedom, or Why Gaia Is So Hard to Understand. *Critical Inquiry*, v. 45, n. 3. Springer 2019. p. 5.

⁸¹ LATOUR, Bruno, LENTON, Timothy M. Extending the Domain of Freedom, or Why Gaia Is So Hard to Understand. *Critical Inquiry*, v. 45, n. 3. Springer 2019. p. 5.

⁸² LATOUR, Bruno. *Facing Gaia*. Eight Lecture on the New Climatic Regime. London: Polity, 2017.

⁸³ LATOUR, Bruno, LENTON, Timothy M. Extending the Domain of Freedom, or Why Gaia Is So Hard to Understand. *Critical Inquiry*, v. 45, n. 3. Springer 2019. p. 5.

cimento da humanidade na busca de respostas diretas⁸⁴.

A obrigação (ou o dever) de respeitar as leis da natureza pode suscitar graus diferenciados da identidade de um Estado de direito para a natureza: desde restrições ao uso dos recursos naturais decorrente de sua condição de *trust*, e da necessidade de se não serem violadas as relações ou os processos fundamentais que sustentam todas as formas de vida, até o reconhecimento, à natureza, da mesma posição moral (e jurídica), em uma comunidade de direitos.

Dito em outras palavras, um Estado de direito para a natureza pode propor faces mais moderadas ou mais rígidas em uma comunidade de direitos: de deveres (dos homens) para com a natureza, até direitos (ao menos alguns, e aqueles que estejam diretamente adstritos à conservação e não intervenção sobre as leis naturais básicas), para a natureza, concebendo-a como sujeito desses mesmos direitos.

Se a primeira abordagem não é desconhecida da maior parte dos sistemas jurídicos (e constitucionais) ocidentais, e expressa na maior parte dos casos por meio de um direito fundamental ao ambiente que impõe restrições ou condicionamentos das liberdades econômicas (de onde a propriedade e as liberdades são os valores mais afetados), a segunda abordagem, de matriz notadamente ecocêntrica, vem ganhado força especialmente naquele movimento que se denomina como constitucionalismo latino-americano⁸⁵.

Para o efeito deste trabalho, o direito constitucional latino-americano ensina preciosas e recentes lições sobre como lidar com a proteção da natureza.

A Constituição equatoriana atribui à natureza a condição de sujeito (artigo 10), define expressamente direitos (artigo 71) e é o único texto no mundo que se refere, de forma direta, a um princípio *in dubio pro natura* (artigo 395.4).

A Constituição colombiana não define direitos da natureza, mas seus tribunais o fizeram em sucessivas oportunidades a partir do ano de 2016 e até a data de 02 de setembro de 2020, data da mais recente decisão que favorece ou afirma, de forma expressa, a condição de sujeito à própria natureza⁸⁶. O Tribunal Constitucional reconheceu direitos a rios⁸⁷, o Supremo Tribunal de Justiça os atribuiu à Amazônia colombiana⁸⁸ e, posteriormente, à via parque Ilha de Salamanca⁸⁹, e mais recentemente podem ser citadas as decisões do: a) Tribunal Superior do Distrito de Ibagué, quem atribuiu direitos ao Parque Nacional Natural *Los Nevados* a condição de sujeito de direitos⁹⁰; b) do Quarto Juizado de Execução de Penas e de Medidas de Segurança,

⁸⁴ STENGERS, Isabelle et al. Restituing Nature: A Latourian Workshop. *Environmental Humanities*, v. 6. 2015. p.172-173.

⁸⁵ Sobre o tema, cf. GARGARELLA, Roberto. Explicando o constitucionalismo latino-americano. *Journal of the Max Planck for European Legal History*, n. 24, p. 336-338, 2014.

⁸⁶ A última decisão é proveniente do Conselho de Estado colombiano, cujo acórdão ainda não foi publicado, tendo por objeto a proteção da baía de Cartagena. Cf.: El Espectador. *El histórico fallo para proteger la bahía de Cartagena*. 2020. Disponível em: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-historico-fallo-para-protoger-la-bahia-de-cartagena/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁸⁷ Trata-se da sentença T-622/16, reconhecendo a condição de sujeito de direito ao rio Atrato. Cf.: COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016. Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato, Foro Inter-Etnico Solidariedad Chocó y Otros *versus* Presidencia de la Republica y Otros. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>>. Acesso em 20 de jul. 2020.

⁸⁸ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. Victoria Alexandra Arena Sanchez, José Daniel y Felix Jeffry Rodriguez Peña y Otros *versus* Presidencia de la Republica, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés. Disponível em: <<https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/stc4360-2018.pdf>> Acesso em 18 set. 2020.

⁸⁹ COLÔMBIA. Supremo Tribunal de Justicia. Radicación 08001-22-13-000-2019-00505-01. STC 3872-2020, 18 de junio de 2020. Luis Miguel Llorente Altamiranda *versus* Presidencia de la Republica de Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, La Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y las Corporaciones Autónomas Regionales del Magdalena y Atlantico. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload953.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁰ COLÔMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Radicación 73001-22-00-000-2020-000091-00, 28 de agosto de 2020. Juan Felipe *versus* Presidencia de la Republica, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Nacionales, Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de

reconhecendo tal condição ao rio Otún⁹¹; c) do Superior Tribunal de Medellín, reconhecendo direitos ao rio Cauca⁹²; d) do Terceiro Juizado de Medidas de Execução de Penas e de Medidas de Segurança, atribuindo direitos ao rio Pance⁹³; e) do Tribunal Administrativo de Boyacá, atribuindo direitos ao Paramo de Pisba, espaço natural que integra o conjunto dos Parques Naturais Nacionais da Colômbia⁹⁴; f) do Primeiro Juizado Penal de Neiva, atribuindo direitos ao rio Magdalena, suas bacias e efluentes⁹⁵; g) do Tribunal Administrativo de Quindío, reconhecendo ao rio de mesmo nome, sua bacia e seus afluentes, a condição de sujeito de direitos⁹⁶; g) do Juizado Civil Municipal Único de La Plata, quem atribuiu ao rio La Plata a condição de sujeito de direitos⁹⁷ e; h) do Tribunal Administrativo de Tolima, reconhecendo os rios Coello, Combeima e Cocora, bem como suas bacias e afluentes como entidades individuais e como sujeitos de direitos⁹⁸.

Por sua vez, a Constituição argentina também não define direitos da natureza, mas já é possível se reconhecer caminho favorável para uma abordagem ecocêntrica dos direitos, especialmente após seu tribunal superior (Suprema Corte de Justicia de la Nación), ter: a) afirmado a constitucionalidade da Lei das Geleiras⁹⁹;

Infraestructura, Unidad de Parques Nacionales Naturales de Colombia, Corporación Autónoma Regional del Tolima-Cortolima, Corporación Autónoma Regional del Quindío, Coporación Autónoma Regional de Risaralda-Carder y Corporación Autónoma Regional de Caldas. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1017.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹¹ COLÔMBIA. Juzgado 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Radicación 66001318/004201900057. Sentencia de Tutela 036/2019, 11 de septiembre de 2019. John Edison Parra Sánchez y Jesús Alberto Cardona López *versus* Ministerio del Medio Ambiente Nacional, Departamento de Risaralda, Municipio de Pereira, Municipio de Dosquebradas, Corporación Autónoma de Risaralda-CARDE y Aguas y Aguas de Pereria. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload949.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹² COLÔMBIA. Tribunal Superior de Medellín. Radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01. Sentencia 38/2019, 17 de junio de 2019. Juan Luis Castro Córdoba y Diego Hernán David Ochoa *versus* Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload837.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹³ COLÔMBIA. Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Acción de Tutela 2019-00043-00. Sentencia 31/2019, 12 de julio de 2019. Roberto Rodríguez Zamudio *versus* Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, Alcaldía Municipal de Cali V, Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente, Departamento Administrativo de Planeación Municipal, Empresas Municipales de Cali V, EICE ESP, las administraciones de los proyectos urbanísticos o conjuntos residenciales o condominios campestres “Reservas de Pance” y “Altos de Pance” y “JARAMILLO MORA S.A.”. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload948.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁴ COLÔMBIA. Supremo Tribunal Administrativo de Boyacá. Radicación 15238 3333 002 2018 00016 01, 29 de junio de 2018. Juan Carlos Alvarado Rodríguez y otros *versus* Ministerio de Medio Ambiente y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload731.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁵ COLÔMBIA. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento - Neiva - Huila. Radicación 41001-3109-001-2019-00066-00. Sentencia de Tutela 71/2019, 24 de octubre de 2019. Andres Felipe Rojas Rodriguez y Daniel Leandro Sanz Perdomo *versus* Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, Gobernacion del Huila, Aguas del Huila, Cooperación Autónoma Regional del Alto Magdalena-CAM, Empresas Publicas de Neiva, Municipios de Neiva, San Augustin, Pitalito, Saladoblanco, Oporapa, Altamira, Guadalupe, Hobo, Yagura, Aipe, Villavieja, Gigante Garzon, Paicol, Tesalia y Palermo. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload869.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁶ COLÔMBIA. Tribunal Administrativo de Quindío. Radicación 63001--000-2019-00024-00, 05 de diciembre de 2019. Carlos Alberto Arrieta Martínez, Luisa Fernanda León Betancourth y Juliana Victoria Ríos Quintero *versus* Nación-Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio -, Corporación Autónoma Regional de Quindío, Municipio de Armenia, Empresas Publicas de Armenia, Municipio de Salento, Empresas Publicas del Quindío - E.P.Q, Asociación de los Suscriptores del Acueducto Rural El Rosario de la Vereda Boquía del Municipio de Salento. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload997.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁷ COLÔMBIA. Juzgado Único Civil Municipal - La Plata - Huila. 41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 de marzo de 2019. Luz Marina Díaz y Otros habitantes del Barrio El Remolino de La Plata - Huila *versus* Empresa de Servicios Públicos del Municipio de La Plata - Huila -“EMSERPLA E.S.P.”. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload823.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁸ COLÔMBIA. Tribunal Administrativo de Tolima. Radicación 73001--23--00--000--2011--00611-00, 30 de mayo de 2019. Perseverancia Municipal de Ibagué *versus* Ministerio de Medio Ambiente y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload836.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁹⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 140/2011, 4 de junio de 2019. . Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro *versus* Estado Nacional. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-34763-La-Corte-Suprema-convalida-la-constitucionalidad-de-la-ley-de-preservacion-de-los-glaciares-rechazando-el-pedido-de-Barrick-Gold-Minera-Argentina-Gold-y-provincia-de-San-Juan.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.

b) afirmado um princípio *in dubio pro aqua*¹⁰⁰; c) considerado uma abordagem ecocêntrica para a solução de conflitos federativos sobre o uso das águas, tendo fixado um caudal mínimo permanente para o rio Atuel¹⁰¹; d) e ter concedido medida cautelar em amparo coletivo para a proteção do Delta do Paraná diante de um grave contexto de incêndios sem controle e políticas públicas adequadas¹⁰².

Muitas críticas podem ser descritas sobre a direção dos direitos da natureza. Nessa ocasião, opta-se pela exposição de duas formas de compreensão sobre esse caminho.

Como é exposto por Louis Kotzé,¹⁰³ o Direito precisa lidar com um modelo ético diferente. Se não é simples substituir o homem no centro das relações, já faz parte de um Direito Global aceitar que não há um centro nas relações. O homem também faz parte das relações, mas outros valores também devem fazer parte das relações.

É assim que a Constituição equatoriana não trata exclusivamente de um compromisso com a dignidade, senão, agora, com o *sumak kawsay*: o bem viver. A harmonia supõe o não conflito. Na harmonia não há um valor mais importante do que outro. A harmonia supõe que todos os valores são importantes. Assim, em uma comunidade de direitos, a condição humana e a natureza estão cada vez mais próximas.

Se a vida humana possui valor, a vida não humana também possui valor.

A segunda forma de compreender os direitos da natureza enfatiza que, talvez, seja necessário transformar o Direito, em alguns contextos muito graves, de massiva, sistemática e iterativa violação de realidades existenciais, ou de massivo, sistemático e iterativo descumprimento de compromissos constitucionais e convencionais associados, normalmente, à omissão, deficiência ou à inexistência de políticas públicas adequadas¹⁰⁴.

Reconhecer direitos para a natureza talvez seja a resposta para esses contextos muito graves. Se não se consegue proteger a natureza em um modelo em que homem e natureza não são iguais, talvez nós precisemos transformar essa relação. Se homem e natureza estão cada vez mais próximos, deve-se considerar inaceitável violar as leis da natureza.

O reconhecimento de direitos e da condição de pessoa promovidos pelo parlamento neozelandês tem sua fundamentação próxima daquela justificação baseada na cosmovisão andina que orienta a definição de bem-viver utilizada pelo texto constitucional equatoriano, mas negada em grande medida pelos tribunais daquela nação latino-americana.

Na América Latina, é particularmente importante a decisão T-622 da Sexta Sala do Tribunal Constitucional Colombiano que reconheceu ao Rio Atrato, à sua bacia e aos seus efluentes “[...] como um ente sujeito de direitos à proteção, à conservação, à manutenção e à restauração ao encargo do Estado e das comunidades

¹⁰⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 714/2016, 11 de julio de 2019. Julio Jesus Majúl *versus* Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento-ById.html?pidDocumento=7535693&cache=1567286872361>>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹⁰¹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 243/2014, 16 de julio de 2020. Provincia de la Pampa *versus* Provincia de Mendoza. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-37764-La-Corte-Suprema-fij-un-caudal-m-nimo-permanente-para-el-r-o-Atuel.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹⁰² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 468/2020, 11 de agosto de 2020. Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil *versus* Provincia de Santa Fe y otros. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-38022-La-Corte-Suprema-ordena-constituir-un-Comit-de-Emergencia-Ambiental-para-detener-y-controlar-los-incendios-irregulares-en-el-Delta-del-Paran-.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹⁰³ Cf. KOTZÉ, Louis. *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*. London: Hart, 2016.

¹⁰⁴ Considerar este segundo caminho é particularmente importante neste momento em que já se divulgou no ano de 2019, o primeiro relatório sobre o Estado de Direito Ambiental, no qual se demonstrou que a proliferação da normatividade ambiental, por meio da definição de um direito fundamental ao meio ambiente, e de um direito humano ao meio ambiente, nas Constituições e nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, não se fez suficiente para conter a expansão dos danos ambientais. UNITED NATIONS. United Nations Environmental Programme. *Environmental Rule of Law: First Global Report*. Nairobi: UNEP, 2019.

étnicas [...].¹⁰⁵

Sua importância é justificada porque se trata de uma demonstração do reconhecimento judicial, por um tribunal constitucional, da condição da natureza como sujeito, a partir de um modelo constitucional que não atribui direitos a ela, ao menos não de forma direta, como o fez o texto equatoriano. O artigo 79 da Constituição colombiana, a exemplo do artigo 225, do texto brasileiro, e do artigo 45 da Constituição espanhola parte de um arranjo que reconhece um direito ao meio ambiente, e afirma um dever estatal de protegê-lo contra ameaças. Não há na experiência colombiana, portanto, aproximação substancial com o modelo de biocentrismo declarado expressamente pelas ordens jurídicas que geralmente definem o assim denominado constitucionalismo latino-americano (Equador e Bolívia). O resultado decisório não exigiu a prévia definição *normativa* dos já referidos direitos da natureza.

Na sequência, pôde ser identificado o pronunciamento do dia 26 de julho de 2017, oriundo da Sala Cível do Supremo Tribunal de Justiça colombiano. Apreciando o *habeas corpus* AHC 4806-2017 — ação constitucional que tem por finalidade a proteção do direito de liberdade — impetrado pelo urso Chucho, em seu próprio nome, a Corte determinou sua libertação pelo zoológico de Barranquilla.¹⁰⁶

O caso chama a atenção não só pela admissão da ação constitucional e seu resultado pelo tribunal, senão pelo contexto que a provocou. Sua origem partiu da constatação pelas autoridades de Manizalles de que não tinham mais condições de garantir a segurança, sua saúde e o seu bem-estar em seu habitat natural, a reserva de Rio Branco de Manizalles, no qual vivia há mais de duas décadas. Diante disso, a medida administrativa escolhida foi o traslado do urso para o zoológico.¹⁰⁷

O juiz Luis Armando Tolosa Villabona considerou que não se trata de atribuir direitos aos animais não humanos, tratando-os como iguais, senão de reconhecer uma moralidade universal a partir da qual seja exigível lhes outorgar respeito.¹⁰⁸

Em 2018 foi emitido mais um pronunciamento colombiano, oriundo da Suprema Corte de Justiça, no qual foi apreciada pretensão de 25 crianças no âmbito de uma litigância climática, tendo sido reconhecidos direitos à floresta Amazônica e seus componentes naturais.¹⁰⁹

De forma mais expressiva no caso Atrato, a afirmação dos direitos da natureza pode ser compreendida como a manifestação de uma solução fixada o plano de um imperativo de justiça ecológica, atribuindo-se voz àqueles que não a possuem, visando extrair a natureza da zona invisível da ordem convencional nos sistemas de direitos onde direitos protegem interesses de pessoas naturais.

Os direitos da natureza parecem surgir no caso Atrato, também como uma estratégia discursiva de aproximação da natureza da comunidade moral que define os sistemas de direitos, supondo que, em estados de tamanha degradação sobre recursos e processos ecológicos particularmente sensíveis, a única alternativa que

¹⁰⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016. Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato, Foro Inter-Etnico Solidariedad Chocó y Otros *versus* Presidencia de la Republica y Otros. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>>. Acesso em 20 de jul. 2020.

¹⁰⁶ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 17001-22-13-000-2017-00468-02. AHC4806-2017, 26 de julio de 2017. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>>. Acesso em 18 set. 2020.

¹⁰⁷ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 17001-22-13-000-2017-00468-02. AHC4806-2017, 26 de julio de 2017. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>>. Acesso em 18 set. 2020.

¹⁰⁸ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 17001-22-13-000-2017-00468-02. AHC4806-2017, 26 de julio de 2017. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>>. Acesso em 18 set. 2020.

¹⁰⁹ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 1101-22-03-000-2018-00319-01. STC 4360-2018, 5 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

poderia conter os avanços das decisões exploratórias seria situar a natureza na mesma posição moral que a condição humana. Nesse caso, em tese, maior seria a dificuldade de se produzir danos quando na relação jurídica se estivesse perante um semelhante.

Por outro lado, os direitos da natureza surgem em todas experiências descritas, como a estratégia de recomposição da relação perdida entre o homem e a Terra. Os direitos da natureza resgatam essa relação. Na Constituição equatoriana, v.g, mesmo se a integridade ecológica não for respeitada, a proteção será incompleta e não haverá Estado de direito.

Uma última contribuição a ser referida nesta seção tem origem na orientação firmada pela CIDH, primeiro no âmbito da opinião consultiva n. 23/2017, dada a sua contribuição interpretativa para o significado da proteção da natureza em um sistema de direitos humanos¹¹⁰.

Os sistemas de direitos humanos favorecem uma posição de relevância moral dos interesses da condição humana. Nessa perspectiva, até mesmos um direito humano ao meio ambiente, tal como é proposto pelo sistema global e pelos sistemas regionais, o estrutura como mais um elemento importante para que o bem-estar e a qualidade de vida estejam acessíveis às pessoas, reforçando, portanto, um sentido nitidamente antropocêntrico para os sistemas de direitos.

O reconhecimento dos efeitos e da realidade de uma possível nova época geológica (Antropoceno) também influencia transformações nas relações entre as instituições e os sistemas ecológicos, apontando a importância de inserir, nos sistemas de direitos, a natureza, indicando que, se os interesses humanos são relevantes, valores como a integridade dos sistemas ecológicos são igualmente relevantes para um sistema de direitos (humanos).

A experiência exposta pela CIDH por meio da OC n. 23/2017 demonstra a possibilidade de que o primeiro dos diversos obstáculos à valorização da natureza pelas instituições seja rompido, qual seja, incluí-la como parte desse sistema em um plano de valor tão próximo quanto seja possível daquele que é dedicado à condição humana. Se estratégias de colaboração também precisam ser estimuladas para iniciativa pelo mercado e pela sociedade, por meio de *nudges*¹¹¹, não se deve ignorar que também devem ser favorecidas estratégias que afirmem compromissos políticos muito claros com caminhos diferentes daqueles que já foram tentados até este momento, caminhos que conduzem a outros mundos e que reafirmem a possibilidade de que um mundo melhor é possível, desde que também, antes de tudo, reconheçamos que ele exista (um mundo onde a natureza dele faz parte e é igualmente assimilada pelos sistemas de direitos).

Nesse sentido, se a jurisprudência latino-americana já sinalizava o fortalecimento de uma dimensão ecocêntrica para os sistemas de direitos, tal como foi reconhecido pela Colômbia em três ocasiões (Chucho, Atrato e Amazônia), o pronunciamento da CIDH por meio de tal opinião consultiva confirma sua aderência ao modo como, no sistema interamericano, deve ser definido o conteúdo de um direito humano ao meio ambiente.

Se, por um lado, a condição humana deixou de ser indispensável para justificar a proteção de direitos, por outro lado, a definição do conteúdo desses direitos (para além da justificação da proteção, portanto) também foi potencializada pelo alargamento moral da comunidade de direitos no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos (SIDH).

¹¹⁰ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020. Posteriormente, a decisão também foi expressamente utilizada pela mesma Corte Interamericana de Derechos Humanos, influenciou uma abordagem ecocêntrica sobre os direitos, no caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *versus* Argentina. Cf.: COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) *versus* Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 6 de febrero de 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹¹¹ A expressão é utilizada em seu exato sentido proposto por Sunstein e Thaler, na forma de um paternalismo libertário, em: SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press, 2008.

Portanto, ao menos no SIDH, para o fim de se compreender um sistema de direitos e uma comunidade de justiça, o que proteger e quem proteger significa um passo adiante das fronteiras tradicionais da justiça intraespécies e intrageracional.

Desse modo, a natureza faz parte de uma comunidade de justiça, a natureza tem valor para o fim de proteção em um sistema de direitos, e os direitos humanos são também humanos.

Constam das razões do acórdão que o tribunal:

[...] considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente sadio como direito autônomo, diferente de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como bosques, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda que na ausência de certeza ou evidência sobre o perigo a indivíduos. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, senão por sua importância para os demais organismos vivos com os quais se compartilha o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos. Nesse sentido, o tribunal adverte uma tendência a reconhecer personalidade jurídica e, portanto, direitos a natureza não somente em sentenças senão também em ordenamentos constitucionais.

Desta maneira, o direito a um meio ambiente sadio como direito autônomo é distinto do conteúdo ambiental que surge da proteção de outros direitos, tais como o direito à vida ou o direito à integridade pessoal.¹¹²

Na medida em que o Brasil está submetido à jurisdição da Corte desde 1998 (decreto legislativo n. 89/1986 e aceitou o resultado de sua iniciativa consultiva desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, não é possível atribuir outro conteúdo a um direito humano ao meio ambiente ou negar a aplicação do conteúdo que foi definido pela Corte, no âmbito interamericano. Se por um lado as decisões emanadas da Corte em sua atuação consultiva vinculam a própria Corte sobre como deve ser a interpretação dos direitos humanos enunciados na Convenção, por outro lado, não é possível que os Estados submetidos à sua jurisdição desatendam às suas decisões, nos termos do que se encontra definido pelo artigo 68-1, da CADH.

Se, em um primeiro momento, experiências como a colombiana poderiam se apresentar como uma manifestação de ativismo necessário para o fim de suprir lacunas da ausência de decisões satisfatórias pelo Poder Legislativo ou Executivo, e para o fim suprir as falhas públicas e privadas na proteção da natureza (atuando aqui como um superego da sociedade), nesse momento tais manifestações são confirmadas pela Corte como evidências não para o caminho correto, ou para o melhor caminho na proteção da natureza. Tais decisões são confirmadas como evidências de que outro caminho é possível, e que esse outro caminho é coerente com aquele que a CIDH definiu a partir da OC n. 23/2017, como aquele que deve guiar a interpretação do direito humano ao meio ambiente.

Assim, se o processo de ecologização foi iniciado pelos Estados-parte em um sentido de estímulo para a ordem internacional, a iniciativa da CIDH não apenas fortalece aquelas iniciativas, senão aponta a direção na ordem interamericana, sobre muito mais do que uma autorização, senão um dever ao qual estão sujeitos

¹¹² COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020. Lê-se no original: “62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales. 63. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.”

todos os Estados-parte, de interpretar os direitos humanos com base em um sentido ecológico.

Direitos humanos protegem a condição humana e o Antropoceno coloca em evidência que esse modelo é frágil e precisa de estratégias para inserir a natureza dentro daquele sistema de direitos.

Na abordagem interpretativa fixada pela CIDH, por meio de sua OC n. 23/2017, os direitos humanos admitem a valorização de outros aspectos morais, fixando-se que direitos humanos não estabelecem compromissos exclusivos com a condição humana.

Se fosse possível extrair três grandes contribuições emergentes da OC n. 23/2017 poderiam ser destacadas: a) o reconhecimento de direitos humanos autenticamente ambientais na medida em que se admitiu a exposição de violações independente do uso dos direitos originariamente descritos na Convenção Americana; b) a função vinculativa de sua decisão para a interpretação do direito humano ao meio ambiente e; c) o reconhecimento de que para além da condição humana, a natureza também faz parte do sistema de direitos, ainda que este sistema de direitos seja, ainda, e aporeticamente, um sistema de direitos humanos.

Experiências normativas e culturais tão distintas como aquelas representadas pela brasileira, a colombiana, e a equatoriana, veem-se aproximadas em torno de objetivos comuns, não porque se tratam de experiências que deram certo, ou porque são objeto de consensos internacionais (há muito mais tratados internacionais que protegem o ambiente do que Constituições, embora estas também se apresentem em número expressivo). Estão unidas como parte dos diálogos normativos que se veem estimulados em uma sociedade cosmopolita, por um modelo de constitucionalismo que não consegue proteger os bens que, de fato, são importantes em tal sociedade, a não ser mediante a abertura dessa comunidade moral, integrando de forma plena e completa, todos os interesses, as necessidades e as demandas de proteção em expansão.

Na sociedade que é global e cosmopolita, as fontes de normatividade estão difusas e fragmentadas¹¹³, cumpre à Constituição assumir a relevante função de mediação e de interligação de tais fragmentos na tentativa de formação do que Gunter Teubner chama de direito constitucional de colisões.¹¹⁴

Se a produção normativa é fragmentária, cumpre às Constituições a função de mediação e de ligação desses fragmentos no sentido de proporcionar que os distintos pontos de vista e modelos culturais e sociais consigam dialogar em torno de objetivos comuns, que neste caso, referem-se à proteção da natureza.

Mais do que uma comunidade de direitos em expansão, assiste-se à emergência e ao fortalecimento de uma comunidade de deveres perante valores de uma sociedade global e cosmopolita.

A consideração de um assim denominado Direito (e de um constitucionalismo) cosmopolita é exposta como uma premissa indispensável para a justificação de um assim denominado Estado de Direito para a natureza. Nesse modelo de Estado, proteger e respeitar o pluralismo de objetivos morais que definem uma sociedade cosmopolita exigiria uma transformação de como as relações jurídicas entre homem e natureza são organizadas pelas Constituições.

A coexistência entre as formas de vida e a não intervenção sobre os processos ecológicos são expostos como desafios para a consideração jurídica dos modelos constitucionais ocidentais, e como metas para a transformação dos sistemas de valores protegidos pelo Direito.

É nesse sentido que se pode argumentar que a proposição de padrões de decisão que favoreçam a natureza constitui, antes de tudo, um imperativo de justiça ecológica. Entretanto, é pertinente que se compreenda em que consiste favorecer padrões de justiça ecológica por meio de se favorecer a proteção da natureza.

Uma primeira leitura sobre o padrão de decisão de um assim denominado princípio *in dubio pro natura*

¹¹³ LADEUR, Karl-Heinz. A relação entre direito público e normas sociais no constitucionalismo – nacional, europeu e global. *Direito UnB*, v. 2, p. 17, jan./abr. 2016.

¹¹⁴ TEUBNER, Gunter. *Fragments constitucionais. Constitucionalismo social na globalização*. Trad. de: Marcelo Neves, Pedro Ribeiro, Ricardo Campo, Rodrigo Mendes. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 44.

prioriza um modelo de escolha para remover o obstáculo da dúvida. É o estado de dúvida que exige um modelo de decisão, que deve ser uma decisão em favor da natureza. Esse elemento (dúvida) o aproxima do padrão de decisão adotado por outro princípio com reconhecimento internacional e nacional, no contexto brasileiro, um princípio de precaução. Neste último, a incerteza científica (ou a ausência de consenso científico) não pode justificar a ausência de decisão.

O que se tem na incerteza científica é normalmente a divergência, havendo, portanto, repostas certas, mas diversas respostas certas. E, igualmente, em situações limites caracterizadas pela inovação, a ausência de conhecimento (portanto, a dúvida científica) define que não se poderá aguardar a adoção de medidas¹¹⁵. Distintamente de um princípio *in dubio pro natura*, neste há uma preponderância de um caráter procedimental, não se propondo ou definindo, *prima facie*, que medidas serão essas ou qual é a extensão das ações que será demandada perante a ameaça e o risco. O padrão de decisão do primeiro princípio é diferenciado porque há uma ordem e um mandado para que *as medidas deverão beneficiar e favorecer a natureza e sua proteção*.

Não se pode compreender o princípio, entretanto, como um mandado de proteção para a natureza *apenas na dúvida*, ou como um mandado de proteção exclusiva da natureza em superposição de outras demandas de justiça.

Deve-se, primeiramente, reiterar que justiça ecológica é um padrão de justiça que se pretende completo e integral, porque deve ser capaz de propor respostas ou soluções para conflitos no sentido de acolher ou atender as demandas de todos os interessados e beneficiários de uma comunidade de justiça: a comunidade humana, as futuras gerações e a comunidade não humana (animais não humanos e natureza).

Portanto, imperativos *pro natura* são passíveis de se justificar sempre que se estiver em jogo o comprometimento da integridade dos sistemas naturais e dos processos ecológicos. Desse modo, o conteúdo de um princípio *in dubio pro natura* pode ser melhor justificado no contexto de uma virada ecológica dos direitos, devendo haver uma decisão *em favor da natureza* sempre que se fizer exigível devolver a natureza ao seu lugar, de natureza. A exemplo do que foi posicionado pela *Suprema Corte de Justicia de La Nación* mexicana, o princípio *in dubio pro natura* não é aplicável *somente* perante a incerteza científica, senão como *mandado interpretativo geral de justiça ambiental*, no sentido de que *em qualquer conflito ambiental* deve prevalecer, sempre, aquela interpretação que favoreça a conservação do meio ambiente¹¹⁶.

Consoante Susana Borrás:

“ao contrário do princípio *in dubio pro reo*, típico do direito penal, o princípio *in dubio pro natura* não é uma regra operacional, para que o juiz decida quando houver dúvida. O princípio *in dubio pro natura* determina que a interpretação da lei deve favorecer uma das partes. É um verdadeiro mecanismo de repressão e contingência para os casos em que várias decisões seriam juridicamente possíveis, apesar de nem todas serem convenientes à luz de uma política ambiental específica.”¹¹⁷

¹¹⁵ Esse sentido é aquele que se encontra reproduzido no princípio 10, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. (UNITED NATIONS. *Rio Declaration on Environment and Development*. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_v. I_Declaration.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020).

¹¹⁶ MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 307/2016, Sentencia de 14 de noviembre de 2018. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. Lê-se no destaque original, extraído da decisão: “Esta Sala entiende el principio *in dubio pro natura* no sólo acotado al principio de precaución, esto es, no sólo aplicable anteincertidumbre científica, sino como mandato interpretativo general de la justicia ambiental, en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente”. O sentido é, portanto, bastante distinto de se decidir em favor da natureza, apenas nos casos de dúvida interpretativa, ou ainda, de se ponderar os valores em conflito para se decidir em favor da natureza. Trata-se, portanto, de se sempre se procurar alcançar o melhor sentido que favoreça a natureza em todos os conflitos em matéria ambiental. O segundo sentido encontra-se desenvolvido em: ALCÂNTARA, Maria Isabel Esteves de Alcântara; BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos entre Princípios Norteadores do Direito Penal Ambiental, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 256-271, 2014.

¹¹⁷ BORRÁS, Susana. *In dubio pro natura: un principio transformador del derecho ambiental en América Latina*. In: MIRANDA, Jorge; AMADO GOMES, Carla; PENTINAT, Susana Borrás. *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen

O giro ecológico na jurisprudência dos tribunais relacionados nesta seção favorece a compreensão de que o fortalecimento de narrativas constitucionais que respeitem a integridade dos sistemas naturais e dos processos ecológicos colabora não apenas para se justificar escolhas *pro natura*, senão para ampliar o próprio conteúdo do princípio *in dubio pro natura*.

De todo o exposto foi possível demonstrar que uma proteção jurídica que favoreça a natureza não se satisfaz, privilegiando-se a aplicação de novos princípios ou por meio de sua *mera transposição* entre sistemas jurídicos distintos. A afirmação de uma abordagem ecológica para direitos encontra-se em expansão — tal qual se encontra refletido na jurisprudência já referida — e nela se localiza, possivelmente, uma das melhores oportunidades de se justificar que há limites ecológicos dos sistemas naturais que não podem ser ignorados pelos sistemas de direitos, exigindo-se, portanto, escolhas e decisões *pro natura*.

Embora não seja possível afirmar que a ordem constitucional brasileira acolha *textualmente* um abordagem que reconheça, a exemplo do texto equatoriano já referido neste trabalho, a condição de um *sujeito natural*, não é possível ignorar que, em pelo menos três oportunidades, o Supremo Tribunal Federal (STF) sinalizou uma tendência convergente com a virada ecológica em curso no contexto das experiências jurídicas latino-americanas¹¹⁸, na medida em que o ministro Ricardo Lewandowski externou ser possível o reconhecimento de uma *dimensão ecológica para a dignidade da vida*.

A transformação ecológica dos direitos é o contexto no qual se insere um mandado *in dubio pro natura*, o qual se encontra pela ordem constitucional brasileira, conforme já se demonstrou anteriormente.

Conforme já se argumentou por meio da proposição de Corine Pelluchon, reparar o mundo é, antes de tudo, e justamente, *devolver a natureza ao seu lugar, de natureza*. Por essa razão, decisões em favor da natureza devem refletir, antes de tudo, compromissos reais do Direito e dos sistemas de direitos, para com os sistemas naturais e os processos ecológicos, supondo-se — conforme é ilustrado pelo conhecimento científico disponível — que a condição humana depende, necessariamente, da manutenção da integridade daqueles (sistemas naturais e processos ecológicos), não sendo possível ou razoável justificar-se, nesse momento, a manutenção e o fortalecimento de abordagens jurídicas que restrinjam e limitem o lugar da natureza nos sistemas de direitos.

Não é por outra razão que, neste momento é ainda mais poderosa e, ao mesmo tempo, realista a mensagem que foi compartilhada por Gomes Canotilho há vinte e cinco anos:

o direito deveria, de acordo com as suas posses, assumir a **responsabilidade** pela defesa da vida na terra — e não apenas do homem. Para os fundamentalistas ecológicos seria de olhar com desconfiança para os juristas, mesmo para os juristas com alguma consciência ecológica. Estes não conseguem abandonar, não obstante as suas juras ambientais, omite de Adão fora do paraíso. Os perigos estariam à vista: quando os juristas se interessam pelo ambiente deveremos estar sempre de vigília, pois existirá sempre o risco de, em vez de se conseguir a **ecologização do direito**, se terminar encapuçadamente na **juridicização da ecologia**. Daí as propostas e desafios fractais das correntes ecológica-quimicamente puras: só **uma visão ecocêntrica** – a defesa da vida, a salvação do planeta terra – constituirá um ponto de partida satisfatório para um direito do ambiente ecologicamente amigo. Os desafios aí estão: para

Juris, 2018. p. 16. Lê-se no original: A diferencia del principio in dubio pro reo, propio del Derecho penal, el principio in dubio pro natura no es una regla operativa, para que el juez pueda decidir cuando exista una duda. El principio in dubio pro natura determina que la interpretación del derecho debe favorecer una de las partes. Se trata de un verdadero mecanismo de represión y de contingencia para los casos en que varias decisiones serían jurídicamente posibles, a pesar de que no todas son convenientes a la luz de una determinada política ambiental.”

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 658 MC, 22 de junho de 2020. Diário da Justiça, DF, 31 ago. 2020. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 656 MC, 22 de junho de 2020. Diário da Justiça, DF, 31 ago. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, 06 de outubro de 2016. Diário da Justiça, DF, 27 abr. 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020. No STJ a afirmação argumentativa de uma dimensão ecológica da dignidade da vida foi externada pelo min. Og Fernandes em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1797175/SP. Recurso Especial 2018/0031230-0, 21 de março de 2019. *Diário da Justiça*, DF, 28 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

quando um sistema jurídico reconhecedor de **direitos fundamentais da natureza**? Enquanto não se consagrarem, em termos jurídicos, **direitos dos animais** e **direitos das plantas – direitos dos seres vivos** ao lado dos direitos do homem, os ecologistas continuam a olhar para o direito do ambiente como a expressão mais refinada da **razão cínica**.¹¹⁹

Um constitucionalismo que se propõe viabilizar, simultaneamente, as condições básicas de uma vida decente¹²⁰, e que se comprometa com a vida, supõe a consideração de uma principiologia que favoreça a integração dos dois objetivos definidores, por um lado, de compromissos com a pessoa humana (dignidade), e de outro lado, compromissos ecológicos (integridade dos processos ecológicos), como *partes* de um agora, único projeto constitucional, comprometido com a pluralidade característica de sociedades cosmopolitas, nas quais *os dois mundos*, humano e não humano, fazem parte de *uma mesma comunidade de justiça*.

7 Considerações finais

Por meio de revisão bibliográfica, de uma abordagem que optou pela consideração da ordem constitucional brasileira, e de pesquisa jurisprudencial em tribunais superiores do Brasil, do México, do Equador, da Argentina e da Colômbia, foi possível demonstrar que, no contexto em que já se reconheceram as limitações de uma abordagem definidora de direitos, a proteção jurídica da natureza depende, neste momento, da consideração de estratégias em sistemas jurídicos que sejam capazes de favorecer decisões em favor da natureza.

O princípio *in dubio pro natura*, originalmente acolhido de forma textual no artigo 395.4, da Constituição do Equador, prevê que, nos casos de *dúvidas* sobre o alcance das disposições legais em matéria ambiental, elas devem ser aplicadas no sentido que seja mais favorável à proteção da natureza.

Embora o princípio — que também estabelece relações com um princípio de precaução — dirija, materialmente, o conteúdo das respostas para conflitos socioambientais, nos casos em que existam dúvidas sobre como as normas devem ser aplicadas, deve-se enfatizar que o conteúdo do princípio deve ser adequadamente compreendido no contexto de um Direito ambiental que se encontra em transformação.

Reconhecer a existência de um mundo em transformação e que o Direito é uma forma de interpretar esse mesmo mundo, também implica que se considere as transformações experimentadas pelo Direito para o fim de interpretar e compreendê-lo.

Em um mundo que foi desafiado por duas emergências globais simultâneas (pandemia virótica e as mudanças climáticas globais), a ciência tem ocupado função de relevância, ao menos para se demonstrar que existe uma relação de dependência necessária entre as necessidades humanas e os sistemas naturais. A ciência demonstrou no contexto desses dois eventos/emergências planetárias, que um imperativo ecológico é demonstrável e não mais se encontra sujeito à incerteza.

Sob a perspectiva da demonstração de tal dependência entre os sistemas naturais e o mundo humano, permitiu-se justificar a aderência de uma transformação sobre como o Direito se relaciona com os sistemas naturais. Essa realidade de transformação permitiu reconhecer a expansão de um Direito com compromissos com a natureza, um Direito ecológico, e de sistemas de direitos que priorizassem uma abordagem ecológica para direitos.

A transformação ecológica do Direito se insere no contexto da própria transformação do mundo, dizendo respeito, portanto a como este mundo é interpretado pelo Direito.

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito do Ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas. *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n. 1, p. 98, Set. 1995.

¹²⁰ O sentido de vida decente é o de: MARGALIT, Avishai. *La sociedad decente*. Barcelona: Paidós, 1997. Por sociedade decente entende-se aquela na qual as instituições não submetem as pessoas a estados humilhantes ou depreciativas.

Essa transformação reforça uma premissa de que o Direito ecológico —compreendido aqui como o modo como o Direito, neste momento, pode interpretar o mundo — é o resultado possível no sentido de refletir uma aproximação entre o Direito e os sistemas naturais. Essa aproximação é possível neste momento, considerando-se o estado do conhecimento científico disponível, por meio da ciência.

Nesse sentido, a consideração da ciência do sistema terrestre — aqui identificada pelos estudos relativos ao espaço operacional seguro e pelos limites planetários — pode favorecer uma ordem jurídica que se fundamenta na importância da natureza e no reconhecimento das realidades dos sistemas ecológicos, por meio da consideração de um direito ecologicamente sensibilizado.

Desse modo, foi possível determinar que um Direito que se diga ecológico não pode, em primeiro lugar, frustrar as leis da natureza.

No âmbito de um Direito que tem de compreender e interpretar um mundo em transformação, o trabalho justificou que, a partir da ordem constitucional brasileira, o texto do artigo 225, § 1º, e seus incisos I e VII representa uma clara manifestação de aproximação do Direito com os sistemas naturais. Essa aproximação reflete um diálogo entre Direito e ciência na medida em que o texto constitucional expressa, por meio de deveres estatais de proteção cujo conteúdo se adstringe a obstar todas as escolhas e decisões que *não respeitem* a integridade dos processos ecológicos essenciais e dos sistemas naturais.

Uma vez que é demonstrável na ordem constitucional brasileira a existência de uma estrutura institucional (normativa) de um Direito que possui compromissos com os sistemas naturais e os processos ecológicos, considerou-se que é possível justificar-se um imperativo de *in dubio pro natura* que não *se restringe a contextos de dúvida*, ou a contextos de resolução de conflitos restritos a *hipóteses de dúvida*.

A aproximação do Direito com os sistemas naturais — proporcionada pelo acolhimento de definições científicas relevantes pelos sistemas jurídicos, como as de limites planetários (ou fronteiras planetárias), de ponto de inflexão e de espaço operacional seguro — permite, no contexto da ordem constitucional brasileira, justificar que decisões *em favor da natureza* não têm origem *apenas* em contextos de conflitos ou em contextos de limitações cognitivas ou de incerteza científica.

Em uma realidade normativa assim caracterizada, um mandado *in dubio pro natura* somente pode ser adequadamente compreendido se a Constituição (ecológica) for levada a sério. Os compromissos estatais e sociais definidos pelo artigo 225 para com os sistemas naturais e os processos ecológicos implicam que, *não só* nas hipóteses de conflitos permeados pela *incerteza*, ou nos casos de *dúvida* interpretativa, ou ainda, nos casos de insuficiência informativa, deve-se fazer uma escolha em favor ou tomar-se uma decisão que favoreça a natureza.

Considerando-se que a biodiversidade é um dos limites ou fronteiras do Planeta, *sempre* que se estiver perante ações, atos, processos ou quaisquer iniciativas que tenham aptidão de rompê-lo, será exigível uma decisão ou uma escolha *em favor da natureza*.

Essa perspectiva — construída a partir da realidade constitucional brasileira — encontra-se reforçada na jurisprudência de tribunais selecionados neste trabalho (Argentina, Brasil, Colômbia e México), por meio da qual foi possível demonstrar que justificar respostas que favoreçam a natureza depende, *primordialmente*, de se assegurar o atendimento de deveres de se respeitar os limites planetários, pelos sistemas jurídicos. Trata-se do objetivo que se encontra designado a um Direito ecológico, sendo este um sistema que coordena regras e princípios comprometidos com a integridade dos sistemas naturais e os processos ecológicos.

É assim que se pôde demonstrar que a afirmação de compromissos ecológicos que se encontram definidos pelas Constituições — em distintos níveis que alcançariam, desde a manutenção da integridade dos sistemas ecológicos, e até mesmo a subjetivação da natureza — é indispensável para que se justifiquem decisões e escolhas *pro natura*.

Por meio do reconhecimento de que sistemas jurídicos devem respeitar os limites planetários e os limites

ecológicos dos sistemas naturais, foi possível demonstrar que uma proteção jurídica que favoreça a natureza também *estaria melhor justificada* em um conteúdo *ampliado* que agora pode ser designado ao princípio *in dubio pro natura*, tal como foi expressamente reconhecido pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* mexicana, v.g, em sua decisão 307/2016.

É nesse sentido que se concluiu que favorecer a proteção jurídica da natureza não pode se limitar ao resultado de uma aplicação restritiva de um assim denominado princípio *in dubio pro natura*, em seu sentido transposto do texto constitucional equatoriano.

No lugar de se privilegiar a aplicação literal de seu significado, e de se favorecer um mandado de *na dúvida* se deve proteger a natureza, enfatiza-se um *mandado geral* de aplicação do sentido das normas jurídicas que melhor favoreça a natureza.

Trata-se, a exemplo do que foi definido pela *Suprema Corte de Justicia de La Nación* mexicana, em sua decisão 307/2016, de um *mandado interpretativo geral de justiça ambiental*, por meio do qual, *em qualquer controvérsia* sobre tema ambiental se *deve* buscar aquela interpretação que *favoreça* a proteção da natureza.

Desse modo, duas foram as perspectivas de fragilização (*weak approach*) que foram refutadas neste trabalho. Pela primeira delas, tem-se que a dúvida não pode ser considerada uma *condição* para justificar escolhas ou decisões em favor da natureza. Da mesma forma, não se pode considerar a *hipertrofia* do conteúdo de um princípio *in dubio pro natura* para justificar realidades de totalitarismo ecológico no qual o valor da natureza substituiria os valores e compromissos com a condição humana.

Ainda que exista, no contexto nacional, um conjunto de consequências jurídicas já extraídas de um princípio *in dubio pro natura*, por meio da jurisprudência do STJ, levar a sério a Constituição ecológica brasileira implica reconhecer que há imperativos jurídicos de não se comprometer a integridade dos sistemas naturais e dos processos ecológicos, exigindo-se, *sempre* que se estiver perante semelhante realidade, uma decisão *em favor da natureza*.

O giro ecológico na jurisprudência dos tribunais descritos na última seção favoreceu a compreensão de que narrativas constitucionais comprometidas com a integridade dos sistemas naturais favorecem uma abordagem de *ampliação* do conteúdo de um princípio *in dubio pro natura*.

É, portanto, no contexto de um sistema de direitos que favorece a proteção da natureza mediante uma abordagem que aproximeo Direito dos sistemas naturais, que se deve compreender o conteúdo de um princípio *in dubio pro natura*. A proposição se encontra em sintonia com a direção que foi confirmada pela jurisprudência dos tribunais nacionais, latino-americanos, e no sistema regional de direitos humanos, pela OC n. 12/2017, da CIDH.

O estado do conhecimento científico disponível demonstrou a fragilidade de modelos jurídicos meramente definidores de direitos, e também demonstrou a dependência do gozo e do exercício dos direitos humanos, dos sistemas naturais e dos processos ecológicos.

Embora seja possível (e necessário) justificar decisões em favor da natureza nos casos de dúvida e de incerteza científica, já se chegou ao momento de emergência em que decisões em favor da natureza se encontram justificadas por níveis cada vez maiores de ciência.

Também já se chegou ao momento em que a transformação ecológica dos sistemas de direitos decorre de fórmulas jurídicas que acolhem cada vez mais fortemente, imperativos ecológicos de decisão.

Sendo assim, em uma realidade em que a função do Direito se expande para concretizar dimensões ecológicas de direitos, pode-se concluir não ser possível restringir a justificação de decisões *pro natura* como o resultado *exclusivo* de modelos de soluções para contextos de dúvida interpretativa sobre normas jurídicas.

Referências

- ALCÂNTARA, Maria Isabel Esteves de Alcântara; BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos entre Princípios Norteadores do Direito Penal Ambiental, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 256-271, 2014.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 140/2011, 4 de junio de 2019. . Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro *versus* Estado Nacional. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-34763-La-Corte-Suprema-convalid--la-constitucionalidad-de-la-ley-de-preservaci-n-de-los-glaciares--rechazando-el-pedido-de-Barrick-Gold--Minera-Argentina-Gold-y-provincia-de-San-Juan.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 714/2016, 11 de julio de 2019. Julio Jesus Majúl *versus* Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7535693&cache=1567286872361>>. Acesso em: 04 set. 2020.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 243/2014, 16 de julio de 2020. Provincia de la Pampa *versus* Provincia de Mendoza. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-37764-La-Corte-Suprema-fij--un-caudal-m-nimo-permanente-para-el-r-o-Atuel.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 468/2020, 11 de agosto de 2020. Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil *versus* Provincia de Santa Fe y otros. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-38022-La-Corte-Suprema-ordena-constituir-un--Comit--de-Emergencia-Ambiental--para-detener-y-controlar-los-incendios-irregulares-en-el-Delta-del-Paran-.html>>. Acesso em: 04 set. 2020.
- AYALA, Patryck de Araújo. Constitucionalismo global ambiental e os direitos da natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 145-184.
- BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes & LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORRÁS, Susana. In dubio pro natura: un principio transformador del derecho ambiental en América Latina. In: MIRANDA, Jorge; AMADO GOMES, Carla; PENTINAT, Susana Borrás. *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 5-40.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 658 MC, 22 de junho de 2020. *Diário da Justiça*, DF, 31 agos. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 656 MC, 22 de junho de 2020. *Diário da Justiça*, DF, 31 agos. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, 06 de outubro de 2016. *Diário da Justiça*, DF, 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiodescrição*. Audiências Públicas do STF, Fundo do Clima, 4ª Parte, 25 de setembro de 2020 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uK5hNV-NDY0>>. Acesso em: 25 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1797175/SP. Recurso Especial 2018/0031230-0, 21 de março de 2019. *Diário da Justiça*, DF, 28 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1668652/PA. Recurso Especial 2017/0086149-3, 27 de novembro de 2018. *Diário da Justiça*, DF, 08 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1356207/SP. Recurso Especial 2012/0251709-6, 28 de abril de 2015. *Diário da Justiça*, DF, 07 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 883656/RS. Recurso Especial 2006/0145139-9, 09 de março de 2010. *Diário da Justiça*, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1145083/MG. Recurso Especial 2009/0115262-9, 27 de setembro de 2011. *Diário da Justiça*, DF, 04 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1114893/MG, Recurso Especial 2008/0243168-8, 16 de março de 2010. *Diário da Justiça*, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1198727/MG. Recurso Especial 2010/0111349-9, 14 de agosto de 2012. *Diário da Justiça*, DF, 09 mai. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1269494/MG. Recurso Especial 2011/0124011-9, 24 de setembro de 2013. *Diário da Justiça*, DF, 01 out. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1669185/RS. Recurso Especial 2017/0098505-6, 05 de setembro de 2017. *Diário da Justiça*, DF, 20 out. 2017. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1255127/MG. Recurso Especial 2011/0091499-0, 18 de agosto de 2016. *Diário da Justiça*, DF, 12 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1328753/MG. Recurso Especial 2012/0122623-1, 28 de maio de 2013. *Diário da Justiça*, DF, 03 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1367923/RJ. Recurso Especial 2011/0086453-6, 27 de agosto de 2013. *Diário da Justiça*, DF, 06 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1180078/MG. Recurso Especial 2010/0020912-6, 02 de outubro de 2010. *Diário da Justiça*, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 883656/RS. Recurso Especial 2006/0145139-9, 09 de março de 2010. *Diário da Justiça*, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Como as alterações climáticas estão transformando a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017.

BOTKIN, Daniel B. *Adjusting Law to Nature's Discordant Harmonies*. Duke Environmental Law and Policy Forum. v. 7:25. 1996

BOSELTMANN, Klaus. *Losing the forest for the trees: environmental reductionism in the Law*. Sustainability, 2010.

BOSELDMANN, Klaus, TAYLOR, Prue. *The Significance of the Earth Charter in International Law*. The Way Forward, 2009. Disponível em: < <https://earthcharter.org/wp-content/assets/virtual-library2/images/uploads/ENG-Bosselmann.pdf> > Acesso em: 20 jun. 2020..

BOSELDMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRUNNEE, Jutta. The Stockholm Declaration and the Structure and Processes of International Environmental Law. In: CHIRCOP, Aldo; MCDORMAN, Ted. (Ed.). *The Future of Ocean Regime Building: Essays in Tribute to Douglas M. Johnston*. Kluwer, 2008.

BRUCH, Carl. Is International Environmental Law Really Law?: An Analysis of Application in Domestic Courts. *Pace Environmental Law Review*, n. 23, p. 423-464, 2006.

CAPRA, Fritjof, MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica*. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito do Ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas. *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território*, n. 1, p. 97-99, Set. 1995.

CAPPELLI, Silvia. In dubio pro natura. *Revista de Direito Ambiental*, v. 98, p. 197-223, abr./jun. 2020.

COELHO, Luiz Fernando. Dogmática, Zetética e Crítica do Direito, *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar*, v. 11, n. 1, p. 285-310, jan./jun. 2008.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. Victoria Alexandra Arena Sanchez, José Daniel y Felix Jeffry Rodriguez Peña y Otros *versus* Presidencia de la Republica, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, Gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainia, Guaviare, Putumayo y Vaupés. Disponível em: <<https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/stc4360-2018.pdf>> Acesso em 18 set. 2020.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 1101-22-03-000-2018-00319-01. STC 4360-2018, 5 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016. Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato, Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato, Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato, Foro Inter-Étnico Solidariedad Chocó y Otros *versus* Presidencia de la Republica y Otros. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>>. Acesso em 20 de jul. 2020.

COLÔMBIA. Supremo Tribunal de Justicia. Radicación 08001-22-13-000-2019-00505-01. STC 3872-2020, 18 de junio de 2020. Luis Miguel Llorente Altamiranda *versus* Presidencia de la Republica de Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, La Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y las Corporaciones Autónomas Regionales del Magdalena y Atlantico. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload953.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Radicación 73001-22-00-000-2020-000091-00, 28 de agosto de 2020. Juan Felipe *versus* Presidencia de la Republica, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Nacionales, Ministerio de Minas y Energía, Agencia Nacional de Minería, Ministerio de Transporte, Agencia Nacional de Infraestructura, Unidad de Parques Nacionales Naturales de Colombia, Corporación Autónoma REgional del Tolima-Cortolima, Corporación Autónoma Regional del Quindío, Coporación Autónoma Regional de Risaralda-Carder y Corporación Autónoma Regional de Caldas. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1017.pdf>>.

Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Juzgado 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Radicación 66001318/004201900057. Sentencia de Tutela 036/2019, 11 de septiembre de 2019. John Edison Parra Sánchez y Jesús Alberto Cardona López *versus* Ministerio del Medio Ambiente Nacional, Departamento de Risaralda, Municipio de Pereira, Municipio de Dosquebradas, Corporación Autónoma de Risaralda-CARDE y Aguas y Aguas de Pereria. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload949.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Tribunal Superior de Medellín. Radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01. Sentencia 38/2019, 17 de junio de 2019. Juan Luis Castro Córdoba y Diego Hernán David Ochoa *versus* Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload837.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Acción de Tutela 2019-00043-00. Sentencia 31/2019, 12 de julio de 2019. Roberto Rodríguez Zamudio *versus* Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, Alcaldía Municipal de Cali V., Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente, Departamento Administrativo de Planeación Municipal, Empresas Municipales de Cali V., EICE ESP, las administraciones de los proyectos urbanísticos o conjuntos residenciales o condominios campestres “Reservas de Pance” y “Altos de Pance” y “JARAMILLO MORA S.A.”. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload948.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Supremo Tribunal Administrativo de Boyacá. Radicación 15238 3333 002 2018 00016 01, 29 de junio de 2018. Juan Carlos Alvarado Rodríguez y otros *versus* Ministerio de Medio Ambiente y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload731.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento - Neiva - Huila. Radicación 41001-3109-001-2019-00066-00. Sentencia de Tutela 71/2019, 24 de octubre de 2019. Andres Felipe Rojas Rodriguez y Daniel Leandro Sanz Perdomo *versus* Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA, Gobernacion del Huila, Aguas del Huila, Cooperación Autónoma Regional del Alto Magdalena-CAM, Empresas Publicas de Neiva, Municipios de Neiva, San Augustin, Pitalito, Saladoblanco, Oporapa, Altamira, Guadalupe, Hobo, Yagura, Aipe, Villavieja, Gigante Garzon, Paicol, Tesalia y Palermo. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload869.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Tribunal Administrativo de Quindío. Radicación 63001--000-2019-00024-00, 05 de diciembre de 2019. Carlos Alberto Arrieta Martínez, Luisa Fernanda León Betancourth y Juliana Victoria Ríos Quintero *versus* Nación-Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio -, Corporación Autónoma Regional de Quindío, Municipio de Armenia, Empresas Publicas de Armenia, Municipio de Salento, Empresas Publicas del Quindío - E.P.Q, Asociación de los Suscriptores del Acueducto Rural El Rosario de la Vereda Boquía del Municipio de Salento. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload997.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Juzgado Único Civil Municipal - La Plata - Huila. 41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 de marzo de 2019. Luz Marina Díaz y Otros habitantes del Barrio El Remolino de La Plata - Huila *versus* Empresa de Servicios Públicos del Municipio de La Plata – Huila -“EMSERPLA E.S.P.”. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload823.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Tribunal Administrativo de Tolima. Radicación 73001–23–00–000–2011–00611-00, 30 de mayo de 2019. Personería Municipal de Ibagué *versus* Ministerio de Medio Ambiente y otros. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload836.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2020.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicación 17001-22-13-000-2017-00468-02. AHC4806-2017, 26 de julio de 217. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/>>

tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>. Acesso em 18 set. 2020.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Aichi Biodiversity Targets*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/sp/targets/>>. Acesso em 15 jul. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinion consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) versus Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia 6 de febrero de 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

CRUTZEN, Paul; STEFFEN, Will; MACNEILL, John. *The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?* *Ambio*, v. 36, n. 8, p. 613-621, Dec. 2007.

CRUTZEN, Paul. *Human Impact On Climate Has Made This the “Anthropocene Age”*. *New Perspectives Quarterly*, v. 22, n. 2, p. 14-16, Mar. 2015.

CRUTZEN, Paul. STEFFEN, Will; MACNEILL, John; GRINEVALD, Jacques. The Anthropocene: conceptual and Historical Perspectives. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, v. 369, p. 842-867, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ECUADOR. Asamblea Constituyente. *Constitución del Ecuador*. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

El Espectador. *El histórico fallo para proteger la bahía de Cartagena*. 2020. Disponível em: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-historico-fallo-para-proteger-la-bahia-de-cartagena/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

EUROPE. European Commission. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. *The European Green Deal* <Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/european-green-deal-communication_en.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

GARGARELLA, Roberto. Explicando o constitucionalismo latino-americano. *Journal of the Max Planck for European Legal History*, n. 24, 2014.

HAMILTON, Clive. *Defiant Earth*. The fate of humans in the anthropocene. Cambridge: Polity, 2017.

JAYME, Erik. Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 1995.

KIM, Rakhyun E.; BOSSELMANN, Klaus. *International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements*. *Transnational Environmental Law*, v. 2, issue 02, 2013.

KLEIN, Naomi. *The (Burning) Case for a Green New Deal*. New York: Simon & Schuster. 2019.

LADÉUR, Karl-Heinz. A relação entre direito público e normas sociais no constitucionalismo - nacional, europeu e global. *Direito UnB*, v. 2, p. 17, jan./abr. 2016.

LAITOS, Jan. *Why Environmental Policies Fail*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

KOTZÉ, Louis J. *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*. Oxford: Hart Publishing, 2016.

LATOUR, Bruno. *Facing Gaia*. Eight Lecture on the New Climatic Regime. London: Polity, 2017.

- LATOUR, Bruno. LENTON, Timothy M. Extending the Domain of Freedom, or Why Gaia Is So Hard to Understand. *Critical Inquiry*, v. 45, n. 3. Springer 2019.
- LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. Environmental Protection in Brazil's High Court: safeguarding the environment through a Rule of Law for Nature, *Sequência*, n. 77, p. 29-50, nov. 2017.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LEITE, José Rubens Morato; GALBIATTI, Paula. *A Ecologização do Estado de Direito: uma Ruptura ao Direito Ambiental e ao Antropocentrismo Vigentes*. In. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo; CAPDEVILLE, Fernanda Cavedon; MELO, Melissa Ely; SILVEIRA, Paula Galbiatti; DAROS, Leatrice Faraco. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente*. Rupturas Necessárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LENTON, Timothy M.; HELD, Hermann; KRIEGLER, Elmar Et. al. *Tipping elements in the Earth's climate system*. PNAS, 2008. Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/105/6/1786>> Acesso em: 30 out. 2020.
- MARGALIT, Avishai. *La sociedad decente*. Barcelona: Paidós, 1997.
- MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 307/2016, , Sentencia de 14 de noviembre de 2018. Disponível em: < https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/AR-307-2016-181107.pdf >. Acesso em: 10 set. 2020.
- MORIN, Edgar. *Fraternidade*. Para resistir à crueldade do mundo. São Paulo: Palas Atenas, 2019.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NOBRE, Carlos; LOVEJOY, James. Amazon Tipping Point. *Science Advances*, Issue 4, p. 1, Feb. 2018.
- NOBRE, Carlos; LOVEJOY, James. Amazon tipping point: Last chance for action. *Science Advances*, Issue 5, p. 1-2, Dec. 2019.
- PELLUCHON, Corine. *Réparons le monde*. Humains, animaux, nature. Paris: Payot & Rivage, 2020.
- PELLUCHON, Corine. *El coronavirus nos muestra vulnerables, pero puede traer una toma de conciencia*. 2020. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/corine-pelluchon-coronavirus-muestra-vulnerables-puede-traer-toma-conciencia-_0_h5o9qiPvD.html > Acesso em: 15 jul. 2020.
- ROCKSTROM, Johan; STEFFEN, Will, NOONE, Kevin. *Planetary boundaries: exploring the Safe Operating System for Humanity*. Ecology and Society. v. 14. 2009. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/26268316?seq=2#metadata_info_tab_contents > Acesso em: 21 set. 2020.
- ROCKSTROM, Johan; STEFFEN, Will; NOONE, Kevin. *A safe operating space for humanity*. Nature. v. 461/24, 2009. Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/461472a>> Acesso em: 20 set. 2020.
- PEREZ, Oren. *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism*. Rethinking the Trade and Environment Conflict. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- PLANETARY EMERGENCY PLAN: Securing a New Deal for People, Nature and Climate. Switzerland: The Clube of Rome, 2019. PLANETARY EMERGENCY 2.0: Securing a New Deal for People, Nature and Climate. Switzerland: The Clube of Rome, 2020.
- ROBINSON, Nicholas A.; WALZER, Christian. How *Do We Prevent the Next Outbreak?* Our planning needs to take account of the complex interconnections among species, ecosystems and human society. Disponível em: <<https://blogs.scientificamerican.com/observations/how-do-we-prevent-the-next-outbreak/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

- RUTZ, Christian et al. COVID-19 lockdown allows researchers to quantify the effects of human activity on wildlife. *Nature Ecology & Evolution*, v. 4, p. 1156-1159, sept. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SHELTON, Dinah. Introduction. *Legal Systems: Incorporation, Transformation and Persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22.
- SHELTON, Dinah. *Soft Law*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1003387>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- SOZZO, Gonzalo. *Derecho Privado Ambiental. El Giro Ecológico del Derecho Privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2019.
- STEFFEN, Will; RICHARDSON, Katherine; ROCKSTROM, Johan; Et al. *Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet*. *Science*, . 347. 2015. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/347/6223/1259855>> Acesso em: 21 set. 2020.
- STENGERS, Isabelle et al. Restituing Nature: A Latourian Workshop. *Environmental Humanities*, v. 6, p.169, 2015.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press, 2008.
- TEUBNER, Gunter. *Fragmentos constitucionais*. Constitucionalismo social na globalização. Trad. de: Marcelo Neves, Pedro Ribeiro, Ricardo Campo, Rodrigo Mendes. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOLEFFSON, Jeff. Why Deforestation and Extinctions make Pandemics More Likely. *Nature*, v. 584, p. 175-16, aug. 2020.
- UNESCO. *The Earth Charter*. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/tlsf/mods/theme_a/img/02_earthcharter.pdf> Acesso em: 29 jun. 20.
- UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, David R. Boyd. Human rights depend on a healthy biosphere. Disponível em: <<https://undocs.org/A/75/161>> . Acesso em: 10 set. 2020.
- UNITED NATIONS. *Rio Declaration on Environment and Development*. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_V_I_Declaration.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. Convention on Biological Diversity. *Global Biodiversity Outlook 5*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/gbo5>>. Acesso em: 20 set. 2020.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME. *Environmental Rule of Law. First Global Report*. 2019. Disponível em: <<https://www.unenvironment.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>> Acesso em: 15 jul. 2020.
- WEISS, Edith Brown. Rule of law for nature in a kaleidoscopic world. In: VOIGT, Christina (Ed.). *Rule of Law for Nature: New dimensions and Ideas in Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

WESTRA, Laura. *The Ethics of Integrity and the Law in Global Governance*. University of California, Davis, v. 37:127

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Zoonotic disease: emerging public health threats in the Region. Disponível em: <<http://www.emro.who.int/fr/about-who/rc61/zoonotic-diseases.html>>. Acesso: 15 jul. 2020.

2. DIREITOS DA NATUREZA

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A sala de emergência ambiental:
a proteção dos direitos da
natureza na América Latina
English the environmental
emergency room: protection of
nature's rights in Latin America

Lilian Rose Lemos Rocha

A sala de emergência ambiental: a proteção dos direitos da natureza na América Latina*

English the environmental emergency room: protection of nature's rights in Latin America

Lilian Rose Lemos Rocha**

Resumo

O objetivo deste artigo é discutir a inclusão na legislação ambiental a natureza como sujeito de direito. A metodologia utilizada foi a análise jurisprudencial das decisões das Cortes Constitucionais do Equador, Bolívia, Brasil e Colômbia. A situação ambiental emergencial da América Latina impulsionou os debates em torno da mudança de paradigma de um “Direito Antropocentrista”, com um viés exclusivamente econômico, para um “Direito Biocentrista” (ecocentrismo). Essa é a única alternativa para a manutenção das espécies e da sobrevivência do homem. Impregnada dos conhecimentos dos povos andinos, a teoria do “Buen Vivir” enfatiza a cosmovisão e reconhece direitos à Natureza. Se faz necessário uma nova ética ambiental no tratamento da relação homem para com a natureza.

Palavras Chave: “Buen Vivir”. Sujeitos de Direito. Natureza. Biocentrismo.

Abstract

The purpose of this article is to discuss the inclusion in nature's environmental legislation as a subject of law. The methodology used was the jurisprudential analysis of the decisions of the Constitutional Courts of Ecuador, Bolivia, Brazil and Colombia. The emergency environmental situation in Latin America drove the debates around the paradigm shift from a “Anthropocentric Law”, with an exclusively economic bias, to a “Biocentric Law” (ecocentric). This is the only alternative for the maintenance of species and the survival of man. Imbued with the knowledge of the Andean peoples, the “Buen Vivir” theory emphasizes the worldview and recognizes rights to Nature. A new environmental ethics is needed in the treatment of the relationship between man and nature.

Keywords: “Buen Vivir”. Nature. Biocentrism.

1 Introdução

A América Latina chama a atenção do mundo não apenas por causa do valor da sua biodiversidade, mas também pelas altas taxas de desmatamento. Ocorre que o desmatamento ambiental ocasiona danos globais, aumentando

* Autor convidado

** Coordenadora do Programa de Pós Graduação “Lato Sensu” em Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília e professora titular da Graduação em Direito do UniCEUB. Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, vinculado ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD. Professora visitante da Fundação Oswaldo Cruz. Atua na CONAM/DF. Professora Associada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Governamentais - UniCEUB. Coordenadora Geral do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina. Coordenadora Acadêmica do Observatório das Cortes Constitucionais da América Latina- UniCEUB. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1993). Doutora em Ciências e Tecnologias da Saúde-Unb(2015). Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília / Centro de Desenvolvimento Sustentável (2005). Pós-Doutoranda pela a UERJ juntamente com o seu excelentíssimo orientador Professor Doutor Daniel Sarmiento. E-mail: lilian.rocha@ceub.edu.br

a temperatura mundial, pois o planeta não consegue eliminar os gases poluentes para longe da atmosfera.

Pesquisadores apontam como fatores que geram o incremento e a continuidade das práticas ambientais incorretas no continente: a impunidade, a falta de aplicabilidade da legislação, a ausência de fiscalização rígida no controle do desmatamento, o não comprometimento dos governos com a legislação ambiental e, por fim, o pequeno número de condenações pela prática contínua de crimes contra o meio ambiente.

Para agravar ainda mais o cenário, os países da região apresentam bolsões de pobreza com características de crescimento populacional - com necessidade crescente de recursos agropecuários para sua alimentação. Isto acarreta, além da exploração desordenada de solo, o uso indiscriminado de água para plantio e a necessidade do abatimento de animais para prover a alimentação. Para atender cada vez o consumo de carnes, os animais são sujeitos a tratamentos cruéis para acelerar o crescimento e a viabilizar o abatimento em menor prazo.

Ademais, milhões de pessoas são excluídas do processo de globalização, tornam-se excluídos de seus benefícios e muitas vezes recebem apenas pequenas migalhas do “progresso” usufruído. Um grupo de países alcança o melhor nível de desenvolvimento (países do norte) e outro grupo é submetido a condições desumanas. E, assim, a natureza vem sendo pilhada em nome do progresso e do desenvolvimento econômico.

Ademais, verdadeiras torturas são impingidas aos animais em outras atividades, como pesquisas, tanto médicas como estéticas, ou em esportes, como a farra-do-boi, brigas de galo e vaquejadas. Os animais humanos e não-humanos têm a mesma capacidade de sofrer. Logo, a sua dor deve ser tratada com o mesmo respeito e consideração. Esses animais não-humanos são merecedores de serem reconhecidos como sujeitos de direito, pois existem e têm atributos semelhantes aos humanos.

Não se pode ignorar também a importância da natureza e da sua proteção. Nos últimos anos, a questão ambiental tem sido tema central entre pesquisadores e gestores públicos. Entretanto, os retrocessos ambientais e os impactos ocasionados pela forma de ocupação e apropriação de recursos naturais têm gerado um resultado alarmante na América Latina. Persistem as resistências em enfrentar os problemas ambientais e o ecossistema paga.

Percebe-se que todas as medidas de conservação da biodiversidade parecem ser insuficientes para conter a deterioração ambiental dos diversos biomas globais. Estamos diante de uma emergência ambiental. Por todo este contexto dramático, entre os modelos de desenvolvimento, vários pesquisadores destacam de forma inovadora a discussão sobre a valoração do meio ambiente e os direitos da Natureza.

Cuida-se de uma necessidade de solidariedade global. Em lugar de nos referirmos aos direitos das espécies, deveríamos internalizar os direitos dos ecossistemas (na ética ecológica), postulando a natureza como sujeito de direitos. Pretende-se neste artigo discutir a retirada da sociedade contemporânea do antropocentrismo para o biocentrismo e as implicações derivadas desse processo.

Por todo o exposto, a discussão versará de forma crítica sobre o pensamento social econômico e sobre o controle das formas de apropriação dos recursos naturais – resultante da dissociação do ser humano com as gerações futuras e com a natureza. A investigação proposta traz um conjunto de experiências existentes na América Latina. Os estudos apontam para uma mudança na legislação e na ampliação da proteção alargada da Natureza e dos seres não-humanos.

O desenvolvimento deste artigo ocorrerá mediante a avaliação de “estudos de caso” julgados no Equador, Brasil, Colômbia e Bolívia. Ademais, utilizou-se de pesquisas de doutrina, jurisprudência nacional e internacional numa breve análise das decisões das Cortes Constitucionais da América Latina. A discussão será postulada em dois paradigmas que designarei de “sala de emergência”. A primeira emergência é quando ocorre a inclusão do antropocentrismo na sociedade até a introdução do biocentrismo como instrumento de mudança de comportamento do homem em relação aos outros seres não humanos e a natureza. Já a segunda “sala emergência” é a apresentação dos novos caminhos que levaram os povos da América Latina a legitimar

a natureza como sujeito de direito dentro da filosofia do “*Buen Vivir*”, com análise de decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais dos países objeto do estudo deste artigo.

A exploração da natureza pelo homem está colocando em risco a própria vida humana. A humanidade encontra-se numa sala de emergência ambiental, social, econômica e de saúde pública. É neste sentido que algumas Constituições de países latino-americanos têm criado alternativas importantes voltadas para a proteção dos direitos da natureza (tida como sujeito de direitos) e pela busca do “*bem viver*” – sendo um importante avanço nos mecanismos de proteção e conservação da natureza.

2 Encruzilhada civilizatória da América Latina: sala de emergência: o homem é o centro do mundo?

A escolha da América Latina para limitar esse estudo decorreu da situação da região. O grande mosaico de problemas ambientais (políticos e sociais) deriva de um contexto específico de sociedades pouco preocupadas com sustentabilidade em longo prazo. São sociedades com mentalidade de “colonos” e de exploração dos recursos naturais, tendo as desigualdades sociais como pano de fundo. É um continente “geófago” onde muitas questões socioambientais não são resolvidas, apenas são contornadas em busca de um consumo desordenado e desenfreado.

Através do seu modelo de acumulação de bens, o capitalismo e a globalização estimulam o consumo e têm afastado a sociedade da natureza. A mercantilização da vida humana e não-humana tomou uma expansão maior após a Revolução Industrial.

A América Latina possui um meio ambiente notável pela sua diversidade e pelas suas riquezas biológicas. Desde as planícies litorâneas com manguezais aos glaciares de alta montanha, passando pelos planaltos andinos e pela floresta Amazônica, o bioma é um dos principais do planeta. Segundo o programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente¹, sozinha, a América Latina reúne cinco dos 17 países com maior diversidade ambiental do mundo (Brasil, Venezuela, México, Peru e Venezuela) e possui grande parte da diversidade biológica mundial.

A riqueza ambiental da América Latina é patente! Por exemplo, a Amazônia possui 20% das espécies de pássaros e de peixes registradas no mundo. Ocorre que essa riqueza não está restrita a imensa região amazônica. Além da biodiversidade e de sua riqueza em meio naturais, a América Latina é um continente estratégico para um dos principais recursos essenciais: a água! A região detém cerca de 1/3 das águas continentais do mundo, em apenas 14% das terras emersas.

De acordo com dados das Nações Unidas (2018)², uma das principais causas da degradação do meio ambiente na América Latina é o crescimento demográfico. A população duplicou entre 1975 (300 milhões de habitantes) e 2010 (600 milhões de habitantes). Ademais, não parou de crescer. No mesmo período, a taxa de urbanização passou de 60% para 80%. Ou seja, em valor absoluto, de cerca de 180 milhões para 465 milhões de habitantes nas cidades.

Em estudos realizados pela ONU³, a projeção de cenário futuro aponta que, em 2058, o nível máximo

¹ INSTITUT DES AMÉRIQUES. *Os desafios do desenvolvimento na América Latina: dinâmicas socioeconômicas e políticas públicas*. p. 307. Disponível em: <https://www.afd.fr/javia/site/afd>. Acesso em: 20 jul. 2019.

² NAÇÕES UNIDAS. *População mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU*. 17 jun. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

³ THE UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), Centro del Agua del Trópico Húmedo para a América Latina y el Caribe (CATHALAC). *Latin America and the Caribbean Atlas of our Changing Environment*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

populacional na América Latina será de 765 milhões de habitantes. Depois deste período, possivelmente exista uma queda da população devido a uma menor taxa de fertilidade e aos saldos migratórios.

Na atualidade, especialmente no Brasil e na Argentina, destaca-se a aceleração no consumo de áreas naturais para fins de expansão agrícola – como a fronteira da soja na Amazônia legal. O Brasil e a Argentina estão entre os primeiros produtores e exportadores mundiais de soja, produtos derivados (óleo e farelo), carne bovina, frutas cítricas e etc. O impacto ambiental dessas produções na mudança do uso das áreas naturais é avassalador para o meio ambiente. Somente no período de 2000 a 2015, as áreas cultivadas de soja passaram de 22 milhões de hectares para mais de 40 milhões de hectares.

A Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontam, em estudo específico⁴, que a agricultura hoje está ocupando 40% das terras do planeta. Sendo que 70% são utilizadas com pastagens e, de acordo como relatório, esse nível provavelmente será mantido pelos próximos 10 anos.

O relatório⁵ alerta que a evolução da agricultura na América Latina e no Caribe aumentará de ocupação devido ao desmatamento, especialmente, no Brasil, na Colômbia, na Argentina e no Equador. Nos anos de 2016-2018, na Argentina, no Brasil e no Paraguai o crescimento do plantio de soja foi na casa dos 300% (representando 96,6% de todo o plantio na América Latina). No biênio de 2019-2020, o cenário do período atual também é de crescimento: 355,4 milhões de toneladas de soja e aumento de 54,4% somente na América Latina.

Um dos principais desafio da América Latina é o controle do desmatamento. De acordo com o supracitado estudo da FAO, proteger a diversidade de recursos naturais é fundamental para o continente. Faz-se necessário o controle do modelo (in)sustentável de desenvolvimento internalizado pelos países da América Latina. A queima de combustíveis fósseis no desmatamento está entre as principais causas de mudanças climáticas e representa quase 30% das emissões de gases efeito estufa. O desmatamento exerce pressão nos recursos florestais e contribui para a degradação das florestas.

Ademais, as florestas são uma importante fonte de renda para uma parcela representativa da população latino-americana. Estudos apresentados pelo Instituto da Amazônia⁶ apontam que cerca de 20% da renda das famílias rurais provêm das florestas. Pergunta-se: como proteger a natureza? Como mudar a lógica colonialista da América Latina? Como proteger as florestas e os rios?

Como mudar essa lógica antropocêntrica que, numa busca desenfreada por recursos naturais, nos leva a percorrer os mesmos caminhos insustentáveis? Faz-se necessário uma mudança de comportamento. A hierarquização final se dá com a negação do atributo razão. A sobreposição dos seres humanos sobre a natureza, pois os seres humanos racionalmente passam a ocupar um lugar de superioridade em relação aos demais seres vivos e a natureza⁷.

Daniel Braga Lourenço⁸ elucida que o ambientalismo clássico se alinhou a uma visão de moralidade que é pautada no valor intrínseco. Ou seja, voltada apenas para os membros da espécie humana. Como equacionar sustentabilidade com uma visão antropocêntrica e toda uma legislação que reafirma o antropocentrismo?

⁴ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). *Relatório: Perspectivas Agrícolas OCDE-FAO 2019-2028*. Disponível em: <http://www.fao.org/3/ca4076es/CA4076ES.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁵ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). *Relatório: Perspectivas Agrícolas OCDE-FAO 2019-2028*. Disponível em: <http://www.fao.org/3/ca4076es/CA4076ES.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁶ FONSECA, A.; CARDOSO, D.; RIBEIRO, J.; FERREIRA, R.; KIRCHHOFF, F.; AMORIM, L.; MONTEIRO, A.; SANTOS, B.; FERREIRA, B.; SOUZA JR.; C.; VERÍSSIMO, A. *Boletim do desmatamento da Amazônia Legal (julho 2020)*. SAD. Belém: Imazon, 2020. Disponível em: www.imazon.org.br. Acesso em: 2 ago. 2020.

⁷ LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais. Fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 53. Disponível em: <https://imazon.org.br/categorias/boletim-do-desmatamento/>.

⁸ LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual o valor da natureza?: uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019. p. 51.

O antropocentrismo apresenta uma visão moral antropocêntrica. Prioriza-se os valores e as práticas que beneficiam o homem e que protegem as suas necessidades humanas – ainda que em detrimento da natureza e das outras espécies (que só possuem valor instrumental)⁹.

Segundo Andrew Light¹⁰ as “perspectivas axiológicas antropocêntricas são antéticas no sentido de negar a existência do outro”. O postulado centrado na valoração do homem é denominado pela melhor doutrina de “antropocentrismo forte” (ou clássico): pautado somente no homem e não tendo qualquer limite para a proteção da natureza ou de qualquer outro ser não-humano. Toda a biodiversidade está disponível para ser utilizada como o homem quiser.

Noutro polo, o “antropocentrismo moderado” encontra-se fundamentado na elevação do homem frente a todos os demais seres vivos, mas possui alguns limites quanto à livre utilização da natureza. Na verdade, são apenas pequenas preocupações ambientais. Para Braga¹¹, estas preocupações estão relacionadas ao fomento da economia (conservar matérias-primas naturais apenas com objetivos econômicos futuros).

Os dois modelos de antropocentrismo estão fracassados! Definitivamente, os instrumentos de comando e controle não conseguem proteger a natureza e todos os demais seres vivos.

Na percepção de Ingo Sarlet,¹² estamos diante de uma encruzilhada ecológica que levará os gestores, a sociedade e os ambientalistas a repensarem “o conceito kantiano de dignidade humana”. É uma tentativa de ampliar o conceito de dignidade para um viés expandido ou “alargado” de proteção da natureza e dos demais seres vivos. Essa aproximação viabilizaria o surgimento de “novas configurações morais e culturais impulsionada pelos valores ecológicos”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹³ salienta que essa alteração no conceito Kantiniano é urgente. Torna-se necessário incluir no princípio da dignidade humana a mesma proteção para os animais não humanos e para a natureza. Nessa visão biocêntrica, todos os seres humanos e não-humanos seriam protegidos pela importância da teia da vida.

Após destacar a dicotomia da teoria ambiental antropocentrista e biocentrista, percebe-se que a visão antropocêntrica nos leva a apropriação indevida de recursos naturais e implica no extermínio do ecossistema. Faz-se necessário uma mudança de comportamento. Será o biocentrismo ou ecocentrismo um novo caminho? A sustentação teórica do biocentrismo reside no valor intrínseco que todos os organismos vivos possuem – são um fim em si mesmos.

Será que a América Latina pode ser vista como algo além de uma fonte de recursos naturais? Conseguiremos romper com o antropocentrismo? Indubitavelmente, algumas mudanças têm ocorrido no aspecto constitucional. Essas mudanças são de grande interesse para as pesquisas que buscam compreender os arranjos institucionais voltados para proteção ambiental. É um movimento denominado neoconstitucionalismo latino americano.

⁹ LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual o valor da natureza?: Uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019. p. 51.

¹⁰ LIGHT, Andrew. Contemporary environmental ethics: from metaethics to public philosophy. *Metaphilosophy*, Oxford, v. 33, n. 4, 2002, p. 426-449.

¹¹ LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 54.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 62.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 62.

3 Encruzilhada civilizatória da América Latina: sala de emergência: a natureza como sujeito de direito dentro da filosofia do “buen vivir”.

As novas Constituições Andinas introduzem preceitos oriundos dos movimentos sociais e indígenas – Venezuela (1999), Bolívia (2009) e Equador (2008). Esses documentos fundamentais têm normas que estimulam a participação popular, estabelecem direitos para natureza e respeitam a cosmovisão indígena.

A Constituição do Equador, tanto no preâmbulo como no Capítulo Sétimo, estabelece Direitos para Natureza:

Preâmbulo [...]

Nós, o povo soberano do Equador reconhecendo nossas raízes milenares, forjadas por mulheres e homens de diferentes povos, celebrando a natureza, “Pacha Mama”, da qual somos parte e que é vital para nossa existência, invocando o nome de Deus e reconhecendo nossas diversas formas de religiosidade e espiritualidade, apelando à sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade, como herdeiros das lutas sociais de libertação frente a todas as formas de dominação e colonialismo, e com um profundo compromisso com o presente e o futuro decidimos construir uma nova forma de convivência cidadã na diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver,” *sumak kawasay* “; uma sociedade que respeite em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e das coletividades; um país democrático, comprometido com integração.

[...]

Art. 71.- Natureza ou Pachamama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Com este texto constitucional, o Equador avança no sentido de reconhecer a Natureza como sujeito de direitos. Essa postura é baseada no biocentrismo e adota uma perspectiva de ética ecológica. É a busca pela integração de todos os ecossistemas e seres vivos, reconhecendo o valor intrínseco de cada um. Cuida-se de reconhecer o valor da natureza mesmo quando ela não está diretamente a serviço do homem.

Alberto Acosta¹⁴ pondera que se trata do verdadeiro “Bem Viver”. Esse é um conceito em construção, pois desvela uma nova cosmovisão livre de preconceitos em relação a natureza. Na verdade, o “Bem Viver” visa uma mudança de comportamento no usuário dos recursos naturais e, principalmente, uma mudança na nossa relação com a Mãe Terra.

Segundo Alberto Acosta¹⁵ o “Bem-Viver” rompe com o “eurocentrismo” na sua proposta do que é bem-estar. É uma tentativa de romper com o colonialismo que ainda impregna o continente latino americano. Levando-se em consideração toda a ancestralidade do povo latino americano, valorizando a contribuição indígena, aceitando as concepções andinas e amazônicas da mãe terra (“Pachamama”). Cuida-se do reconhecimento da nossa relação umbilical com a natureza.

No conceito de “Bem-Viver”, a (re)construção do povo latino americano e a sua relação com a natureza proporcionam uma nova oportunidade de reconstrução coletiva de todas as formas de vida. É a proposta de uma cosmovisão que rompe com as lógicas antropocêntricas do capitalismo dominante na civilização moderna¹⁶.

O sociólogo Héctor Alimonda¹⁷ reconhece e identifica a cosmovisão do “Bem Viver” no “legado dos

¹⁴ ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 80.

¹⁵ ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 82.

¹⁶ ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, 2016. p. 90.

¹⁷ ALIMONDA, Héctor. Desarrollo, posdesarrollo y “buen vivir”: reflexiones a partir de la experiencia ecuatoriana. *Crítica y emancipación*. Revista latino-americana de ciencias sociales, Clacso, ano 4, n. 7, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20120605025226/CyE7.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2020.

povos andinos, em suas práticas cotidianas, em sua sabedoria prática” e nos demais traços culturais biocêntricos observados na região.

Sousa Santos¹⁸ define o “Bem Viver” como a cosmovisão de uma comunidade onde ninguém pode ganhar se o seu vizinho não ganhar também. No ponto, o autor alerta que a concepção capitalista é exatamente o oposto, pois permite que poucas comunidades lucrem em detrimento do resto do mundo.

A Constituição Equatoriana reconheceu os direitos da natureza e estabeleceu que toda degradação deve ser integralmente restaurada. É o reconhecimento da plurinacionalidade e interculturalidade do povo Andino. Assim, libertou-se a natureza de ser considerada como um mero objeto ou considerada como uma propriedade do homem.

Esta é a consagração de que existe uma igualdade biocêntrica entre todos os seres vivos e os ecossistemas – tudo com o mesmo grau de importância na “PachaMama”. A natureza toma o posto de sujeito de direito e sai da condição de objeto para ocupar o centro da dignidade ecológica.

Na esteira da Constituição Equatoriana, a Carta Boliviana (2009) demonstra as mesmas aspirações:

Prêambulo [...]

Un Estado basado em el respeto e igualdad entre todos, com principios de soberania, dignidade, complementariedad, solidaridad, armonia y equidade em la distribución y redistribución del producto social, doente predomina la búsqueda del Vivir Bien: com respeto a la pluralidade económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra: em conviência colectiva com acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, com la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Art. Las personas tienen derecho a um medio ambiente saludable protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho deve permitir a los individuos y coletividade de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal e permanente.

Para Matias Ballone¹⁹, ao reconhecerem os direitos coletivos biocêntricos, as Constituições supracitadas instauraram uma cosmovisão que viabiliza aos povos andinos uma reconstrução da sua relação com a natureza. Esta é a verdadeira filosofia do “Buen Vivir”. Essa internalização dos direitos da natureza consagrou um contraponto ao antropocentrismo presente nos ordenamentos jurídicos clássicos dos países latino americano.

A cosmovisão supracitada vislumbra na natureza um valor em si mesmo como ecossistema preservado. Cuida-se de uma segurança, não apenas para que as presentes e futuras gerações possam usufruir com a máxima qualidade de vida, mas também para todas as outras formas de vida possam existir em sua integridade e dignidade.

Amand Cesário Fodor elucida que alguns países, como a Suíça,²⁰ já reconhecem dentro da perspectiva constitucional o “princípio do respeito humano ao não humano”. Para Sarlet²¹, a nova justiça ecológica deve possuir um foco na interação e no respeito do humano com o meio natural e com as demais formas de vida não-humanas.

No dizer de Boff²², os países latinos americanos têm avançado no constitucionalismo ecológico, pois conseguem reunir o conceito andino de Pachamama – onde a Terra é titular de direitos. Dessa forma,

¹⁸ BOAVENTURA, Sousa Santos. Refundación del Estado em América Latina- Perspectiva desde una epistemología del Sur. In: ACOSTA, Ablerto; MARTINEZ, Esperanza. (orgs). Abya Yala, Quito. 2010. p. 99.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humanom*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2011. p. 155-156.

²⁰ FODOR, Amand Cesário. *A defesa dos direitos dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de trabalho monográfico. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2016, p. 37.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

²² BOFF, Leonardo. *Constitucionalismo Ecológico na América Latina*, 2003. Disponível em: <http://cartamaior.com.br>. Acesso em: 28 jun. 2020.

considera-se a Gaia como um ser vivo dentro de uma convivência harmônica composta por todas as formas de vida planetária.

Portanto, a sala de emergência ambiental na Latina Americana aponta um novo caminho a seguir: é necessária uma mudança de comportamento que assegure a integridade dos processos naturais e garanta os recursos da biosfera, sem deixar de preservar a biodiversidade. É uma resposta de vanguarda à atual crise civilizatória planetária.

4 A mudança é o único caminho!: Problemas locais com efeitos globais exigem respostas locais e globais.

A natureza (Gaia, Mãe Terra) é a expressão máxima da vida. Essa concepção vem possibilitando que o Direito Constitucional e as demais áreas do direito desenvolvam uma dogmática jurídica capaz de extrair do ordenamento os instrumentos que viabilizem a ampla proteção da natureza. Essa mudança consiste em reconhecer a condição de sujeito de direito para natureza e para os animais não-humanos.²³

O Equador e a Bolívia têm avançando muito desde o reconhecimento dos direitos da natureza nas Constituições dos respectivos países. Ademais, existem alguns paradigmas emblemáticos que envolvem desde a titularidade da natureza como autora de ações judiciais de proteção até o reconhecimento de sua integridade de direito para se garantir o desenvolvimento desta e das futuras gerações.

O primeiro caso objeto de análise é o de Galápagos²⁴. Proposta na Justiça Equatoriana, visando a proteção da natureza, no caso de Galápagos, um grupo de cidadãos representando o ecossistema de Galápagos ingressou com uma Medida Cautelar contra um ato praticado pelo Governo Municipal – que iniciou um processo de licitação para construção e regeneração de uma avenida sem o devido licenciamento ambiental.

A decisão de provimento da medida cautelar em favor da natureza foi lastreada com fundamento no direito da natureza e no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inverteu-se o *onus probandi* e a autoridade pública teve que deixar comprovada que a atividade de construção não causaria impacto ambiental irreparável ao ecossistema de Galápagos e as presentes e futuras gerações.

A decisão concluiu que o reconhecimento dos direitos da natureza impõe limitações as atividades públicas e privadas. Ademais, o seu cumprimento é obrigatório. O respeito ao princípio da precaução e da prevenção se impõe numa intervenção ao ecossistema de Galápagos. Todos têm o dever de zelar pelo ambiente ecologicamente equilibrado. Noutro ponto, o parque nacional de Galápagos constitui Patrimônio da Humanidade.²⁵

Também no Equador, outra decisão judicial importante para estimular o biocentrismo foi a interposição de uma ação judicial para evitar a degradação, assoreamento e perspectivas de enchentes futuras que alagariam todas as propriedades à beira do Rio Vilacamba. O caso é emblemático, tendo em vista que a própria Natureza (especificamente o Rio Vilacamba) figura o polo ativo na propositura da demanda. Ademais, o

²³ TOLENTINO, Zelma Tohaz, OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 313- 335, jan./jul. 2015. Acesso em 28 jun. 2020.

²⁴ CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018. In: GÁRZON, Rene Patricio Bedón. Aplicación de los Derechos de la Naturaleza em Ecuador. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte. v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://domhelder.Edu.br>. Acesso em: 24 jul. 2020..

²⁵ CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018. In: GÁRZON, Rene Patricio Bedón. Aplicación de los Derechos de la Naturaleza em Ecuador. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte. v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://domhelder.Edu.br>. Acesso em: 24 jul. 2020..

Rio Vilacamba é uma importante fonte de subsistência para a população local.

Na espécie, o governo local utilizava o Rio Vilacamba para descarte de materiais de escavação (cascalho, areia, etc). O governo local estava realizando uma estrada entre as cidades de Vilacamba e Quinara. A obra não tinha relatório de impacto ambiental ou qualquer preocupação com os danos ambientais que estivessem acontecendo no local. Entretanto, devido ao descarte de materiais, quando as chuvas elevaram as águas do rio, ocorreram enchentes que ocasionaram danos aos moradores locais.²⁶

Em sua decisão, a Corte provincial reconhece não somente a importância do Rio para a comunidade local, mas também a proteção à natureza. O governo local foi condenado a interromper a atividade e apresentar documentos comprobatórios que preservem o Rio Vilacamba contra danos presentes e futuros.

A Corte ainda afirmou que os danos ambientais são danos “geracionais” e não afetam somente a geração presente, mas, principalmente, a geração futura que tem o direito de ter um Rio limpo, navegável e que sirva de sustento para as populações ribeirinhas.

Na mesma linha de proteção, outra ação foi interposta tendo como sujeito de direito do Rio Blanco. Os moradores alegavam que estava ocorrendo violação ao direito do Rio, tendo em vista o garimpo iniciado as margens do Rio Blanco (também sem licenciamento ambiental). A medida jurídica foi aceita pela Corte Provincial e foi determinada a interrupção da atividade de garimpo, além do recolhimento de todo os equipamentos e outras ferramentas entradas no local objeto do conflito²⁷.

Noutra decisão importante, a Corte Constitucional Colombiana proferiu sentença onde se reconhece o Rio Atrato como sujeito de direitos e impõem sanções ao poder público, em razão da omissão diante de atos poluidores praticados por uma empresa local. Na decisão descreve-se o Rio Atrato como um dos rios mais importantes da Colômbia. Sendo uma das regiões mais férteis para agricultura e também rica em ouro e madeira. Na decisão descreve-se o Rio Atrato como um dos rios mais importantes da Colômbia – sendo uma das regiões mais férteis para agricultura e também rica em ouro e madeira.²⁸

As decisões descritas acima trazem um importante deslocamento do antropocentrismo para o biocentrismo. A natureza recebe o direito de manter-se ecologicamente equilibrada e harmonizada com o homem.

Oliveira elucida que “a natureza não é algo apartado da espécie humana e que os animais e os demais seres da coletividade planetária, assim como os seres humanos, são a própria natureza na sua universalidade e diversidade”.²⁹

O Brasil também vem avançado no trato da questão do reconhecimento da natureza como sujeito de direito. Em um caso inovador, no RESP 1.797.175/SP, foi reconhecido “os direitos da dignidade e direitos dos animais não humanos e da Natureza”³⁰. No voto inédito, foi reconhecido que a dignidade humana deve possuir uma dimensão ecológica. Ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado reforça a retirada do homem do viés antropocêntrico e estabelece como novo paradigma o biocentrismo.

²⁶ CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. *A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008*. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018. p. 115.

²⁷ CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. *A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008*. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018. In: GÁRZON, Rene Patricio Bedón. *Aplicación de los Derechos de la Naturaleza em Ecuador*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte. v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://domhelder.edu.br>. Acesso em: 24 jul. 2020..

²⁸ CÂMARA, Ana Stela e FERNANDES, Márcia Maria. O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. *Revista Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1, 2018, ISSN: 1984-1639, p. 227.

²⁹ CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. *Revista Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1, 2018, ISSN: 1984-1639, p. 227.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 170.

Ademais, no caso da Bacia Hidrográfica do Rio Doce, um dos maiores desastres ambientais do país, existe uma demanda judicial da Associação Pachamama contra a União e o Estado de Minas Gerais. Entre outros pedidos de condenação, a ação requer o reconhecimento da Bacia do Rio Doce como sujeito de direito, tendo como exemplo o caso do Rio Vilacamba no Equador.³¹

O desastre ambiental ocorrido na Bacia do Rio Doce é o maior dano ambiental ocorrido na história recente da América Latina. A ausência de fiscalização eficiente e a negligência da atividade econômica em internalizar os princípios da precaução e da prevenção levaram a exaustão dos recursos naturais da região. O Rio Doce encontra-se na sala de emergência ambiental e os processos se arrastam no judiciário. Tudo isso enquanto a sociedade local ainda sofre com o impacto social e econômico do desastre na região.

5 Considerações finais

É evidente que, nas últimas décadas, os Países acumularam um grande volume de informação. Esse conhecimento proporcionou inúmeros alertas quanto aos sérios problemas ambientais que a humanidade viria a enfrentar (perda da biodiversidade, o desmatamento fora de controle, as mudanças do climáticas e etc). O planeta encontra-se na sala de emergência entre o ecologicamente (in)correto e o socialmente justo.

Desta maneira, surgem novas demandas e questionamentos quanto a esses dilemas. São inquietações que vão desde a exigência de proteção para as espécies em risco de extinção até o manejo adequado dos resíduos que descartamos dentro dos grandes centros urbanos.

Assim, a importância da valoração e do tratamento da natureza como sujeito de direito é uma dimensão nova e importante para os debates ambientais. É necessário estabelecer uma nova ética ambiental que renove as políticas públicas ambientais e seja orientada para a possível postulação jurídica da natureza. No intuito da conservação de toda a biodiversidade.

A América Latina também sofre com esses problemas globais, tais como os eventos de seca extrema ou de inundações ocasionados pela negligência ambiental. As práticas ambientais na América Latina ainda estão impregnadas do pensamento colonialista. O uso do fogo para abrir novas áreas para agricultura, a pobreza e a corrupção fragilizam os mecanismos de comando e controle ambiental.

O aspecto central deste artigo é a possibilidade de reconhecer valores próprios para a Natureza, independentemente das interferências humanas no ambiente. Para tanto, seria necessário que a natureza fosse tratada juridicamente dentro de outra dimensão de valoração, alterando os mecanismos normativos por meio do reconhecimento e introdução do biocentrismo na legislação ambiental.

A ética biocêntrica pode promover a mudança na defesa da vida, dos seres vivos e da Natureza! Faz-se necessário uma mudança de comportamento para que a natureza e todos os seres vivos sejam retirados da sala de emergência ambiental. As políticas ambientais e a legislação ambiental devem ampliar seu campo de abrangência para visar a construção de uma nova ética ambiental, onde se reconheça a titularidade da natureza como sujeito de direitos. Temos que legitimar o pluralismo social e cultural dos povos da América Latina.

Não se pode esquecer da importância do Desenvolvimento Sustentável, hoje amplamente discutido e cobijado no mundo, requer que a interação entre homem e a natureza no decorrer dos passou por grandes mudanças, principalmente quando se busca equilibrar as atividades econômicas, o progresso e a sustentabilidade da Gaia.

³¹ PINTO, Nicole Sisto Borges. *O crime de poluição da Mineradora Samarco sob a luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da Constituição Equatoriana de 2008*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Caxias Do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2018.

Assim, para que se alcance o êxito desejado, é imprescindível a passagem do antropocentrismo para o biocentrismo, não apenas para a sociedade brasileira, como também para a comunidade internacional.

A solução para proteção da natureza, devido a dinâmica imposta pela sociedade industrial, remete a uma compatibilização do crescimento econômico racional e equitativa dos recursos naturais. O desenvolvimento econômico deve, assim, realizar-se numa perspectiva de sustentabilidade, de forma ecologicamente equilibrada, preservando para as gerações presentes e futuras.

Todo os pontos delineados neste artigo, em seu cerne, estão acontecimentos perturbadores que chamam a atenção para o fato de que a instabilidade ambiental do mundo moderno se equipara à instabilidade das questões humanas, proteger os recursos naturais vitais como água doce, florestas e toda a biodiversidade, são pré-requisitos para sociedades sadias e estáveis. Mesmo assim, a conscientização emergente da necessidade de um caminho sustentável já é um começo importante.

Não se pode esquecer da importância do Desenvolvimento Sustentável, hoje amplamente discutido e cobijado no mundo, requer que a interação entre homem e a natureza no decorrer dos passou por grandes mudanças, principalmente quando se busca equilibrar as atividades econômicas, o progresso e a sustentabilidade da Gaia.

Assim, para que se alcance o êxito desejado, é imprescindível a passagem do antropocentrismo para o biocentrismo, não apenas para a sociedade brasileira, como também para a comunidade internacional.

A solução para proteção da natureza, devido a dinâmica imposta pela sociedade industrial, remete a uma compatibilização do crescimento econômico racional e equitativa dos recursos naturais. O desenvolvimento econômico deve, assim, realizar-se numa perspectiva de sustentabilidade, de forma ecologicamente equilibrada, preservando para as gerações presentes e futuras.

Todo os pontos delineados neste artigo, em seu cerne, estão acontecimentos perturbadores que chamam a atenção para o fato de que a instabilidade ambiental do mundo moderno se equipara à instabilidade das questões humanas, proteger os recursos naturais vitais como água doce, florestas e toda a biodiversidade, são pré-requisitos para sociedades sadias e estáveis. Mesmo assim, a conscientização emergente da necessidade de um caminho sustentável já é um começo importante.

Outro fator importante, é a ilusão que se têm do pensamento desenvolvimentista de que deve-se buscar a todo custo o crescimento econômico, como resultado de uma vida digna, o filosofia do “*Buen Vivir*”, entende desenvolvimento dentro do viés das dimensões sociais, espirituais, dos respeito a todos os seres vivos e a Mãe Terra.

Vive-se uma crise ecológica, econômica, política e de saúde, se faz urgente a busca por novos diálogos voltados para a sustentabilidade de todos os seres vivos e a Gaia é uma ser vivo que merece atuar em juízo em nome próprio todas as vezes que estiver sendo degradada.

O princípio da solidariedade com as gerações futuras nos conduz ao princípio da fraternidade e respeito pela natureza como um ser vivo, com direito de se manter em todo o seu equilíbrio sistêmico.

Será que precisamos reescrever uma nova legislação jurídica que tenha capacidade para internalizar novas demandas éticas? Será que novos personagens podem ser acrescentados na legislação como sujeitos de direito? Todas estas inquietações demandam uma saída da sala de emergência que a humanidade se encontra neste momento em todo o mundo contemporâneo.

Outros tormentos afligem pesquisadores, estudiosos da área ambiental, gestores públicos, faz-se necessário mudar o olhar sobre a ética moral tão fortemente alterada pela sociedade da industrialização e tecnologia, como diminuir a pressão humana sobre os recursos na sociedade moderna? Estas e tantas outras inquietações ainda persistem nos estudos que encontram-se em andamento por esta pesquisadora.

Por fim, é necessário e emergencial superar a lógica “eurocêntrica” e “norte-americana” do que se consi-

dera “viver bem”. Devemos superar a lógica do “consumir mais bens materiais” para ganhar mais a qualquer custo. Precisamos construir um novo olhar que busque o respeito a todas as espécies de seres vivos e da biodiversidade como um todo – a reconstrução do elo da humanidade com a “Pachamama”.

Referências

ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. São Paulo: Autonomia Literária, 2016.

ALIMONDA, Héctor. Desarrollo, posdesarrollo y “buen vivir”: reflexiones a partir de la experiencia ecuatoriana. *Crítica y emancipación: Revista latino-americana de ciências sociais*, Clacso, ano 4, n. 7, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20120605025226/CyE7.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2020.

AVRITZER, Leonardo. *O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política*. In: _____. DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

AYALA, Patryck de Araújo. Os desafios para um constitucionalismo da vida decente em uma cultura jurídica de retrocesso socioambiental: contribuições da jurisprudência e da teoria constitucional brasileira. In: CHACON, Mario Peña (ED.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*. Gland: UICN, 2015.

AYALA, Patryck de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiental: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 297-327, jan./jul. 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZKOUL, Marco Antonio. *Crueldade contra os animais*. São Paulo: Plêiade, 1995.

BALDI, Cesar Augusto. Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, n. 9, p. 51-72. jan./jun., 2013.

BALDI, Cesar Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. *Jornal Estado de Direito*. 32. ed. Disponível em: www.Estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/. Acesso em: 20 out. 2018.

BALDI, César Augusto. Questão indígena no Brasil: alguns pontos para uma revisão hermenêutica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AVRITZER, Leonardo; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho; GOMES, Lílian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa (orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, Separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BAR-ON, Yinon M.; MILO, Ron; PHILLIPS, Rob. The biomass distribution on Earth. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 21 maio 2018. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/pnas/early/2018/05/15/1711842115.full.pdf>. Acesso em: 24 maio 2018.

BARRIOS, Josué Imanol Lópuz; VEJA, Jorge Vélez. El espectáculo de la biopolítica moderna: una interpretación de Fpheher Isten (Hagen Y Yo). *Revista Latinoamericana de Estudios Críticos Animales*, ano 3, v. 2, p. 273-298, dez. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de*

um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. In: BARROSO, Luis Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BASTOS, Luiz Roclayton Nogueira. *Os animais não humanos como titulares de direitos no ordenamento jurídico brasileiro: base histórico-filosófica e o acesso ao judiciário*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17106. Acesso em: 20 out. 2018.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *Power inferno*. 2. ed. Trad. De Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. 2. ed. Trad. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Trad. De Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Trad. De Marian Toldy e Teresa Toldy. Portugal: Almedina, 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

BECK, Ulrich. *World at risk*. Cambridge: Polity Press, 2009.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. Trad. de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012.

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BENHABIB, Seyla. *The right of the others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BENJAMIM, Antônio Hermam. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Science*, v. 162, pp. 1243-1248.

BENJAMIM, Antônio Hermam. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIM, Antônio Hermam. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOAVENTURA, Sousa Santos. Refundación del Estado em América Latina- Perspectiva desde una epistemología del Sur. In: ACOSTA, Ablerto; MARTINEZ, Esperanza. (orgs). Abya Yala, Quito. 2010.

BOFF, Leonardo. *Constitucionalismo Ecológico na América Latina*, 2003. Disponível em: <http://cartamaior.com.br>. Acesso em 28 jun. 2020.

BOSELTMANN, Klaus. Global environmental constitutionalism. *Widener Law Review*, v. 21, n. 187, p. 171-185, fev. 2015.

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

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: BELLO, Enzo; VAL,

Eduardo Manuel (orgs.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educ, 2014.

BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 96.334 (2007/0293646-1)*. Relator: Ministro Castro Meira. Impetrante: Márcia Miyuki Matsubara e Outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Rubens Forte. Brasília, 04 de dezembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Relatório do Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Habeas Corpus 833085-3/2005 (TJ-BA)*. Impetrantes: Héron José de Santana e Luciano Rocha Santana e outros. Paciente: Chimpanzé Suíça. Julgador: Edmundo Lúcio da Cruz. Salvador, 28 de setembro de 2005.

CALZADILLA, Pacia Vilavicencio; KOTZÉ, Louis J. *Somewhere between rhetoric and reality: environmental constitutionalism and the rights of nature in Ecuador*. *Transnational Environmental Law*, v. 6, n. 3, p. 401-433, nov. 2017.

CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. *Revista Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 12, n. 1, 2018. ISSN: 1984-1639.

CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018. In: GÁRZON, Rene Patricio Bedón. *Aplicación de los Derechos de la Naturaleza em Ecuador. Veredas do Direito*, Belo Horizonte. v. 14, n. 28, p. 13-32, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://domhelder.Edu.br>. Acesso em: 24 jul. 2020.

CARVALHO DE FARIAS, Marina Moura Lisboa Carneiro. *A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador de 2008*. Dissertação de Mestrado. Criciúma, SC, 2018.

FODOR, Amand Cesário. *A defesa dos direitos dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de trabalho monográfico. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2016.

FONSECA, A.; CARDOSO, D.; RIBEIRO, J.; FERREIRA, R.; KIRCHHOFF, F.; AMORIM, L.; MONTEIRO, A.; SANTOS, B.; FERREIRA, B.; SOUZA JR.; C., VERÍSSIMO, A. *Boletim do desmatamento da Amazônia Legal* (julho 2020) SAD. Belém: Imazon, 2020. Disponível em: www.imazon.org.br. Acesso em: 2 ago. 2020.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). *Relatório: Perspectivas Agrícolas OCDE-FAO 2019-2028*. Disponível em: http://www.fao.org/3/ca_4076es/CA4076ES.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.

HARMONY WITH NATURE. *Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra*. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2018.

INSTITUT DES AMÉRIQUES. *Os desafios do desenvolvimento na América Latina: dinâmicas socioeconômicas e políticas públicas*. Disponível em: <https://www.afd.fr/javia/site/afd>. Acesso em: 20 jul. 2019.

LIGHT, Andrew. Contemporary environmental ethics: from metaethics to public philosophy. *Metaphilosophy*, Oxford, v. 33, n. 4, 2002.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: Fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 53.

LOURENÇO, Daniel Braga. *Qual o valor da natureza?: Uma introdução à ética ambiental*. São Paulo: Elefante, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. THE UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), Centro del Agua del Trópico Húmedo para a América Latina y el Caribe (CATHALAC). *Latin America and the Caribbean Atlas of our Changing Environment*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PINTO, Nicole Sisto Borges. *O crime de poluição da Mineradora Samarco sob a luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da Constituição Equatoriana de 2008*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Caxias Do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TIERRA. *Ley nº 300, de 15 de outubro de 2012*. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/componet/attachments/download/27>. Acesso em: 10 jan. 2018.

TOLENTINO, Zelma Tohaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 313- 335, jan./jul. 2015. Acesso em 28 jun. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humanom*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayoi, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Procedural theory of the subject of law and non-human animals: criteria for recognition of legal subjectivity from the perspective of critical theory

Teoria procedimental do sujeito de direito e animais não-humanos: critérios para reconhecimento da subjetividade jurídica sob a ótica da teoria crítica

Sthéfano Bruno Santos Divino

Procedural theory of the subject of law and non-human animals: criteria for recognition of legal subjectivity from the perspective of critical theory

Teoria procedimental do sujeito de direito e animais não-humanos: critérios para reconhecimento da subjetividade jurídica sob a ótica da teoria crítica

Sthéfano Bruno Santos Divino**

Abstract

This article has the following research problem: what is it like to be a subject of law? As a general objective, it aims to understand how the subject of law is formed. As a specific objective, it intends to answer the following question: are non-human animals subject of law? It is based on the assumption of a critical and analytical theory of law. By this, we mean that we will focus on the relationship between the individual and the norm. As a result, we obtain three processes for the formation of the subject of law. The emancipatory process is responsible for the struggle to form and transform the individual into a subject. The recognition process presupposes that there is in interspecies relations a connection between the subjects of law already consolidated and those who have just entered the legal norm. The subjectification process and personification process refers to the legal system's granting of personality in the face of the claimant subject's demands. Thus, we can conclude that non-human animals are not considered subjects of law because they do not dominate the language and cannot fight against legal domination and exercise by themselves their rights and duties, an elementary and indispensable condition for the configuration of this legal category. Thus, one contributes to the thesis of the procedural theory of the subject of law to the extent that one can reduce contingencies and social complexity, being them directly proportional. This does not mean that animals cannot be protected. The environmental protection established in the Federal Constitution is apt and efficient for such exercise since these non-human animals will be considered centers of legal imputation and deserving of security based on environmental law, and not in their condition as subjects of law. The methodology used to develop this reasoning is the integrated revision and bibliographical research.

Keywords: Animals. Legal theory. Non-human animals. Rights. Subject of law.

* Autor convidado

** Doutorando (bolsista Capes) e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019) - PUC-MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras - Unilavras (2017). Professor substituto de Direito Privado na Universidade Federal de Lavras. Advogado.
E-mail: sthefanodivino@ufla.br

Resumo

Este artigo tem como problema de pesquisa a seguinte questão: what it is like to be a subject of law? Como objetivo geral, pretende-se compreender e entender como se forma o sujeito de direito. Como objetivo específico, pretende-se responder a seguinte pergunta: are non-human animals subject of law? Parte-se do pressuposto de uma teoria crítica e analítica do direito. Com isso queremos dizer que focaremos na relação entre indivíduo e norma. Como resultado obtêm-se três processos para formação do sujeito de direito. O processo emancipatório é o responsável pela luta formação e transformação do indivíduo em sujeito de direito. O processo de reconhecimento pressupõe que haja nas relações interespecies uma conexão entre os sujeitos de direito já então consolidados e os que acabam de ingressar na norma jurídica. O processo de subjetivação e personificação refere-se à concessão de personalidade pelo ordenamento jurídico diante das demandas pleiteadas pelo sujeito reivindicante. Assim, podemos concluir que animais não-humanos não são considerados sujeitos de direito em razão de não dominarem a linguagem e não serem capazes de lutar contra a dominação jurídica e exercerem por si próprios seus direitos e deveres, condição elementar e indispensável à configuração dessa categoria jurídica. Dessa forma, contribui-se com a tese da teoria procedimental do sujeito de direito na medida em que se pode reduzir contingências e complexidade social, sendo eles diretamente proporcionais. Isso não quer dizer que animais não possam ser protegidos. A tutela ambiental instaurada na Constituição Federal é apta e eficiente para tal exercício, pois serão esses animais não-humanos considerados centro de imputação jurídica e carecedores de proteção com fundamento no direito ambiental, e não em sua condição de sujeito de direito. Para desenvolver esse raciocínio, utiliza-se a metodologia de revisão integrada e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Animais. Animais não-humanos. Direitos. Sujeito de Direito. Teoria do Direito.

1 Introduction

Contemporary technocratic and bureaucratic society focuses on the individual¹. Social atomism, where one neglects or delegitimizes demands that arise outside one's desires or ambitions, be they from one's history, tradition, society, nature, or God. It assumes a radical anthropocentric posture.²

As a result, the products of moral and legal practices and grammars instrumentalize a fundamentally disconnected relationship with reality. One of the examples used by this experimentation is the given condition of the subject of law for non-human animals.³ The existing parallel with the experience of nature at the end of the 18th century is ignored. The development of this condition begins with Cartesian⁴ philosophy and reaches its apex in Kant.

This narrative of legal and moral grammar, in which history is taken from events and philosophy instead of traditional models, archetypes, or prefigurements, is the quintessentially modern form of motivation for intellectual formulations to resolve possible conflicts at this time. However, it is ignored that this supposedly

¹ "The notion of *in-dividuum*, the non-divided, was equivalent in the Middle Ages to the idea of an atom, the smallest unity - and indivisible - of something that surpassed it - an order, a state, a corporation, or any other collective entity, those yes the true and recognized social subjects". MARTINS-COSTA, J. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-95, 2010. p. 69-95; CLAVERO, Bartolomé. Princípio Constitucional: el individuo em Estado. In: CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution: cultura e lengua constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 12.

² TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: É Realizações, 2011.

³ EUROPEAN UNION. *Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), for a proposal of giving personality to artificial intelligence*. Available in: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html. Accessed in: 11 set. 2020.

⁴ DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 45; DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 66.

fundamental new understanding can considerably affect social complexity and contingency⁵. The higher the number of subjects of law, the greater the possible legal, moral, ethical, and social conflicts.

This work's motivation is precisely to offer initial discussions for this research problem: what is it like to be a subject of law? To answer this question, we provide a prior explanation of the guidelines used. First, as Foucault proposed, the theoretical assumptions that will be developed in this work are not correlated with the hegemonic philosophical tradition. This tradition associates the notion of the subject of law with its etymological origin (*subjectum*). We will present an analytical⁶ view of the different modes of subjectification and, specifically, the process of constitution of the subject of law.

Like Foucault, we will start from the idea that there is no a priori theory of the subject (as offered by phenomenology, existentialism, and in some cases, naturalism). This is precisely the objective of the first section: to demonstrate that the subject of law's condition is built through practices and criticism against domination. This argument is quite evident in Foucault. As a novelty criterion, we will demonstrate that the relationship between subject-grammatic-law-society is not *only* structured in instruments of power. The constitution of the subject of law has a kind of interspecies recognition. The society makes this recognition through the emancipatory realization of individual. It is this process (we call emancipatory) that we will focus on in this article.

After all, we can answer the question proposed: what is it like to be a subject of law? A subject of law is one's who can exercise his rights and duties in the legal system without someone's representing him. It is conquering his position in the system. It is winning a battle against the domination process. It is being rational and linguistic subject to contribute to society for their interspecies relations. It is an active person in the legal system who can do whatever he wants since the law does not prohibit it. This structure will be developed now. It is not a definitive view (so far). It's a dialogue between ideas for the law system evolution.

The second section develops the concept of interspecies recognition through a critical comparison of Honneth's⁷ recognition, making an important observation: the acceptance of individualistic limitations of human nature and the normative fractionation of the power relationship between subject and government for structuring procedural reason based on a social organism is capable of articulating new moral and ethical relations in social and legal grammar.

It is in this ideal that the constituent being places himself in the final process of subjectification. Self-termination and the personification, together with the society structured around interpersonal mechanisms, can achieve individual and political freedoms. Its non-compliance attributes to the incomplete subject of law a merely instrumental condition, used in the contemporary scenario only as a justification of capitalist means for modulating the social system.

With these considerations, we may answer the question: are non-human animals subject of law? Unfortunately, in our modern law system, we can not say they are subject of law because non-human animals are not linguistic individuals. As we propose, the process of emancipation is an essential requirement for the

⁵ We adopt the concept expressed by Luhmann, for which complexity "is the existence of more possibilities than can be realized». At the same time, contingency is "the fact that the possibilities pointed out for other experiences could be different from those expected, referring to something misleading, non-existent, or unattainable means the forced selection of social situations capable of generating unnecessary dangers and risks". LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1. p. 44-45.

⁶ This analytical view focuses on the political and grammar relations between individuals and law.

⁷ "Taken together, however, both the emancipation of individual subjects and their growing communalization among each other should be initiated and driven on by the struggle for recognition, which, to the degree to which it gradually makes them aware of their subjective claims, simultaneously allows a rational feeling for their intersubjective similarities to emerge. [...] "The struggle for recognition not only contributes to the reproduction of the spiritual [geistig] element of civil society (as a constitutive element of every formative process) but also (as a source of normative pressure towards legal development) innovatively influences the inner form it takes". HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts* (Studies in Contemporary German Social Thought). Cambridge: MIT Press, 1996. p. 29, 49.

individual to fight against his normative domination and conquer his position in the law. However, this only can happen if he dominates the language because the law is essentially grammar. If any non-human animal can develop these skills, the Law can recognize them as a subject. So, can non-human animals be subject of law? Yes, since they pass in the process of emancipation, because he is indispensable for the constitution of the subject of law in social and legal grammar. The other processes (recognition and personification) are additional and complementary, and may or may not be applied depending on the linguistic and rational domain being constitutive. The methodology used to develop this reasoning is the integrated revision and bibliographical research.

2 What it is like to be a Subject of Law?

Since Singer's *Animal Liberation*⁸, non-human animal rights⁹ are challenging to the modern law system. In this scenario, some questions arise. "Do animals have ownership of rights in Brazilian law?"¹⁰ The answer brought by Hachem and Gussoli is interesting and will be used as our standpoint: "[...] non-human animals are not subject of law, but environmental-juridical goods needed of maximum protection".¹¹ However, the knowledge used to achieve this answer seems to be not so right (but we think it is not wrong). According to the authors, the Brazilian federal constitution can not be read as a split, but a whole. The articles 225, §1^o, VIII¹², 23, VIII¹³ and 187, §1^o¹⁴, must be read as a normative system, and the federal constitution does not authorize non-human animals to be subject of law, because there are several economic and environmental values against this idea.

However, this question seems not to be so right at all, because we do not require to be a subject of law to have rights. As an example, the environment is a common thing that does not have the status of the subject of law but has his protection assigned by the federal constitution.

We believe the right question is: what is like to be a subject of law? This is significantly different from the inquiry made by Hachem and Gussoli. While we want to understand the role of the being in the law and

⁸ SINGER, P. *Animal Liberation*. New York: Harper Collins, 2002.

⁹ There is a critical consideration of this terminology. Settanni, Ruggi, and Valluari think the term "animal right" is not correct because it brings us the idea that animals can be objects, and the law is just regulating his properties. "L'espressione «diritto animale», indubbiamente poco elegante, è oramai d'uso corrente, in quanto denominazione tratta dall'oggetto di un settore normativo. VALLAURI, L.L.; Testimonianze, tendenze tensioni del diritto animale vigente. In: CASTIGNONE, Vallauri, L. L. (curr.). *La questione animale*. Milano: Giuffrè, 2012;

"La questione animale pone già un primo quesito, a livello quasi embrionale: esiste un (o è in ogni caso corretto parlare di) «diritto animale»? In caso affermativo, come può essere definito e/o classificato? Esistono ripartizioni che devono essere effettuate in modo da inquadrare al meglio la materia in questione?" SETTANNI, G.; RUGGI, M. Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019. p. 480.

¹⁰ HACHEM, D. W.; GUSSOLI, F. K. Do animals have the ownership of rights in Brazilian law? *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 141-172, set./dez. 2017.

¹¹ HACHEM, D. W.; GUSSOLI, F. K. Do animals have the ownership of rights in Brazilian law? *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 141-172, set./dez. 2017.

¹² Art. 225, Everyone has the right to an ecologically balanced environment, a common use of the people and essential to a healthy quality of life, imposing on the Public Power and the community the duty to defend and preserve it for present and future generations.

§1^o § 1 In order to ensure the effectiveness of this right, it is incumbent upon the Public Power:

VII - protect fauna and flora, prohibited, in accordance with the law, practices that put their ecological function at risk, cause the extinction of species or subject animals to cruelty.

¹³ Art. 23. It is the common competence of the Union, the States, the Federal District and the Municipalities: VIII - to promote agricultural production and organize food supply;

¹⁴ Art. 187. The agricultural policy will be planned and executed according to the law, with the effective participation of the production sector, involving producers and rural workers, as well as the commercialization, storage and transport sectors, taking into account, especially: § 1 Agribusiness, farming, fishing and forestry activities are included in agricultural planning.

the purpose of being a subject of law, Hachem and Gussoli just made a critical analysis of the constitutional system. They did not provide the requirements to be a subject of law. This is where we will work.

First, we propose that we have a big mistake in the animalist doctrine. They support animal rights in the pain and in the subjectivity of these creatures.¹⁵ We do not deny they suffer. However, in history, suffering is not the law's main requirement to ensure its condition. If we push this argument to his limits, it seems neither life can be an attribute of being subject to the law. The Kantian¹⁶ vision proposed by Regan¹⁷ of life and pain as a condition of the subject of law is not compatible with our modern system. The juridical person (as corporations, for example) does not have biological life, and yet they can own rights.

This chapter aims to describe a theory that we believe can form and construct the individual to a subject of law: the procedural idea. According to this theory, the law as a language¹⁸ component recognizes the being a subject when he fights against his dominative system. If the law is essentially cultural and linguistic, we believe that the individual has to dominate the language to acquire the condition of subject of law. Someone may argue that it is an anthropomorphic position. However, we do not deny this exceptional condition for those able to construct their legal subjectivity since they rule the language and be rational. This is the process of emancipation.

After that, there is a process of recognition. In this process, other subjects of law recognize the emancipated individual as one of them. In this case, the law does not have some importance, because intersubjective relations make all the process.

The law is again crucial in the third process: personification, subjectification, and self-determination. Here, we propose that the emancipated and recognized individual can exercise his rights in the legal system. For that, the law will authorize the individual to have a personality.

After all, we can answer the question proposed: what is it like to be a subject of law? A subject of law is one's who can exercise his rights and duties in the legal system without someone's representing him. It is conquering his position in the system. It is winning a battle against the domination process. It is being rational and linguistic subject to contribute to society for their interspecies relations. It is an active person in the legal system who can do whatever he wants since the law does not prohibit it. This structure will be developed now. It is not a definitive view (so far). It's a dialogue between ideas for the law system evolution. We will begin with the process of emancipation.

3 The process of emancipation: the impossibility of "giving" the position of subject of law

The development of the subject of Law can be studied and verified in different ways. The most common and used by hegemonic philosophical tradition uses the etymological concept¹⁹ to trace rational parameters

¹⁵ DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 119- 121, jan. 2006. p. 120.

¹⁶ "It would be nonsense to say that it was not in the interests of a stone to be kicked along the road by a schoolboy. A stone does not have interests because it cannot suffer. Nothing that we can do to it could possibly make any difference to its welfare. The capacity for suffering and enjoyment is, however, not only necessary, but also sufficient for us to say that a being has interests-at an absolute minimum, an interest in not suffering. A mouse, for example, does have an interest in not being kicked along the road, because it will suffer if it is". SINGER, P. *Animal Liberation*. New York: Harper Collins, 2002. p. 8.

¹⁷ KANT, I. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁸ REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983.

¹⁹ "A language only exists and is maintained within a language community". TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989. p. 35.

²⁰ "En griego persona es en primer lugar prósopon que, del significado de máscara teatral (literalmente aquello que se pone «delante de los ojos»), viene a designar al actor teatral, que lleva precisamente la máscara. Como tal no designa en absoluto al hombre

capable of configuring a subject of law. This idea will not be approached in this work, since we think that the new Law makes little use of this elaboration, being more tied to psychology, politics, neuroscience, and the development of the *self*²⁰.

In this journey, we can visualize the subject of law position under two fundamental theories that give us sufficient substrate to trace initial considerations.²¹ The first of them is naturalism. As naturalism, we understand the legal correlation in which the Law corresponds to a moral reality's original art to give each one thing.²² In this case, there is an intrinsic correlation between law and subject, where the subject of the law's condition is a natural position of his status in the legal system. It is a unitary composition of the socio-relational system itself.

(ánthropos) ni en sentido general, o también físico, ni mucho menos en sentido éticoespiritual, sino al «personaje», la parte recitada por el actor, que recurre a la máscara, apareciendo aquello que no es «en propia persona», como hoy se diría, con un cambio radical de sentido evidente. También en latín persona es la máscara, la cual, como dice Aulo Gellio sobre la escucha de Gavio Basso, «magis claros canorosque sonitus facit »2. Por eso persona es llamada «a personando» y por lo mismo pasa a designar la parte teatral, el personaje y no el hombre. Mientras lo real es el hombre, la persona, sea prósopon o persona, es apariencia ficticia y lúdica tanto más que, permaneciendo el uso de no permitir recitar a las mujeres en el teatro, la máscara permite a quien es hombre parecer mujer. Nada más lejano del significado actual». COTTA, Sérgio. *Persona. Diritto, Persona, Mondo Umáno*. Torino: Giappichelli, 1989. p. 59-82.

²⁰ “What I am as a self, my identity, is essentially defined by the way things have significance for me. And as has been widely discussed, these things have significance for me, and the issue of my identity is worked out, only through a language of interpretation which I have come to accept as a valid articulation of these issues. 6 To ask what a person is, in abstraction from his or her self-interpretations, is to ask a fundamentally misguided question, one to which there couldn't in principle be an answer. [...] We are living beings with these organs quite independently of our self-understandings or -interpretations, or the meanings things have for us. But we are only selves insofar as we move in a certain space of questions, as we seek and find an orientation to the good”. TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989. p. 34.

²¹ This is the position adopted by Habermas. “Le droit moderne consiste en un système de normes positives contraignantes qui ont à tout le moins la prétention de garantir la liberté. Les caractéristiques formelles de la contrainte et de la positivité s'associent ainsi à une prétention à la légitimité; en effet, le fait que les normes, assorties de menaces de sanctions étatiques, soient générées par les décisions modifiables d'un Législateur politique, est lié à l'attente qu'une garantie égale soit ainsi offerte à l'autonomie de tous les sujets de droit. Cette attente de légitimité entre en relation étroite avec la factualité aussi bien de l'édition que de la mise en oeuvre du droit. C'est ce qu'exprime, à son tour, le mode ambivalent de la validité du droit. En effet, le droit moderne présente à ses destinataires une tête de Janus, ils peuvent considérer les normes juridiques soit comme des commandements qui définissent des restrictions factuelles de leur marge d'action et les amènent à gérer, d'un point de vue stratégique, les conséquences calculables d'une infraction éventuelle à des règles, soit comme des commandements valides qui les amènent, d'un point de vue performatif à y obéir « a u nom du respect de la loi ». Une norme juridique est valide lorsque l'État garantit ces deux aspects en assurant, d'une part, un respect convenable des normes, le cas échéant obtenu de force au moyen de sanctions, et en garantissant, d'autre part, les conditions institutionnelles d'une genèse légitime de la norme elle-même, afin qu'elle puisse toujours être suivie au nom du respect de la loi. Sur quoi se fonde, dès lors, la légitimité des règles que le Législateur politique peut à tout moment modifier? Cette question devient plus aiguë, notamment dans les sociétés pluralistes dans lesquelles les visions du monde inclusives et les éthiques dotées de force obligatoire collective se sont désintégrées et où la morale post-traditionnelle qui subsiste et qui n'est fondée que sur la seule conscience morale de chacun, n'offre plus de base suffisante pour fonder le droit naturel autrefois légitimé par la religion ou la métaphysique. De toute évidence, dans un contexte postmétaphysique, la seule source de légitimité est la procédure démocratique par laquelle le droit est généré. D'où cette procédure tire-t-elle cependant sa force légitimante? À cette question, la théorie de la discussion apporte une réponse simple, à première vue invraisemblable; en effet, la procédure démocratique permet le libre jeu de thèmes et de contributions, des informations et des raisons, elle assure à la formation de la volonté politique son caractère de discussion et justifie ainsi la supposition faillibiliste que les résultats obtenus grâce à cette procédure sont plus ou moins raisonnables”. HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Editions Gallimard, 1997. p. 477-478.

²² HERVADA, Javier. *O que é o direito? a moderna resposta do realismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 16, 131.

“A sound theory of natural law is one that explicitly, with full awareness of the methodological situation just described, undertakes a critique of practical viewpoints, in order to distinguish the practically unreasonable from the practically reasonable, and thus to differentiate the really important from that which is unimportant or is important only by its opposition to or unreasonable exploitation of the really important. A theory of natural law claims to be able to identify conditions and principles of practical right-mindedness, of good and proper order among persons, and in individual conduct. Unless some such claim is justified, analytical jurisprudence in particular and (at least the major part of) all the social sciences in general can have no critically justified criteria for the formation of general concepts, and must be content to be no more than manifestations of the various concepts peculiar to particular peoples and/or to the particular theorists who concern themselves with those people. A theory of natural law need not be undertaken primarily for the purpose of thus providing a justified conceptual framework for descriptive social science. It may be undertaken, as this book is, primarily to assist the practical reflections of those concerned to act, whether as judges, or as statesmen, or as citizens. But in either case, the undertaking cannot proceed securely without a knowledge of the whole range of human possibilities and opportunities, inclinations and capacities—a knowledge that requires the assistance of descriptive and analytical social science”. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. New York: Oxford University Press, 2011. p. 59.

It is believed that the greatest mistake of naturalism is to consider the person in his broad sense (*lato sensu* - every human being) as a subject of law. This is not an innate situation of individual. The legal system recognizes or not this position depending on the cultural and historical aspect in force at its construction time. For example, in the Nazi regime, the terminology person was not even used in the few legislative productions. The individual was designated only as a function of social conditioning, where the Reich did not dispense with the Jewish and communist people's labor force but denied them the exercise of political rights to make their claims and their participation in legal construction norms impossible.²³ This scenario shows us that the condition of the subject of law is of political importance. There is a direct correlation between being and society in which he exists at the moment of his construction.

However, naturalism leaves us a positive contribution. Paradoxically, the condition of the subject of law is not something merely inherent to every individual. Still, it is something that is part of his existence before legal and social grammar. This means that, although the complete condition cannot be given to him solely because of his presence. The fact that he (individual) naturally possesses rational and linguistic domains allows him to claim his claims based on his nature. Here there is a close relationship between the etymological concept of *persona* and the analytical theory of law. Through the referendum and the definition of the *self*, the *I*, in the face of social contingencies, that the subject of law's position may be constituted.

The other theory that also presents a misconception, but even its contributions, is positivism. For Kelsen²⁴, the subject of law is a condition purely determined by the norm. There is a reduction of the figure to a complex of legal rules. The individual and the legal person are figuratively figurative entities of a reality expressed in the person (etymological), whose idea is only a personification of that unity. For Kelsen, therefore, legal duties and subjective rights are established by traditional norms and reduce the unitary problem of the person to a complex of rules.

In our view, the mistake seems to be the same as that of naturalism, where positivism considers the position of the subject of law as given. However, while naturalism is a condition of the very nature of individual, for positivism is a condition given by the norm.

The contribution of positivism is extracted from the correlation between individual and norm, where the norm act as recognition of the subjective claim, and not as a factor of arbitrary concession. In other words, the individual must build before the legal grammar its condition to become a subject of law. The standard norm will work as an instrument of grammatical and social consolidation to enter the individual in its sphere of action.

From these premises, a question arises: if there is no prior right because we reject naturalism, nor is there a constitutional attribution of personality via constituted law (according to Kelsen), then where is the right to claim individual justified?

The answer is far from simple. First of all, we need to talk about the subject of law definition; his linguistic designation. It is believed that the claim to the subject's condition has a very close correlation with naturalism. For the subject to claim something before the legal norm, *a priori* conditions must exist.²⁵ It is in this sense that naturalism finds its foundation. It is not, therefore, a simple claim or requisition.

Similarly, it is not a matter of merely granting this position according to positivist idealizations. Dialectic relations materialize the construction of individual in society. This dialecticism is essential for the development of identities that, in the future, will be horizons for the self. This already formed self can be built prior of the norm: the relationship of individual as a political, legal, and social agent. Therefore, for us, a right to complain is not visualized, since it does not exist. Its affirmative would result in a classic naturalistic opinion.

²³ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987; SILVA, S. S.; RODRIGUEZ, J. R. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019. p. 2969.

²⁴ KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. California: University of California Press, 1967.

²⁵ KANT, I. *Crítica da razão pura*. 5nd. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Here, we keep a dialogue between the right itself. As emphasized earlier, the subject is of law. This means that the individual has a structural correlation between the norm, the self, and society. The terminology subject epistemologically holds a meaning of subjection and dependence to law. However, as a result of social productions, this should not maintain a strict relationship of power and domination between its constituents. What is visualized is precisely the opposite, a place in which the individual assumes the subject's position, as a noun, through its political and social construct.

We believe that the main difficulty in realizing this is the extensive use of the subject of law in liberal humanist legal thought. Here, *fictio juris* is assumed that human beings are equal before the law and, therefore, have the same rights and obligations. This observation, however, cannot be easily visualized.

Within the legal norm, subjectivity and subjectification have different results depending on who is claiming it. In other words, some rights and duties for subjects of rights are determined for some and others not. The way this happens can be extracted from Foucault's reflections. The author makes a critique within the legal grammar, destining his attention to a critical or practical attitude for a resignification. This means that the target subject of normative power makes use of the normative tools at his disposal to modify them and construct himself. Foucaultian criticism is the art of not being governed, "a particular way of thinking, of saying, of acting equally, a special relationship with what exists, with what is known, what is done, a relationship with society, with culture, a relationship with others as well".²⁶ The subject of law in Foucault acts as a resistance to the system of normative domination for the construction of subjectivity itself.

The subject's inertia about the practice of criticism leads him to governmentalization, which is defined as a social practice of individual subjection by power mechanisms that claim a truth. Criticism has its importance from the moment the subject gives himself the right to "question the truth about its effects of power and power on his discourses of truth".²⁷ The subject is given the task of disassociation in truth politics. For Foucault, the control of power can be carried out by anti-authoritarian struggles that can affirm the right to be different, and to emphasize everything that makes subjects genuinely individual.²⁸ The subject, therefore, "suffers the effects of power, and it is from these effects that he can be identified and constituted as an individual".²⁹ For Foucault³⁰, the subject "is an effect of power and is, at the same time, to the same extent that it is his effect, his intermediary: power passes through the individual he has constituted".

The subject of law appears as resistance and, at the same time, a construction, from individual to law from the moment he exercises the power of domination over the persona and prevents him from using the practices of himself. The constitution of the subject of law in Foucault can be seen as a relationship of domination between the legal system aimed at normalization methods, where the individual reacts against them and builds itself up. There is an asymmetry between the social relations inscribed by the subject and the norm in which the former was constituted through practices contrary to a specific identity's coercive attribution.

The second reflection to be raised is that Foucault seems to be correct but in part. There is a correlational duality between those who subject themselves to someone, by control and dependence, as well as the transition of the subject to their autonomous synthesis, by a conscious step or self-knowledge, both of which, according to Foucault³¹, "suggests a form of power that subdues and makes subject". In this sense, Fou-

²⁶ FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica?* Seguido de A cultura de si. Lisboa: Texto & Grafia, 2015. p. 31.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica?* Seguido de A cultura de si. Lisboa: Texto & Grafia, 2015. p. 35.

²⁸ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. (org). *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 234.

²⁹ SILVA, S. S.; RODRIGUEZ, J. R. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019. p. 2997.

³⁰ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. (org). *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 35.

³¹ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. (org). *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 235.

cault tries to avoid the reduction of social plurality through the normalization system. An attempt is made to prevent standardization through standardization. It is up to the subject and only to him to pay attention to the forms of regulatory power to transform himself and control his definitive settlement. In short, the subject must integrate the right as the building agent of his claims and rights. This is the Foucaultian right. The process of the constitution of the subject of law must be emancipatory. There must be a counter situation of subjection and resistance to the power that is in demand at that moment. The recognition becomes legitimate from the moment that the law recognizes the claims constituted in the critical practice produced by the confrontation with the dominant discourses.

To attain the status of a subject of law, it seems necessary to go through that constitutive process. Before the social and legal grammar, one must demonstrate how his existence and capacities are essential and what possible rights can be attributed before the moment of his praxis. This legal position's simple granting praises the instrumental character and ignores years of contributions and class struggles for social emancipation.

However, Foucault seems to be mistaken in reducing the condition of a subject of law while being dominated by power. The constitution of social and legal relations also occurs through interspecies recognition. It is through this recognition that social groups have been constituted before legal and social grammar for centuries, and it will be the next procedure approached for a individual to consecrate the condition of the subject of law.

4 The process of recognition: from the subject of the right to the social individual

If we consider the emancipatory process as correct, we need to find a possibility of exercising the practice aimed at the factor under analysis within the legal norm. We must open spaces to include various corporate demands, including constructions of subjects to be emancipated.³² Legal grammar's naturalization aims only to maintain power and a particular project of society, preventing new social demands from being incorporated into the normative system. The practice against governamentalization occurs through the modification of legal grammar.³³

As the Law is represented by language, the semantic and syntactic aspects authorize the agent to use Wittgenstein's³⁴ language games to create general rules capable of recognizing the emancipatory process. This can happen because, according to Neumann, the ambiguity in legal forms allows the construction of a critical theory of Law. From this ambiguity and indetermination, the subject of Law removes the possibilities for the realization of his emancipatory potential. It is the Law itself that, within its legal norms, creates a space for autonomy for the subjects to manage their lives in society. "The critical potential of the indetermination of standard rules, therefore, means exploring the possibility of constant revision of traditional meanings".³⁵ The subject of Law, in this case, acts as the center of the democratic legal system for the exercise of his freedoms against the practice of being governed.

³² NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-83, jul./dez. 2014; NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 22, p. 107-154, 2013.

³³ SILVA, S. S.; RODRIGUEZ, J. R. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019. p. 2982.

³⁴ WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958; WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. București: Humanitas, 2001.

³⁵ SILVA, S. S.; RODRIGUEZ, J. R. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019. p. 2983.

This may require a syntactic and linguistic semantic domain on a human level, and that is why not all individuals will achieve this. However, the procedure of the subject of the right to social individual is not only reduced to the rational factor. As Law is a social and cultural construction, the reflexes of the insertion of a new individual in the category of the subject of Law must recognize the others already framed in this way. The norm is capable of disintegrating the status quo of things and emancipate the individual. Still, the legal institutions by themselves are not necessarily capable of guaranteeing those entities' autonomy before society. The existence of the emancipatory process for interspecies recognition becomes necessary. With the term interspecies, we want to avoid the name intersubjective, as expressed by Honneth^{36,37}. Scientific advances in neuroscience and psychology have failed to delimit the mind's nature with a high degree of accuracy. In simplest terms, we do not know what the mind is. It is assumed that subjectivity is tied with the biological aspect and that only natural individuals with a brain are capable of producing subjectivity.³⁸ Therefore, the use of intersubjective recognition terminology seems inappropriate in this scenario.

First, legal grammar does not require subjectivity as a requirement for the subject of the law's constitution. We can subsidize this affirmation in the existence of legal corporations that assume a fictitious condition of subjects in the legal sphere from a cultural demand and demand destined to the patrimonial protection of the subjects exercising the business activity. However, we have an apparent problem in this case. If the development of the individual as an emancipatory process is required before the legal system, how can a corporation (or any legal entity) be considered a subject of law?

In a more straightforward and direct response, under the patrimonial responsibility, only. The condition of individual a subject of law attributed to an entity that does not possess the domain of legal and moral grammar seems to be a secondary situation. By this, we mean that any individual who has these qualities and builds them up before the norm and the legal grammar tends to constitute himself as a subject of primary law - the true and real subject of law. Meanwhile, corporations take a position, not as politically active entities. Although they may represent action and interference in this field, it takes place indirectly. It is not the fictitious legal entity that uses the ballot boxes to exercise universal suffrage. It is not the legal entity that builds rights and duties against the hegemonic system of domination. It is the individual that possesses the linguistic domain and postulates it before the other oppressors.

The second point is that the law is the product of social forces, human activity. The legitimacy to emancipate an individual reaches its institutional reception from simple character constructions, without destroying its legal imputation. Subjectivity is not rejected. In its most objective aspect, any vision of the world must recognize first-person speech to complete its shape. Therefore, every accurate view that rejects subjectivity seems to be in error because the subjective is part of the world.³⁹

Thus, it is at the heart of the rationality of the right to the person as a center of imputation for domination and the possibility of democratic participation in the norms that govern his life. On a more abstract level, interspecies recognition is the second step that complements the emancipatory process about the State and society for the practice of acts that require responsibility and for the formation of political individuals. For a individual to be considered a subject of law, there must be a social dialogic articulation for this to occur, so that the emancipatory process gains strength from the observation of linguistic dominance and the

³⁶ “Moreover, because this relationship of recognition prepares the ground for a type of relation-to-self in which subjects mutually acquire basic confidence in themselves, it is both conceptually and genetically prior to every other form of reciprocal recognition. This fundamental level of emotional confidence - not only in the experience of needs and feelings, but also in their expression - which the intersubjective experience of love helps to bring about, constitutes the psychological precondition for the development of all further attitudes of self-respect”. HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts* (Studies in Contemporary German Social Thought). Cambridge: MIT Press, 1996. p. 107.

³⁷ “One is a self only among other selves. A self can never be described without reference to those who surround it”. TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989. p. 35.

³⁸ SEARLE, J. Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 3, n. 3, p. 417-424, 1980.

³⁹ NAGEL, Thomas. *The View from nowhere*. Oxônia: Oxford University Press, 1989.

practice of not being governed. This implies that the subject of law is also a political actor.

After recognition, we understand that there is a last process called personification in which the individual self-determines himself and his difficulties and transmutes his existence towards the norm.

5 Personification, subjectification and self-determination

If you recognize the condition of individual entitled to a particular actor, you can personify it—the attribution of legal personality functions as a dual mechanism. On the one hand, the subject of law as a political agent can use his condition as an institutional and social agent against practices that restrict choices and force individuals to an instrumental reason. By this, we mean that interpersonal mechanisms and incredibly subjective mechanisms serve as the heart of political freedom and enrich this constituent individual's social, moral, and legal horizons.

The subject of law contrasts the circumstances of intelligibility. Something Taylor calls the horizon⁴⁰. With this horizon, the subject defines and significantly alters society by suppressing or denying other backgrounds against which things acquire meaning for him. There is a laborious moral exercise in which judgments are made to build the individuals before society. In this case, we continue not adopting the persona's etymological constitution or the subject of law but an analytical disposition. The evaluative definitions of a sphere of open freedom occur according to self-centered criticism in an ideal choice that considers the possibility of defining identity in contrast with the knowledge that other things matter.

This plea before moral and legal grammar can be done differently depending on each subject of the law's constitutions. This, then, the personality may serve as a mold of material equalization for those members of the condition of the subject of law. But we do not mean that that is the rule. The point is that linguistic provisions take on a state of distinct meanings for one and not for the other. The law tends to affect certain subjects, and others do not. This is the result of the construction and the function of the personification.

The personification, therefore, is about the possibility of determining one's own moral and legal grammar. It differs from the process of subjectification in that it is the constitution of individual before the norm. Both occur in different phases. Subjectification precedes personification. The condition of the subject of law is constituted by emancipation. The personification attributes are precisely the quantity and quality of the rights and duties produced by the emancipatory process's demands. It is a dual relationship that serves its purpose.

We can highlight this process as dual because intersocial recognition can become secondary when subjectification and personification work together. That is why we say that although they are procedural provisions that characterize and shape the subject of law, only the first procedure is indispensable. But that does not mean that the others can be left aside. If we talk about this dual existence, social recognition may come to be consecrated later, but it must occur to complete the subject of law. If this recognition process is not carried out during the dual relationship of subjectification-personification, the individual would only be used as an instrument of capital domination. This view can be found in Pachukanis.⁴¹

Thus, with the personification in its broad determination, it is intended to avoid certain instrumentalism of the subject of law's condition. It will serve as a condition for realizing the ideals in question before the distribution of rights and duties before the legal norm. The embodiment of agents living in dialogic

⁴⁰ “Rather the claim is that living within such strongly qualified horizons is constitutive of human agency, that stepping outside these limits would be tantamount to stepping outside what we would recognize as integral, that is, undamaged human personhood”. TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989. p. 27.

⁴¹ PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

conditions forms a specific way of constituting the subject of law to give meaning to life as a history that is visualized in the past and represented by future projects. Therefore, although the recognition may be a phase provisionally transposed, its configuration must happen at some point, because the constitution of the grammar in its universal terms intends to avoid an instrumental individualistic relationship before the other constituted subjects.

Therefore, personification only becomes coherent when there is a condition of the subject of law. For non-human animals to be possessed of personality, we must necessarily frame them as subjects of law. The foundation used focuses on the grammatical and interspecies relationship of the process of the individual's emancipation. The personality is of no use if not for the execution of existential and patrimonial rights and obligations. The mere attribution without observation of the Procedural Theory elaborated here seems to be dissonant from the development of the subject of law.

However, it does not mean that such animals are not susceptible to protection. A distinction must be made between animal rights and the duty to preserve the environment. As animals are part of a specific country's fauna, one can verify, for example, in the Brazilian constitution in its art. 225, §1º, VII, the environmental protection destined to these beings. They are not entitled to protection. As component beings of the environment, it is possible to use the environmental norms to accomplish their protection concretely. It includes the argument that prohibits the practice of mistreatment against these beings. Thus, there seems to be no historical, legal, or critical coherence for recognizing legal subjectivity for a being that does not have the rational argumentative and discursive capacity. This capacity is considered by us to be the main attribute of practices against government and oppression against the law. In the same sense, the recognition of personhood is related to the subjective sphere essentially linked to the dual exercise of rights and duties (a dyadic relation).

6 Final Considerations: should non-human animals be Subject of Law?

The reflections carried out in this work were focused on the response to two research problems. The first one is: what it is like to be a subject of law. With this, we intend to understand how the subject of law is formed and how it is built before legal grammar. As we recognize the law as a linguistic, political, and social phenomenon, individuals who acquire the subject of law need a reasonable linguistic mastery condition. To answer this question, we have initially elaborated on the procedural theory of the subject of law. For this theory, three processes must be observed: the emancipation process, the recognition process, and the personification, subjectification, and self-determination process. We intend to demonstrate how these processes affect the legal being's constitution and how it could be applied to non-human animals.

As expressed in the emancipation process, the individual who still does not possess the identification of the subject of law, through linguistic and political-social practices, rebels against the dominant norm and governance practices. Through this practice, the individual builds his subjectivity before the legal norm. There is no a priori condition as expressed by jusnaturalism or a situation merely granted according to positivism. It is the being that is socially constructed towards the law and forms its subjectivity before the legal system.

Through this process, we note a significant contribution: the status of the subject of law can only be granted to those who master legal grammar and act rationally. Therefore, with this, we can answer the second question: are there non-human animals subject of law? We understand that no, since the rational and essentially linguistic domain focuses on the human species. This does not mean that we are defending an anthropocentric criticism. On the contrary, we recognize in our theory that if an individual being, be it a non-human animal or non-biological being, dominates the legal grammar and the processes of rationalization to plead before the norm, his condition of the subject, he can do so. Thus, if a specific non-human

animal manages to develop a considerable rational-linguistic capacity to construct its subjectivity before the law against domination practices, it will be able to conclude the emancipatory process. Here, we take a view of law as something essentially political-discursive.

Likewise, the recognition process will be part of the complete establishment of the subject of law to the extent that the subjectivity acquired by the being through the law will be analyzed and recognized by other subjects of law. Here we use the term interspecies precisely because of the existence of the possibility of non-human animals and non-biological beings (such as AI) to possibly be able, in the long run, to master the linguistic-argumentative-discursive aspect of the norm and acquire subjectivity by themselves. Hence, interspecies recognition tends to increase the credibility of the condition of the premature subject of law before the legal norm to complete its cycle with the process of subjectification and personification.

With the attribution of personality, we understand that the subject of law is complete and apt to act both in law and in duty. Hence, the process of recognition and attribution of personality, which is essentially linked to the norm itself, will complete the being. Thus, it is not enough to grant personality to a being who has not even gone through emancipation. Since this individual does not master the rational linguistic processes, the rights and duties will have been in vain. His personality, at this moment, becomes symbolic and dispensable. Thus, any non-human animal or any non-biological being who acquires personality without going through the emancipatory process is only being used as symbolism within the legal norm. In no way will its protection be amplified by the attribution of this condition due to its exercise's impossibility or reduced due to a condition that could be attributed to other legislations.

Therefore, it is not denied that animals deserve protection. It is interpreted that the contemporary scenario, under the viewpoint of the critical theory of law, does not authorize the granting of subjectivity because it is not something "given" but conquered. The animalist protection can occur significantly based on environmental legislation, as consecrated in the Brazilian constitution in its art. 225, §1º, VII. In our opinion, the protection is not improved at all by the simple concession of the condition of the subject of law. What we see is only an increase in unjustified legal contingencies that would make it even more challenging to apply the complex rules in the personality scope that we have today.

Thus, the present work's contribution is precisely to propose a theory that allows the insertion of other subjects within the legal subjectivity, as long as duly exemplified and worked processes are followed. It is hoped that the discussions initially brought forward may foster later discourses and questions.

References

- CLAVERO, Bartolomé. *Princípio Constitucional: el individuo em Estado*. In: CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution: cultura e lengua constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- COTTA, Sérgio. *Persona. Diritto, Persona, Mondo Umano*. Torino: Giappichelli, 1989.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2004.
- DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 119- 121, jan. 2006.
- EUROPEAN UNION. *Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), for a proposal of giving personality to artificial intelligence*. Available in: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html. Accessed in: 11 set. 2020.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd. New York: Oxford University Press, 2011.

- FOUCAULT, Michel. *O que é a crítica?* Seguido de *A cultura de si*. Lisboa: Texto & Grafia, 2015.
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert L. (org.). *Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Editions Gallimard, 1997.
- HACHEM, D. W.; GUSSOLI, F. K. Do animals have the ownership of rights in Brazilian law? *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 141-172, set./dez. 2017.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel Derecho, 1987.
- HERVADA, Javier. *O que é o direito?* a moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts (Studies in Contemporary German Social Thought)*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- KANT, I. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. California: University of California Press, 1967.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- MARTINS-COSTA, J. Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Philia&Filia*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-95, 2010.
- NAGEL, Thomas. *The View from nowhere*. Oxônia: Oxford University Press, 1989.
- NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-83, jul./dez. 2014.
- NEUMANN, Franz. O conceito de liberdade política. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 22, p. 107-154, 2013.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- REGAN, Tom. *The Case for Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983.
- SEARLE, J. Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 3, n. 3, p. 417-424, 1980.
- SETTANNI, G.; RUGGI, M. Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema. *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019.
- SILVA, S. S.; RODRIGUEZ, J. R. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019.
- SINGER, P. *Animal Liberation*. New York: Harper Collins, 2002.
- TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: É Realizações, 2011.
- TAYLOR, Charles. *The Sources of the Self*. Massachusetts: Harvard University Press, 1989.
- VALLAURI, L.L.; Testimonianze, tendenze tensioni del diritto animale vigente. In: CASTIGNONE, Vallauri, L. L. (curr.). *La questione animale*. Milano: Giuffrè, 2012.
- WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. București: Humanitas, 2001.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Os “animais de produção”
para alimentação humana e o
direito constitucional ambiental
e ecológico: paradoxos ético-
jurídicos**

**The “production animals” for
human food and environmental
and ecological constitutional
law: ethical-legal paradoxes**

Juliane Caravieri Martins

Cicília Araújo Nunes

Os “animais de produção” para alimentação humana e o direito constitucional ambiental e ecológico: paradoxos ético-jurídicos*

The “production animals” for human food and environmental and ecological constitutional law: ethical-legal paradoxes

Juliane Caravieri Martins**

Cicília Araújo Nunes***

“Reconectar-se com a teia da vida significa construir, nutrir e educar comunidades sustentáveis, nas quais podemos satisfazer nossas aspirações e nossas necessidades sem diminuir as chances das gerações futuras. Para realizar essa tarefa, podemos aprender valiosas lições extraídas do estudo dos ecossistemas, que são comunidades sustentáveis de plantas, de animais e de micro-organismos. Para compreender essas lições, precisamos aprender os princípios básicos da ecologia. Precisamos nos tornar, por assim dizer, ecologicamente alfabetizados”.

Fritjof Capra¹

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar quais são as consequências do atual modelo de produção animal em relação às condições ambientais e com base na perspectiva do bem-estar animal. A pesquisa é norteada pelo paradigma biocêntrico/ecocêntrico adotado pela Constituição Federal de 1988, pautando-se nos preceitos do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico. Inicialmente, analisaram-se os impactos ambientais inerentes ao modelo atual de produção de carne animal em larga escala; posteriormente, destacou-se a necessidade de proporcionar tutela mais efetiva aos animais não humanos em decorrência de sua senciência e dignidade; por fim, revelaram-se as reais condições de vida degradantes dos animais destinados ao consumo humano e desmistificou-se a ideia do “abate humanitário”. Como metodologia científica, a pesquisa utilizou o método dialético e a técnica de pesquisa bibliográfico-exploratória. A conclusão do estudo evidencia a urgência de reconhecer os animais como detentores de direitos fundamentais e dignidade, sendo inadmissível a manutenção da concepção dos animais enquanto coisas. A relevância do estudo se evidencia diante da premência de alteração do paradigma atual do modelo de produção animal em razão da necessidade de alinhamento às diretrizes do Estado Socioambiental assegurado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Animais. Senciência. Dignidade. Meio Ambiente. Alimentação.

* Recebido em 28/07/2020
Aprovado em 25/01/2021

** Professora Adjunta da Faculdade de Direito (graduação e mestrado) da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutora em Ciências da Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP), Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas e Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8784-7914>. E-mail: jcaravieri@ufu.br

*** Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), na área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4013-2070>. E-mail: cicilia_nunes@hotmail.com

¹ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate what are the consequences of the current animal production model in relation to environmental conditions and from the perspective of animal welfare. The research is guided by the biocentric/ecocentric paradigm adopted by the Federal Constitution of 1988, based on the precepts of Environmental and Ecological Constitutional Law. Initially, the environmental impacts inherent to the current model of large-scale animal meat production were analyzed; subsequently, the need to provide more effective guardianship to non-human animals was highlighted due to their sentience and dignity; finally, the real degrading living conditions of animals destined for human consumption were revealed and the idea of “humane slaughter” was demystified. As a scientific methodology, the research used the dialectical method and the bibliographic-exploratory research technique. The conclusion of the study highlights the urgency of recognizing animals as having fundamental rights and dignity, and it is unacceptable to maintain the conception of animals as things. The relevance of the study is evident in view of the urgency of changing the current paradigm of the animal production model due to the need for alignment with the guidelines of the Social and Environmental State ensured by the Federal Constitution.

Keywords: Animals. Sentience. Dignity. Environment. Food.

1 Introdução

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, no seu art. 225, §1º, inciso VII a proteção da fauna e da flora, vedando, na forma da lei, as práticas que colocassem em risco a função ecológica, provocando a extinção de espécies ou submetendo os animais a atos de crueldade. Adotou-se, assim, o *paradigma biocêntrico/ecocêntrico* na conformação do Estado Socioambiental a partir de 1988, que conferiu valor intrínseco a todas as formas de vida, humanas e não humanas. Incorporado ao texto constitucional pátrio, tal paradigma permitiu a sistematização do *Direito Constitucional Ambiental e Ecológico*, de cunho multidisciplinar, buscando a resolução de desafios ambientais locais, regionais e globais, inclusive no caso da produção de carne animal para a alimentação humana.

Todos os seres vivos no planeta possuem o direito à vida e o direito a viver com dignidade dentro das peculiaridades inerentes à sua espécie. O ser humano (*homo sapiens*) deve abandonar a sua concepção antropocêntrica do mundo, pois não é superior aos animais e ao meio ambiente, não podendo deles dispor como bem lhe aprouver, caso contrário, o futuro da vida humana em *Gaia* estará seriamente ameaçado. A preservação do meio ambiente possui nítida feição temporal, pois o aumento abusivo e indiscriminado no uso dos recursos naturais e dos animais impactará em escassez e dificuldades ao longo do tempo para as futuras gerações.

Nesse contexto, o atual modelo de produção animal — direcionado pelo agronegócio em detrimento da produção familiar — impacta severamente as condições ambientais do planeta. Trata-se de um modelo de produção capitalista que interfere nas condições climáticas, provoca o desmatamento, intensifica o aquecimento global, utiliza uma quantidade exorbitante de recursos hídricos, causa danos ao solo, às águas e ao ar. Além dos impactos ambientais, o modelo de produção animal desconsidera os parâmetros éticos relativos ao bem-estar animal, mormente desconsiderando sua condição de seres sencientes ao priorizar, de forma clara e absoluta, os interesses econômicos em detrimento da vida e da dignidade dos animais não humanos.

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar, de maneira científica, e com base em estatísticas oficiais, quais são as consequências do atual modelo de produção animal em relação às condições ambientais e sob a perspectiva do bem-estar animal. Além disso, o Direito Constitucional Ambiental e Ecológico — que se fortaleceu com a Constituição de 1988 — deve conceder maior efetividade à proteção da vida animal,

respeitando suas peculiaridades. O intuito é demonstrar, com mais clareza, as condições impostas por esse modelo de produção capitalista ao ambiente e à própria vida animal para que as pessoas possam, de maneira consciente, fazer suas escolhas sobre o uso de animais na alimentação amparadas no paradigma biocêntrico/ecocêntrico. Como metodologia científica, este estudo utilizou o método dialético e a técnica de pesquisa foi a bibliográfico-exploratória.

Assim, o presente trabalho dividiu-se em três partes. Primeiramente, analisaram-se os impactos ambientais da produção de carne animal em larga escala que é empreendida no modelo capitalista, mormente no âmbito do agronegócio. Em sequência, apreendeu-se o atributo da vida e da dignidade dos seres sencientes no planeta Terra, enfocando, a partir do paradigma biocêntrico/ecocêntrico e do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico, a necessidade de tutela mais efetiva aos animais não humanos. Por fim, adentrou-se no estudo da produção de carne para o consumo humano, em especial, dos assim chamados “animais de produção” e o abate intitulado “humanitário” que, na realidade, não o é, pois impõe estresse e sofrimento aos animais no momento da sua morte, os quais, desde o seu nascimento, são fadados a maus tratos e tratamentos cruéis e degradantes.

Portanto, o estudo analisou a necessária mudança de tratamento aos animais não humanos no ordenamento jurídico pátrio, reconhecendo a personalidade jurídica inerente à sua condição de seres vivos sencientes com fulcro no paradigma biocêntrico acolhido na Constituição de 1988, não exaurindo os questionamentos em relação ao tema ora debatido.

2 Os impactos ambientais da produção capitalista de carne animal

O capitalismo é o sistema que mais desenvolveu as forças produtivas da humanidade e mais estimulou o crescimento econômico. Porém, simultaneamente, se transformou no sistema com maior impacto negativo no meio ambiente com efeitos destrutivos sobre o capital natural da Terra².

A degradação ambiental tem aumentado de forma exponencial. O progresso econômico ocorre às custas da regressão do capital natural. O IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas), da Organização das Nações Unidas (ONU), num relatório de 2019³ produzido por mais de 100 especialistas, de 36 países, sobre as mudanças climáticas no mundo, indicou a necessidade de se adotar mudanças em relação ao meio ambiente no intuito de garantir condições ecológicas adequadas. Eventos climáticos que ocorriam uma vez a cada século devem passar a acontecer a cada dois anos, as águas estão aquecendo, o gelo está derretendo de forma acelerada, o nível dos oceanos está subindo, e todas essas modificações impactam a vida dos seres vivos do planeta⁴.

Há, aproximadamente, 670 milhões de pessoas vivendo em regiões montanhosas e 680 milhões habitando zonas baixas próximas à costa, tais indivíduos dependem diretamente desses ecossistemas. Conforme esclarece Hoesung Lee, presidente do IPCC, o mar aberto, o Ártico, a Antártida e as montanhas podem parecer distantes para muitas pessoas, mas o mundo depende desses ecossistemas e é influenciado por eles de diversas maneiras⁵.

² ALVES, José Eustáquio Diniz. Sustentabilidade, aquecimento global e o decrescimento demo-econômico. *Revista Espinhaço*, p. 4-16, jun. 2014. p. 4. Disponível em: <http://www.revistaespinhaco.com/index.php/journal/article/view/44/42> Acesso em: 12 abr. 2020.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 10 abr. 2020.

O nível dos oceanos subiu 15 centímetros no século XX, contudo, atualmente os oceanos estão subindo com o dobro da velocidade, aproximadamente 3,6 milímetros por ano, e o ritmo está aumentando. Caso as condições ambientais não sejam modificadas, os oceanos devem subir entre 30 a 60 centímetros até ao final do século XXI⁶.

É importante compreender a relação entre o aumento da temperatura terrestre e a agropecuária. Os gases de efeito estufa (GEE) são fundamentais para garantir o equilíbrio climático do planeta, pois consistem em compostos gasosos que aprisionam calor na atmosfera, processo indispensável para a viabilidade da vida terrestre de inúmeras espécies. Contudo, o excesso de emissão de gases de efeito estufa na atmosfera provoca o aumento desequilibrado da temperatura média do planeta⁷. Diante desse cenário, questiona-se: *qual é a relação entre o aquecimento global e o modelo de produção bovino?*

A agropecuária emite grandes quantidades de gases de efeito estufa oriundos de gases provenientes da digestão do gado, o desmatamento também aumenta a produção bovina e o uso de fertilizantes se expande⁸. De acordo com o relatório do IPCC, o desmatamento e a agropecuária respondem por 23% das emissões de gases de efeito estufa responsáveis pelo aquecimento global. A exploração de recursos naturais não tem precedentes, as atividades humanas afetam mais de 70% de toda a superfície terrestre não coberta de gelo e 1/4, aproximadamente, está sujeita à degradação induzida pelo homem⁹.

Conforme os dados do IBGE, o rebanho brasileiro está estimado em 218 milhões de cabeças de gado. Cada boi ou vaca produz de 250 a 500 litros de metano por dia. O potencial poluente do metano é 25 vezes superior ao do gás carbônico. A emissão do bilionário volume tóxico de metano soma-se à derrubada de vegetação nativa para a abertura de pastos. Ao reduzir o número de árvores, que são responsáveis por absorver grandes quantidades de gás carbônico durante a fotossíntese, ocorre o aumento da quantidade de poluentes na atmosfera¹⁰.

De acordo com Odo Primavesi, os pecuaristas precisam “fazer as pazes” com as árvores. As árvores, ainda, são associadas à ideia de prejuízo, pois dificultam a visão sobre a propriedade, escondem fugas e roubos. Também são indicadoras de áreas improdutivas, atraem raios e atraem a fúria dos guardiões da legislação ambiental¹¹.

Contudo, esclarece Odo Primavesi, é necessário mudar esses conceitos, tendo em vista que as árvores, quando manejadas corretamente, trazem inúmeros benefícios aos próprios pecuaristas. As árvores garantem a estabilização da umidade relativa do ar, diminuem a amplitude prejudicial de temperatura (amortecem ondas de calor e evitam quedas intensas de temperatura), propiciam chuvas convectivas mais suaves e permitem que o solo seja mais permeável e armazene mais água da chuva. Além disso, as árvores também são fonte adicional de renda, tais como: árvores frutíferas, para lenha, celulose e outros propósitos¹².

Nesse sentido, Odo Primavesi sustenta que o pecado capital da pecuária bovina extensiva brasileira é o amorismo inconsequente com a destruição do capital natural e dos serviços ambientais essenciais. Os

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global*. 2019. Disponível em: <https://ne.ws.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Energia e aquecimento global*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/energia-e-aquecimento-global>. Acesso em: 11 abr. 2020.

⁸ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Energia e aquecimento global*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/energia-e-aquecimento-global>. Acesso em: 11 abr. 2020.

⁹ 1/5 DO EFEITO estufa vem de desmate e agropecuária. *O Estado de S. Paulo*, 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/1-5-do-efeito-estufa-vem-de-desmate-e-agropecuaria/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹⁰ ONU alerta que a humanidade precisará consumir menos carne: entenda. *Revista Galileu*, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/08/onu-alerta-que-humanidade-precisara-consumir-menos-carne-entenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹¹ PRIMAVESI, Odo. *A pecuária de corte brasileira e o aquecimento global*. 2007. p. 31. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/47808/1/Documentos72.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹² PRIMAVESI, Odo. *A pecuária de corte brasileira e o aquecimento global*. 2007. p. 31. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/47808/1/Documentos72.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

prejuízos afetam o produtor, a nação e o planeta¹³.

Tudo isso indica que o capitalismo e a defesa do meio ambiente funcionam por meio de lógicas diferentes e contraditórias. A lei máxima do capitalismo é a competição ou concorrência. As palavras-chaves são: explorar, dominar, padronizar, maximizar, crescer, produzir, utilizar, consumir, avançar, desenvolver, etc. Já a lei máxima da preservação da natureza é cooperar e as palavras-chaves são: proteger, conservar, minimizar os danos, recuperar, vivificar, reintegrar, diversificar, respeitar, manter fora do ciclo econômico, etc. [...] As atividades antrópicas do capitalismo já ultrapassaram a capacidade de regeneração da Terra¹⁴.

É importante pontuar que a expansão territorial para as atividades da pecuária não se restringe à destinação de espaços para os animais viverem. Conforme indica o relatório da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO-ONU), metade dos grãos produzidos no planeta é utilizada para os 70 bilhões de animais criados para a alimentação humana¹⁵.

A devastação ambiental da agropecuária não se resume aos prejuízos ao ar e ao solo. O dano hídrico é imenso. De acordo com a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), são necessários 15 mil litros de água para gerar um quilo de carne bovina¹⁶. Considerando a dependência absoluta da vida à água, tornam-se urgentes e indispensáveis as mudanças dos modelos atuais de produção alimentar.

Diante da intensificação da produção de alimentos em escala global, a suinocultura é um ramo que também assume destaque no cenário atual. O sistema intensivo, amplamente utilizado, gera o aumento da produtividade e reduz os custos de produção, porém potencializa a geração de dejetos¹⁷. De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil abateu 44,2 milhões de suínos em 2018¹⁸. Em 111 dias de confinamento, um suíno gera aproximadamente 540 litros de dejetos e consome cerca de 760 litros de água¹⁹.

Os produtores enfrentam dificuldades para gerenciar a grande quantidade de dejetos liberada pelos suínos, tendo em vista que muitas propriedades não são equipadas adequadamente para armazenar e tratar tais dejetos²⁰. Sendo assim, o modelo de produção utilizado na suinocultura também propicia a elevação de danos ambientais, causa desconforto para a população local em virtude da proliferação de insetos e odores, além de provocar problemas sanitários pela contaminação da água e do solo²¹.

¹³ PRIMAVESI, Odo. *A pecuária de corte brasileira e o aquecimento global*. 2007. p. 33. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/47808/1/Documentos72.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

¹⁴ ALVES, José Eustáquio Diniz. Sustentabilidade, aquecimento global e o decrescimento demo-econômico. *Revista Espinhaço*, p. 4-16, jun. 2014. p. 6. Disponível em: <http://www.revistaespinhaco.com/index.php/journal/article/view/44/42>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁵ ONU alerta que a humanidade precisará consumir menos carne: entenda. *Revista Galileu*, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/08/onu-alerta-que-humanidade-precisara-consumir-menos-carne-entenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *FAO: mundo utiliza 15 mil litros de água para produzir um quilo de carne*. 2012. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2012/03/1400671-fao-mundo-utiliza-15-mil-litros-de-agua-para-produzir-um-quilo-de-carne>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁷ GUERINI FILHO, M. *et al.* Análise do consumo de água e do volume de dejetos na criação de suínos. *Revista Brasileira de Agropecuária Sustentável (RBAS)*, v. 5, n. 2, p. 64-69, dez. 2015. p. 65. DOI: <https://doi.org/10.21206/rbas.v5i2.293>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/rbas/article/view/2876>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁸ RENAUX, Pedro. *Abate de suínos aumenta 2,4% e atinge recorde em 2018*. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23990-abate-de-suinos-aumenta-2-4-e-atinge-recorde-em-2018>. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁹ GUERINI FILHO, M. *et al.* Análise do consumo de água e do volume de dejetos na criação de suínos. *Revista Brasileira de Agropecuária Sustentável (RBAS)*, v. 5, n. 2, p. 64-69, dez. 2015. p. 67-68. DOI: <https://doi.org/10.21206/rbas.v5i2.293>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/rbas/article/view/2876>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²⁰ GONÇALVES, R. H.; MACIEL, C. A. C. Efeitos do bio-sólido de suinocultura em latossolo e na produção de feijão. *Engenharia na Agricultura*, Viçosa, v. 16, n. 2, p. 248-256, abr./jun. 2008. p. 249. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/reveng/article/view/18/15>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²¹ GUERINI FILHO, M. *et al.* Análise do consumo de água e do volume de dejetos na criação de suínos. *Revista Brasileira de Agropecuária Sustentável (RBAS)*, v. 5, n. 2, p. 64-69, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.21206/rbas.v5i2.293>. p. 65. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/rbas/article/view/2876>. Acesso em: 10 abr. 2020.

De acordo com Hans-Otto Pörtner — copresidente de um grupo do IPCC —, “seria de fato benéfico, tanto para o clima quanto para a saúde humana, se as pessoas de muitos países ricos consumissem menos carne, e se as políticas locais tivessem incentivos para esse efeito”²².

Analisando o cenário demonstrado, verifica-se que o modelo de produção animal atualmente utilizado causa impactos ambientais gravíssimos, sendo, portanto, insustentável em longo prazo — especialmente ao se considerar que a demanda por alimentos irá aumentar cada vez mais, de maneira proporcional ao crescimento da população mundial.

Na atualidade, a alimentação é a alavanca mais forte para otimizar a saúde humana e a sustentabilidade ambiental no planeta. Contudo, nos contornos atuais de produção, há ameaças às pessoas e ao planeta. A humanidade possui o imenso desafio de fornecer, à população mundial crescente, dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis²³.

Com o intuito de atender a essa necessidade crítica, a Comissão EAT-Lancet convocou 37 cientistas de renome de 16 países em várias disciplinas — incluindo saúde humana, agricultura, ciências políticas e sustentabilidade ambiental — para desenvolver alvos científicos globais para dietas saudáveis e produção sustentável de alimentos. O intuito é estabelecer metas científicas universais para o sistema alimentar que se aplicam a todas as pessoas e ao planeta²⁴. É importante pontuar que a *Revista The Lancet* é a mais importante na área de ciências médicas, de acordo com José Eli da Veiga – Professor Sênior da Universidade de São Paulo²⁵. Nesse sentido, Walter Willett, médico, professor em Harvard e membro dessa comissão, esclarece que:

A transformação para dietas saudáveis até 2050 vai exigir mudanças substanciais na dieta. O consumo geral de frutas, vegetais, nozes e legumes terá que duplicar, e o consumo de alimentos como carne vermelha e açúcar terá que ser reduzido em mais de 50%. Uma dieta rica em alimentos à base de plantas e com menos alimentos de origem animal confere benefícios à saúde e ao meio ambiente²⁶.

A Comissão EAT-Lancet concluiu que a mudança alimentar global é necessária, recomendando o aumento do consumo de alimentos à base de plantas — incluindo frutas, legumes, nozes, sementes e grãos integrais — e a redução substancial de alimentos de origem animal. Para a comissão, esse compromisso conjunto pode ser alcançado por ações que tornem os alimentos saudáveis mais disponíveis, acessíveis e mais baratos no lugar de alternativas não saudáveis; por meio de informações de saúde pública e educação sobre sustentabilidade; bem como pelo uso de serviços de saúde para fornecer aconselhamento e intervenções dietéticas²⁷.

De acordo com François Ost²⁸, a humanidade perdeu o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza. Assim como qualquer outra espécie natural, o homem, apenas por meio de sua presença, pesa sobre os ecossistemas que o abrigam. Como qualquer outro ser vivo, o homem retira recursos para garantir a sua sobrevivência e descarta matérias usadas. Porém, diferentemente de todas as outras espécies, o homem simboliza, forja uma representação da natureza que condicionará os usos que se achará autorizado a fazer dela. O homem imprime sua marca no planeta e transforma descomedidamente o mundo natural com

²² ONU alerta que a humanidade precisará consumir menos carne: entenda. *Revista Galileu*, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/08/onu-alerta-que-humanidade-precisara-consumir-menos-carne-entenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.

²³ COMISSÃO EAT-LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis*. 2019. p. 5. Disponível em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

²⁴ COMISSÃO EAT-LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis*. 2019. p. 5. Disponível em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

²⁵ VEIGA, José Eli da. Revista “The Lancet” é a mais importante na área de ciências médicas. *Jornal da USP*, 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/revista-the-lancet-e-a-mais-importante-na-area-de-ciencias-medicas/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

²⁶ COMISSÃO EAT-LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis*. 2019. p. 3. Disponível em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

²⁷ COMISSÃO EAT-LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis*. 2019. p. 21. Disponível em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

²⁸ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 10.

sua tecnologia²⁹. A modernidade transformou a natureza em um mero cenário no qual reina o homem, que se autoproclama “dono e senhor”³⁰.

Conforme sustenta François Ost³¹, o meio injusto não é fruto do acaso ou da fatalidade; ele resulta, pelo contrário, de desequilíbrios econômicos e sociais absolutamente identificáveis. A responsabilidade em relação às gerações futuras e a elaboração de um patrimônio natural comum começam aqui e agora. As futuras gerações não possuem outro advogado de defesa que não o cidadão, o utilizador e o consumidor que nós somos.

Preservar os meios naturais em seus melhores níveis é um ato de respeito ao planeta e às futuras gerações, trata-se de levar a universalização intrínseca ao ideal dos direitos do homem até os limites extremos, no tempo e no espaço. Significa “passar do amor por si mesmo ao do próximo, e do próximo ao longínquo”³².

3 O respeito à vida e a dignidade dos seres sencientes pelas presentes e futuras gerações à luz do direito constitucional ambiental e ecológico

O atributo da vida não é exclusividade do ser humano, sendo condição inerente a todo e qualquer ser vivo no planeta Terra, seja animal ou vegetal, capaz de manter os organismos em autoprodução do nascimento até a morte. Segundo Nicola Abbagnano³³, a vida é a “característica que têm certos fenômenos de se produzirem ou se regerem por si mesmos, ou a totalidade de tais fenômenos”, pois os “seres vivos se movem, se nutrem, crescem, se reproduzem e morrem [...]”.

Todos os seres vivos no planeta possuem o direito à vida e o direito a viver com dignidade dentro das peculiaridades inerentes à sua espécie e de acordo com suas características. Entretanto, em razão de uma concepção antropocêntrica do mundo, desde os primórdios da civilização, o homem se considera “senhor” de todas as formas de vida (flora e fauna) que deveriam atendê-lo em seus intuitos econômico-utilitaristas. Porém, o homem — como ser racional que diz ser — tem o dever ético-jurídico de proteger as demais espécies animais e vegetais, respeitando sua vida na condição de bens jurídicos tutelados pelo Direito.

Ocorre que o racionalismo antropocentrista predominou por longo tempo na história, colocando o homem como a centralidade do mundo, ou seja, o sujeito central da *polis* e da *communitas*, influenciando a filosofia e as ciências naturais e humanas como se verifica no *Discurso do Método* (1637) de René Descartes que sedimentou, na quinta parte, a *Teoria do “Animal-máquina”*, preconizando que os animais eram meros autômatos destituídos de sentimentos, possuindo apenas corpo. A respeito desse pensador, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer³⁴ pontuam:

o filósofo francês defende a idéia de que os animais podem ser equiparados a máquinas móveis ou autômatos, já que, diferentemente do homem, que é composto de corpo e alma (e, portanto, nunca poderia ser identificado com uma simples máquina), apenas possuem corpo. Ao afirmar que os animais não possuem nenhuma razão e, portanto, tampouco valor intrínseco, Descartes abriu caminho para a separação entre ser humano e Natureza que até hoje marca a abordagem científica em quase todas as áreas do conhecimento, bem como para o processo de instrumentalização e apropriação da Natureza e dos recursos naturais, o que, em grande medida, tem nos conduzido ao atual estágio preocupante de degradação ambiental.

²⁹ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 30-31.

³⁰ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 10.

³¹ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 393-395.

³² OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 215.

³³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 1000-1001.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista de Direito Público-IOB*, n. 19, p. 7-26, jan./fev. 2008. p. 185.

As concepções cartesianas contribuíram para a consolidação do ser humano como o sujeito central de todas as preocupações científicas, filosóficas e jurídicas até a contemporaneidade em detrimento dos animais não humanos e do meio ambiente em geral, mas esse paradigma não mais se sustenta na atualidade³⁵. O cenário mundial contemporâneo impõe vários desafios à humanidade, como a manutenção do meio ambiente sadio e hígido, a sustentabilidade social e econômica dos países sem a ocorrência da degradação ambiental, o fim do extermínio sistemático de animais e biomas, o enfrentamento consciente das mudanças climáticas pelos países, enfim, é preciso superar a concepção antropocêntrica de mundo para que seja garantida a sobrevivência humana no planeta Terra, conforme enfatiza Fritjof Capra³⁶:

Toda a questão dos valores é fundamental para a ecologia profunda; é, de fato, sua característica definidora central. Enquanto que o velho paradigma está baseado em valores antropocêntricos (centralizados no ser humano), a ecologia profunda está alicerçada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra). É uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não-humana. Todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de nossa consciência cotidiana, emerge um sistema de ética radicalmente novo.

Dessa maneira, na função de gestor consciente do meio ambiente, o animal humano deve buscar a concretude da *equidade intergeracional* no intuito de que as riquezas naturais e os biomas herdados das gerações precedentes não sejam dissipados pela geração atual, mas possam ser transferidos para a geração sucessora, sendo uma das preocupações aventadas pelo Papa Francisco, em 24 de maio de 2015, na *Encíclica Laudato Si'* ao afirmar que a “[...] nossa casa comum [a mãe terra] se pode comparar ora a uma irmã, com quem partilhámos a existência, ora a uma boa mãe, que nos acolhe nos seus braços [...]”³⁷. Logo, a *equidade intergeracional* expressaria o sentimento de gratidão da geração presente aos seus antepassados, bem como o reconhecimento de deixar para a posteridade o legado recebido³⁸ em respeito à vida em geral e, principalmente, dos animais não humanos, pois o “homem, como ser racional, tem obrigação de proteger os Animais não somente para o bem-estar social e continuidade da vida sobre o planeta, mas também em razão do direito inerente a cada ser vivo”³⁹. Nesse sentido, são contundentes as assertivas de Ailton Krenak⁴⁰:

É terrível o que está acontecendo, mas a sociedade precisa entender que não somos o sal da terra. Temos que abandonar o antropocentrismo; há muita vida além da gente, não fazemos falta na biodiversidade. Pelo contrário. Desde pequenos, aprendemos que há listas de espécies em extinção. Enquanto essas listas aumentam, os humanos proliferam, destruindo florestas, rios e animais. Somos piores que a Covid-19. Esse pacote chamado humanidade vai sendo descolado de maneira absoluta desse organismo que é a Terra, vivendo numa abstração civilizatória que suprime a diversidade, nega a pluralidade das formas de vida, de existência e de hábitos.

Portanto, é imperiosa a mudança nas ações humanas a fim de reconhecer, proteger e implementar a concepção biocêntrica/ecocêntrica no tratamento conferido aos animais e à natureza, avançando na proteção da vida em todas as suas formas. Com base nessa perspectiva, o direito — como um dos instrumentos de proteção — deve se adequar a tal paradigma premente por meio de intensa regulação jurídica em diferentes campos, tais como: diversidade biológica, controle de agrotóxicos, organismos geneticamente modificados, poluição ambiental, a proteção da flora e dos animais em diferentes vertentes, inclusive a fim de atuar no

³⁵ Para análise pormenorizada sobre a mudança do paradigma antropocêntrico, consulte SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

³⁶ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 28.

³⁷ VATICANO. *Carta encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da casa comum*. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 31 mar. 2020.

³⁸ KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3.

³⁹ RODRIGUES, Daniele Tetü. *O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 61.

⁴⁰ KRENAK, Ailton. *O amanhã não está à venda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Disponível em: <http://www.zendobrasil.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Ailton-Krenak-O-amanha%CC%83-na%CC%83o-esta%CC%81-a%CC%80-venda-1.pdf-1.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

modelo de produção de carne animal utilizado na alimentação humana.

Nesse mister, o *Direito Constitucional Ambiental e Ecológico* possui papel preponderante, pois, sem o direito, seja no plano interno ou internacional, a sociedade tenderia a se desintegrar e haveria total anomia, inclusive nos intrincados caminhos da prevenção e proteção ao meio ambiente e aos animais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, o *Direito Constitucional Ecológico*:

[...] deve pautar-se por tal realidade planetária, o que, a nosso ver, impõe inclusive a discussão em torno de uma nova fase do seu desenvolvimento à luz de um novo paradigma ecocêntrico dada a magnitude dos desafios de ordem existencial relacionados ao atual “estado ambiental global”.⁴¹

Então, na atualidade, a proteção do ambiente e dos animais somente logrará maior efetividade com o amparo do *Direito Constitucional Ambiental e Ecológico* de cunho multidisciplinar, pois se pauta no paradigma biocêntrico que se consolidou com a Constituição brasileira de 1988, buscando a resolução de desafios existenciais locais, regionais e globais.

A Constituição trouxe extenso catálogo de direitos fundamentais arrolados no *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*⁴², dentre outros dispersos ao longo do texto constitucional, como no caso do meio ambiente e dos animais. Logo, a Constituição Cidadã permitiu a conformação de um Estado Socioambiental, dialogando com o paradigma biocêntrico, conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet⁴³:

[...] eu diria que não é à toa e não foi por coincidência que nosso constituinte de 1988 incluiu a proteção do ambiente na ordem social junto com o direito à previdência, à saúde, aos direitos culturais; enfim, a outras questões que sabemos. Poderia ser coincidência. Nem sempre se pode, realmente, afirmar que alguma coisa no projeto constitucional não tenha sido coincidência. Parece-me que isso não foi uma coincidência. Nossa Constituição é um sistema socioambiental, porque ela realmente, no meu sentir, aposta na proteção e na promoção integrada e harmônica das agendas social e ambiental.

Não se pode olvidar que a preservação do meio ambiente possui nítida feição temporal, pois o aumento abusivo e indiscriminado no uso dos recursos naturais e dos animais impactará em escassez e dificuldades ao longo do tempo para as futuras gerações. Deve preponderar a prevenção dos danos e riscos ambientais em todas as facetas nas quais o meio ambiente é compreendido: o meio ambiente natural ou físico (solo, água, ar, flora e fauna); o meio ambiente artificial (conjunto de edificações urbanas e rurais criadas artificialmente pelo homem); o meio ambiente cultural (patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico oriundo de obra humana) e, inclusive, o meio ambiente do trabalho (local onde as pessoas desempenham suas atividades laborativas remuneradas ou não). Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁴⁴ é deveras enfático nesse sentido:

Coube à Constituição — do Brasil, mas também de muitos outros países — repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos a longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não-uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora ou despreza a

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Do direito constitucional ambiental ao direito constitucional ecológico. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/direito-constitucional-ambiental-direito-constitucional-ecologico>. Acesso em: 27 mar. 2020.

⁴² Segundo Luigi Ferrajoli, “[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício”. FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 1, p. 22-35, jan./mar. 2014. p. 23-24.

⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

natureza, nem é a ela hostil.

Muito ao contrário, na Constituição, inicia-se uma jornada fora do comum, que permite propor, defender e edificar uma nova ordem pública, como será visto adiante, centrada na valorização da responsabilidade de todos para com as verdadeiras bases da vida, a Terra.

Então, sob o prisma do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico, o art. 225 da Constituição apresentou princípios norteadores da vida em todas as suas formas, incluindo os animais, dentre os quais se destacam: o princípio do desenvolvimento sustentável⁴⁵, o princípio do poluidor-pagador⁴⁶, o princípio da prevenção⁴⁷, o princípio da participação⁴⁸ e o princípio da ubiquidade⁴⁹, explicitando, ainda, um rol de direitos e deveres impostos ao Poder Público e à comunidade. Assim, à luz dessa perspectiva biocêntrica/ecocêntrica de proteção da vida, está se conformando no Brasil, após a Constituição de 1988, um Estado Socioambiental de Direito⁵⁰, fundamentado na *dignidade da vida em geral, incluindo os animais*, e não somente na dignidade da pessoa humana.

O art. 225, caput, da Constituição Federal, ao afirmar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado — bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida — é um direito de todos⁵¹, procurou alcançar todas as pessoas que residem no território brasileiro, sem distinção de sexo, idade, cor, nacionalidade etc. em respeito ao princípio da igualdade e de proibição de discriminação. A saúde está intrinsecamente relacionada ao meio ambiente, inclusive como direito fundamental (arts. 6º e 196 da Constituição) de todas as pessoas, sendo decorrente do próprio direito à vida.

O art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição, se direcionou especificamente para a proteção da fauna, vedando, na forma da lei, aquelas práticas que colocassem em risco a função ecológica, provocando a extinção de espécies ou submetendo os animais à crueldade. Assim, tal preceito se ancorou no paradigma biocêntrico ao conferir valor intrínseco às formas de vida não humanas, incluindo o bem-estar dos animais. No §1º do art. 225 da Constituição também se vislumbra o *dever geral de proteção ambiental* pelo Estado a partir de rol

⁴⁵ Esse princípio se encontra cristalizado no *caput* do art. 225 da Constituição, assegurando a todos um meio ambiente sadio e equilibrado, estabelecendo que o Poder Público e a coletividade devem preservá-lo e defendê-lo, assim, impõe a proteção da vida em todas as suas formas sob uma relação harmônica entre o homem e a natureza (flora e fauna). BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁴⁶ Está consagrado no art. 225, §3º, da Constituição que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. O poluidor deverá arcar com as despesas de prevenção de danos ao meio ambiente, havendo na norma um caráter preventivo (evitar a ocorrência de danos ambientais) e um caráter repressivo (ocorrido o dano ambiental, faz-se necessário sua integral reparação). BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁴⁷ Previsto no art. 225, *caput*, da Constituição, o princípio da prevenção é um *megaprincípio ambiental*, pois a comunidade como um todo deve possuir uma consciência ecológica para que seja estabelecida uma contínua prevenção aos danos ambientais, desenvolvendo-se uma política de educação ambiental, desde as crianças até os mais idosos, no intuito da proteção e da preservação de todas as formas de vida. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁴⁸ Esse princípio, também consagrado no *caput* do art. 225 da Constituição, dispõe que a defesa do meio ambiente é um dever do Estado e da sociedade civil, sendo uma ação conjunta de todos os cidadãos e do Poder Público. Entretanto, para a efetivação dessa ação conjunta, faz-se necessária a difusão na vida em comunidade da informação e da educação ambientais para a conscientização do povo acerca da preservação da vida. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁴⁹ Esse princípio evidencia que toda a ação — norma, atividade, política pública etc. — deve considerar o meio ambiente integrado com o homem (*“a teia da vida”*), no intuito de garantir a tutela constitucional da vida em todas as suas formas, não se dissociando o meio ambiente da comunidade e dos Estados, pois a degradação ambiental não possui fronteiras, atingindo todo o planeta Terra. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista de Direito Público-IOB*, n. 19, p. 7-26, jan./fev. 2008.

⁵¹ A expressão “todos” representaria os brasileiros e estrangeiros residentes no país, ou seja, a coletividade de pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

exemplificativo⁵² com o objetivo de garantir o meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A Constituição não se limitou a tutelar o meio ambiente no *Capítulo VI do Título VIII – Da Ordem Social*, mas o disciplinou de forma pontual ao longo de todo seu texto, promovendo a valorização da flora e da fauna em todas as suas formas. O art. 5º, inciso LXXIII, legitimou qualquer cidadão a propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O art. 23 estabeleceu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); e, por fim, preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).

O art. 24 da Carta Constitucional conferiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do meio ambiente, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); e responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético e histórico (inciso VIII). No art. 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente se converteu em princípio norteador da ordem econômica, estabelecendo o desenvolvimento econômico sustentável como desafio para o Estado Constitucional Ecológico.

Há, ainda, diversas normas infraconstitucionais que viabilizam a concretude do Estado Socioambiental, sobretudo na proteção dos animais não humanos, citando, como exemplo, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/1981) que foi recepcionada pelo texto constitucional de 1988. O art. 3º, inciso I, dessa lei sinaliza, numa perspectiva biocêntrica, 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*” acolhendo a proteção da vida em geral.

Não é possível dissociar a inter-relação entre o homem, o meio ambiente e os animais, pois há conexões profundas entre todos os seres vivos no planeta; as ações e as omissões do homem sobre o ambiente terão impactos para as presentes e as futuras gerações. É notório que a “natureza tem seus direitos. E responderemos (responsabilidade) às gerações vindouras pela Natureza que lhes entregamos”⁵³. De acordo com Ailton Krenak⁵⁴:

Quando despersonalizamos o rio, a montanha, quando tiramos deles os seus sentidos, considerando que isso é atributo exclusivo dos humanos, nós liberamos esses lugares para que se tornem resíduos da atividade industrial e extrativista. Do nosso divórcio das integrações e interações com a nossa mãe, a Terra, resulta que ela está nos deixando órfãos, não só aos que em diferente graduação são chamados de índios, indígenas ou povos indígenas, mas a todos.

Assim, à luz do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico, a concepção biocêntrica/ecocêntrica de proteção da vida permite o reconhecimento da dignidade dos animais não humanos e da vida em geral, pois

⁵² “Art. 225. [...] §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; 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; 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; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – 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”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

⁵³ MARCHIONNI, Antonio. *Ética: a arte do bom*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 202.

⁵⁴ KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 49-50.

“a própria vida, de um modo geral, guarda consigo o elemento dignidade, ainda mais quando a dependência existencial entre as espécies naturais é cada vez mais reiterada no âmbito científico, consagrando o que Fritjof Capra denominou de ‘teia da vida’ ”⁵⁵.

Quando se refere à dignidade, Nicola Abbagnano⁵⁶ menciona Immanuel Kant na Segunda Formulação do Imperativo Categórico, sistematizado na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, que dispõe: “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”.

A Constituição brasileira de 1988 ampliou esse imperativo kantiano para conceber um valor intrínseco a outras formas de vida não humanas, inclusive protegendo-as da ação do animal humano, refutando a visão exclusivamente instrumental dos animais⁵⁷. Logo, a dignidade não seria atributo exclusivo do homem, mas de todas as formas de vida existentes em *Gaia*, permitindo a tutela mais ampla para a preservação da flora e da fauna e da vida humana no planeta Terra.

Então, sob o amparo da Constituição, que possui força normativa e caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições⁵⁸, esse imperativo categórico deve ser utilizado no tratamento jurídico dispensado aos animais não humanos para reconhecer sua dignidade enquanto seres possuidores de sentiência, ou seja, seres capazes de sentir dor, sofrimento, angústia, alegria etc., devendo ser considerados como um fim em si mesmo. Assim, adota-se, neste artigo, o conceito de dignidade dos seres sensitivos preconizado por Tiago Fensterseifer⁵⁹:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser vivo sensitivo que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade humana, implicando, neste sentido, um complexo de direitos (dos animais humanos e não humanos) e deveres (dos seres humanos) que assegurem o animal sensitivo tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e com equilíbrio ecológico, além de propiciar e promover o seu desenvolvimento de forma livre e autônoma nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres vivos (presentes e futuros).

Então, todos os animais não humanos devem ser vistos como *um fim em si mesmo*, possuidores do valor *dignidade* e não como meros objetos descartáveis na sociedade humana em face do atributo da vida que lhes é inerente⁶⁰. O direito não pode validar ações e práticas humanas que façam uso dos animais como *coisas* ou

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista de Direito Público-IOB*, n. 19, p. 7-26, jan./fev. 2008.

⁵⁶ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326.

⁵⁷ A respeito da dignidade animal e da virada kantiana, consulte SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

⁵⁸ Segundo Konrad Hesse, “[...] resulta de fundamental importancia para la preservación y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución la interpretación constitucional. Esta se encuentra sometida al mandato de la realización óptima de la norma. Que dicho mandato no puede ser cumplido con los medios de la subsunción lógica o de la construcción conceptual es algo que se comprende por sí mismo. Si el Derecho, y en especial el Derecho constitucional, ve condicionada su eficacia por las concretas relaciones sociales, la interpretación no podrá entonces ignorarlas. Tendrá que apreciar estos condicionamientos y ponerlos en relación con el contenido normativo del precepto constitucional. La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa”. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.

⁵⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; TEIXEIRA NETO, João Alves e CIGERZA, Juliana. Experimentação em animais e direito penal: comentários dogmáticos sobre o art. 32, § 1º, da Lei nº 9.605/1998, e o bem jurídico “dignidade do animal”. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago (orgs.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 224.

⁶⁰ Inclusive a doutrina animalista já reconhece a existência de princípios próprios, tais como: a dignidade animal, o antiespecismo, a não violência e o veganismo na proteção dos animais sencientes de todas as espécies. Para maiores detalhes, consulte SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

bens, pois são seres sencientes detentores de *animus* (mente, psique ou psiquismo). Segundo Irvênia Prada⁶¹,

[...] a vertente “*animus*” pode ser identificada através de seus “*atributos*”, tais seja: inteligência, consciência, vontade, emoções, capacidade de julgamento e crítica de situações, capacidade de aprendizado, de elaboração de estratégias comportamentais, de planejamento de ações futuras etc. [...] Não se pode negar que existe uma enorme diferença, na atualidade, entre o conteúdo da mente do ser humano e a dos diferentes animais, porém não estamos autorizados [...] a traçar uma linha divisória, um “*rubição*” (limite bem preciso), separando completamente os animais humanos dos não humanos, quer em considerando a organização física dos corpos, quer levando-se em conta a existência do “*animus*”.

Portanto, os animais não humanos são detentores de *animus* e do valor *dignidade* e tais preceitos foram integrados na Constituição ao adotar o paradigma biocêntrico/ecocêntrico, tutelando a vida em geral e, em especial, os animais não humanos contra atos cruéis e de utilitarismo, mormente no caso dos, assim chamados, “animais de produção” — utilizados pelo ser humano nas dietas alimentares com uso de carne.

4 Os “animais de produção” e o abate (nada) humanitário

A partir da premissa de que os animais não humanos possuem vida e dignidade e, como demonstrado pela ciência, são seres sencientes⁶², não se pode considerá-los como simples *coisas* ou *bens* na forma simplista da norma civil, conforme exegese do art. 82, integrante do *Livro II – dos Bens*, ao incluí-los na categoria de bens móveis com movimento próprio (semoventes) e, ainda, na condição de bens fungíveis (art. 85, CC)⁶³.

O art. 445, §2º, do Códex Civil (CC), disciplina os vícios redibitórios ou ocultos no caso de venda de animais considerados defeituosos, permitindo sua devolução ou o abatimento no preço como se fossem coisas (art. 442, CC), evidenciando preconceito quando haja animais com algum tipo de deficiência. Segundo o art. 936 do CC, o dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. O inciso II do art. 1313 do CC estabelece que o proprietário ou ocupante do imóvel está obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente. Tais dispositivos apresentam o ser humano apenas como proprietário/detentor, enquanto deveria ser tutor/guardião dos animais que são classificados indevidamente como bens, desconsiderando-se a sua dignidade nas normas civis.

Ademais, o art. 1442, inciso V, do Códex Civil, dispõe que os animais do serviço ordinário do estabelecimento agrícola podem ser objeto de penhor agrícola. De igual maneira, o art. 1444 prevê que podem ser objeto de penhor pecuário os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios. O art. 1446 permite a substituição dos animais mortos por outros de mesma qualidade na condição de bens fungíveis. Por fim, o art. 1447 permite que possam ser objeto de penhor industrial e mercantil os animais utilizados na indústria, bem como aqueles destinados à industrialização de carnes e derivados.

⁶¹ PRADA, Irvênia. *A alma dos animais*. Matão: Casa Editora O Clarim, 2018. p. 60-61.

⁶² De acordo com Irvênia Luiza de Santis Prada e outros, “são palavras de Voitaire, 1694-1778 – ‘*Traité sur la Tolerance*’, Paris, Flammarion, 1989, p. 169-171: ‘...é preciso não ter jamais observado os animais para não distinguir neles as diferentes vozes da necessidade, da alegria, do temor, do amor, da cólera e de todos os seus afetos; seria muito estranho que exprimissem tão bem o que não sentem’. Assim, atendendo aos parâmetros expostos, da Ciência e da Ética, ao Princípio da Homologia, ao Código de Deontologia e de Ética Profissional do Médico Veterinário (Resolução CFMV n.º 322, de 15/01/81 cap. II, Art. 2º), ao Juramento do Médico Veterinário e à Legislação Pátria que protege os animais, há que se poupá-los de toda atividade passível de provocar-lhes sofrimento de qualquer tipo ou intensidade. Formas substitutivas de procedimentos que envolvem a vivência de dor/sofrimento de animais, nas mais diversas situações em que são utilizados, devem ser buscadas, pretendendo-se sempre preservar suas condições de bem-estar”. PRADA, Irvênia Luiza de Santis *et al.* Bases metodológicas e neurofuncionais da avaliação de ocorrência de dor/sofrimento em animais. *Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP*, v. 5, n. 1, p. 1-13, jan. 2002. p. 11).

⁶³ Segundo Nestor Duarte, “a fungibilidade é atributo próprio das coisas móveis, de modo que dessa classificação ficam excluídos os imóveis. São fungíveis as coisas móveis que apresentam equivalência com outras”. DUARTE, Nestor. Parte geral. *In: PELUSO, Cezar (coord.)*. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*; Lei n. 10406, de 10.01.2002; contém o Código Civil de 1916. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012. p. 82.

Então, o Código Civil de 2002, que substituiu a lei civilista de 1916, mesmo sendo publicado sob o paradigma biocêntrico adotado pela Constituição de 1988, não se preocupou em atribuir personalidade jurídica aos animais não humanos, mantendo-os como bens fungíveis. Entretanto, como assevera Eros Roberto Grau⁶⁴, “a interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. Logo, a tutela aos animais não humanos não pode estar dissociada dos preceitos existentes no texto constitucional com fulcro nas interpretações lógico-sistemática e conforme a Constituição.

Dessa maneira, por serem possuidores de vida e dignidade (art. 5º, *caput*, e art. 225, *caput*, e inciso VII do §1º da Constituição), os animais não humanos devem ser respeitados na qualidade de *sujeitos de direito*, posição que já se encontrava expressa na *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*⁶⁵, proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação (UNESCO), em 27 de janeiro de 1978, em Bruxelas na Bélgica.

Há diversos doutrinadores animalistas⁶⁶ brasileiros que defendem há tempos que os animais não humanos e a própria natureza, no vigente arcabouço jurídico pátrio, assumem a condição de sujeitos de direito. Daniel Braga Lourenço⁶⁷ discorre a esse respeito:

[...] A reprodução, mecânica e irrefletida, da visão de animais como coisas carece de qualquer compromisso com a realidade física e biológica dos seres sencientes, não devendo mais prosperar. Nessa linha, as normas protetivas dos animais individualmente considerados e da fauna (aspecto gregário/coletivo), ao ultrapassar esse superado entendimento, deveriam ser interpretadas como concessivas de efetivos direitos subjetivos aos animais. Essa mudança pauta-se numa exegese construtiva que teria por finalidade a tutela específica do interesse do próprio animal, como possuidor de valoração moral e jurídica intrínseca.

Laerte Fernando Levai⁶⁸ corrobora a personalidade jurídica dos animais:

O reconhecimento de que existe um direito dos animais, a par do direito dos homens, não se restringe a divagações de cunho abstrato ou sentimental. Ao contrário, é de uma evidência que salta aos olhos e se projeta no campo da razão. Ainda que nosso ordenamento jurídico aparentemente defraque apenas ao ser humano a capacidade de assumir direitos e deveres (no âmbito civil) e de figurar no pólo passivo da ação (no âmbito penal) — como se as pessoas, tão-somente elas, fossem capazes de integrar a relação processual na condição de sujeitos de direito — podem ser identificados imperativos éticos que, além da perspectiva biocêntrica, se relacionam ao bem-estar dos animais. O mandamento do artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal, não se limita a garantir a variedade das espécies ou a função ecológica da fauna. Adentrou no campo da moral. Ao impor expressa vedação à crueldade, permite considerar os animais como sujeitos jurídicos.

O Ministério Público — enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado — poderá atuar como curador dos animais (art. 129, incisos III e VIII da Constituição⁶⁹) em sua representação judicial⁷⁰, inclusive mediante propositura de inquérito civil e ação civil pública, corroborando a condição de

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

⁶⁵ CASTRO, João Marcos Adede y. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2006; LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

⁶⁶ Laerte Fernando Levai; Daniel Braga Lourenço; Heron José de Santana Gordilho; Tagore Trajano de Almeida Silva; Vicente de Paula Ataíde Junior; Danielle Tetü Rodrigues entre outros.

⁶⁷ LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 484.

⁶⁸ LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 137.

⁶⁹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

⁷⁰ Segundo Laerte Fernando Levai, “[...] a proteção constitucional do ambiente foi atribuída ao Ministério Público, seja no âmbito estadual (promotores de justiça), seja na esfera federal (procuradores da república). Considerando que o amplo conceito de “meio ambiente” inclui a fauna toda, mesmo a doméstica, isso significa — em termos práticos — que os promotores de justiça tornaram-se os curadores dos animais, tendo à sua disposição inúmeros instrumentos administrativos, criminais ou cíveis para o fiel desempenho dessa função. Nem sempre bem compreendida pelos juristas, tal atribuição tutelar inspira-se em alguns princípios filosóficos que

sujeitos de direito desses seres sencientes. Há estudos em animais, especialmente em cães, que evidenciam no seu cérebro “[...] áreas corticais terciárias associativas, como a área pré-frontal, quando os animais ouvem a voz carinhosa de seu tutor, o que é altamente indicativo de que eles têm, sim, interpretação cognitiva do que estão sentindo”⁷¹.

Portanto, o paradigma biocêntrico/ecocêntrico acolhido pela Constituição de 1988 e a conformação do *Direito Constitucional Ambiental e Ecológico*, inclusive com contribuições das éticas animal e ambiental, concedeu personalidade jurídica aos animais não humanos, vedando práticas cruéis e degradantes que lhes causem sofrimento, reconhecendo-lhes, inclusive, direitos fundamentais⁷².

Nesse contexto, a criação de animais para a produção e o consumo em larga escala de carne, no contexto capitalista em que é exercida, causa dores e sofrimentos aos animais. Inclusive, o termo “animais de produção” — do qual não se comunga nesta pesquisa — desconsidera sua condição de seres sencientes⁷³, pois remete à ideia de que são meros bens ou produtos criados para a satisfação humana em se alimentar de carne, sendo desprovidos de *animus* e quaisquer outros atributos, tais como: inteligência, consciência, vontade, emoções, capacidade de julgamento e aprendizado etc. — já admitidos pelas ciências veterinárias⁷⁴ —, não se coadunando aos preceitos vinculativos, já referenciados, da Constituição de 1988 e do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico.

Embora a criação de animais para o consumo humano remeta à ideia de seres integrados à paisagem com comportamentos naturais à sua espécie, essa não é realidade das fazendas produtivas e do agronegócio. Submetidos a uma vida inteiramente artificial, os animais vivem em gaiolas ou galpões lotados, desprovidos de janelas que permitam a entrada da luz solar e da ventilação natural⁷⁵. Para os animais criados em sistemas intensivos, o nascimento marca o início de uma vida em condições cruéis que somente terminará com o abate, também perverso e nada humanitário⁷⁶.

O sistema intensivo utiliza a alta densidade como pilar estratégico, pois reduzir o espaço destinado aos

norteiam a atuação funcional do Ministério Público: a justiça social, o combate à ilegalidade e à opressão, o respeito à vida e à integridade física e moral, a não-violência, o repúdio aos preconceitos e à intolerância, a compreensão da natureza e, corolário disso tudo, a busca de uma sociedade mais pacífica e menos injusta”. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 106-107.

⁷¹ PRADA, Irvênia L. S. *A questão espiritual dos animais*. São Paulo: FE Editora Jornalística Ltda, 2018. p. 143.

⁷² Para maiores informações: ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018.

⁷³ De acordo com Peter Singer, “se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante — na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada — de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta. Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente correta, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros. O estabelecimento deste limite através do recurso a qualquer outra característica, como a inteligência ou a racionalidade, constituiria uma marcação arbitrária”. SINGER, Peter. *Libertação animal*. Nova York: HarperCollins, 1975.

⁷⁴ PRADA, Irvênia Luiza de Santis *et al.* Bases metodológicas e neurofuncionais da avaliação de ocorrência de dor/sofrimento em animais. *Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP*, v. 5, n. 1, p. 1-13, jan. 2002.

⁷⁵ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 69. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20C%3%87%0c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1> Acesso em: 13 abr. 2020.

⁷⁶ Já se reconhece o princípio do veganismo, além de outros, na tutela mais ampla dos seres sencientes, independentemente da espécie, sendo aplicado principalmente no caso dos animais ditos “de produção”. Segundo Tagore Trajano de Almeida Silva, “o princípio do veganismo evidencia que o reconhecimento do Direito Animal possibilita uma mudança de atitudes globais e individuais em favor do planeta. Em âmbito individual, estabelece-se uma nova agenda a defender uma mudança substancial de atitude em defesa dos não humanos como uma forma de compromisso político e ético a ser incorporado pela ciência jurídica. No plano global, há um evidente direcionamento para uma real mudança de paradigma, a avançar além de posturas benestarristas em direção a uma perceptiva abolicionista de defesa dos animais. Existe uma rejeição à condição instrumental do animal, reconhecendo o seu valor inerente”. SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. p. 68.

animais diminui os custos de produção e permite maior controle sanitário e de higiene. Um exemplo dessa prática é a recomendação de destinar um metro quadrado para a manutenção de 12 frangos em um galpão de criação, significa dizer que cada ave possui o espaço aproximado de uma folha de papel padrão ofício para viver⁷⁷.

O confinamento também é uma prática utilizada no atual modelo de produção animal. Um dos exemplos dessa prática é a criação de bezerros para vitela. Os bezerros são mantidos isolados em gaiolas com a dimensão de 66 a 76 centímetros de largura, impedindo que se movimentem — condição que garante a produção de uma carne sem fibras. Para reforçar, os bezerros podem ser presos a coleiras, inviabilizando a movimentação de determinados músculos. Para que a carne atinja o sabor e a coloração mais apreciados, a dieta oferecida é pobre em ferro e em outros nutrientes com o intuito de desenvolver anemia nos filhotes⁷⁸.

Outro exemplo que representa o confinamento é a utilização de gaiolas de 2 metros por 60 centímetros para manter porcas matrizes, são as denominadas “celas de gestação”. Tendo em vista que a cela é pouco maior do que o corpo da porca, esta fica impedida até mesmo de girar em torno de si, situação responsável por causar quadros críticos de estresse no animal⁷⁹.

Confinados em níveis extremos ou criados em espaços muito reduzidos, os animais vivenciam diariamente tensão, estresse e frustração, situações que provocam problemas mentais severos e podem ser expressos por comportamentos anormais, como automutilação e canibalismo. Em vez de lhes propiciar as condições de que necessitam, a perversa lógica da indústria de alimentos recomenda submetê-los a mutilações das partes do corpo sujeitas ou utilizadas para agressões, como caudas, bicos e dentes. Acrescente-se que essas mutilações são realizadas a frio, ou seja, sem qualquer tipo de analgesia ou anestesia⁸⁰.

A debicagem das aves consiste no procedimento de remoção de parte do bico com lâmina elétrica quente, o procedimento é realizado por meio da contenção mecânica e sem qualquer sedação ou analgesia, é comum haver sofrimento durante até cinco semanas, e há evidências de que a debicagem causa dor crônica nos animais⁸¹.

Em relação aos suínos, verifica-se que os leitões são submetidos a mutilações a frio, ao terem os dentes desgastados ou extraídos, a cauda cortada (caudectomia), além de serem castrados, tudo sem anestesia⁸².

Os pintinhos machos são considerados subprodutos pela indústria de postura, pois, desprovidos de

⁷⁷ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 69. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁷⁸ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 70. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁷⁹ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 70. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸⁰ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 70. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸¹ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 70. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸² PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 70. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

genética que favoreça o seu crescimento e engorda no tempo esperado, são inviáveis sob a perspectiva econômica. Por esse motivo, devem ser descartados logo em seguida ao seu nascimento. O referido “descarte” é feito de modo brutal, por meio de sufocamento coletivo em sacos plásticos, eletrocussão ou trituração em máquinas, isso tudo sem a utilização de qualquer método de insensibilização prévia. Normalmente, o “resíduo” das aves abatidas é transformado em alimento às fêmeas poedeiras⁸³.

No interior de minúsculas gaiolas, patos e gansos criados para produzirem o refinado *foie gras* (fígado gordo em francês) não possuem espaço sequer para abrirem suas asas. Além disso, são obrigados a ingerir grande quantidade de ração e de gordura por meio de tubos introduzidos pela garganta e que alcançam o estômago (método *gavage* de engorda). Após serem superalimentadas, as aves podem ter seu pescoço atado por um anel elástico, para impedir que regurgitem. As mortes pela perfuração ou rompimento dos órgãos são comuns. A superalimentação artificial tem o objetivo explícito de causar uma doença nos animais, a chamada esteatose hepática, que provoca a hipertrofia do fígado, de sorte que, findo o período de engorda, o órgão poderá pesar até 10 vezes o tamanho regular⁸⁴.

Stelio Pacca Loureiro Luna esclarece que o custo do sofrimento animal deve ser levado em consideração. O uso de práticas que causam dor e sofrimento animal deve ser repensado, práticas como a debicagem em aves de postura, corte de cauda e dentes de leitões, castração, descorna em ruminantes, bem como outras práticas de manejo que causam dor e sofrimento intensos, tal como a marcação a fogo, deveriam ser reavaliadas quanto à necessidade e a forma de realização. Por fim, Stelio Pacca Loureiro Luna pontua que a emoção e a inteligência animal podem ser questionadas, mas é inquestionável que os animais podem sofrer⁸⁵.

Nas atividades relacionadas àquilo que o jargão econômico denomina agronegócio, o destino dos bichos é deprimente. Bois, vacas, bezerros, porcos, patos, carneiros e galináceos, dentre outros tantos animais submetidos a processo de criação intensiva, nascem em série, vivem oprimidos e morrem prematuramente. Cumprindo sua miserável existência em pequenos cubículos insalubres ou superpopulosos, submetidos a intervenções estranhas à sua natureza, tudo isso com o objetivo de acelerar a produção de carne, leite e ovos, quantas e quantas vezes esses animais encontram apenas na morte a libertação para tamanho padecimento⁸⁶.

Após uma vida marcada por sofrimento intenso, chega o momento do abate. No chamado “abate humanitário”, ocorre a “insensibilização” antes da sangria com o intuito de amenizar a dor no momento do abate. Como será visto a seguir, tais denominações passam a ideia de um processo pouco ou nada dolorido, contudo, essa não é a realidade. O processo de insensibilização possui o objetivo — muitas vezes não alcançado — de reduzir o sofrimento animal.

Porém, os abates realizados de acordo com os rituais religiosos judaicos ou muçulmanos utilizam a jugulação cruenta, que consiste na degola dos animais com corte de uma só vez da pele, músculos, traqueia, esôfago, jugulares e carótidas sem nenhuma forma de insensibilização prévia. Tal modalidade de abate é permitida pela Instrução Normativa n.º 3 de 17/01/2000 do MAPA, desde que a carne seja destinada ao consumo da comunidade religiosa⁸⁷. A ausência de qualquer tentativa de tornar o processo do abate menos

⁸³ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 71. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸⁴ PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. p. 71. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%20c3%87%20c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸⁵ LUNA, Stelio Pacca Loureiro. Dor, ciência e bem-estar em animais: ciência e dor. *Ciência Veterinária nos Trópicos*, v. 11, p. 17-21, abr. 2008. p. 20. Disponível em: <http://www.rcvt.org.br/suplemento11/17-21.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁸⁶ LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 51.

⁸⁷ MENDONÇA, Pâmella Stéfani Melo; CAETANO, Graciele Araújo de Oliveira. Abate de bovinos: considerações sobre o abate humanitário e jugulação cruenta. *Revista Pubvet*, v. 11, n. 12, p. 1196-1209, dez. 2017. p. 1197. Disponível em: <https://www.pubvet.com.br/artigo/4222/abate-de-bovinos-consideraccedilotildees-sobre-o-abate-humanitaacuterio-e-jugulaccedilatildeo-cruenta>.

doloroso demonstra o absoluto descaso com o bem-estar animal, sendo importante frisar que a legislação brasileira compactua com tais práticas.

Os métodos de insensibilização utilizados em bovinos são: método mecânico (percussivo não penetrativo e percussivo penetrativo), método elétrico com a eletronarcose e método da exposição à atmosfera controlada (câmara de gás carbônico)⁸⁸. Uma pesquisa realizada em três matadouros frigoríficos localizados na mesorregião Norte Central do Paraná analisou a eficiência da insensibilização em 364 bovinos pelo método da pistola pneumática de penetração, sendo estes os resultados: 69% tiveram um disparo, 25% dois disparos e 6% três ou mais disparos; 41% dos animais apresentaram tentativa de correção de postura — que demonstra falhas no processo de insensibilização; 42% não apresentaram sinais de sensibilidade⁸⁹.

Em relação aos suínos, o método de insensibilização por eletronarcose (aplicação de descargas elétricas) é o mais utilizado. Um estudo realizado em um matadouro frigorífico sob inspeção estadual na Bahia analisou o método de insensibilização por eletronarcose em 499 suínos. A pesquisa concluiu que: 298 suínos (59,7%) ficaram insensibilizados apenas na insensibilização, 15 suínos (3,0%) permaneceram insensibilizados apenas na sangria, 137 suínos (27,5%) não ficaram insensibilizados em nenhuma das etapas e 49 suínos (9,8%) ficaram insensibilizados nas duas etapas⁹⁰.

No que se refere à insensibilização de aves, o método mais utilizado no Brasil e na maioria dos países é a eletronarcose. Nesse método, é preciso retirar as aves das caixas de transporte e pendurá-las individualmente em ganchos, na posição invertida, penduradas pelos pés. Posteriormente, suas cabeças são imersas em uma cuba d'água onde recebem um estímulo elétrico, o que provoca estresse e sofrimento, evidenciados pela vocalização e pelo comportamento das aves⁹¹.

Tais pesquisas demonstram que os métodos de insensibilização apresentam altos índices de ineficiência. Além disso, os métodos supostamente capazes de insensibilizar os animais antes da sangria são, no mínimo, questionáveis. Laerte Fernando Levai⁹² sustenta:

Ainda que se desconsidere todo o processo preliminar da matança desses animais — do penoso transporte de caminhão até o ingresso no recinto macabro — difícil acreditar que os métodos oficiais preconizados pela OMS — gás mortal, aplicação de choque elétrico no corpo e o dardo que estralha o cérebro — sejam mesmo indolores. Tudo isso sem esquecer que no momento do abate, seja em matadouros legalizados ou em clandestinos, os animais liberam toxinas no organismo, substâncias essas que serão absorvidas depois pelo consumidor.

Diante do cenário apresentado, verifica-se que o modelo de produção animal é marcado por intenso sofrimento dos animais não humanos, além de gerar inúmeros impactos ambientais prejudiciais ao planeta, consoante já demonstrado. Muitas pessoas estão buscando mais informações sobre o que comem, de onde proveem seus alimentos e em que condições eles são produzidos, condutas que encontram amparo no Direito Constitucional Ambiental e Ecológico. Segundo Peter Singer e Jim Mason⁹³:

Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸⁸ MENDONÇA, Pâmella Stéfani Melo; CAETANO, Graciele Araújo de Oliveira. Abate de bovinos: considerações sobre o abate humanitário e jugulação cruenta. *Revista Pubvet*, v. 11, n. 12, p. 1196-1209, dez. 2017. p. 1200. Disponível em: <https://www.pubvet.com.br/artigo/4222/abate-de-bovinos-consideraccedilotildees-sobre-o-abate-humanitaacuterio-e-jugulaccedilatildeo-cruenta>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁸⁹ MÁRTIRE, Renata Viotti. *Avaliação da insensibilização em bovinos de abate em três matadouros frigoríficos com serviço de inspeção estadual no Paraná*. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde e Produção de Ruminantes) – Faculdade Unopar, Araçatuba, 2016. p. 7.

⁹⁰ EDINGTON, L. N. et al. Eficiência das operações de insensibilização e sangria no abate humanitário de suínos. *Revista Brasileira de Higiene e Sanidade Animal*, v. 12, n. 1, p. 21-29, jan./mar. 2018. p. 1-2. Disponível em: <http://www.higieneanimal.ufc.br/seer/index.php/higieneanimal/article/view/424/2288>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 1-2.

⁹¹ LUDTKE et al., 2010; WOTTON; WILKINS, 2004 apud BOSSOLANI, Iderlipes Luiz Carvalho. *Eletronarcose no abate de frangos de corte*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Animal) - Faculdade de Medicina Veterinária, Unesp, Araçatuba, 2015. p. 16.

⁹² LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 82.

⁹³ SINGER, Peter; MASON, Jim. *Como comemos: porque as nossas escolhas alimentares fazem a diferença*. Lisboa: Dom Quixote, 2008. p. 19.

[...] as pessoas estão a aprender a fazer perguntas difíceis sobre a origem dos seus alimentos e sobre a forma como são produzidos. Os alimentos são cultivados sem pesticidas ou herbicidas? Os trabalhadores agrícolas recebem um salário decente? Os animais envolvidos sofrem desnecessariamente?

Perguntas como estas fazem parte de um movimento crescente no sentido do consumo ético dos alimentos. Em 2005, duas grandes cadeias de supermercados norte-americanas, a Whole Foods Market e a Wild Oats, anunciaram que não venderiam ovos de galinhas criadas em gaiolas, e a Trader Joe’s afirmou que não usaria ovos de galinhas criadas em gaiolas na sua marca de ovos. Como John Mackey, diretor geral da Whole Foods Market, declarou, essas mudanças foram o resultado das exigências dos clientes. Esta preocupação não está limitada às pessoas com uma educação superior dos segmentos de rendimentos mais elevados. Afecta todas as formas de consumo alimentar, até ao McDonald’s, ao Burger-King e ao Wall-Mart [...] todos eles deram passos no sentido de mostrar que estão sensibilizados com as críticas éticas feitas aos seus produtos.

Sendo assim, é necessário incentivar nas pessoas o desenvolvimento de uma ética na alimentação, em especial quando há o consumo de carne que, necessariamente, implica o abate que jamais será realmente humanitário e indolor para os animais, em especial no contexto do capitalismo que incentiva o agronegócio com produção em larga escala em detrimento da produção de alimentos de cunho familiar.

Assim, as dietas vegetarianas apresentam caminhos mais saudáveis e sem maiores sofrimentos para os animais para as pessoas que buscam o equilíbrio entre a saúde humana, a libertação animal e a preservação do meio ambiente. Eric Slywitch — Mestre em Nutrição pela Universidade Federal de São Paulo, Especialista em Nutrologia e Especialista em Nutrição Enteral e Parenteral — esclarece que, com o devido planejamento, as dietas vegetarianas são seguras, como qualquer dieta com ou sem carne⁹⁴.

As dietas vegetarianas estão associadas à redução de: níveis de colesterol, risco de doença cardiovascular, hipertensão arterial, diversos tipos de câncer e diabetes tipo 2. A menor prevalência de vários tipos de câncer em vegetarianos pode ter relação com o menor Índice de Massa Corporal (IMC), melhor estado antioxidante e inflamatório e menor nível de insulina encontrados em vegetarianos. O consumo de quantidade excessiva de alimentos cárneos está ligado à maior incidência de diversos tipos de câncer⁹⁵.

Conforme esclarece Eric Slywitch, apenas a vitamina B12 não é encontrada na dieta vegetariana estrita (dieta que não utiliza nenhum derivado animal, tais como ovos e leite). A vitamina B12 é facilmente obtida por meio de alimentos enriquecidos ou suplementos⁹⁶. Todos os demais nutrientes podem ser obtidos com abundância e boa biodisponibilidade em todas as dietas vegetarianas, inclusive na estrita⁹⁷, não devendo prevalecer, portanto, o discurso do senso comum que deslegitima as dietas vegetarianas sob o argumento de serem dietas pobres em nutrientes.

Em síntese, toda a barbárie cometida diuturnamente contra os animais destinados ao consumo não acontece apenas pela pretensa necessidade de o homem comer carne, mas em razão dos vultosos interesses econômicos que movem a indústria pecuária. A “cultura do churrasco” — mola propulsora da crueldade no agronegócio — tornou-se uma instituição nacional, apesar dos grandes latifúndios que, se utilizados no plantio de vegetais, poderiam aplacar o drama da fome nas classes sociais menos favorecidas. Priorizou-se, entretanto, o consumo de produtos de origem animal em vez dos de origem vegetal, como se a alimentação carnívora fosse imprescindível ao ser humano. Uma dieta vegetariana, rica em cálcio, ferro, proteínas e vitaminas — leguminosas, frutas e verduras — é capaz de suprir as necessidades nutricionais de qualquer pessoa, sem que seja preciso submeter os animais a tantos sofrimentos⁹⁸.

A análise das condições de vida dos animais destinados ao consumo humano dentro dos sistemas intensivos é mais do que suficiente para entender que não há parâmetros éticos norteando a produção de carne

⁹⁴ SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: Sociedade Brasileira Vegetariana, 2012. p. 5.

⁹⁵ SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: Sociedade Brasileira Vegetariana, 2012. p. 11-14.

⁹⁶ SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: Sociedade Brasileira Vegetariana, 2012. p. 5

⁹⁷ SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: Sociedade Brasileira Vegetariana, 2012. p. 18.

⁹⁸ LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 80.

animal e que o abate não é humanitário. Logo, o uso dos denominados “animais de produção” não se coaduna aos preceitos ambientais da Constituição de 1988 e do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico. Não é mais possível desconsiderar a condição de seres sencientes dos animais — que possuem atributos como inteligência, consciência de si mesmo, capacidade de sentir dor, de julgar e aprender, dentre outros.

A presente análise das condições de criação, abate e morte dos animais para o consumo humano de carne permite a compreensão clara da assertiva de Paul McCartney no documentário *Glass Walls*: “se os matadouros tivessem paredes de vidro, todos seriam vegetarianos”⁹⁹.

5 Considerações finais

A Constituição de 1988 acolheu o paradigma biocêntrico/ecocêntrico para a conformação do *Direito Constitucional Ambiental e Ecológico*, permitindo a tutela mais ampla da vida em geral (art. 5º, *caput*, art. 225, *caput*, e inciso VII do §1º da Constituição), incluindo não apenas a vida humana, mas também o meio ambiente e, em especial, os animais não humanos no intuito de protegê-los contra atos cruéis, degradantes e de utilitarismo.

Os animais devem ser vistos como *um fim em si mesmo*, detentores de direitos fundamentais animais cuja base axiológica é a dignidade animal; não são máquinas, coisas ou bens fungíveis, como ainda dispõe o Código Civil brasileiro. Não podem ser utilizados pelo homem a seu bel-prazer, pois são seres sencientes com personalidade jurídica. Logo, a tutela jurídica contemporânea dos animais deve ser apreendida e interpretada sob os valores consagrados no Estado Socioambiental resguardado na Constituição que, segundo Maurizio Fioravanti¹⁰⁰, é “*la massima espressione di volontà del popolo sovrano*”.

Os animais humanos devem atuar como gestores da fauna e da flora no intuito de garantir a sua própria existência no planeta Terra, resguardando-a para as presentes e futuras gerações em favor da ética planetária, pois

nossa missão ética é dizer sim à vida. Somos responsáveis perante a vida presente e futura. Como o pai sente-se responsável pela vida dos filhos e pelo mundo no qual os filhos habitarão, sem pedir nada em troca, nós somos responsáveis pelas gerações futuras e pela biosfera do futuro, sem querer nada em troca¹⁰¹.

Vislumbra-se que, num sistema capitalista, a produção em larga escala de animais para o consumo humano causa-lhes dor e sofrimento, desconsiderando totalmente sua condição de seres sencientes. Os ditos “animais de produção” são considerados meros produtos para a alimentação humana. Porém, consoante já evidenciando pelas ciências veterinárias, os animais não humanos possuem atributos como inteligência, consciência, vontade, emoções, capacidade de julgamento e aprendizado, dentre outros, evidenciando manifestações de determinadas regiões cerebrais indicativas de que eles possuem interpretação cognitiva sobre si mesmos, o seu entorno e o que sentem.

Tais preceitos encontram amparo no paradigma biocêntrico/econocêntrico acolhido pela Constituição brasileira de 1988 e pelo Direito Constitucional Ambiental e Ecológico que se ancora nos princípios do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador, da prevenção, da participação e da ubiquidade. Não se pode negar mais que os animais são seres sencientes e, assim, passíveis de dor, sofrimento, medo e contentamento, sendo primordial que as normas tragam o amparo efetivo à vida e à dignidade animal, pois a “[...]”

⁹⁹ SE OS MATADOUROS tivessem paredes de vidro, todos seriam vegetarianos. *Vegazeta*, 2018. Disponível em: <https://vegazeta.com.br/paredes-de-vidro/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

¹⁰⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e popolo sovrano: la costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 7.

¹⁰¹ MARCHIONNI, Antonio. *Ética: a arte do bom*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 205.

essência da ordem jurídica está em ser universal. O direito não pode realizar uma regulação parcial sem que, pela escolha da parte a ser regulada nas relações humanas, não tome também uma posição quanto às partes não reguladas [...]”¹⁰².

Ademais, o meio ambiente não está sendo considerado pela atual lógica de produção de carne animal. Esquecendo da finitude dos recursos naturais, o ser humano está traçando uma sentença cruel para o futuro dos próximos habitantes da Terra. Em relação aos animais, a mudança da postura humana é medida que se impõe de imediato, pois a criação em larga escala de animais para o consumo humano e, conseqüentemente, o abate sangrento e cruel, nada humanitário, de seres sencientes impõe a necessidade de se repensar o modelo atual de civilização sem nenhuma ética na alimentação ao se utilizar indiscriminadamente de seres inocentes.

O cenário descrito na presente pesquisa demonstra uma realidade dolorosa, sangrenta e cruel vivenciada pelos animais destinados ao consumo humano. Não se trata de sensacionalismo, trata-se de verdade inconvenientes que precisam ser enfrentadas por todos nós, especialmente sob o amparo do Direito Constitucional Ambiental e Ecológico que deve buscar a tutela mais efetiva aos seres sencientes, à vida e à dignidade animais em atendimento, inclusive, aos princípios constitucionais ambientais, outrora referidos, e também aos princípios específicos de tutela dos animais não humanos (dignidade animal, antiespecismo, não violência e veganismo). Ao tratar da tortura e da morte de animais inocentes — seres que não têm voz para sozinhos se defender — não há espaço para eufemismos e relativizações, não se pode mais aceitar a condição meramente instrumental dos animais.

Dietas nutricionalmente balanceadas são necessidade do ser humano, mas a dor, o sofrimento, o derramamento de sangue e a morte dos animais são opcionais. *Qual é a sua escolha?* A constituição de uma cultura alicerçada sobre o pilar da não violência e do respeito a todos os seres viventes se inicia por ações coletivas e mais conscientes dos seres humanos, pois se está envolto numa “teia da vida”.

Ante a urgência de preservar o planeta, que dia após dia possui seus recursos naturais destruídos pelos interesses utilitaristas do homem, e, considerando o grito de socorro estampado na face dos animais que são torturados e mortos em massa para atender aos desejos do paladar humano, é necessário dar voz aos seres sencientes que são silenciados a fim de que se possa construir um mundo mais ético que não se utilize de animais ditos “de produção” para os anseios do capitalismo predatório. Seria primordial, inclusive, o incentivo e a implementação pelo Estado, em colaboração com a sociedade e a iniciativa privada (art. 205 da Constituição), da *educação ambiental e animal* em todos os níveis de ensino a fim preservar o meio ambiente e proteger os animais como seres sencientes (art. 225, *caput* e inciso VI da Constituição).

Portanto, caberá ao Direito Constitucional Ambiental e Ecológico, com amparo na concepção biocêntrica/ecocêntrica da própria vida, efetivar os parâmetros necessários para a existência digna e o bem-estar dos animais sencientes a fim de viabilizar a própria vida humana no planeta Terra para as gerações futuras, atendendo aos preceitos da equidade intergeracional.

Referências

1/5 DO EFEITO estufa vem de desmate e agropecuária. *O Estado de S. Paulo*, 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/1-5-do-efeito-estufa-vem-de-desmate-e-agropecuaria/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVES, José Eustáquio Diniz. Sustentabilidade, aquecimento global e o decrescimento demo-econômi-

¹⁰² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 283.

co. *Revista Espinhaço*, p. 4-16, jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistaespinhaco.com/index.php/journal/article/view/44/42> Acesso em: 12 abr. 2020.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BOSSOLANI, Iderlipes Luiz Carvalho. *Eletronarcese no abate de frangos de corte*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência Animal) - Faculdade de Medicina Veterinária, Unesp, Araçatuba, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 26 jul. 2020.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CASTRO, João Marcos Adede y. *Direito dos animais na legislação brasileira*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2006.

COMISSÃO EAT-LANCET. *Dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis*. 2019. Disponível em: https://eatforum.org/content/uploads/2019/04/EAT-Lancet_Commission_Summary_Report_Portuguese.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

EDINGTON, L. N. et al. Eficiência das operações de insensibilização e sangria no abate humanitário de suínos. *Revista Brasileira de Higiene e Sanidade Animal*, v. 12, n. 1, p. 21-29, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www.higieneanimal.ufc.br/seer/index.php/higieneanimal/article/view/424/2288>. Acesso em: 14 abr. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Energia e aquecimento global*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/energia-e-aquecimento-global>. Acesso em: 11 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione e popolo sovrano: la costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004.

GAMBA, Juliane Caravieri. Vivisseção e a dignidade dos animais não humanos sob o prisma do biodireito constitucional. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (orgs.). *Biodireito constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010. p. 173-208.

GONÇALVES, R. H.; MACIEL, C. A. C. Efeitos do bio-sólido de suinocultura em latossolo e na produção de feijão. *Engenharia na Agricultura*, Viçosa, v. 16, n. 2, p. 248-256, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/reveng/article/view/18/15>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUERINI FILHO, M. et al. Análise do consumo de água e do volume de dejetos na criação de suínos. *Revista Brasileira de Agropecuária Sustentável (RBAS)*, v. 5, n. 2, p. 64-69, dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.21206/rbas.v5i2.293>. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/rbas/article/view/2876>. Acesso em: 10 abr. 2020.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- KRENAK, Ailton. *O amanhã não está à venda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. Disponível em: <http://www.zendobrasil.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Ailton-Krenak-O-amanha%CC%83-na%CC%83o-esta%CC%81-a%CC%80-venda-1.pdf-1.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.
- LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- LUNA, Stelio Pacca Loureiro. Dor, sciência e bem-estar em animais: sciência e dor. *Ciência Veterinária nos Trópicos*, v. 11, p. 17-21, abr. 2008. Disponível em: <http://www.rcvt.org.br/suplemento11/17-21.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- MANDRÁ, Patrícia Pupin *et al.* Terapia assistida por animais: revisão sistemática da literatura. *Revista CODAS*, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 1-13, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2317-1782/20182018243>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/codas/v31n3/2317-1782-codas-31-3-e20180243.pdf> Acesso em: 15 abr. 2020.
- MARCHIONNI, Antonio. *Ética: a arte do bom*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MÁRTIRE, Renata Viotti. *Avaliação da insensibilização em bovinos de abate em três matadouros frigoríficos com serviço de inspeção estadual no Paraná*. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde e Produção de Ruminantes) – Faculdade Unopar, Arapongas, 2016.
- MENDONÇA, Pâmella Stéfani Melo; CAETANO, Graciele Araújo de Oliveira. Abate de bovinos: considerações sobre o abate humanitário e jugulação cruenta. *Revista Pubvet*, v. 11, n. 12, p. 1196-1209, dez. 2017. Disponível em: <https://www.pubvet.com.br/artigo/4222/abate-de-bovinos-consideraccediltildees-sobre-o-abate-humanitaacuterio-e-jugulaccediltildeo-cruenta>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- ONU alerta que a humanidade precisará consumir menos carne: entenda. *Revista Galileu*, 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/08/onu-alerta-que-humanidade-precisara-consumir-menos-carne-entenda.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *FAO: mundo utiliza 15 mil litros de água para produzir um quilo de carne*. 2012. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2012/03/1400671-fao-mundo-utiliza-15-mil-litros-de-agua-para-produzir-um-quilo-de-carne>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global*. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PAULA, Luciana Imaculada de. A crueldade na produção de alimentos de origem animal. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 68-75, 2016. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1286/A%20CRUELDADE%20NA%20PRODU%c3%87%c3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência; Lei n. 10406, de 10.01.2002; contém o Código Civil de 1916*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012.
- PRADA, Irvênia L. S. *A questão espiritual dos animais*. São Paulo: FE Editora Jornalística Ltda, 2018.
- PRADA, Irvênia Luiza de Santis *et al.* Bases metodológicas e neurofuncionais da avaliação de ocorrência de dor/sofrimento em animais. *Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP*, v. 5, n. 1, p. 1-13, jan. 2002.
- PRADA, Irvênia. *A alma dos animais*. Matão: Casa Editora O Clarim, 2018.

- PRIMAVESI, Odo. *A pecuária de corte brasileira e o aquecimento global*. 2007. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/47808/1/Documentos72.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- RENAUX, Pedro. *Abate de suínos aumenta 2,4% e atinge recorde em 2018*. 2019. Disponível em: <https://agencia-denoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23990-abate-de-suinos-aumentada-2-4-e-atinge-recorde-em-2018>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- RODRIGUES, Daniele Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 1, p. 22-35, jan./mar. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista de Direito Público-IOB*, n. 19, p. 7-26, jan./fev. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Do direito constitucional ambiental ao direito constitucional ecológico. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/direito-constitucional-ambiental-direito-constitucional-ecologico>. Acesso em: 27 mar. 2020.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.
- SINGER, Peter. *Libertação animal*. Nova York: HarperCollins, 1975.
- SINGER, Peter; MASON, Jim. *Como comemos: porque as nossas escolhas alimentares fazem a diferença*. Lisboa: Dom Quixote, 2008.
- SLYWITCH, Eric. *Guia alimentar de dietas vegetarianas para adultos*. São Paulo: Sociedade Brasileira Vegetariana, 2012.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; TEIXEIRA NETO, João Alves e CIGERZA, Juliana. Experimentação em animais e direito penal: comentários dogmáticos sobre o art. 32, § 1º, da Lei nº 9.605/1998, e o bem jurídico “dignidade do animal”. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago (orgs.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- VATICANO. *Carta encíclica Laudato Si’ sobre o cuidado da casa comum*. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 31 mar. 2020.
- VEIGA, José Eli da. Revista “The Lancet” é a mais importante na área de ciências médicas. *Jornal da USP*, 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/revista-the-lancet-e-a-mais-importante-na-area-de-ciencias-medicas/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

3. POVOS INDÍGENAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Povos Indígenas e proteção da natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico”

Indigenous Peoples and nature protection: on the way to an “ecocentric hermeneutic turn”

Patrícia Perrone Campos Mello

Juan Jorge Faundes Peñafiel

Povos Indígenas e proteção da natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico”*

Indigenous Peoples and nature protection: on the way to an “ecocentric hermeneutic turn”

Patrícia Perrone Campos Mello**

Juan Jorge Faundes Peñafiel***

Resumo

O presente trabalho tem o propósito de examinar: (i) o papel que os Povos Indígenas, as normas constitucionais que os protegem e respectivas instituições podem desempenhar na defesa da Natureza, e vice-versa; (ii) um possível giro hermenêutico na interpretação de tais normas, implicando a superação de um paradigma antropocêntrico por um paradigma ecocêntrico, com potencial de ressignificação de toda a ordem jurídica. Com esse propósito, a seção 1 explica alguns conceitos e categorias operacionais; as seções 2 e 3 tratam do regime constitucional aplicável aos Povos Indígenas e à Natureza; a seção 4 trata das normas de Direito Internacional dos direitos humanos que os regulam. A seção 5 explica a relação de proteção recíproca entre Povos Indígenas e meio ambiente. A seção 6 aborda o referido giro hermenêutico constitucional. O trabalho se baseia essencialmente em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Povos Indígenas. Meio ambiente. Identidade cultural. Hermenêutica intercultural. Antropocentrismo. Ecocentrismo.

Abstract

The present work aims to examine: (i) the role that Indigenous Peoples, their constitutional regime and institutions can play in the protection of Nature, and vice-versa; (ii) a possible hermeneutic turn in the interpretation of the mentioned regimes, which implies the overcoming of an anthropocentric paradigm by an ecocentric paradigm, with the potential to re-signify the entire legal order. With this purpose, section 1 covers some operational concepts and categories; sections 2 and 3 deal with the constitutional regime applicable to Indigenous Peoples and Nature; section 4 deals with international human rights law on the matter; section 5 explains the relationship of reciprocal protection between Indigenous Peoples and the environment; section 6 addresses the mentioned hermeneutic turn. The work is essentially based on bibliographic review.

Keywords: Indigenous Peoples. Environment. Cultural identity. Intercultural hermeneutics. Anthropocentrism. Ecocentrism.

* Recebido em 01/10/2020

Aprovado em 11/12/2020

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e Professora Colaboradora no Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo – USP-Ribeirão. Doutora e mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasil. E-mail: patriciaperrone@uol.com.br

*** Professor Investigador do Instituto de Investigación en Derecho e do Doutorado em Direito, ambos da Universidad Autónoma de Chile. Doutor em Procesos Sociales y Políticos en América Latina pela Universidad de Artes y Ciencias Sociales, Chile. Advogado pela Universidad Austral de Chile. Autor do livro “Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia” (Curitiba, Brasil, Appris, 2020) y coeditor do livro “Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina” (Santiago, RIL Editores, UA, 2020). E-mail: juanjorgef@gmail.com

1 Introdução

Este artigo é escrito em tempos de muita apreensão, que combinam avanços humanos notáveis em diversas áreas do saber, com intervenções sobre a Natureza que colocam em risco o equilíbrio planetário e, possivelmente, a própria sobrevivência da espécie humana¹. Entre tais alterações ambientais, estão a mudança do ciclo do carbono, com alta concentração desse gás na atmosfera e aquecimento do clima; a interferência no ciclo de outros componentes relevantes para a vida na Terra, como o nitrogênio, o fósforo e o enxofre; a modificação do ciclo da água, pela interceptação e alteração do curso de rios e modificação da cobertura dos solos; a consequente extinção massiva e acelerada de espécies, a ponto de se falar que se encontra em curso a sexta grande extinção em massa de espécies experimentada na história do planeta (a quinta foi aquela em que se extinguiram os dinossauros)².

Tais elementos são responsáveis pela crise climática atualmente experimentada, que envolve a ocorrência, cada vez mais presente, de eventos extremos (furacões, inundações e grandes secas), o derretimento das calotas polares, a elevação do nível do mar, uma grande supressão da biodiversidade; risco para o acesso à água potável, para a segurança alimentar e para a geração de energia; desertificação e savanização de grandes áreas, agravamento da situação de grupos humanos vulneráveis e possibilidade de grandes migrações em busca de melhores condições de vida. Todos esses fatores são atribuídos, predominantemente, à ação humana, notadamente no que respeita ao uso de combustíveis fósseis, à alteração no uso e cobertura do solo (relacionados à agricultura e pecuária) e ao desmatamento, entre outros fatores³. Trata-se de uma crise que coloca em xeque nosso modo de produzir, de viver e, acima de tudo, de compreender e nos relacionar com a Natureza e que sugere a necessidade de uma profunda alteração de paradigmas.

O Brasil é parte do problema e da solução para a crise climática. Abriga importantes áreas de floresta, entre as quais a Floresta Amazônica, que ocupa 49% do território do país⁴, é responsável pela absorção e armazenamento de dióxido de carbono da atmosfera (contribuindo para o resfriamento do planeta) e promove a transferência de grandes volumes de água para o continente sul-americano. A Amazônia constitui, ainda, a maior reserva de biodiversidade da Terra e tem influência decisiva na estabilidade climática do Brasil e do planeta⁵. Em tal contexto e em resposta a pressões internacionais, o país começou a reverter, a partir de 2004, uma tendência persistente ao desmatamento e contribuiu de forma muito substancial para a redução da emissão de gases de efeito estufa⁶. Entretanto, a partir de 2013, retomou uma tendência crescente à

¹ Alguns cientistas consideram a possibilidade de que a magnitude do poder exercido pela espécie humana sobre a Natureza, bem como dos efeitos que ele produz, permitiria falar em uma nova era geológica do planeta, denominada Antropoceno (que sucederia o Holoceno, período quaternário da era Cenozoica). O Antropoceno teria por característica justamente a prevalência do poder do homem sobre a Natureza, no que respeita à determinação dos processos ecológicos. Embora o termo Antropoceno tenha ganhado popularidade e seja muito utilizado, ele, ainda, não conta com uma adesão científica formal. A hipótese de uma nova era geológica é objeto de estudos voltados a confirmá-la. STEFFEN, Will *et al.* The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, n. 369, p. 842-867, 2011.

² CEBALLOS, Gerardo *et al.* Accelerated modern human-induced species losses: Entering the sixth mass extinction. *Science Advances*, p. 1-5, 2015.

³ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 331-376, 2010.

⁴ De acordo com o Instituto: “A Amazônia Legal é uma área que corresponde a 59% do território brasileiro e engloba a totalidade de oito estados (Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins) e parte do Estado do Maranhão. [...] O conceito de Amazônia Legal foi instituído em 1953 e seus limites territoriais decorrem da necessidade de planejar o desenvolvimento econômico da região e, por isso, não se resumem ao ecossistema de selva úmida, que ocupa 49% do território nacional e se estende também pelo território de oito países vizinhos”. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *O que é? Amazônia Legal*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2154:catid=28&Itemid. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵ ABRAMOVAY, Ricardo. *Amazônia*: por uma economia de conhecimento da natureza. São Paulo: Elefante, 2019.

⁶ CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. *Governança socioambiental na Amazônia brasileira na década de 2000*. 2017. Tese (Doutorado) – Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017; VERÍSSIMO, Beto. Let's cut Amazon deforestation to zero. Here's how. *Americas Quarterly*, nov. 2015; KALUNGA, Bernardo. Desmatamento na Amazônia é ideológico, diz economista

supressão de florestas, situação substancialmente agravada, em 2019⁷, pela assunção de um governo que não tem por prioridade a questão ambiental⁸.

A tal quadro preocupante, agrega-se a informação de que a Floresta Amazônica tem um “ponto de não retorno”, que gravita entre 20% e 40% de desmatamento. Uma vez alcançado tal ponto, ela passará por mudanças irreversíveis, com tendência à savanização e comprometimento de todos os serviços ambientais que presta para a manutenção do clima⁹. Esse é o contexto em que se insere o presente trabalho.

O Brasil abriga, ainda, aproximadamente, 896.917 indígenas, 305 etnias e 274 línguas nativas¹⁰. Estima-se que vivem no país 114 povos indígenas isolados¹¹, correspondentes a maior quantidade de povos em isolamento no mundo em um mesmo Estado¹². Os Povos indígenas receberam substancial proteção da Constituição de 1988, que lhes assegurou as terras que ocupam (incluídas todas aquelas necessárias à preservação de seu modo de vida), bem como o seu usufruto perpétuo. Trata-se de povos detentores de valiosos conhecimentos sobre a floresta, que, de modo geral, estabeleceram, com a Natureza, relação muito distinta da sociedade dominante. Trata-se, igualmente, de povos extremamente vulneráveis, permanentemente ameaçados por fatores muito semelhantes àqueles que colocam o próprio meio ambiente em risco e extremamente interdependentes da Natureza para a sua subsistência¹³.

Diante de tal quadro, o presente trabalho se propõe a examinar: (i) a contribuição que os Povos Indígenas podem oferecer para a proteção da Natureza; (ii) a contribuição que a Natureza pode oferecer para a proteção de tais Povos; (iii) um possível “giro hermenêutico” (alteração de paradigmas), em matéria de interpretação constitucional, decorrente da interação entre crise climática, hermenêutica intercultural e hermenêutica ambiental. Trata-se de debate extremamente relevante, já que se relaciona com o enfrentamento da crise ambiental antes aludida.

Com esse propósito, a seção 1 abordará, brevemente, algumas categorias e conceitos operacionais. A seção 2 examinará o regime jurídico aplicável aos povos indígenas à luz da Constituição de 1988. A seção 3 terá

Ricardo Abramovay. *Uol*, 2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/02/desmatamento-na-amazonia-e-ideologicodiz-economista-ricardo-abramovay.htm> Acesso em: 9 fev. 2020.

⁷ DESMATAMENTO na Amazônia aumenta 85,3% em 2019, aponta INPE. *Veja*, 14 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/desmatamento-na-amazonia-aumenta-853-em-2019-aponta-inpe/> Acesso em: 26 set. 2020; Instituto Socioambiental. *Novo arco do desmatamento: fronteira avança em 2019 na Amazônia*. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/novoarco-do-desmatamento-fronteira-de-destruicao-avanca-em-2019-na-amazonia> Acesso em: 3 mar. 2020; Instituto Socioambiental. *Invasores produzem maior desmatamento em Terras Indígenas em 11 anos*. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticiassocioambientais/invasores-produzem-maior-desmatamento-em-terras-indigenas-em-11-anos> Acesso em: 10 maio 2020.

⁸ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 331-376, 2010. p. 348-350.

⁹ NOBRE, Carlos *et al.* Land-use and climate change risks in the Amazon and the need of a novel sustainable development paradigm. *PNAS*, v. 113, n. 39, p. 10759-10768, 2016; LOVEJOY, Thomas E.; NOBRE, Carlos. Amazon Tipping Point. *Science Advances*, 2018. Disponível em: <http://advances.sciencemag.org/content/4/2/eaat2340> Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁰ O documento ressalva, contudo, que: “no que diz respeito aos números totais de língua e etnia, há ainda a necessidade de estudos linguísticos e antropológicos mais aprofundados, pois algumas línguas declaradas podem ser variações de uma mesma língua, assim como algumas etnias também se constituem em subgrupos ou segmentos de uma mesma etnia”. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *O Brasil Indígena*. Os indígenas no Censo Demográfico de 2010. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

¹¹ Entre tais povos, apenas 28 estão confirmados pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI. A confirmação dos demais depende de pesquisas ainda pendentes. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *O Brasil Indígena*. Os indígenas no Censo Demográfico de 2010. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

¹² OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS ISOLADOS E DE RECENTE CONTATO. *Povos Indígenas Isolados no Brasil: Resistência Política pela autodeterminação*. 2010. Disponível em: <https://povosisolados.files.wordpress.com/2020/02/informe-opi-n01v4.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹³ É certo que todos os seres vivos necessitam de um meio ambiente saudável para sobreviver. Entretanto, alguns grupos dependem de forma mais imediata de tal bem, bem como dos elementos que o constituem. No caso dos Povos Indígenas, a poluição de um rio ou a alteração de um microclima pode ser suficiente para inviabilizar a sobrevivência da uma comunidade, dada a relação de dependência material e cultural desenvolvida com tais elementos.

por objeto o regime jurídico constitucional aplicável à tutela da Natureza. A seção 4 examinará a proteção dispensada a ambos, pelo Direito Internacional dos direitos humanos. A seção 5 mostrará em que medida os Povos Indígenas, a Natureza e seus respectivos regimes jurídicos se prestam a uma tutela recíproca. A seção 6 apontará uma possível alteração de paradigma na hermenêutica constitucional. Ao final, indicaremos as **oportunidades** que a presente crise nos gera.

Do ponto de vista metodológico, o trabalho baseia-se, essencialmente, em revisão bibliográfica¹⁴.

2 Alguns conceitos e categorias essenciais

A vulnerabilidade é uma condição presente em todos os seres vivos. Somos todos frágeis, finitos, destrutíveis e deixaremos de existir um dia. Há, contudo, seres, indivíduos ou grupos que são especialmente vulneráveis e mais intensamente frágeis que os demais. Essa maior vulnerabilidade relaciona-se a uma menor capacidade de resistência ou a uma menor capacidade de recuperação ou de enfrentamento ao estresse¹⁵.

Quando aplicado o conceito a humanos, alude-se, de modo geral, a grupos que não correspondem ao padrão étnico, racial, cultural, sexual, religioso, social ou econômico dominante em uma sociedade e que são especialmente estigmatizados. Em virtude de tal estigmatização, detêm um status (real) inferior aos demais cidadãos no que respeita ao exercício de seus direitos. São alvo de práticas discriminatórias. Têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária, onde geralmente são sub-representados¹⁶. Em razão disso, demandam técnicas específicas de proteção, que assegurem a sua defesa e promovam sua igualdade material.

Os Povos Indígenas são, nesse sentido, um grupo substancialmente vulnerável. São minoritários e divergentes do padrão dominante do ponto de vista étnico, cultural, religioso, social e econômico (ainda que em diferentes graus). Sujeitam-se a uma estigmatização histórica, que remonta à colonização portuguesa, que se estende até os dias de hoje e que foi responsável por seu quase extermínio. Têm um status real inferior aos demais cidadãos brasileiros no que respeita a um universo amplíssimo de direitos e são alvo de práticas discriminatórias, que os compreendem como primitivos, atrasados e obstaculizadores do desenvolvimento. São, ainda, sub-representados na política majoritária: no Congresso Nacional, há, apenas, uma deputada federal indígena¹⁷ e o atual chefe do Executivo já se posicionou contra a demarcação das suas terras¹⁸. Con-

¹⁴ Uma ressalva nos parece importante: por uma opção dos autores, o trabalho não desenvolve um estudo da jurisprudência brasileira a respeito da temática. Entendemos que os aportes teóricos apresentados neste artigo são suficientes alcançar suas finalidades e refletem o estado da arte da discussão no Brasil. Por outro lado, a inclusão da abordagem jurisprudencial tornaria o artigo excessivamente extenso e esbarraria em limites de espaço. De todo modo, para análise da jurisprudência sobre a proteção dos direitos dos Povos Indígenas em conexão com a proteção ao território, à identidade cultural e ao meio ambiente. MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: ROSSITO, F. D. et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339; para exame da jurisprudência dos tribunais superiores sobre a proteção da Natureza, bem como da adoção de argumentos antropocêntricos, bio ou ecocêntricos, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁵ BRANDÃO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. *Paidéia*, v. 21, n. 49, 2011.

¹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 17-43, jan./mar. 2020; BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*: guía de prácticas. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014; MARINO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO MENÉNDEZ, Fernando; FERNÁNDEZ LIESA, C. (org.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

¹⁷ Segundo a matéria: Há 31 anos, desde que o cacique xavante Mário Juruna deixou o Congresso Nacional, em 1987, um índio não era eleito deputado federal. PRIMEIRA mulher indígena é eleita para a Câmara dos Deputados. *Exame*, out. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/primeira-mulher-indigena-e-eleita-para-a-camara-dos-deputados/>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁸ Veja-se as manifestações atribuídas pela imprensa ao Presidente da República: “Não entro nessa balela de defender terra pra

dições adversas — como aquelas que impactem sobre seu habitat — podem comprometer sua cultura e colocar a sua própria existência em risco. Demandam, portanto, técnicas especiais de proteção, entre as quais: *normas substantivas* que assegurem sua tutela, *normas procedimentais* que lhes garantam participação nas decisões que impactem sobre seus direitos, bem como *instituições* voltadas à proteção e promoção de tais direitos.

A Natureza também pode ser considerada, em seu conjunto ou em seus diversos componentes, como ente (“grupo”) especialmente vulnerável. O sistema de proteção de direitos fundamentais que se consolidou no mundo é um sistema antropocêntrico, que tem por eixo essencial a importância e o valor da vida humana, justificados, sobretudo, com base na sua capacidade de racionalidade¹⁹. Por essa razão, a dignidade humana é reconhecida como direito-matriz, a partir do qual derivam os demais direitos fundamentais²⁰. Em razão desse paradigma e como se verá adiante, o meio ambiente ou os diferentes bens ambientais foram, por muito tempo, compreendidos como coisas, não destinatárias da mesma proteção ou merecedoras de proteção na medida em que constituam instrumento de promoção e proteção da dignidade humana²¹.

A situação é particularmente grave em países marcados por economias extrativistas, exportadoras de matéria-prima e de produtos de baixo valor agregado²², como é, de modo geral, o caso das economias latino-americanas. Em tais países, os elementos da Natureza são compreendidos como recursos quase infinitos, puramente destinados à produção de riqueza e à busca por crescimento econômico²³. Paradoxalmente, o modelo é defendido, com base na necessidade de superação da pobreza e de custeio de direitos sociais, bem como no argumento, puramente retórico, de se estar buscando o “desenvolvimento sustentável” do país²⁴. Trata-se, contudo, de um sistema que conduz à exaustão dos bens naturais, à dependência econômica e ao comprometimento do meio ambiente, com graves impactos sociais.²⁵

índio”; “[reservas indígenas] sufocam o agronegócio” (Campo Grande News, 22.04.2015); “Em 2019 vamos desmarcar [a reserva indígena] Raposa Serra do Sol. Vamos dar fuzil e armas a todos os fazendeiros” (No Congresso, 21.01.2016); “Se eu assumir [a Presidência do Brasil] não terá mais um centímetro quadrado para terra indígena” (Dourados, Mato Grosso do Sul, 08.02.2018); “Reservas indígenas inviabilizam a Amazônia” (Revista Exame, 13.02.2020). V. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão monocrática de 08.07.2020, que compilou tais manifestações.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 42-47.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 128-129.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Derecho constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²² Aguilar define o extrativismo como “a extração intensa de grandes volumes de recursos naturais principalmente para exportação (com pouco ou nenhum valor agregado) que, em geral, produz importantes impactos sociais e ambientais nos territórios”. Aguilar Castro, Vladimir. Extractivismo, derechos humanos y desafección política en Venezuela. In: SORIANO DIAZ, Ramón Luis; SANCHES RUBIO, David; Suárez Villegas, Juan Carlos (eds.). *Las fronteras de los derechos humanos: problemas, discusión y Soluciones*. Madrid: Dickinson, 2020. p. 12-13.

²³ Altvater et al. *Las limitaciones de la globalización. economía, ecología y política de la globalización*. Madrid: Siglo XXI Ediciones, pp. 307, 327; Altvater, Elmar. ¿Existe un marxismo ecológico? In: Borón, A.; Amadeo, J. González, S. (ed.). *La teoría marxista hoy, problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 341-363. p. 357; SEOANE, José; TADEI, Emilio; ALGRANATI, Clara. *Movimientos sociales y bienes comunes de la naturaleza: características, significación y proyección de la conflictividad sociopolítica en América Latina*. Buenos Aires, 2011. p. 4. Disponível em: <https://cdsa.aacademica.org/000-034/662.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.; SEOANE, José; TADEI, Emilio; ALGRANATI, Clara. *Recolonización, bienes comunes de la naturaleza y alternativas desde los pueblos*. Buenos Aires: GEAL, 2010. p. 9-10; HARVEY, David. *El nuevo imperialismo*. Madrid: AKAL, 2004.

²⁴ A ideia de “desenvolvimento sustentável”, quando é puramente retórica e não vem acompanhada de uma mudança na relação com a Natureza, pode marcar o comportamento puramente extrativista e suas consequências. Nessa linha, a título ilustrativo, os arts. 33 e 34 da Constituição Plurinacional da Bolívia asseguram o direito ao meio ambiente e a ação popular para protegê-lo. Entretanto, entram em conflito com o art. 351 do mesmo documento e com a forma pela qual tem sido implementado. Esse último dispositivo tratou da industrialização e da comercialização dos recursos naturais que estão sob o controle do Estado; e tais atividades, na prática, são promovidas sem o desenvolvimento de um novo modelo de interação com a Natureza. V. FAUNDES, Juan Jorge P. *Horizontes constituyentes. Reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. Los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020, pp. 231-232; RAMIREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentros. Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la Naturaleza: encuentros y desencuentros. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 12, dez. 2011, pp. 26-41, p. 31.

²⁵ Aguilar Castro, Vladimir. Extractivismo, derechos humanos y desafección política en Venezuela. In: SORIANO DIAZ, Ramón Luis; SANCHES RUBIO, David; Suárez Villegas, Juan Carlos (eds.). *Las fronteras de los derechos humanos: problemas, discusión y Soluciones*. Madrid: Dickinson, 2020. p. 12-13; Alayza, A.; Gudynas, E. *Transiciones y alternativas al extractivismo en la región andina*. Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales, 2012. p. 6-12; Acosta, A. Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición.

Além disso, e do mesmo modo que certos grupos humanos vulneráveis, a Natureza não tem “voz” própria, o que também favorece sua maior vulnerabilidade. Ela não se expressa em instâncias majoritárias. E depende da mediação de atores e de instituições que atuem na sua defesa (muito embora a magnitude das alterações climáticas e das suas consequências possa ser considerada uma importante forma de “resposta” às múltiplas violações). Há na Natureza ecossistemas mais e menos resilientes. Mas o ataque persistente a eles mina, progressivamente, sua capacidade de resistência até um “ponto de não retorno”, a partir do qual ele perde suas propriedades essenciais de forma irreversível. Assim, também a Natureza demanda técnicas especiais de proteção, entre as quais: *normas substantivas* que assegurem sua tutela; *normas procedimentais* quanto à aprovação de medidas ou projetos com impacto ambiental; bem como *instituições* voltadas à sua proteção.

Além da vulnerabilidade, os Povos Indígenas e a Natureza têm em comum uma posição de risco diante de discursos desenvolvimentistas, já que seus propagadores compreendem as normas que os protegem como um obstáculo a ser combatido e que há uma tendência, em tempos de dificuldade, à opção por soluções imediatistas.

3 Normas constitucionais protetivas dos Povos Indígenas

3.1 Direito Constitucional positivo

A Constituição de 1988 contemplou um rol amplo de normas de proteção aos Povos Indígenas, tanto na perspectiva substantiva, quanto procedimental e institucional. Na *perspectiva substantiva*, assegurou aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231, *caput*, CF). Determinou que seu direito à terra alcança aquelas “utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, §1º, CF). A Constituição protegeu, ainda, como patrimônio cultural brasileiro, as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver dos Povos Indígenas (arts. 215 e 216, I e II, CF).

Em relação à *perspectiva procedimental*, a Carta determinou que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas somente pode ser efetivado com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas (art. 231, CF). E assegurou aos índios, suas comunidades e organizações legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus interesses (art. 232, CF). O direito de participação direta de indígenas e comunidades é fundamental para que possam aportar aos processos decisórios que impactam sobre suas próprias vidas perspectivas e informações que podem ser de extrema relevância para a decisão. Esse direito de participação é reforçado, ainda, por normas da Convenção 169 da OIT, que, na condição de tratado sobre direitos humanos, tem status supralegal no ordenamento brasileiro, e funciona, portanto, como standard hermenêutico e como paradigma de validade das normas infraconstitucionais, por meio do controle de convencionalidade (art. 5º, §2º, CF)²⁶.

In: LANG, M.; MOKRANI, D. *Más allá del desarrollo*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/Abya Yala, 2012. p. 83-118; RAMÍREZ, Silvína. Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la Naturaleza: encuentros y desencuentros. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 12, p. 26-41, dez. 2011.

²⁶ Sobre a articulação entre direito constitucional, direito internacional dos direitos humanos e direito constitucional comparado, bem como sobre o status dos tratados de direitos humanos no Brasil, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, ago. 2019, pp. 252-283. BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015; ANTONIAZZI, Mariela Morales. O estado aberto: objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela MORALES; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale*

Por fim, quanto à *perspectiva institucional*, a Constituição de 1988 cuidou de prever instituições voltadas à proteção dos direitos de tais Povos. Nesse sentido, atribuiu ao Ministério Público e à Defensoria Pública a defesa dos seus interesses (art. 129, V, c/c art. 232; art. 134, CF). Manteve a propriedade das terras indígenas sob o domínio da União, garantindo-lhes o usufruto perpétuo, de modo que eventuais ataques a seus territórios devem ser defendidos também pela União e por suas instituições (art. 231, CF). Previu, ainda, as ações diretas integrantes do controle concentrado da constitucionalidade, a ação civil pública e a ação popular como instrumentos de proteção a direitos fundamentais e/ou ao patrimônio histórico e cultural, que, portanto, podem utilizados na defesa de tais Povos (art. 5º, LXXIII; art. 102, “a” e §1º: art. 129, III).

Tal institucionalidade é complementada, em sede infraconstitucional, pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI²⁷, pelas Bases (BAPEs) e Frentes de Proteção Etnoambiental (FPEs)²⁸ e pelo Subsistema Especial de Saúde Indígena²⁹, entre outros. Essas instituições destinam-se à proteção e promoção dos direitos indígenas e têm servidores trabalhando junto às suas comunidades, muito embora venham sofrendo com uma precarização progressiva, que inclui perda e não reposição de servidores e reduções orçamentárias³⁰.

3.2 Hermenêutica Intercultural

A interpretação das normas de proteção aos Povos Indígenas atrai a incidência do que se tem chamado “hermenêutica intercultural”, em alusão à experiência de julgar entre duas culturas: a cultura dominante, a que geralmente pertence o juiz, e a cultura indígena. A hermenêutica intercultural chama a atenção para a perspectiva de que a experiência do juiz — como ser humano e como julgador — *não é universal*: está imersa em e referenciada a uma determinada cultura, que é diversa daquela em que se inserem os Povos Indígenas. Por essa razão, tal julgador, ao apreciar as causas que lhe são submetidas, deve *deslocar-se do seu lugar para o lugar “do outro”* e buscar compreender os conflitos de interesses que lhes são submetidos com base na perspectiva desse outro.

O princípio central que rege tal hermenêutica corresponde ao *direito à identidade cultural* dos Povos Indígenas. Ele expressa o direito das comunidades tradicionais e de seus membros a viverem de acordo com a sua cultura e a serem reconhecidos como diferentes nas relações com outros grupos. Abrange o interesse em conservar tal cultura, espiritualidade e referentes cosmogônicos, seu patrimônio cultural tangível e intangível, sua memória histórica e sua identidade presente. Assegura, portanto, o respeito a seus conhecimentos, línguas, crenças, artes, moral, religião, formas de justiça e de organização³¹.

O direito à identidade cultural dos Povos Indígenas, além de seu caráter substantivo, tem uma expressão objetiva e funciona como uma espécie de *filtro hermenêutico*, determinando que cada direito atribuído a grupos culturais minoritários e a seus membros, assim como o comportamento desses grupos e membros, devem

Commune na América Latina. marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016. v. 11.

²⁷ Criada pela Lei n. 5.371/1967, com o propósito de promover e proteger os direitos dos Povos Indígenas.

²⁸ Como esclarece Amorim: “As FPE são unidades descentralizadas da FUNAI que atuam em campo na implementação da política indigenista direcionada aos povos indígenas isolados e de recente contato. As Frentes atuam por meio das Bases de Proteção Etnoambiental, estruturas físicas localizadas no interior das terras indígenas, com o objetivo de realizar o controle de ingresso, a vigilância permanente, ações de fiscalização em conjunto com outros órgãos, realizar ações de localização e monitoramento de povos isolados, diálogo com o entorno indígena e não indígena, e ações de promoção dos direitos dos povos recém contatados”. AMORIM, Fabrício. Povos indígenas isolados no Brasil e a política indigenista desenvolvida para efetivação de seus direitos: avanços, caminhos e ameaças. *Revista Brasileira de Linguística Antropológica*, v. 8, n. 2, p. 19-39, 2016.

²⁹ Criado pela Lei n.9.836/1999, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena é descentralizado e prevê organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde. Determina, ainda, a organização do sistema em Distritos Especiais Sanitários Indígenas.

³⁰ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Com apenas 0,02% do orçamento da União, valor gasto pela Funai até junho é o mais baixo em dez anos*. CIMI, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/06/com-apenas-002-orcamento-uniao-valor-gasto-funai-junho-mais-baixo-dez-anos/> Acesso em: 30 set. 2020.

³¹ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81-82.

ser examinados e compreendidos à luz de sua visão de mundo e dos significados que a sua comunidade dá a tais comportamentos; e não apenas à luz dos significados, das representações e da cosmovisão da cultura dominante, em que de modo geral se insere o julgador”³².

Nesse sentido e para o que interessa a este trabalho, a Natureza e diversos de seus elementos integram referentes cosmogônicos e espirituais essenciais para os Povos Indígenas. Os recursos naturais são essenciais para a preservação de seus modos de fazer, criar e viver, bem como para sua organização social, costumes, crenças e tradições e, ainda, para sua reprodução física e cultural. Há, portanto, uma relação intrínseca entre a proteção à identidade cultural dos Povos Indígenas e a proteção à Natureza³³. Confira-se, sobre o ponto, discurso proferido por uma relevante líder indígena perante a Assembleia Constituinte do Equador:

[...] Segundo a cosmovisão indígena, todos os seres da natureza estão investidos da energia que é o ‘samai’ e, em consequência, são seres que têm vida: uma pedra, um rio (água), a montanha, o sol, as plantas, enfim, todos os seres têm vida e também disfrutam de uma família, de alegrias e tristezas, como o ser humano. [...]. Em outras palavras, podemos dizer que todos somos parte de um todo; que apesar de sermos distintos, somos complementares, nos necessitamos mutuamente.³⁴

Tais considerações merecem, todavia, algumas ressalvas. Em primeiro lugar, os Povos Indígenas não são homogêneos. Detêm, eles próprios, distintas culturas e aspirações. Por essa razão, a proteção à Natureza que, de modo geral, é convergente com a sua cultura, pode entrar em conflito com seu direito à autodeterminação e com sua opção por desenvolver atividades potencialmente danosas ao meio ambiente. Embora o assunto não seja objeto do trabalho, a ressalva é importante, para que não se argumente de forma idealizada. Povos Indígenas também podem experimentar dinâmicas de recuperação e fortalecimento de sua cultura, ou, ao contrário, processos de perda cultural³⁵.

Além disso, o modo de produção extrativista também exerce pressão sobre os Povos Indígenas, inclusive por meio normas voltadas a proteger seus direitos. Basta lembrar que normas internacionais (tais como os artigos 15 e 16 do Convênio 169 da OIT) e constitucionais (art. 231, § 3º, CF) reconhecem a possibilidade de que tais Povos anuem com a exploração de atividades potencialmente danosas em suas terras e lhes assegurem participação nos resultados, podendo, portanto, funcionar como um incentivo para que adiram a uma lógica de coisificação da Natureza³⁶⁻³⁷.

³² CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p.179-198, 2018. p. 187.

³³ Sobre a relação entre direito à identidade cultural e direitos territoriais indígenas, PACARI, Nina. *Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas*. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza. *Derechos de la Naturaleza*. Quito: AbyaYala, 2009. p. 31-37; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, p. 623-627, 2014; RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la Naturaleza: encuentros y desencuentros. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 12, p. 26-41, dez. 2011; SOUZA, Pablo Ronaldo Gadea de. *A terra como elemento nevrálgico da identidade indígena: a violação dos direitos coletivos territoriais dos povos indígenas e seu tratamento no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018.

³⁴ PACARI, Nina. *Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas*. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza. *Derechos de la Naturaleza*. Quito: AbyaYala, 2009. p. 31-37.

³⁵ Nenhuma dessas dinâmicas afeta a qualidade de tais Povos como titulares de direitos, em especial ao direito à identidade cultural, embora possam afetar a convergência de seus interesses com a proteção do meio ambiente.

³⁶ WONG, Marcela Torres. *Natural resources, extraction and indigenous rights in Latin America: exploring the boundaries of environmental and State corporate crime in Bolivia, Peru and Mexico*. London: Routledge, 2019; ZAREMBERG, Gisela; WONG, Marcela Torres. Participation on the edge: Prior consultation and extractivism in Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, v. 10, n. 3, p. 29-58, 2018; ANTKOWIAK, Thomas. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American Court. *American Court*, v. 35, n. 113, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3> Acesso em: 30 set. 2020.

³⁷ Agradecemos ao Professor Cristobal Carmona, da Universidad Diego Portales de Chile, por nos atualizar nesta discussão e compartilhar suas próprias reflexões sobre o assunto, reflexões que são parte de tese de doutorado em desenvolvimento.

4 Normas constitucionais protetivas da Natureza

4.1 Direito Constitucional positivo

A Constituição de 1988 também dispôs, de forma bastante abrangente, sobre a tutela do meio ambiente. Do *ponto de vista substantivo*, determinou que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, impondo ao Poder Público e à coletividade “o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput, CF). A proteção ambiental prevista nesse dispositivo abrange não apenas os espaços territoriais, a fauna, a flora e demais componentes. Ela alcança, ainda, a tutela dos animais contra tratamento cruel, a proteção da qualidade de vida, a preservação da “diversidade e da integridade do patrimônio genético”, a proteção e restauração de todos os “processos ecológicos essenciais” aos ecossistemas, bem como vedação de práticas “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II, III, V, VII, CF). A esse ponto se voltará mais adiante.

A tais normas somam-se outras previstas em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, que gozam de status supralegal (art. 5º, §2º, CF), entre as quais se insere o princípio *in dubio pro natura*³⁸. Vale destacar, ainda, que o Direito Internacional dos direitos humanos pode funcionar, como já observado, como standard hermenêutico e como paradigma de validade de normas infraconstitucionais, por meio do controle de convencionalidade.

Do *ponto de vista procedimental*, destaca-se a exigência de prévio impacto ambiental para promoção de empreendimentos potencialmente danosos (art. 225, §1º, IV, CF), complementada por um conjunto de normas infraconstitucionais que tratam dos procedimentos de licenciamento ambiental entre outros instrumentos de polícia ambiental.

No *plano institucional*, a União, os Estados e os Municípios têm competência legislativa concorrente para tratar de temas ambientais, bem como competência administrativa comum para promover a proteção do meio ambiente, das florestas, da fauna e da flora (arts. 23, VI e VII; 24, VI, VII e VIII, CF). O Ministério Público tem entre as suas funções institucionais a proteção do meio ambiente. Compete à Defensoria Pública a proteção dos direitos humanos dos necessitados, entre os quais se inserem os grupos vulneráveis na perspectiva ambiental (art. 134, CF). Também a sociedade tem a responsabilidade pela proteção ao meio ambiente (art. 225, caput, CF). Há, igualmente, previsão de ações diretas integrantes do controle concentrado da constitucionalidade, de ações populares e de ações civis públicas que constituem instrumentos qualificados para a defesa do meio ambiente (art. 5º, LXXIII; art. 102, “a” e §1º: art. 129, III, CF).

Por fim, tal institucionalidade é complementada, em sede infraconstitucional, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA³⁹, pelo Instituto Chico Mendes da Biodiversidade – ICMBio⁴⁰, por batalhões policiais especializados em polícia ambiental, bem como por múltiplas instituições estaduais e municipais destinadas a funções semelhantes em seus respectivos âmbitos territoriais.

³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993; OLIVARES, Alberto. *Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. Ius et Praxis*, v. 3, n. 24, p. 619-650, 2018; BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

³⁹ Criado pela Lei n. 7.735/1989, compete ao IBAMA exercer o poder de polícia ambiental e executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, bem como atuar no licenciamento, na fiscalização, no monitoramento e no controle ambiental, entre outras ações.

⁴⁰ Criado pela Lei n. 11.516/2007, compete ao ICMBio, entre outros: executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, incluindo a proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União; executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União; exercer o poder de polícia ambiental para a proteção de tais unidades de conservação.

4.2 Hermenêutica ecocêntrica

Há, atualmente, um debate importante sobre a forma de interpretar normas de tutela da Natureza, segundo o qual elas podem envolver perspectivas: (i) antropocêntricas, que pregam a proteção ao meio ambiente como forma de tutela do próprio ser humano⁴¹; (ii) patocêntricas, que têm por objeto a tutela de animais sencientes; (iii) biocêntricas, que defendem a proteção a todos os seres vivos; e, finalmente, (iv) ecocêntricas, segundo as quais toda a Natureza, individual e coletivamente considerada, com todos os seus elementos, deve ser objeto de proteção⁴². Trata-se de debate que remete a discussões de ética ambiental⁴³.

Assim, na perspectiva antropocêntrica, a proteção ambiental se justifica na medida da sua instrumentalidade para a proteção humana, já que um meio ambiente saudável constitui pré-condição para a fruição de direitos fundamentais tais como direito à vida, à saúde, à água, à alimentação adequada etc. Na perspectiva patocêntrica, os animais devem ser protegidos não porque são capazes de exercer a racionalidade, tal como os seres humanos, mas porque são capazes de sentir dor e sofrimento⁴⁴. Segundo a perspectiva biocêntrica, toda forma de vida tem valor intrínseco, tem dignidade e, portanto, deve ser protegida independentemente de sua utilidade para os humanos⁴⁵. Por fim, a visão ecocêntrica expressa a ideia de que todos os elementos da Natureza são essenciais para seus processos e compõem a sua integridade. Por essa razão, a Natureza deve ser compreendida como um bem jurídico autônomo, como um patrimônio da humanidade, a ser protegido em sua inteireza. A destruição de ecossistemas, animais e plantas não deve suscitar, apenas, compaixão, mas sim reflexões sobre questões de justiça ecológica e, portanto, sobre o direito de todos os seres (humanos e não humanos) a se desenvolverem e completarem, naturalmente, seu ciclo de vida⁴⁶.

⁴¹ Para a inter-relação entre proteção ao meio ambiente e proteção aos direitos humanos, v. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognizes human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. *Human rights and environment*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017, p. 49-92.

⁴² As perspectivas biocêntricas e ecocêntricas relacionam-se ao movimento da *Deep Ecology*, que justamente reconhece que todos os bens da Natureza estão inter-relacionados, têm um valor e por isso devem ser protegidos. NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973.

⁴³ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, p. 623-627, 2014; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973; NUSSBAUM, Martha C. Beyond. Compassion and humanity: justice for nonhuman animals. In: NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 324-407; SINGER, Peter. *Animal liberation: new ethics for our treatment of animals*, New York: Random House, 1975; FERREIRA, Fabíola; BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz. Sustentabilidade Ambiental: visão antropocêntrica ou biocêntrica? *AmbientALMENTEsustentável*, v. 1, n. 9-10, 2010.

⁴⁴ Martha Nussbaum observa que, assim como a justiça global requer a inclusão de grupos de pessoas historicamente excluídas (pobres, minorias religiosas, étnicas, raciais, mulheres etc.), é preciso voltar também os olhos para “outros animais sencientes com cujas vidas nossas próprias vidas estão inevitável e complexamente inter-relacionadas”. Com esse objetivo, a autora propõe a teoria das capacidades (“the capabilities approach”), segundo a qual deve-se permitir a cada animal o desenvolvimento das capacidades que tem condições de desenvolver e, nessa medida, assegurar-lhes uma vida conforme com o tipo de dignidade compatível com a sua espécie. No que respeita à tutela do meio ambiente, a dignidade animal, segundo a autora, abrange necessariamente o respeito pela integridade do seu habitat. NUSSBAUM, Martha C. Beyond. Compassion and humanity: justice for nonhuman animals. In: NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 324-407.

⁴⁵ NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973. Trata-se de corrente que teria inspirado o reconhecimento dos direitos da Natureza pela Constituição do Equador (art. 71), primeira Constituição no mundo Ocidental a fazê-lo. GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010. p. 51; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, p. 623-627, 2014. p. 624.

⁴⁶ A expressão justiça ecológica (fundada em uma visão biocêntrica) se opõe à concepção de justiça ambiental, que tem por foco a percepção antropocêntrica da importância de preservar bens ambientais dada sua relevância para os seres humanos. GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010. p. 60.

De fato, o art. 225 da Constituição de 1988 comporta diversas formas de interpretação⁴⁷. No entanto, por razões que serão abordadas no último tópico deste trabalho, optaremos por demonstrar que tal dispositivo permite a afirmação de uma visão ecocêntrica da tutela ambiental, que é aquela que confere maior efetividade e amplitude à proteção da Natureza.

Um primeiro argumento invocado em favor da visão ecocêntrica baseia-se em elemento literal de interpretação. Afirma-se que o art. 225 da Constituição previu que “Todos” têm direito a um meio ambiente saudável. Nessa linha, a expressão *todos* não limitaria tal direito apenas a animais humanos, nem mesmo a animais, e comportaria compreensão gramatical que poderia estendê-lo à integridade da Natureza⁴⁸.

Entretanto, o argumento de maior peso em favor de uma abordagem ecocêntrica é aquele que busca compreender o art. 225, parágrafos e incisos, da Constituição, em seu conjunto. Segundo essa abordagem, tal artigo contemplou uma proteção *ampla* ao meio ambiente: citou diversos bens ambientais como objeto de tutela, como a fauna e a flora; vedou que se conferisse tratamento cruel aos animais (art. 225, 1º, VII, CF); aludiu à proteção do “patrimônio genético” (art. 225, 1º, II, CF) e dos “processos ecológicos” necessários à preservação dos ecossistemas (art. 225, 1º, I, CF). A proteção de “processos ecológicos” sugere o reconhecimento de valor não apenas aos elementos que compõem a Natureza, mas também aos processos que resultam da interação entre tais elementos, o que abrange seres vivos e não vivos. A Carta vedou, ainda, as práticas que “provoquem a extinção de espécies” e, quanto a elas, não condicionou tal vedação àquelas que têm utilidade para os humanos. Nessa medida, defende-se que o art. 225 da CF, em seu conjunto, aponta para a proteção da Natureza em sua integridade, como bem autônomo, como valor em si e que comporta, portanto, uma compreensão ecocêntrica⁴⁹.

A adoção de uma interpretação ecocêntrica das normas de proteção ao meio ambiente pode ensejar uma relevante alteração de paradigma do ponto de vista hermenêutico porque implica a retirada dos animais humanos do centro do sistema jurídico e a *atribuição de tal centralidade à própria Natureza*. Esse reconhecimento do valor da integridade da Natureza se compatibiliza com cosmovisões indígenas que atribuem a elementos vivos e não vivos significados e valores específicos, culturais e espirituais, a serem preservados. Há, nessa medida, convergência entre a hermenêutica intercultural e a hermenêutica ecocêntrica.

Destaca-se, ainda, em matéria de proteção à Natureza, a relevância dos princípios da precaução e da prevenção, como normas orientadoras de toda e qualquer decisão que envolva riscos ambientais ou a mitigação de efeitos adversos ao meio ambiente (art. 225, § 1º, I, II e IV; art. 196, CF). Nesse sentido, de acordo com tais princípios, deve-se agir, preventivamente, para evitar danos já conhecidos ou que podem ser previstos (prevenção). Além disso, devem-se adotar medidas de proteção de danos ambientais inclusive quando não houver certeza científica quanto à possibilidade (precaução). Em caso de dúvida quanto ao potencial danoso de um empreendimento, de um produto ou serviço, ele deve ser evitado. Deve-se, ainda, optar pela medida mais segura e potencialmente menos adversa ao meio ambiente, conforme o estado atual do conhecimento. Isso ocorre porque o dano ambiental, uma vez produzido, é de difícil recuperação, de forma que a ênfase deve estar nas ações de prevenção⁵⁰.

⁴⁷ O dispositivo tem inspirado, inclusive, proposta de reformulação do princípio da dignidade humana, para incorporar-lhe o reconhecimento de um mínimo existencial ecológico. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, p. 69-94, 2015. p. 69.

⁴⁸ GONÇALVES, Daniel Diniz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Giro ecocêntrico: do Direito Ambiental ao Direito Ecológico. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 8, n. 1, 2018, pp. 138-157.

⁴⁹ Em sentido semelhante: SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, p. 69-94, 2015. p. 86-88.

⁵⁰ SCHMIDT, Cíntia. Princípios de direito ambiental. *Interesse Público*, ano 13, n. 69, p. 187-207, 2011; ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 5, n. 13, jan./abr. p. 307-332, 2016; THOMÉ, Romeu; LAGO, Talita Martins Oliveira. Barragens de rejeitos da mineração: o princípio da prevenção e a implementação de novas alternativas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 85, p. 17-39, jan./mar. 2017; FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. A importância dos princípios da precaução e da prevenção na busca do desenvolvi-

5 Os Povos Indígenas e a proteção à Natureza no Direito Internacional dos direitos humanos

5.1 Direito à identidade cultural no Direito Internacional dos direitos humanos

O direito à identidade cultural vem sendo extensamente reconhecido e desenvolvido em âmbito internacional, bem como regional, no último caso, principalmente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)⁵¹. Em âmbito universal, se baseia em distintos instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (artigos 22 e 27), o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 27), a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a Convenção de Paris (2003), a Declaração Universal da UNESCO sobre Identidade Cultural (2001), a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992)⁵².

No âmbito interamericano, tal direito se fundamenta, genericamente, nos arts. 1.1. e 2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH); especificamente nos direitos à vida (art. 4.1), à integridade pessoal (art. 5), à propriedade, aos territórios quanto aos Povos Indígenas, à subsistência (art. 21), à igualdade e à não discriminação (art. 24), bem como nos direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 26) previstos na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH). Tem por base ainda o Convenio 169 de la OIT (artigos 4.1, 7.1, 15.1 y 23). Além disso, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e a Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas (DADPI), ainda que não vinculantes, servem igualmente de base para o seu reconhecimento⁵³.

No âmbito da Corte IDH, o direito à identidade cultural é reconhecido como um direito de natureza individual e coletiva, de titularidade das comunidades tradicionais, dos povos indígenas e dos povos tribais (a exemplo dos quilombolas), bem como de seus respectivos membros⁵⁴. As decisões da Corte a respeito desse direito e suas implicações podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

mento sustentável. *L&C – Revista de Administração Pública e Política*, n. 156, jun. 2011, p. 33-34. Em sentido contrário, entendendo que o princípio da precaução muitas vezes enseja uma interferência excessiva do Judiciário, gera paralisia e produz decisões desproporcionais: REIS, José Augusto; LAMARE, Júlia de. O princípio da precaução e a intervenção judicial em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de energia. In: STEINDORFER, Fabriccio (coord). *Direito da energia elétrica*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 191-208.

⁵¹ Corte IDH. “*Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*” (Fundo). Sentença de 25 de novembro de 2000; Corte IDH “*Comunidad (Sumo) Anas Tigni Vs. Nicaragua*” (2001). Corte IDH, “*Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*” (2004). Corte IDH, “*Caso Comunidad Indígena Moivana vs. Surinam*” (2005), Corte IDH, “*Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay*” (2006). Corte IDH, “*Caso de la Comunidad Indígena Samboyamaxa vs. Paraguay*” (2006). Corte IDH, “*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*” (2007). Corte IDH, “*Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*” (2010). Corte IDH, “*Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*” (2012). Corte IDH, “*Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*” (2014). Corte IDH, “*Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*” (2015). Corte IDH, “*Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*” (2018). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “*Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020.

⁵² DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2014; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 83.

⁵³ A Corte IDH utiliza, em seu processo decisório, as doutrinas hermenêuticas do “controle de convencionalidade” e a denominada “interpretação evolutiva”, com base nas quais articula fontes vinculantes e não vinculantes de Direito Internacional, sob o conceito de “corpus iuris” de direitos humanos. Trata-se de questão objeto de extenso debate, que excede o escopo deste trabalho. Sobre o tema e registrando as evoluções mais recentes da Corte, FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermeneutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2020.

⁵⁴ Corte IDH. “*Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*” (2012), par. 213.

1. O direito à identidade cultural é um direito de base religiosa, cultural, espiritual, imaterial, ligado essencialmente às terras, territórios e aos *recursos naturais* das áreas em que tais povos habitam⁵⁵.
2. Tal direito é inalienável e se expressa *em conexão com o direito à vida* dos Povos Indígenas e como proteção do direito à propriedade, uso e gozo de suas terras, imprescindível para assegurar sua sobrevivência física e cultural, bem como o desenvolvimento e a continuidade de sua cosmovisão⁵⁶.
3. O Estado tem um *dever especial de diligência* que lhe impõe resguardar a sobrevivência de tais povos e adotar medidas efetivas para proteção ao direito à identidade cultural, em todas as suas dimensões⁵⁷.
4. Os direitos dos povos indígenas devem ser compreendidos à luz da cosmovisão indígena e dos elementos expressos em suas vivências e culturas — especialmente em sua dimensão intangível ou imaterial⁵⁸. Nesse sentido, demandam e ao mesmo tempo ensejam o desenvolvimento de uma hermenêutica intercultural⁵⁹.
5. O Estado deve assegurar a participação efetiva dos povos indígenas na decisão acerca de todo e qualquer plano de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração que se realize em seu território, por meio de consulta aos povos interessados⁶⁰. Esse direito deriva do direito de propriedade de tais povos⁶¹. Em projetos com “impacto significativo sobre o direito ao uso e gozo de seus territórios ancestrais”, o Estado deve buscar “o consentimento de tais povos”⁶².
6. Projetos de investimento em território indígena devem ser objeto de estudo prévio de impacto social e ambiental⁶³.

Em síntese, portanto, no que respeita aos Povos Indígenas, a proteção à identidade cultural se relaciona à proteção à própria vida e subsistência de tais povos. Implica a necessidade de interpretar comportamentos e direitos à luz da sua cultura e das suas práticas. Gera direitos procedimentais de participação e de estudos

⁵⁵ Corte IDH. “Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay”, (2005), par.135.

⁵⁶ Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), par. 40.

⁵⁷ Corte IDH. “Caso Pueblo Indígena *Xucuru* vs. Brasil” (2018), párrs. 93-194.

⁵⁸ Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), par. 213; e Corte IDH. “Caso *Norín Catrimán* y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena *mapuche*) vs. Chile” (2014), par. 357. FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. In: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 359-398.

⁵⁹ FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. In: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 359-398; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, ago. 2019. p. 517; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. Introducción. El derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (org.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020; RAMÍREZ, Silvina (org.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat (nuestra tierra)* vs. Argentina” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020. p. 169-185; Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), par. 133. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermeneutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “*Lhaka Honhat (nuestra tierra)* vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2020; CARMONA, Cristóbal. Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 372-399, 2019; CARMONA, Cristóbal. Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los Pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, año 19, n. 2, p. 301-334, 2013.

⁶¹ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), pars. 121 y 122.

⁶² Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), pars. 136.

⁶³ Corte IDH, “Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam” (2007), pars. 129. No mesmo sentido, v.: Corte IDH. “Caso del Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku* vs. Ecuador” (2012), par. 176; Corte IDH, “Caso Comunidad *Garifuna de Punta Piedra* y sus miembros vs. Honduras” (2015), pars. 215 e ss.; Corte IDH. “Comunidad *Garifuna Triunfo de la Cruz* y sus miembros vs. Honduras”, pars. 154 e ss.

prévios de impacto, quanto a empreendimentos que possam afetá-los, incluindo os efeitos de caráter cultural ou intangível. Enseja um dever estatal de proteção, que impõe ao Estado adotar medidas e instituições adequadas e insuficientes a tal tutela.⁶⁴

5.2 Direito ao meio ambiente no Direito Internacional dos direitos humanos⁶⁵

O direito a um meio ambiente saudável vem sendo afirmado em diversas normas de Direito Internacional de ordem universal e regional. Essas normas têm por objeto a proteção ao meio ambiente propriamente, tal proteção em conexão com direitos humanos ou, ainda, a promoção da ideia de desenvolvimento sustentável. No âmbito universal, podem-se mencionar: a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972)⁶⁶, a Carta da Natureza (1982)⁶⁷, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)⁶⁸, a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992)⁶⁹, a Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002) e o Plano de Aplicação das Decisões da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (2002)⁷⁰ e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável: Transformar Nosso Mundo (2015)⁷¹. Merecem referência, ainda, três documentos internacionais patrocinados pela Organização das Nações Unidas que procuram enfrentar os desafios decorrentes das mudanças climáticas: a Convenção Quadro sobre Mudança Climática (1992)⁷², o Protocolo de Kyoto (1997)⁷³ e o Acordo de Paris (2015)⁷⁴.

Em âmbito regional, são instrumentos relevantes sobre o tema: a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁷⁵, que prevê a obrigação dos Estados de alcançar o desenvolvimento integral de seus povos (arts. 30, 31, 33 e 34); a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (1969)⁷⁶, quanto ao

⁶⁴ De acordo com James Anaya, a consulta prévia é obrigatória “sempre que uma decisão possa afetar aos povos indígenas em modos não percebidos por outros indivíduos da sociedade, [o que ocorre] quando a decisão se relaciona com os interesses ou as condições específicas de determinados povos indígenas”. O autor observa, ainda, que os Estados devem avaliar previamente as medidas legislativas ou administrativas que venham a ser propostas, em especial aquelas relativas à extração de recursos naturais, para determinar a necessidade de iniciar processos de consulta que antecedam a adoção de tais medidas. ANAYA, James. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> Acesso em: 26 set. 2020. p. 23.

⁶⁵ Optamos por tratar da matéria no Direito Internacional, tendo como ponto de partida as fontes normativas articuladas pela Corte IDH no tema e enfatizando sua jurisprudência, já que o Brasil se submeteu à sua jurisdição. A exceção, nesse item, está na referência aos documentos relacionados às mudanças climáticas, que não estão, ainda, explorados em sua jurisprudência.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estoco0000000000000000lmo-sobre-o-ambiente-humano.html> Acesso em: 26 set. 2020.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Mundial da Natureza*. Disponível em: https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/convencoes_tratados_etc/carta_mundial_da_natureza_de_28_de_outubro_de_1982.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

⁶⁹ ONU. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992. Adotada no Rio de Janeiro, República Federativa de Brasil, em 5 de junho de 1992.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/decpol.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.

⁷¹ Resolução 70/1 de la Assembleia Geral das Nações Unidas, 25 de setembro de 2015. Doc. ONU A/RES/70/1.

⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Marco das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CMNUCC)*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/convencoes-meio-ambiente/convencao-quadro-das-nacoes-unidas-sobre-mudanca-do-clima.pdf/view> Acesso em: 26 set. 2020.

⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Kyoto da Convenção-Marco das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/protocolo-de-quioto-a-convencao-quadro-das-nacoes-unidas-sobre-mudanca-do-clima.html> Acesso em: 26 set. 2020.

⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.

⁷⁵ OEA. Assembleia Geral, Carta da Organização dos Estados Americanos, adotada em Bogotá em 30 de abril de 1948.

⁷⁶ OEA. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

dever estatal de implementação progressiva de direitos sociais, econômicos e culturais (art. 26); e o Protocolo de São Salvador (1988), que afirma o direito de toda pessoa a viver em um meio ambiente sadio (art. 11). Além deles, a Corte IDH considera, no que se refere aos Povos Indígenas, que o direito ao meio ambiente saudável é tutelado pela Convenção 169 da OIT (arts. 4º, 1º, 7º, 3 e 4 entre outros) e pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 29)⁷⁷.

No que respeita ao reconhecimento de um valor intrínseco ao meio ambiente, vale mencionar que a Carta da Natureza (1982)⁷⁸ afirma que: “Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem”. Na mesma linha, o preâmbulo da Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) refere-se “ao valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes”, bem como reconhece que a sua conservação é “uma preocupação comum à humanidade”. Por fim, no âmbito do direito comparado, a Constituição do Equador de 2008, de forma pioneira, reconheceu expressamente a Natureza como sujeito de direitos (art. 71)⁷⁹.

No que respeita à jurisprudência da Corte IDH, dois casos se destacam quanto à justificação, o reconhecimento e as implicações do direito ao meio ambiente saudável: a Opinião Consultiva OC-23/17⁸⁰ e o caso *Lhaka Honhat* de 2020⁸¹. Na Opinião Consultiva OC-23/17, a Corte assinalou que o direito a um meio ambiente saudável constitui um direito autônomo, com base no art. 11 do Protocolo de São Salvador, e, simultaneamente, um direito derivado de outros direitos humanos, como o direito à vida ou à integridade pessoal⁸². Como direito autônomo, assinalou que sua proteção incide sobre todos os elementos componentes do ambiente, “tais como bosques, mares, rios e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda que não haja certeza ou evidência de risco para pessoas individuais”⁸³. Observou que tal direito impõe a proteção da Natureza, não apenas por sua “utilidade” ou por seus “efeitos” sobre os seres humanos, mas “por sua importância para os demais organismos vivos”⁸⁴. Com essa afirmação, a Corte defendeu a proteção da Natureza e de seus componentes como “bens em si”, por seu valor intrínseco, e não por serem instrumentais à proteção de interesses humanos. Nesses termos, aproximou-se da ideia da Natureza como “sujeito de direitos”⁸⁵. Por fim, explicitou que danos ambientais podem ensejar a violação de outros direitos humanos⁸⁶.

O caso *Associação Lhaka Honhat v. Argentina* (2020), por sua vez, envolvia o desenvolvimento de ativi-

⁷⁷ ONU. Assembleia Geral. Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, adotada em Nova Iorque, em 13 de setembro de 2007.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Mundial da Natureza*. Disponível em: https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/convencoes_tratados_etc/carta_mundial_da_natureza_de_28_de_outubro_de_1982.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

⁷⁹ Constituição da República do Equador: “Art. 71. A natureza ou *Pacha Mama*, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos”.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”*, de 15 de novembro de 2017.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “*Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*” (Fundo, Reparações e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”*, de 15 de novembro de 2017. p. 62-63.

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”*, de 15 de novembro de 2017. p. 62.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”*, de 15 de novembro de 2017. p. 62.

⁸⁵ PEÑA, Mario. *La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza*. 2018. Disponível em: <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/la-revolucion-de-los-derechos-humanos-ambientales-y-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>. Acesso em: 30 set. 2020; FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermeneutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2020.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”*, de 15 de novembro de 2017. p. 64.

dades agropecuárias degradantes por terceiros, com contaminação da água, desertificação do solo, consumo (por animais) dos alimentos necessários à subsistência indígena, supressão de espécies utilizadas para fins medicinais e comprometimento da biodiversidade necessária ao desenvolvimento de práticas ancestrais⁸⁷. Em tais circunstâncias, a Corte IDH reconheceu a ocorrência de violação ao direito ao meio ambiente saudável e, em virtude dela, a ameaça ou o comprometimento dos direitos dos Povos Indígenas às suas fontes de alimento tradicionais, à água e à identidade cultural.

A decisão teve por base os fundamentos invocados no julgamento da OC-23/17, bem como a violação ao artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que estabelece o dever estatal de implementação progressiva de direitos sociais, econômicos e culturais. Afirmou, ainda, o descumprimento, pelo Estado, do seu dever de assegurar e de adequar suas normas internas aos direitos previstos na CADH (art. 1.1 e 2), entre os quais o direito dos Povos Indígenas a seus territórios (art. 21), à igualdade e à não discriminação (art. 24). E reconheceu a ocorrência de violação à Convenção 169 da OIT, no que respeita à obrigação de adotar medidas especiais voltadas à proteção da cultura, dos recursos naturais e do meio ambiente de que dependem os Povos Indígenas (arts. 4.1, 7.1, 15 e 23)⁸⁸.

Por fim, assinalou que o dever estatal de proteção ao meio ambiente deve observar um standard de “devida diligência” e, portanto, incluir: (i) o respeito ao princípio da precaução; (ii) a regulação, supervisão e fiscalização de atividades capazes de produzir dano ambiental; (iii) o requerimento de estudos de impacto ambiental; (iv) o estabelecimento de planos de contingência e de mitigação, para os casos de ocorrência de dano ambiental.⁸⁹

6 Povos Indígenas e Natureza: pontos de convergência e tutela recíproca

Estabelecidos os regimes jurídicos e as principais possibilidades hermenêuticas a que se sujeitam a tutela dos Povos Indígenas e a proteção da Natureza, passamos a examinar suas zonas de interseção. Com isso, procuramos compreender as contribuições que tais Povos e seu regime de proteção podem oferecer para a defesa do meio ambiente, bem como avaliar em que medida a tutela da Natureza pode igualmente reforçar os sistemas de proteção dos Povos Indígenas.

6.1 A contribuição dos Povos Indígenas para a proteção da Natureza

O papel dos Povos Indígenas para a proteção à Natureza pode ser compreendido a partir de três perspectivas: (i) sua presença e o regime jurídico que lhes é aplicável garantem uma maior efetividade à proteção ambiental, (ii) suas práticas promovem uma ressignificação do valor da Natureza que reforça a sua preservação; e (iii) as normas que os protegem asseguram mecanismos de participação e de diálogo que favorecem a tutela do meio ambiente.

*Em relação à maior efetividade da proteção ambiental, não é segredo que as terras indígenas, assim como as áreas caracterizadas como unidades de conservação, apresentam percentuais muito inferiores de desmatamento*⁹⁰.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (Fundo, Reparações e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020. p. 282-284.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (Fundo, Reparações e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020. p. 247.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (Fundo, Reparações e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2020. p. 208-209. Sobre os princípios *pro natura* e da precaução, OLIVARES, Alberto. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, v. 3, n. 24, p. 619-650, 2018; BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

⁹⁰ BARAGWANATH, Kathryn; BAYL, Ella. Collective property rights reduce deforestation in the Brazilian Amazon. *PNAS*

Em primeiro lugar, o Brasil possui grandes extensões de floresta. Dada tal extensão, o monitoramento do que ocorre em todas as áreas de floresta é difícil. Demandaria enorme contingente de servidores. Trata-se, ainda, muitas delas, de áreas de difícil acesso, de mata cerrada, sem estradas, banhadas por rios apenas parcialmente navegáveis. Por essa razão, a presença do Estado é baixa e onerosa. As florestas são, contudo, o habitat natural dos Povos Indígenas. A sua presença e locomoção em tais áreas é parte do seu modo de viver. Nessa medida, tal presença os transforma em “defensores da floresta”, já que, tendo conhecimento da existência de invasores e de atividades ilícitas em suas áreas, podem fazer soar o primeiro alarme e levar tal fato ao conhecimento das autoridades.

De modo geral, tais Povos também exercem, por seus próprios meios, a defesa de seus territórios. Do mesmo modo, a institucionalidade que protege os indígenas penetra, em alguma medida, nas florestas. Bases de Proteção Etnoambiental, barreiras sanitárias e equipes de saúde asseguram a presença de servidores estatais, que levam ao conhecimento das autoridades eventuais invasões e atividades violadoras do meio ambiente. Portanto, a presença de Povos Indígenas e das instituições voltadas à proteção e promoção de seus direitos são um elemento de proteção da Natureza.

Também o regime jurídico especial a que se submetem as suas áreas são um mecanismo de reforço à proteção ambiental. Em primeiro lugar, o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas dependem da oitiva de suas comunidades e da autorização do Congresso Nacional (art. 231, CF). Além disso, as terras indígenas são bens públicos da União, gravados com usufruto perpétuo em favor de tais Povos. No contexto brasileiro, parte substancial dos desmatamentos relacionam-se a processos de grilagem de terras públicas, que observam as seguintes etapas: retirada das árvores de maior valor (madeira) para comercialização, queimada da área para remoção da vegetação subsistente, instalação de gado de modo a marcar a sua ocupação pelo possuidor, com o propósito final de obter a regularização da propriedade, em seu próprio nome, mediante pagamento de preço inferior ao de mercado ao Poder Público⁹¹.

De fato, leis aprovadas em governos de todos os vieses ideológicos têm promovido tais regularizações ao longo do tempo e funcionam como um verdadeiro incentivo à grilagem de terras públicas⁹². Tal incentivo não está presente, contudo, em terras indígenas, já que elas não se sujeitam à regularização ou transferência de propriedade para particulares. Há, portanto, menor estímulo à invasão de tais terras por parte de grileiros que desejem implementar o ciclo completo antes descrito. Vale mais a pena, para tais atores, investir em terras públicas não destinadas⁹³. De todo modo, é importante reconhecer a presença relevante da mineração ilegal em terras indígenas, muitas vezes com o uso de mercúrio, gerando dano não apenas ao meio ambiente, mas à saúde da população e à preservação de seu modo de vida tradicional⁹⁴.

Quanto à contribuição das práticas indígenas para a proteção da Natureza, como já antecipado, a subsistência indígena, sua reprodução física e cultural, dependem da integridade do ecossistema que habitam e da higidez de seus processos ecológicos. A poluição de um rio ou a contaminação do solo podem comprometer de forma irreversível suas práticas e sua própria subsistência. Além disso, a cultura e a cosmovisão de tais Povos atribuem à Natureza e a seus elementos uma conotação espiritual e transcendente, e não o valor inferior de

Latest Articles, jul. 2020. Disponível em: <https://www.amazoniasocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/08/10.1073@pnas.1917874117.pdf>. Acesso em 30 set. 2020; HUMAN RIGHTS WATCH. *Máfias do Ipê*. Nova York: HRW, 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2019/09/17/333886>. Acesso em: 9 fev. 2020.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, 2020, p. 346.

⁹² Lei n. 11.952/2009 (governo Lula); Lei n. 13.465/2017 (governo Temer); e Medida Provisória 910/2019 (governo Bolsonaro). A última perdeu sua validade sem que fosse apreciada, tendo coincidido com o período da pandemia da COVID-19.

⁹³ Daí a importância de que as terras indígenas estejam demarcadas e homologadas, providência que tem, contudo, encontrando resistência por parte do Poder Público desse sempre e de forma especialmente intensa perante o atual chefe do Executivo federal.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, 2020, p. 342; BRASIL. Ministério Público Federal. *Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas*. Brasília: MPF, 2020. p. 173-174.

“coisa”, acessória e instrumental aos interesses humanos. Vale ilustrar o ponto com alguns relatos de distintos Povos Indígenas, que conferem a elementos da natureza atributos de pessoa ou que trazem lendas de seres encantados e perigosos que defendem bens relevantes como a água. Curiosamente, Povos diferentes apresentam narrativas próximas. Confira-se:

Lenda do Rio Amazonas (Povo Indígena da Amazônia, Brasil)

“Muito tempo atrás, quando os animais ainda falavam, o Sol se apaixonou pela Lua e teve seu amor correspondido por ela. Eles perceberam em bem pouco tempo, entretanto, que, ao se aproximarem, um destruíu o outro: o Sol derretia a Lua e a Lua apagava o Sol. Eles perceberam, assim, ser este amor impossível [...]. Foi então que eles resolveram se separar. A Lua inconformada com a separação chorou dias e noites seguidas. Suas lágrimas abundantes correram por cima da Terra [...]. **Assim essas águas que eram lágrimas da Lua [...] se transformaram em nosso grandioso rio Amazonas.**”⁹⁵ (Grifou-se)

Conto do Cuidador da Água (Povo Indígena Pewenche, Chile):

“**Para a natureza a água é muito importante, aqui há gente que cuida da água**, “Kühuin-Malen”, mas se pode conversar com eles. Cada água tem seu cuidador. Eles têm rabo de peixe. É uma senhorita com tranças longas, até debaixo da cintura, de cabelo cor de ouro. De manhã, se penteia com pentes de ouro. Deus a deixou aí para que cuide da água.

É como a padroeira de todos os Punalka, manda neles. (Grifou-se)

O Pewenche roga para que cuide da água.”⁹⁶

Lenda da Iara, Mãe d’Água (Povos da Amazônia, Brasil):

“[...] Iara, ou mais conhecida como **a fabulosa Mãe d’Água** [...], trata-se de uma mulher lindíssima, com a pele bastante clara, cabelos negros que pendem até a cintura, seios fartos e sempre à mostra, nua até a metade do corpo, mais precisamente da cintura para cima; daí para baixo, tem a forma e a cauda de um peixe. [...] é um ser encantado que vive nos lagos, nos rios e sobre os ramos fechados das flores de igarapés. Os índios e sertanejos são unânimes em afirmar que todo aquele que vê a tal da Iara fica imediatamente atraído por sua beleza e formosura, acaba sendo arrastado por ela, por causa de seu canto maravilhoso, para o fundo das águas turvas. **Por esse motivo, tanto índios como sertanejos não facilitam e tomam muito cuidado, afastando-se dos lagos e rios**, como também nunca passam próximo aos igarapés ao cair da tarde. Eles possuem verdadeiro pavor dos encantamentos da Iara [...].”⁹⁷ (Grifou-se)

Por fim, *no que se refere a mecanismos de participação e diálogo*, como já mencionado, a Constituição prevê que os Povos Indígenas devem ser ouvidos sobre o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em suas terras. Do mesmo modo, a Convenção 169 da OIT, incorporada ao direito brasileiro com status supralegal (art. 5º, §2º, CF), assegura aos Povos Indígenas o direito à consulta quanto a medidas administrativas e legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente (artigo 6º, 1, “a”), bem como amplo direito de participação no que respeita às ações voltadas à sua proteção (artigo 2º), às políticas públicas que lhes sejam concernentes (artigo 6º, 1, “b”), à formulação de planos de desenvolvimento que possam afetá-los (artigo 7º, 1), à melhoria dos serviços de saúde que lhes são destinados (artigo 7º, 2). Tais direitos à consulta e à participação permitem que esses Povos vocalizem suas apreensões quanto a atividades e empreendimentos que possam gerar danos ao habitat em que vivem e, nessa medida, favorecem a incorporação da perspectiva ambiental em tais processos decisórios.

Entretanto, merece registro o fato de que, a despeito das múltiplas normas já referenciadas, parte dos

⁹⁵ GÓMEZ PLATERO, Ana María; EHRICH, Victoria Palma. *Leyendas de la Amazonia Brasileña*. Brasília: Consejería de Educación de la Embajada de España, Secretaría General Técnica, 2011. p. 13.

⁹⁶ Asociación Markan Kura de Ikalma. *Conocimiento Pewenche: tradiciones y prácticas sobre cuidado y protección del medio ambiente*. Lonkimay: Fundación Instituto Indígena, 2004. p. 22.

⁹⁷ GÓMEZ PLATERO, Ana María; EHRICH, Victoria Palma. *Leyendas de la Amazonia Brasileña*. Brasília: Consejería de Educación de la Embajada de España, Secretaría General Técnica, 2011. p. 45.

direitos dos Povos Indígenas sofre de uma baixíssima implementação na prática. Esse déficit de implementação é fruto da sua própria vulnerabilidade, estigmatização e sub-representação, bem como da preponderância de interesses de grupos que dominam a cena política e econômica⁹⁸. Merece reiteração, ainda, o já mencionado processo de precarização por que têm passado as instituições voltadas à sua proteção, possivelmente produto das mesmas causas, e que prejudicam enormemente a concretização dos direitos de tais Povos e sua contribuição para a proteção da Natureza⁹⁹.

6.2 A contribuição da Natureza para a proteção dos Povos Indígenas

A proteção à Natureza, a seu turno, também contribui para a preservação dos direitos dos Povos Indígenas, sob três perspectivas: (i) reforça a tutela de seu habitat; (ii) permite a atração dos princípios da precaução e da prevenção para proteção de tais Povos; (iii) impõe a inclusão da questão indígena nos estudos de impacto ambiental. *No que respeita à tutela de seu habitat*, como já exposto, há uma profunda relação entre a identidade cultural dos Povos Indígenas, o território que ocupam e o meio ambiente. Tais povos extraem de tal território e de seu ambiente alimentos, plantas medicinais e interagem, cultural e espiritualmente com ele, atribuindo-lhe propriedades e valores transcendentais. A preservação da Natureza protege, nessa medida, a sua reprodução física e cultural, seus modos de fazer, criar e viver¹⁰⁰.

Quanto à atração dos princípios da precaução e da prevenção para a tutela de tais Povos, como já exposto, qualquer prejuízo à Natureza pode colocar em risco a sua vida, a sua saúde, a sua cultura e os referentes cosmogônicos que lhe atribuem sentido. Por isso e dada a relação de interdependência entre Povos Indígenas e meio ambiente, também a proteção indígena atrai a incidência de tais princípios. *Já no que se refere à inclusão da questão indígena nos estudos de impacto ambiental*, vale assinalar que os indígenas são vidas humanas a serem consideradas no que respeita a tais impactos, bem como são responsáveis pela conformação de um *meio ambiente cultural* que integra o patrimônio cultural brasileiro e que se sujeita igualmente à proteção. Nessa medida, eventuais impactos adversos a tais Povos, a seu habitat e à sua projeção cultural devem, necessariamente, ser considerados em tais estudos, procedimento que, de igual modo, reforça a sua proteção e atrai a sua participação nos processos de licenciamento.

Merece, ainda, registro ressalva semelhante àquela efetuada quanto à implementação dos direitos dos Povos Indígenas. Temos no Brasil uma proteção constitucional generosa à Natureza. Somos parte de inúmeros tratados internacionais, inclusive e em especial daqueles que tratam da mitigação das mudanças climáticas. Nos comprometemos com uma meta ousadíssima de redução da emissão de gases de efeito estufa e, portanto, com a contenção do desmatamento e da alteração da cobertura e dos usos do solo.

Apresentamos, ainda, um conjunto considerável de normas infraconstitucionais que regulam as mais diversas obrigações ambientais, bem como o licenciamento ambiental de empreendimentos, atividades e serviços. A despeito disso, a implementação de tais normas e compromissos, na prática, pode se ver frustrada pela contraposição de interesses políticos e econômicos. Além disso, e tal como ocorre com os Povos Indígenas, as instituições de tutela do meio ambiente vêm sofrendo um processo de precarização e desmon-

⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. *In: ROSSITO, F. D. et al. Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.

⁹⁹ AMORIM, Fabrício. Povos indígenas isolados no Brasil e a política indigenista desenvolvida para efetivação de seus direitos: avanços, caminhos e ameaças. *Revista Brasileira de Linguística Antropológica*, v. 8, n. 2, p. 19-39, 2016; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Servidores denunciam precarização de frentes de proteção a índios isolados*. nov. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/servidores-denunciam-precarizacao-de-frentes-de-protecao-a-indios-isolados> Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰⁰ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2020.

te, com a extinção de órgãos, a insuficiência de servidores e a redução de orçamentos¹⁰¹.

7 Giro Hermenêutico: da dignidade humana à dignidade da Natureza, do antropocentrismo ao ecocentrismo

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma ideia consolidada no Direito Internacional dos direitos humanos, no direito comparado e no direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF)¹⁰². Na doutrina constitucional brasileira, o princípio é compreendido como núcleo essencial e base (ainda que não exclusiva) de que emanam, em maior ou menor grau, os direitos fundamentais¹⁰³. Trata-se de norma que desempenha múltiplas funções. É um *princípio hermenêutico* que orienta a interpretação das normas constitucionais e a releitura das normas infraconstitucionais. Constitui um *instrumento de integração* a partir do qual direitos não afirmados expressamente no texto constitucional podem ser reconhecidos. É um *parâmetro para a ponderação* entre direitos constitucionais em tensão, conferindo peso reforçado aos direitos que mais se aproximem da ideia de dignidade¹⁰⁴.

A dignidade humana associa-se à ideia de superioridade e de valor *intrínseco da pessoa humana*, ao reconhecimento de que cada vida humana é um valor e fim em si mesmo e, por isso, não pode ser tratada apenas como instrumento para a consecução de outros fins, mas, ao contrário, deve ser tratada com igual consideração e respeito. Trata-se de uma ideia com raízes bastante remotas, justificada com base em distintos fundamentos, entre os quais merecem relevo concepções religiosas sobre a criação do ser humano à imagem e semelhança de Deus e concepções seculares¹⁰⁵.

No que se refere às últimas, a doutrina de Kant é considerada uma das mais importantes formulações sobre a dignidade humana e tem por contexto o *antropocentrismo*, o liberalismo e o individualismo iluminista¹⁰⁶. De acordo com Kant, enquanto as coisas têm um preço e são substituíveis, os seres humanos têm dignidade (que corresponde justamente a seu valor intrínseco absoluto). Na visão kantiana, a dignidade tem por base a autonomia, que, por sua vez, se fundamenta na capacidade de autogoverno de cada indivíduo fundada na *razão*¹⁰⁷. A razão é, portanto, o elemento central para o reconhecimento de um valor superior. Essas ideias, na ocasião em que foram formuladas, eram extremamente progressistas e constituíam um elemento de afirmação da liberdade, no sentido de não ingerência do Estado em uma determinada esfera existencial do indivíduo; bem como da igualdade, com o significado de que todas as pessoas, por serem racionais, devem gozar do mesmo valor e da mesma proteção. Constituíam um marco na superação do teocentrismo, do poder estatal ilimitado e da hierarquização entre pessoas¹⁰⁸.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 331-376, 2010. p. 348-350.

¹⁰² A proteção à dignidade aparece, ainda, como fundamento do planejamento familiar de livre decisão do casal (art. 226, § 7º, CF), como direito da criança, do adolescente, do jovem (art. 227, CF) e das pessoas idosas (art. 230, CF).

¹⁰³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73-74.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 326.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, pp. 27-32.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 17-20.

¹⁰⁷ KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; BARROSO, Luís Roberto. *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 123-129. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 106-109; BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 86-107.

¹⁰⁸ Outros autores relevantes desenvolveram ideias similares um pouco mais tarde. Nesse sentido, Rawls defendeu que cada pessoa possui uma “inviolabilidade intrínseca”, que nem o bem-estar da sociedade pode sobrepujar RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 3-4). Dworkin desenvolveu a ideia de “direitos como trunfos” contra a maioria.

No entanto, algumas consequências possíveis de tal doutrina merecem destaque. Entre elas: a afirmação de que o ser que supostamente não é capaz de exercer razão e, portanto, autonomia no sentido kantiano, é desprovido de dignidade. Nessas condições, esse ser é uma “coisa”, que tem um “preço de mercado”, é substituível, não constitui um fim em si mesmo, podendo ser instrumentalizado. Trata-se de uma abordagem que lança luzes importantes sobre como a Natureza e os demais seres vivos foram tratados até o momento presente. Justamente como coisas precificáveis e substituíveis, desprovidas de dignidade, destinadas a servir aos interesses e às necessidades humanas. Assim, esse paradigma, profundamente progressista como já observado, paradoxalmente, poderia justificar a exploração ilimitada da Natureza como coisa precificável e substituível e a incompreensão da interdependência entre todas as formas de vida¹⁰⁹.

Nesse ponto, e sem deixar de reconhecer a relevância da afirmação da dignidade da pessoa humana, é importante fazer o registro de que a razão como critério distintivo da superioridade entre os seres humanos e os demais seres vivos pode constituir um critério bastante arbitrário, sobretudo quando achados da psicologia e da neurociência demonstram que grande parte dos nossos comportamentos e escolhas não se funda, propriamente, na razão, mas em preconceções e mecanismos inconscientes, e que, em tais circunstâncias, a razão serve, de modo geral, mais como um elemento de justificação do que efetivamente como um elemento de decisão autônoma¹¹⁰.

Além disso, trata-se de paradigma que não é capaz de oferecer resposta ou tratamento aos dilemas que a crise climática nos apresenta¹¹¹. A crise climática demonstra que a proteção da Natureza e a existência de um meio ambiente saudável constituem condição para o exercício de todos os direitos fundamentais. Sem Natureza e meio ambiente equilibrado, não há vida, saúde, acesso à água potável, ao alimento, à moradia, tampouco se pode falar em uma vida digna para os seres humanos. Assim, sem prejuízo de seguirmos defendendo a dignidade da pessoa humana, em suas vertentes de liberdade e de igualdade entre as pessoas, parece ao menos prudente e recomendável que questionemos a afirmação da superioridade humana com base no exercício da razão e a rejeição do reconhecimento da dignidade da Natureza.

Esse parece ser o caminho que a crise climática nos aponta. Caso tenhamos êxito em seu enfrentamento, é possível que, no futuro, olhemos para os dilemas atuais — centralidade humana em oposição à centralidade da Natureza e não reconhecimento da dignidade desta última — com a mesma estranheza com que olhamos, hoje, para a ideia de que a Terra é o centro do Universo ou para a justificação da escravidão e sujeição de negros africanos e de indígenas com base no argumento de que não dispunham de alma. Trata-se, afinal, de paradigmas científicos e morais que demonstram como a racionalidade humana é falível e como a moral é cultural e contingente.

Nesse sentido, a hermenêutica intercultural demonstra que a compreensão de mundo da cultura atualmente dominante (e dos seus julgadores) não é universal. É, apenas, uma entre as muitas compreensões que devem ser tidas em conta. Na cosmovisão indígena, a Natureza tem um valor e uma centralidade que preci-

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 153-167. Nino afirmou o “princípio da inviolabilidade da pessoa”, que impede sacrifícios involuntários em favor da coletividade NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

¹⁰⁹ GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010. p. 48-49.

¹¹⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova Iorque: New York University, 1986. p. 123-141; ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: New York University, 1986. Na literatura nacional: MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastiões do STF*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018. p. 152-155; NOJIRI, Sergio. *O Direito Irracional: emoção e intuição no processo de tomada de decisão judicial*. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019; HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na tomada da decisão judicial? a contribuição da psicologia e das neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 85-122, dez. 2019.

¹¹¹ Na doutrina de Thomas Khun, a revolução científica é uma consequência de uma crise de paradigmas, que ocorre quando um antigo paradigma não é mais capaz de oferecer respostas satisfatórias ou coerentes para novos problemas. Segundo Khun, a crise gera a substituição do antigo paradigma por um novo paradigma, que passa a orientar novas soluções. KHUN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2017.

sam ser consideradas. A hermenêutica biocêntrica e/ou ecocêntrica, de forma similar, reconhece a dignidade da vida (humana ou não humana) ou da Natureza (incluídos os elementos sem vida), bem como seu valor como um fim em si mesmo.

Essas considerações nos levam a sugerir que, sem desconsiderar o valor da dignidade humana e sua inestimável importância para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais, é possível que estejamos vivendo um momento de trânsito, no direito constitucional, para o reconhecimento também do ecocentrismo como núcleo essencial e base dos direitos fundamentais, à luz do qual se deve buscar a releitura de todo o ordenamento jurídico, o reconhecimento de novos direitos e a redefinição de pesos diferenciados *prima facie* na ponderação entre bens constitucionais em tensão. Esse é o novo paradigma que a crise climática parece “sugerir”. Paradigma que, como os novos paradigmas em geral, enfrenta resistências tão potentes quanto aquelas enfrentadas pela afirmação do heliocentrismo e pela superação da escravidão. Trata-se, contudo, no limite, de uma questão de sobrevivência. Literalmente.

8 Considerações finais

Em resposta às questões que o presente trabalho se propôs a enfrentar, os Povos Indígenas têm contribuição relevante a oferecer à proteção da Natureza. A presença de tais Povos nas florestas, sua vigilância e o regime jurídico que lhes é aplicável geralmente garantem uma maior efetividade da preservação ambiental. As práticas, costumes e tradições de suas comunidades promovem, de modo geral, uma ressignificação do valor da Natureza, que reforça seu resguardo. O regime de proteção a tais Povos prevê, ainda, mecanismos de participação e de diálogo que favorecem a tutela da Natureza (embora não se deva desconsiderar que também podem gerar riscos para ela, por exemplo, no que se refere às normas que preveem a participação das comunidades indígenas nos benefícios de projetos extrativos). Além disso, a hermenêutica intercultural ensina que o juiz, ao apreciar demandas indígenas, deve considerar o valor e o significado que a sua cultura dos últimos atribui a comportamentos e bens. Na cultura indígena, como regra, a Natureza tem valor intrínseco, central e transcendente.

Do mesmo modo, a Natureza e o regime jurídico que lhe é aplicável desempenham um papel importante para a proteção de tais Povos. A preservação da Natureza reforça a tutela de seu habitat e de sua reprodução física e cultural, dada a profunda interdependência entre ambos. Tal interdependência justifica a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, de viés ambiental e sanitário, à tutela dos Povos Indígenas. Por razões idênticas, impõe-se, ainda, a inclusão da questão indígena nos estudos de impacto ambiental de empreendimentos que possam gerar danos ao meio ambiente e/ou a tais povos, inclusive em uma perspectiva cultural. A hermenêutica ecocêntrica, a seu turno, reconhece à Natureza um valor intrínseco, como bem em si e como conjunto de elementos e processos essenciais à preservação do Planeta e da vida dos seres que o habitam. Nessa medida, é convergente com a cosmovisão indígena.

No que respeita a um possível “giro hermenêutico” em matéria de interpretação constitucional, a relação de interdependência entre a Natureza, a vida de todo e qualquer ser e o exercício de direitos fundamentais; os aportes da hermenêutica intercultural; a contribuição da hermenêutica ecocêntrica; e, por fim, a gravidade da crise climática que enfrentamos, bem como das suas consequências, demonstram que a forma pela qual nos relacionamos com a Natureza precisa ser alterada. Os paradigmas econômicos, sociais, jurídicos e éticos que nos serviram de base não são mais capazes de oferecer respostas à questão mais premente que temos a enfrentar: a contenção e a reversão da destruição ambiental que pode comprometer a viabilidade da vida na Terra. Integramos a Natureza, somos incapazes de controlá-la e profundamente dependentes do seu equilíbrio, como condição para o exercício de todos os direitos que tanto valorizamos. Nesse contexto, não somos superiores ou mais dignos de tutela que os demais seres porque *todos* dependemos *do todo*.

Tais constatações tendem a nos conduzir ao reconhecimento da centralidade da Natureza e do equilíbrio ambiental como direito-matriz e como base de que depende o exercício de todos os demais direitos, inclusive dos direitos humanos. Elas permitem que se reconheça que o direito ao meio ambiente saudável tem relevância ao menos paralela à dignidade humana. Esse reconhecimento implica, do ponto de vista hermenêutico, ressignificar todo o ordenamento jurídico à luz desse valor. Trata-se, portanto, de entendimento com aptidão para produzir grandes mudanças na compreensão do Direito como um todo. Mudanças de paradigma provocam enormes resistências e importantes rupturas. Não são rápidas, nem fáceis. Entretanto, apresentam grandes oportunidades: de uma vida mais equilibrada, mais solidária, menos arrogante. Nesse sentido, temos muito a aprender com a Natureza.

Referências

- ABRAMOVAY, Ricardo. *Amazônia: por uma economia de conhecimento da natureza*. São Paulo: Elefante, 2019.
- Acosta, A. Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición. In: LANG, M.; MOKRANI, D. *Más allá del desarrollo*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/Abya Yala, 2012. p. 83-118.
- Aguilar Castro, Vladimir. Extractivismo, derechos humanos y desafección política en Venezuela. In: SORIANO DIAZ, Ramón Luis; SANCHES RUBIO, David; Suárez Villegas, Juan Carlos (eds.). *Las fronteras de los derechos humanos: problemas, discusión y Soluciones*. Madrid: Dickinson, 2020.
- Alayza, A.; Gudynas, E. *Transiciones y alternativas al extractivismo en la región andina*. Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales, 2012.
- Altwater, Elmar et al. *Las limitaciones de la globalización: economía, ecología y política de la globalización*. Madrid: Siglo XXI Ediciones, 2002.
- Altwater, Elmar. ¿Existe un marxismo ecológico? In: Borón, A.; Amadeo, J. González, S. (ed.). *La teoría marxista hoy, problemas y perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2006. p. 341-363.
- AMORIM, Fabrício. Povos indígenas isolados no Brasil e a política indigenista desenvolvida para efetivação de seus direitos: avanços, caminhos e ameaças. *Revista Brasileira de Linguística Antropológica*, v. 8, n. 2, p. 19-39, 2016.
- ANAYA, James. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.
- ANTKOWIAK, Thomas. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the Inter-American Court. *American Court*, v. 35, n. 113, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3> Acesso em: 30 set. 2020.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales. O estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela MORALES; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.
- Asociación Markan Kura de Ikalma. *Conocimiento Pewenche: tradiciones y prácticas sobre cuidado y protección del medio ambiente*. Lonkimay: Fundación Instituto Indígena, 2004.
- BARAGWANATH, Kathryn; BAYL, Ella. Collective property rights reduce deforestation in the Brazilian Amazon. *PNAS Latest Articles*, jul. 2020. Disponível em: <https://www.amazoniasocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/08/10.1073@pnas.1917874117.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 331-376, 2010.
- BELTRÃO, Jane Felipe *et al.* *Derechos humanos de los grupos vulnerables*: guía de prácticas. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.
- BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Santiago: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- BRANDÃO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. *Paidéia*, v. 21, n. 49, 2011.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Mineração ilegal de ouro na Amazônia*: marcos jurídicos e questões controversas. Brasília: MPF, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 709/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986> Acesso em: 30 set. 2020.
- CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. *Governança socioambiental na Amazônia brasileira na década de 2000*. 2017. Tese (Doutorado) – Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- CARMONA, Cristóbal. Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 372-399, 2019.
- CARMONA, Cristóbal. Tomando los derechos colectivos en serio: el derecho a consulta previa del convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los Pueblos indígenas. *Ius et Praxis*, ano 19, n. 2, p. 301-334, 2013.
- CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p.179-198, 2018.
- CEBALLOS, Gerardo *et al.* Accelerated modern human-induced species losses: Entering the sixth mass extinction. *Science Advances*, p. 1-5, 2015.
- COLÓN-RÍOS, Joel. Guardianes de la Naturaleza. In: ESTUPIÑAN, Liliana *et al.* (ed.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 205-226.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*” (Fundo). Sentença de 25 de novembro de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*” (Fundo, Reparações e Custas). Série 305. Sentença de 8 de outubro de 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso *Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam*” (Exceções preliminares, fundo, reparações e custas). Sentença de 15 de junho de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*” (Fundo, reparações e custas). Sentença de 17 de junho de 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. “Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*” (Interpretação da Sentença de Fundo, Reparações e Custas). Sentença de 6 de fevereiro de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 6 de febrero de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso de la Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 29 de marzo de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (Fundo e Reparaciones). Sentencia de 27 junio de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” (Excepciones Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 28 noviembre 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (Reparaciones). Sentencia de 19 de noviembre de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 29 de mayo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil” (Excepciones Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 5 de febrero de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 31 agosto 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (Fundo, Reparaciones e Custas). Sentencia de 24 de agosto de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, “Solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos”, de 15 de noviembre de 2017.

DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2014.

DESMATAMENTO na Amazônia aumenta 85,3% em 2019, aponta INPE. *Veja*, 14 jan. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/desmatamento-na-amazonia-aumenta-853-em-2019-aponta-inpe/> Acesso em: 26 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (ed.). *Theories of rights*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 153-167.

ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova Iorque: New York University, 1986.

ENGLE, Karen. *The elusive promise of indigenous development: rights, culture, strategy*. Durham: Duke University Press, 2010. [ebook]

FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina. Introducción. El derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (org.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. Consulta indígena y centrales de generación hidroeléctrica de menos de 3MW: desregulación riesgosa, a la luz del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. In: BOZZO, Sebastián; REMESEIRO, Rebeca; ESIS, Ivette (ed.). *Memorias III Congreso Internacional de Regulación y Consumo*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 359-398.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, ago. 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermeneutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, 2020.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. A importância dos princípios da precaução e da prevenção na busca do desenvolvimento sustentável. *L&C – Revista de Administração Pública e Política*, n. 156, jun. 2011.

FERREIRA, Fabíola; BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz. Sustentabilidade Ambiental: visão antropocêntrica ou biocêntrica? *Ambientalmente Sustentável*, v. 1, n. 9-10, 2010.

GÓMEZ PLATERO, Ana María; EHRICHS, Victoria Palma. *Leyendas de la Amazonia Brasileña*. Brasília: Consejería de Educación de la Embajada de España, Secretaría General Técnica, 2011.

GONÇALVES, Daniel Diniz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Giro egocêntrico: do Direito Ambiental ao Direito Ecológico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 138-157, 2018.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010.

HARVEY, David. *El nuevo imperialismo*. Madrid: AKAL, 2004.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na tomada da decisão judicial? a contribuição da psicologia e das neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 85-122, dez. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Máfias do Ipé*. Nova York: HRW, 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2019/09/17/333886> Acesso em: 9 fev. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *O Brasil Indígena*. Os indígenas no Censo Demográfico de 2010. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *O que é? Amazônia Legal*. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2154:catid=28&Itemid. Acesso em: 29 set. 2020.

Instituto Socioambiental. *Invasores produzem maior desmatamento em Terras Indígenas em 11 anos*. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticiassocioambientais/invasores-produzem-maior-desmatamento-em-terras-indigenas-em-11-anos> Acesso em: 10 maio 2020.

Instituto Socioambiental. *Novo arco do desmatamento: fronteira avança em 2019 na Amazônia*. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/novoarco-do-desmatamento-fronteira-de-destruicao-avanca-em-2019-na-amazonia> Acesso em: 3 mar.2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Servidores denunciam precarização de frentes de proteção a índios isolados*. nov. 2019. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/servidores-denunciam-precarizacao-de-frentes-de-protecao-a-indios-isolados> Acesso em: 30 set. 2020.

- KALUNGA, Bernardo. Desmatamento na Amazônia é ideológico, diz economista Ricardo Abramovay. *Uol*, 2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/02/desmatamento-na-amazonia-e-ideologicodiz-economista-ricardo-abramovay.htm> Acesso em: 9 fev. 2020.
- KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- KHUN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- LOVEJOY, Thomas E.; NOBRE, Carlos. Amazon Tipping Point. *Science Advances*, 2018. Disponível em: <http://advances.sciencemag.org/content/4/2/eaat2340> Acesso em: 10 maio 2020.
- MARIÑO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO MENÉNDEZ, Fernando; FERNÁNDEZ LIESA, C. (org.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. La Naturaleza entre la cultura, la biología y el derecho. *Polis, Revista Latinoamericana*, v. 13, n. 38, p. 623-627, 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 17-43, jan./mar. 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. In: ROSSITO, F. D. et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.
- MELLO, Patrícia Perrone. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2018.
- NAESS, Arne. The shallow and the deep, long-range ecology movement. A Summary. *An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, v. 16, n. 1-4, 1973.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- NOBRE, Carlos et al. Land-use and climate change risks in the Amazon and the need of a novel sustainable development paradigm. *PNAS*, v. 113, n. 39, p. 10759-10768, 2016.
- NOJIRI, Sergio. *O Direito Irrracional: emoção e intuição no processo de tomada de decisão judicial*. Tese (Livro Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.
- NUSSBAUM, Martha C. Beyond. Compassion and humanity: justice for nonhuman animals. In: NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 324-407.
- OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS ISOLADOS E DE RECENTE CONTATO. *Povos Indígenas Isolados no Brasil: Resistência Política pela autodeterminação*. 2010. Disponível em: <https://povosisolados.files.wordpress.com/2020/02/informe-opi-n01v4.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.
- OLIVARES, Alberto. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*, v. 3, n. 24, p. 619-650, 2018.
- OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Acordo de Paris*. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/ODS/undp-br-ods-ParisAgreement.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Mundial da Natureza*. Disponível em: https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/convencoes_tratados_etc/carta_mundial_da_natureza_de_28_de_outubro_de_1982.pdf Acesso em: 26 set. 2020.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Marco das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CMNUCC)*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/tratados/convencoes-meio-ambiente/convencao-quadro-das-nacoes-unidas-sobre-mudanca-do-clima.pdf/view> Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html> Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/decpol.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Kyoto da Convenção-Marco das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/protocolo-de-kioto-a-convencao-quadro-das-nacoes-unidas-sobre-mudanca-do-clima.html> Acesso em: 26 set. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/argentina/Publications/Agenda2030/PNUDArgent-DossierODS.pdf> Acesso em: 26 set. 2020.
- PACARI, Nina. Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ YÁNEZ, Esperanza. *Derechos de la Naturaleza*. Quito: AbyaYala, 2009. p. 31-37.
- PEÑA, Mario. *La revolución de los derechos humanos ambientales y de los derechos de la naturaleza*. 2018. Disponível em: <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/la-revolucion-de-los-derechos-humanos-ambientales-y-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>. Acesso em: 30 set. 2020.
- PRIMEIRA mulher indígena é eleita para a Câmara dos Deputados. *Exame*, out. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/primeira-mulher-indigena-e-eleita-para-a-camara-dos-deputados/>. Acesso em: 29 set. 2020.
- RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la Naturaleza: encuentros y desencuentros. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 12, p. 26-41, dez. 2011.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- REIS, José Augusto; LAMARE, Júlia de. O princípio da precaução e a intervenção judicial em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos de energia. In: STEINDORFER, Fabriccio (coord). *Direito da energia elétrica*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 191-208.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Revista Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, p. 69-94, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHERWITZ, Débora Perilo. As visões antropocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica do direito dos animais no Direito Ambiental. *Revista Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, 2015.
- SCHMIDT, Cíntia. Princípios de direito ambiental. *Interesse Público*, ano 13, n. 69, p. 187-207, 2011.
- SEOANE, José; TADEI, Emilio; ALGRANATI, Clara. *Movimientos sociales y bienes comunes de la naturaleza: características, significación y proyección de la conflictividad sociopolítica en América Latina*. Buenos Aires, 2011. Disponível em: <https://cdsa.academica.org/000-034/662.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.
- SEOANE, José; TADEI, Emilio; ALGRANATI, Clara. *Recolonización, bienes comunes de la naturaleza y alternativas desde los pueblos*. Buenos Aires: GEAL, 2010.
- SINGER, Peter. *Animal liberation: new ethics for our treatment of animals*, New York: Random House, 1975.
- SOUZA, Pablo Ronaldo Gadea de. *A terra como elemento nevrálgico da identidade indígena: a violação dos direitos coletivos territoriais dos povos indígenas e seu tratamento no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2018.
- STEFFEN, Will *et al.* The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. *Philosophical Transactions of the Royal Society*, n. 369, p. 842-867, 2011.
- THOMÉ, Romeu; LAGO, Talita Martins Oliveira. Barragens de rejeitos da mineração: o princípio da prevenção e a implementação de novas alternativas. *Revista de Direito Ambiental*, v. 85, p. 17-39, jan./mar. 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The parallel evolutions of international human rights protection and of environmental protection and the absence of restrictions upon the exercise of recognizes human rights. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. *Human rights and environment*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017, p. 49-92.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova Iorque: New York University, 1986. p. 123-141.
- VERÍSSIMO, Beto. Let's cut Amazon deforestation to zero. Here's how. *Americas Quarterly*, nov. 2015.
- WONG, Marcela Torres. *Natural resources, extraction and indigenous rights in Latin America: exploring the boundaries of environmental and State corporate crime in Bolivia, Peru and Mexico*. London: Routledge, 2019.
- ZANELLA, Tiago Vinicius. A aplicação da precaução no direito internacional do ambiente: uma análise à luz da proteção do meio marinho. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 5, n. 13, jan./abr. p. 307-332, 2016.
- ZAREMBERG, Gisela; WONG, Marcela Torres. Participation on the edge: Prior consultation and extractivism in Latin America. *Journal of Politics in Latin America*, v. 10, n. 3, p. 29-58, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Democracia deliberativa e consulta prévia na Amazônia: direito como mediador democrático em conflito indígena e mineração de potássio em Autazes, Amazonas”

Deliberative democracy and prior consultation in the Amazon: law as a democratic mediator in indigenous conflict and potassium mining in Autazes, Amazonas

Acurcio Ypiranga Benevides Júnior

Rafael da Silva Menezes

Democracia deliberativa e consulta prévia na Amazônia: direito como mediador democrático em conflito indígena e mineração de potássio em Autazes, Amazonas*

Deliberative democracy and prior consultation in the Amazon: law as a democratic mediator in indigenous conflict and potassium mining in Autazes, Amazonas

Acursio Ypiranga Benevides Júnior**

Rafael da Silva Menezes***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a equivalência do conceito de democracia deliberativa no instituto da consulta prévia prevista pela Convenção n.º 169 da OIT na perspectiva do cenário amazônico. Primeiramente, expomos ideias acerca de democracias deliberativas e sua correlação com as epistemologias emancipatórias da América-Latina e da Amazônia. Em seguida, dialogamos as ideias sobre democracia deliberativa com o instituto da consulta prévia da Convenção n.º 169 da OIT; e, por fim, apresentamos relação entre consulta prévia, Poder Judiciário e democracia deliberativa na perspectiva da diversidade social amazônica em situação de conflito — indígenas e mineradora na região do município de Autazes. Os resultados expõem o primeiro protocolo de consulta prévia oriundo de uma Ação Civil Pública, assim como a conclusão da pesquisa aponta que democracia deliberativa está avançando em práticas institucionais complexas. Esta é uma produção original com valor intrínseco aos estudos da diversidade sociojurídica brasileira, pois a diversidade da América Latina estimula estudos sobre a democracia deliberativa como instrumentalização da emancipação dos povos, principalmente em espaços de conflitos, como a Amazônia.

Palavras-chave: Democracia deliberativa. Consulta prévia. Poder Judiciário.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the equivalence of the concept of deliberative democracy in the institute of the prior consultation provided for by ILO Convention 169 from the perspective of the Amazonian scenario. First, we expose ideas about deliberative democracies and their correlation with the emancipatory epistemologies of Latin America and the Amazon. Then, we discussed the ideas on deliberative democracy with the institute of prior consultation of ILO Convention No. 169; and, finally, we present a relationship between prior consultation, the Judiciary and delibe-

* Recebido em 10/04/2020
Aprovado em 04/12/2020

** Pós-graduado em direito público e bacharel em direito pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.
E-mail: acursiobenevides@gmail.com.

*** Doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
E-mail: rafaelmenezes@gmail.com.

rative democracy from the perspective of Amazonian social diversity in a situation of conflict - indigenous and mining in the region of the municipality of Autazes. The results expose the first protocol of prior consultation arising from a Public Civil Action, as well as the conclusion of the research points out that deliberative democracy is advancing in complex institutional practices. This is an original production with intrinsic value to the studies of Brazilian socio-legal diversity, since the diversity of Latin America stimulates studies on deliberative democracy as instruments for the emancipation of peoples, especially in conflict areas, such as the Amazon.

Keywords: Deliberative democracy. Prior consultation. Judicial power.

1 Introdução

O cenário democrático da América Latina é peculiar por ser uma região demograficamente plural, de intensos conflitos relacionados a espaços e culturas, como é o caso da Amazônia. Essa perspectiva toma áreas internacionais, pois se trata de região de expressa riqueza em matéria de bio e sócio diversidade, o que atrai setores econômicos e sociais às nuances do conflito e aquece a seara epistemológica nas diversas ciências humanas, oferecendo “oportunidade para se pensar e repensar as hierarquias e relações de poder”¹.

Por conseguinte, tais debates incorporam diplomas legislativos para fortalecer a resistência, promover novas alianças para o desenvolvimento focado nas especificidades da Amazônia², de tal sorte que esse novo desenvolvimento vincula-se a uma nova democracia, a qual visa orientar tanto a política externa quanto acordos regionais e conflitos internos³ relacionados à modernidade como uma questão de conflito de interesses sociais e a contínua democratização da existência social das pessoas⁴.

As pluralidades de formas de vida, comportamento, crenças e ações demandam um sistema democrática apto a dialogar com os atores que representam essa diversidade de indivíduos e coletividades em constante compartilhamento dos espaços na Amazônia, no Brasil e na América Latina. Isso exige uma participação democrática ativa das multiplicidades de organizações sociais solidárias entre si.

Nesse contexto, é imprescindível procedimentos decisórios que não se limite a institucionalizar maiores ou meras regras formais⁵. É necessária postura democrática material interessada em certa democracia radical em seu aspecto integrador e valorativo da diversidade, comprometida com as nuances complexas da América Latina.

Como vem ocorrendo desde o início do milênio, a complexidade dos movimentos sociais estão introduzindo uma fratura no retórico, por meio da qual a democracia, a liberdade e o desenvolvimento foram comercializados⁶, o que, em muitos pontos, resulta em uma democracia justificada apenas por procedimentos legais estéreis, maquiados como rotinas “cívicas”, que manobra a sociedade contra seus maiores propósitos⁷,

¹ JACAÚNA, T. S. Como governar a Amazônia? Redes sociais e governança ambiental em Unidades de Conservação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 103, 2020.

² SOARES, J. G.; ARRUDA, P. Proteção de direitos humanos: o caso das quebradeiras de coco babaçu. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 70, n. 3, p. 213–231, 2018.

³ “A new development and a new democracy seem to be the word of command carried by the Institution, one aimed at guiding not only foreign policy but also regional arrangements and internal conflicts”. SARTI, I. Theoretical and developmental challenges to contemporary south american integration. In: CARVALHO, G.; ROSEVICS, L. (org.). *Diálogos internacionais: reflexões críticas do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Per Se, 2017. p. 13-22.

⁴ QUIJANO, A. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227–278.

⁵ MENEZES, R. S. *Democracia brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidades na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.

⁶ CASTILLO, S.; MIGNOLO, W. The Idea of Latin America. *The Modern Language Review*, v. 102, n. 4, out. 2007. p. 101.

⁷ PONTES FILHO, R. P. *Logospirataria na Amazônia*. São Paulo: Chiado Editora, 2016.

sem permitir uma prática de ação comunicativa efetiva.

Uma democracia não contentada com o caldo social a que serve reflete sistemas de opressão sobre o que não é majoritariamente reconhecido como ideal. Isso reflete as formas de educação, de pesquisa e, consequentemente, as teorias utilizadas para respaldar preconceitos institucionalizados, como diferenciar arte de artesanato, cultura de folclore, fé de misticismo.

Os resultados dessas questões são profundas crises sistêmicas no cotidiano, como crises de organização do conhecimento, de produção e modelo industrial, de formas de governo e democracia, dentre outros⁸, oriunda de uma longa herança social e política de concentração de poder na mão e grupos específicos⁹.

É necessária uma abertura das ferramentas deliberativas das políticas de maneira a sanar a tal crise de democratização que expelle, repudia e afasta a instituição minoritária, como estrato e como comunidade¹⁰, principalmente em se tratando de América Lática e de Amazônia, pela pluralidade e diversidade, muitas vezes, vulneráveis a atores institucionalmente organizados.

No que concerne à história e ao passado, não se pode considerar nenhum direito ou progresso social como definitivo e conquistado, pois, na prática política, determinados temas podem “esfriar” com o passar dos anos, promovendo “relaxamento” na fiscalização por parte da sociedade e do estado, como é possível observar, atualmente, no cenário amazônico, referente a queimadas, conflitos por terra e total descaso dos órgãos governamentais e entidades institucionalmente responsáveis pela proteção da floresta e dos povos.

Oportuno observar, de forma crítica, que, não obstante a constante mobilização e resistência de milhares de famílias, de homens, mulheres e crianças, fez presente a existência, vitalidade e força dos povos indígenas, assim como colocou na mesa o problema da chamada democracia do um país homogeneizador¹¹, caso típico brasileiro.

Por isso é necessária uma releitura das possibilidades e responsabilidades democráticas, questionando o monopólio da representação concentrado sob o poder dos partidos, o que impossibilita o engajamento na política e nos rumos do estado. É nesse ínterim que discussões sobre democracia participativa, comunidades tradicionais e áreas protegidas contribuem para o debate¹², tal como sugere o instituto da consulta prévia, previsto na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais.

Nas nuances dessa linha argumentativa, surge o seguinte problema de pesquisa o qual este artigo pretende trabalhar: pode-se considerar a consulta prévia exigida pela Convenção n.º 169 da OIT, relativa às políticas que envolvam povos indígenas e tribais, como um reflexo de democracia deliberativa no cenário amazônico de diversidades?

Para responder a essa questão e sobre o suporte do método hermenêutico e da filosofia de Jürgen Habermas¹³, os esforços deste trabalho convergirão para, de forma geral, analisar a equivalência do conceito de democracia deliberativa no instituto da consulta prévia prevista pela Convenção n.º 169 da OIT na perspectiva do cenário amazônico.

De forma específica, os objetivos consistem em (1) expor ideias acerca de democracias deliberativas e

⁸ GALARZA, C. M. Storini, C. Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana *et al.* (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

⁹ FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: GLOBO, 2001.

¹⁰ FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: GLOBO, 2001.

¹¹ “The mobilization of thousands of men, women, and children made present the existence, vitality, and force of Indigenous peoples, but also put on the table the problem — and failure — of the so-called democracy, the homogenizing national project, and the uninational state”. MIGNOLO, W. D.; WALSH, C. E. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham and London: Duke University Press, 2018. v. 22. p. 25.

¹² RISSO, L. C. Participação social em Unidades de Conservação: o caso do Parque Estadual da Ilha do Cardoso (São Paulo, Brasil) *Social. Ateliê Geográfico*, v. 10, n. 3, p. 109–128, 2016.

¹³ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

sua correlação com as epistemologias emancipatórias da América-Latina e a Amazônia; (2) dialogar as ideias sobre democracia deliberativa com o instituto da consulta prévia, conforme a Convenção n.º 169 da OIT; e (3) discutir a relação entre consulta prévia, Poder Judiciário e democracia deliberativa na perspectiva da diversidade social amazônica em situação de conflito — indígenas e mineradora na região do município de Autazes.

Dessa feita, no tópico seguinte, será apresentada discussão acerca da democracia deliberativa no cenário latino-americano vinculado à diversidade amazônica, com o intuito de considerar os primeiros passos para o cumprimento dos objetivos propostos neste artigo.

2 Democracia, deliberação e América Latina

No cenário contemporâneo, a “democracia favorece a relação rica e complexa indivíduo/sociedade, em que os indivíduos e a sociedade podem ajudar-se, desenvolver-se, regular-se e controlar-se mutuamente¹⁴, participando nas esferas em que está centrado o poder.

Ocorre que “na democracia moderna, originada como democracia representativa, evidencia-se a necessidade de um contraponto à “representação do interesse”¹⁵, pois o conceito já se encontra esgotado, e muitos consideram que a “democracia representativa é supervalorizada”¹⁶, abrindo espaços para releituras em vista da crise de representatividade instalada em países como da América Latina, de intensos antagonismos multiculturais e seletividades, como é o caso dos conflitos entre povos indígenas e empreendimentos multifacetados vinculados à terras, os quais demonstram que, de fato, “existe uma crise dos padrões jurídicos tradicionais em função do pluralismo jurídico emergente das práticas socioambientais das comunidades amazônicas”¹⁷.

Tal situação advém da falta de espaços democrático em que se respeite e privilegiem as vozes das comunidades tradicionais frente aos seus embates, o que demonstra a “deslegitimação daqueles grupos étnicos [...], tendo em vista que a consolidação do monopólio de dizer o direito pode repercutir na desconsideração das formas de ser, viver e criar de povos e comunidades tradicionais”¹⁸ dos estados “outrora” colonizados.

Os denominados Estados-nações latino-americanos, pela colonização, executaram seus processos de autoefetivação pela “eliminação massiva de [...] índios, negros e mestiços[...] [e] não por meio da democratização fundamental das relações sociais e políticas, mas pela exclusão de uma parte da população”¹⁹. Prova dessa sociedade sectária foi uma tendência antidemocrática ocorrida durante a transferência para a América Latina do constitucionalismo social, o qual foi imposto pelas elites sem processos constitucionais aberto²⁰.

Essa situação evidencia-se até a contemporaneidade, visto que, na Amazônia, o povo Mura está em

¹⁴ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

¹⁵ ROCHA, J. C. D. S.; KHOURY, L. E. C.; DAMASCENO, Â. P. D. Direito das águas: trajetória legal, conflitos e participação social. *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 3, p. 143, 2018.

¹⁶ RISSO, L. C. Participação social em Unidades de Conservação: o caso do Parque Estadual da Ilha do Cardoso (São Paulo, Brasil) *Social. Ateliê Geográfico*, v. 10, n. 3, p. 109–128, 2016.

¹⁷ CAÑETE, T. M. R.; CAÑETE, V. R. Inaplicabilidades do direito na Amazônia: por um direito ambiental urbanístico da Amazônia e não na Amazônia. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018. p.139.

¹⁸ BRUZACA, R. D.; FEITOSA, M. L. P. DE A. M. Disputas no campo jurídico e discurso do desenvolvimento: caso do Complexo Termoeletrico Parnaíba, Maranhão. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018. p. 221.

¹⁹ QUIJANO, A. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227–278. p. 122.

²⁰ “El mismo sesgo poco democrático se dio en la traslación a Latinoamérica del constitucionalismo social, impuesto de manera elitista sin procesos constituyentes abiertos por decisión democrática ni refrendados finalmente en sus resultados por el pueblo”. PASTOR, R. V. La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 139.

conflito direito entre interesses antagônicos com empresa mineradora de potássio sobre questões de territorialidade²¹. “A territorialidade sendo uma relação que se estabelece entre os indígenas e o seu território tem papel na formação da identidade dos Mura”²².

O risco é que processos de extrativismo afetem essa relação mediante a imposição de novas formas de existências, processos típicos de colonização. Nesse processo de desterritorialização, há modificação da forma como os Mura se relacionam com seu território, deixando as dimensões da pesca, da roça, da caça, do extrativismo, do flutuante, passando apenas a ter uma relação territorial relacionada à residência²³.

Todavia, a colonialidade não impediu a relativa democratização dos mecanismos de controle dos recursos de produção e do Estado, para que pudesse ser reclamada mais tarde, também, pelos não brancos²⁴, ou pelas camadas sociais minoritárias de uma forma geral; porém, com a evolução do direito como instrumento de emancipação, os povos latinos experimentaram um avanço democrático da integração para a incorporação de sujeitos historicamente separados²⁵.

É nesse sentido que “a participação social no processo de tomada de decisão sobre integração, ainda, permanece como uma reivindicação importante para aumentar a democracia no continente”²⁶, de tal maneira que as constituições do novo constitucionalismo latino-americano tendem a reforçá-lo, repensá-lo a partir de categorias democráticas e transformadoras para adaptá-lo às mudanças, para uma transformação da justiça como equidade, que reduza as desigualdades.

No tocante aos caminhos, é indispensável intensificar os esforços interdisciplinares “para suprimir as causas profundas dos conflitos: desigualdades sociais, pobreza, ausência de justiça e democracia”²⁷, principalmente porque a América Latina e suas novas constituições democráticas precisam refletir sobre a grande desigualdade que opera pelas elites extrativistas locais e pelas relações centro-periferia do sistema mundial²⁸, situação esta, que persiste no Estado brasileiro e desenrola-se mediante uma crescente necessidade de maiores processos de participação.

²¹ BORGES Thaís; BRANFORD, Sue; TORRES, Maurício. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2020/01/mega-projeto-para-exploracao-de-potassio-no-amazonas-gera-controversias/>

²² AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019. p. 170

²³ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

²⁴ QUIJANO, A. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227–278.

²⁵ “*La evolución de los derechos y su capacidad emancipadora se traduce en dos dinámicas principales: por un lado, el contenido de los derechos que en su evolución es de progreso y abarca aspectos gradualmente más amplios; por otro lado, los titulares de los derechos, que también han experimentado un avance democrático hacia la integración desde la consideración de los derechos como privilegios de pocos hacia la incorporación de sujetos históricamente apartados, como determinadas minorías o colectividades*”. DALMAU, R. M. Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 44.

²⁶ “*The need to promote industrialization and to build the required infrastructure is pointed out as one of the main challenges for a successful integration. Social participation in the integration decision-making process still remains as an important claim to increase democracy in the continent, which has already demonstrated a remarkable dynamism in the progress towards a democratic, autonomous and inclusive development*”. SARTI, I. Theoretical and developmental challenges to contemporary south american integration. In: CARVALHO, G.; ROSEVICS, L. (org.). *Diálogos internacionales: reflexões críticas do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Per Se, 2017. p. 13-22.

²⁷ SEGRERA, Francisco López. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe: é possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 97.

²⁸ “*Por ello, las constituciones del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano tienden a reforzar al Estado, a repensarlo desde categorías democráticas y transformadoras, para así adaptarlo a los renovados objetivos de intervención y cambio de un statu quo socioeconómico y geoestratégico del que ahora se tiene plena conciencia de su profunda injusticia y desigualdad. no puede entenderse Latinoamérica ni estas constituciones democráticas sin la gran desigualdad que lastra a la región y que opera tanto desde las élites extractivas locales como desde las relaciones centro-periferia del sistema mundial*”. PASTOR, R. V. La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 141.

Na esfera nacional, “durante o processo de redemocratização do Brasil, a luta pelos direitos a bens públicos e participação em decisões locais são alguns exemplos dessa pulsão participativa”²⁹, recebendo engajamento das questões relacionadas à Amazônia.

Isto fica evidente, principalmente, na tendência deontológica da Convenção n.º 169 da OIT, na consulta de populações indígenas e tradicionais a respeito de projetos políticos ou econômicos que envolvam seus espaços existenciais, colocando em questão a chamada consulta prévia, ou consulta exclusiva, e promove debates acerca da teoria democrática, sobre direito a um “veto” por populações indígenas e tradicionais e a esfera de participação no Brasil pós-democratização, com foco na gerência de conflitos³⁰, típicos de uma sociedade brasileira e amazônica plural e complexa.

Sabe-se que, na democracia, o debate de opiniões, de ideias, é vinculado às obediências do processo democrático na regulamentação dos atores antagônicos. Essa perspectiva traz à vista o Princípio Deliberativo da Democracia, trabalhado por Jürgen Habermas para mediar as sociedades modernas, mas não é oculto que o autor trabalha sociedades pensando na perspectiva europeia, e não na América Latina. Esse argumento é possível interpretar na leitura do autor, quando elenca as características dessas sociedades modernas plurais, como possuidora de produto interno bruto relativamente alto, assim como um elevado grau de organização, elevado nível de educação, mortalidade infantil em queda e aumento das expectativas de vida³¹. Ou seja, em uma perspectiva generalizante, o autor não está falando dos países latino-americanos.

A nuance eurocêntrica da Teoria Habermasiana permite a concepção contra-hegemônica de democracia no Princípio da Deliberação Pública, resgatando certo proceduralismo necessário a uma concepção alternativa de democracia³². Dessa forma, faz-se necessário recorrer às ideias e diálogos de Jürgen Habermas sobre deliberação “que conduziram à mudança de paradigma da filosofia (linguagem) e que, apoiada nesta, contribuiu de forma significativa para a construção teórica da democracia deliberativa”³³ e, com suporte de epistemologias latino-americanas, oferecer pressupostos emancipatórios para os discurso democrático regional, que será feito no tópico seguinte.

2.1 Deliberação pública em Jürgen Habermas

Com o prisma da ideia de que Jürgen Habermas pensa na democracia a partir de uma sociologia contra-hegemônica³⁴, utilizar-se-ão suas discussões acerca da deliberação para interpretar a relação entre direito e democracia deliberativa, em um viés participativo comunicativo, em contraponto à qualquer tendência interpretativa antidemocrática tendenciosa a excluir o indivíduo das decisões políticas, atrofiando competências e ameaçando a diversidade³⁵.

Esses fatores são indispensáveis para analisar a participação democrática de grupos “periféricos” e povos indígenas em conflito, como é o caso dos Mura, no Amazonas, pois “as causas do conflito em torno da mineração de potássio têm relação com a luta dos Mura por reconhecimento do direito de manterem-se em seus territórios e seu modo de vida”³⁶, em trincheira participativa, atuante e engajada.

²⁹ RISSO, L. C. Participação social em Unidades de Conservação: o caso do Parque Estadual da Ilha do Cardoso (São Paulo, Brasil) *Social. Ateliê Geográfico*, v. 10, n. 3, p. 109–128, 2016. p. 112.

³⁰ AVRITZER, L. Um balanço da participação democrática no Brasil (1990-2014). In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Maniel (org.). *Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

³¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

³² MEDICI, A. *La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2010.

³³ MENEZES, R. S. *Democracia brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidades na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁴ MEDICI, A. *La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2010.

³⁵ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

³⁶ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

Aqui não se consideram ideias de democracias tal como asseverava Joseph Schumpeter. Segundo ele, o cidadão “comum” teria reduzido seu senso de responsabilidade, ausência de vontade participativa e falta de conhecimento sobre política interna e externa³⁷, mas “acredita-se que se deve fortalecer a democracia participativa, num debate amplo e plural, considerando a criatividade cultural”³⁸ e a participação comunicativa nesse processo, que se exterioriza no mundo da vida e no sistêmico, ambos legitimados pela razão prática.

Sobre legitimação e consenso a validade da norma, quando não protegida por sanções internas (autoridade moral ou religiosa), precisa de garantias externas³⁹, o que, em certo grau, necessita de espaços para a relação aberta de possibilidades entre consenso-dissenso, pois, mediante de imposições de “verdades” não deliberadas, aqueles que divergem são colocados, perante a sociedade de comunicação científica, como um “outro”⁴⁰, não inserido no “nós” e logo não pertencendo à verdade imposta.

Nesse sentido, “não se pode renunciar a um Princípio da Teoria do Sistema, de proveniência parsoniana ou luhmanniana, pagando o preço de uma recaída numa concepção holística da sociedade”⁴¹, mas, também, é necessário o entendimento acerca do mundo da vida e das formas de relação e aceitação do outro e sua busca por “verdades”, a partir de seus prismas sobre o mundo.

Assim, as razões pelas quais os participantes estabelecem suas demandas são baseadas em seu próprio mundo da vida, logo, há uma dependência sobre a possibilidade de entender as demandas do outro em seu próprio mundo da vida⁴², reconhecido como “uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; A cultura, a sociedade e a pessoa pressupõem-se reciprocamente”⁴³ e comunicam-se com o mundo do sistema, das instituições.

Todavia, recursos de vínculos mediadores são requeridos nesse processo, pois “há certa necessidade de mediação entre a norma básica da ética do discurso e a questão de sua aplicação a uma ética da responsabilidade que vincule a responsabilização pelos efeitos do acorde discursivo”⁴⁴. Um desses vínculos, que unem os dois mundos, é o direito, considerado por Jürgen Habermas como “*medium*” da linguagem e das relações sociológicas que fazem parte do mundo da vida, que “se toma compreensível para os códigos especiais da administração, dirigida pelo poder, e da economia, dirigida pelo dinheiro”⁴⁵.

Essa compreensão do direito como *medium* pode ser discutida no âmbito da responsabilidade como princípio⁴⁶ e da corresponsabilidade como fruição da ação prática na deliberação entre ambos os mundos. Assim, entende-se que, de maneira solidária (Princípio da Responsabilidade), “a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida”⁴⁷, e é justamente o que Jürgen Habermas chama de agir comunicativo.

Recomenda-se que, sempre após cada citação, o autor comente o trecho, especialmente quando se tratar

³⁷ SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

³⁸ RISSO, L. C. Participação social em Unidades de Conservação: o caso do Parque Estadual da Ilha do Cardoso (São Paulo, Brasil) *Social. Ateliê Geográfico*, v. 10, n. 3, p. 109–128, 2016.

³⁹ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁴⁰ APEL, K.-O.; DUSSEL, E. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 158.

⁴¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 111.

⁴² “*Aunque las «argumentaciones trascienden per se los mundos de vida particulares», las razones que los involucrados exponen para sus exigencias se basan en su propio mundo de la vida, el antecedente concreto de plausibilidad. El que la idea de consenso no se torne en una quimera depende de la posibilidad de comprender las demandas del otro desde su propio mundo de la vida. La teoría del conocimiento de Dussel está precisamente relacionada con este problema*”. APEL, K.-O.; DUSSEL, E. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

⁴³ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 111.

⁴⁴ “[...]Al mismo tiempo va surging do la necesidad de una mediación entre la norma básica de la ética del discurso y el problema de su aplicación (*Anwendungsproblem*) a una ética de la responsabilidad, para poder ser responsables a posteriori de las consecuencias en los «afectados» de los «acuerdos» a los que discursivamente se llegan. Por último, Apel se ha ocupado también de la «posibilidad de una macroética de la humanidad” APEL, K.-O.; DUSSEL, E. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 142.

⁴⁵ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 112.

⁴⁶ JONAS, H. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

⁴⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 112.

de jurisprudências ou longos trechos de citações em bloco.

Em termos da teoria do agir comunicativo, o sistema de ação “direito”, enquanto ordem legítima que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Ora, como este só se reproduz junto com a cultura e as estruturas da personalidade, através da corrente do agir comunicativo, as ações jurídicas formam o *medium* através do qual as instituições do direito se reproduzem junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito⁴⁸.

A Teoria do Agir Comunicativo pressupõe ação intersubjetiva e intencional. Hans Jonas⁴⁹ trabalhada, a responsabilidade como uma carga pura formal sobre o agir de um indivíduo, que traz a responsabilidade solidária para o bem viver como contraponto de estilo hedonista de vida, o que, entende-se aqui, cria um elo com o agir comunicativo.

Não há uma hierarquia no âmbito de moral e direito para Jürgen Habermas, mas uma reciprocidade solidária, a qual se relaciona com outro vetor, que é o político, e é justamente “quando introduzimos o sistema dos direitos desta maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e da privada”⁵⁰, adentrando o campus do “Princípio da Democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é [...] [que este] resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”⁵¹.

Então, é nesse sentido que “o uso público da liberdade comunicativa depende de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão”⁵², privilegiando a autoconsciência e a autonomia para a responsabilidade, implícitos nas instituições. Nesse sentido, o mundo da vida e o sistêmico relacionam-se por uma democracia procedimentalista.

Os processos democráticos existentes na esfera pública estruturam procedimento, considerando-se a cooperação e compromissos⁵³, em primazia de um potencial pluralismo cultural nascido de barreiras de classes, de estratificação social e da exploração⁵⁴, o qual demanda espaços de deliberação democrática.

Todavia, para as finalidades da democracia deliberativa, é necessária a ação prática no diálogo e na informação. Nesse sentido, comunidades indígenas como os mura necessitam de mobilização e resistência no campo político e no do conhecimento⁵⁵.

Acredita-se que o agir comunicativo possui recursos para contribuir com uma atuação emancipatória e democrática. Tais diálogos esboçam, se não uma afinidade, certo grau de harmonia com as epistemologias latino-americanas que trabalham o complexo de relações diversas da região, o que será discutido a seguir.

2.2 Agir comunicativo à serviço da complexidade latino-americana

Acredita-se que a complexidade trabalhada em Jürgen Habermas não corresponde, necessariamente, ao mesmo conceito de complexidade discutido por Morin⁵⁶ e Boa ventura de Souza Santos⁵⁷, já que Jürgen Ha-

⁴⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 112.

⁴⁹ JONAS, H. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

⁵⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 164

⁵¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 158

⁵² HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 164

⁵³ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁵⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁵⁵ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

⁵⁶ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000; MORIN, E. *Ciência com consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

⁵⁷ SANTOS, B. S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007; SANTOS, B. S. *Construindo as epistemologias do Sul: antologia essencial: para um pensamento alternativo de alternativas*. Ciudad Autónoma de Buenos

bermas considera que “nenhuma sociedade complexa conseguirá corresponder ao modelo de socialização comunicativa pura, mesmo que sejam dadas condições favoráveis”⁵⁸, sendo possível interpretar, ao menos, que sua teoria observa a complexidade não como algo pejorativo — e isso não o diferencial de Morin ou Boaventura —, mas o tom sugere-nos que o autor entende a complexidade no âmbito do ideal de comunicação, não da essência da natureza do ser, dos grupos e das relações; o que não impede o entendimento de seu conceito de complexidade como harmônico com os anseios latino americanos.

Em consonância com os diálogos decoloniais, a epistemologia do sul e filosofia da libertação — apesar de não fazer parte destas correntes —, de forma contra-hegemônica, Jürgen Habermas denuncia, assertivamente, que o diagnóstico da existência do monopólio do saber em sociedades complexas é uma elo entre a deliberação do sistema político relacionado a processos mais profundos de reprodução social⁵⁹.

O agir comunicativamente, então, traz a diversidade para a institucionalidade mediante uma democracia radicalmente deliberativa, “e nesse processo não se nega a contingência das tradições e formas de vida existentes, nem o pluralismo das atuais subculturas, cosmovisões e conjunções de interesses”⁶⁰, o que soma a um pensamento pluralista e multicultural latino-americano e o papel do direito emancipatório.

O direito positivo, para Jürgen Habermas, mediante a prática intersubjetiva, intencional e comunicativa entre mundo da vida e sistêmico, tem justamente a possibilidade de, mediante uma postura participativa da sociedade, combater aquele direito gramsciano como ferramenta de domínio⁶¹, base para um relação entre o direito e o discurso do desenvolvimento, implicando a subordinação de populações tradicionais conforme visões da realidade social dominantes e legitimadas juridicamente⁶².

Jürgen Habermas acredita que a positivação reduz a complexidade social compensando, com o direito, as indeterminações cognitivas, a insegurança motivacional e a limitada força de coordenação de normas de ação moral e de normas informais⁶³.

As diretrizes do pensamento habermasiano harmonizam com predisposições teóricas latinas, em que “inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública”⁶⁴; porém não pode ser, ao nosso ver, considerado como solução última, pois se pauta em um direito posto sobre epistemologia dominante da ciência jurídica, criada para necessidades externas à Amazônia e às complexidades latino-americanas, o que não lhe exclui de pronto o caráter apaziguador dos conflitos de seus pressupostos.

Ou seja, ainda que exógenos, os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito podem contribuir para reduzir da complexidade para institucionalização dos processos da política deliberativa⁶⁵.

A partir desse cenário, é possível investigar os debates acerca da democracia deliberativa em ambientes de conflito em regiões de natureza complexa como a Amazônia, o que será feito no item seguinte.

Aires: CLACSO, 2018. v. 1.

⁵⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 54

⁵⁹ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁶⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁶¹ GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 2.

⁶² BRUZACA, R. D.; FEITOSA, M. L. P. DE A. M. Disputas no campo jurídico e discurso do desenvolvimento: caso do Complexo Termoelétrico Parnaíba, Maranhão. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018. p. 239.

⁶³ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁶⁴ SHIRAIISHI-NETO, J. *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*. Manaus: UEA, 2007. p. 124

⁶⁵ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 55.

3 Democracia, Amazônia e Convenção nº 169 DA OIT

Nos diálogos comunicativos sociais, “apenas na medida em que a deliberação e o esclarecimento organizados levam os grupos destinatários a se reconhecer [...], surge [...] uma consciência real, [...] o interesse efetivo de um grupo capaz de agir”⁶⁶ frente aos desafios e conflitos, o que é natural, já que, assim como “o consenso, a democracia necessita de diversidade e antagonismos”⁶⁷ para realizar a democratização.

Principalmente em sociedades complexas como na região dos países da América Latina, “[...] só através desse processo de democratização da sociedade pode ser possível e finalmente exitosa a construção de um Estado-nação moderno, com todas as suas implicações, incluindo a cidadania e a representação política”⁶⁸. É o que vem acontecendo — ainda que com crises e conflitos — na prática participativa em questões relativas à territórios na Amazônia e em outras regiões brasileiras. “A participação da sociedade civil na elaboração e execução de projetos em territórios a serem impactados, caracteriza-se em ganho democrático no âmbito da justiça ambiental e social”⁶⁹, tal como propõe a Convenção n.º 169 da OIT.

A norma relativa à consulta prévia aos povos indígenas e a comunidades tradicionais apresenta estímulo à participação e à cultura da deliberação descentralizada. “A descentralização e a criação de mecanismos participativos também são reivindicações características de um processo de democratização”⁷⁰, de tal forma que “essas pressões por mudança social estão diretamente correlacionadas com a nova representação social e política dos grupos e a visibilidade de suas demandas específicas”⁷¹.

Na região amazônica, há constante conflito entre setores privados e populações tradicionais e indígenas em matéria de terra e exploração, que finda em mazelas como esbulhos, violência, trabalho análogo a escravo, dentre tantos outros. No caso dos Mura, “no plano social, o discurso do desenvolvimento econômico e de emprego em abundância difundido pela mineradora, não divulga um dado [...] segundo o qual a mineração causará profundas modificações nas relações dos indígenas com o seu território”⁷².

Tais conflitos expõem uma crise de participação emancipatória e, como tal, “só tem como se dimensionar toda a tensão existente entre os diversos agentes desse campo, se o discurso desenvolvimentista, típico da lógica mercadológica, for deixado de lado”⁷³ e superado por um conceito diferente de desenvolvimento.

Por esses motivos, ouvir essas populações e permitir sua participação comunicativa é necessário para fortalecer as trincheiras democráticas nacionais, de forma que “todas as características importantes da democracia têm um caráter dialógico que une de modo complementar termos antagônicos: consenso/conflito, liberdade/igualdade/ fraternidade, comunidade nacional/antagonismos sociais e ideológicos”⁷⁴.

Por isso “a regeneração democrática supõe a regeneração do civismo, a regeneração do civismo supõe a regeneração da solidariedade e da responsabilidade, ou seja, o desenvolvimento da antropoeítica”⁷⁵, ainda,

⁶⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 70.

⁶⁷ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000. p. 108.

⁶⁸ QUIJANO, A. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227–278. p. 126.

⁶⁹ LEÃO, V. D. M.; JULIANO, R. F. A identidade da comunidade tradicional e seu papel em uma unidade de conservação do Brasil Central. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 7, n. 2, p. 273–289, 2018. p. 277.

⁷⁰ ROCHA, J. C. D. S.; KHOURY, L. E. C.; DAMASCENO, Â. P. D. Direito das águas: trajetória legal, conflitos e participação social. *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 3, p. 143, 2018. p. 159.

⁷¹ “These pressures for social change are directly correlated with new social and political representation of groups, and the visibility of their specific demands”. LEITE, I. B. The Brazilian quilombo: ‘race’, community and land in space and time. *Journal of Peasant Studies*, v. 42, n. 6, p. 1225–1240, 2015. p. 1.238.

⁷² AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019. p. 169.

⁷³ MATTOS NETO, A. J. DE M.; REBELO, R. E. DA S. Movimentos sociais frente às grandes mineradoras do Brasil. *Veredas do Direito*, v. 15, n. 32, p. 249–275, 2018. p. 270.

⁷⁴ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 112.

⁷⁵ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 109.

“necessita do consenso da maioria dos cidadãos e do respeito às regras democráticas”⁷⁶, de tal sorte que possibilite um diálogo entre minorias e majorias mediante uma prática comunicativa institucionalizada. Esse aspecto será tratado no tópico seguinte.

3.1 Deliberação, política, norma jurídica e consulta prévia

Após a redemocratização, ocorreu a possibilidade de novos diálogos sobre o país. A abertura do espaço democrático e vários outros fatores combinaram-se para fertilizar o florescimento de um movimento ambiental doméstico e grupos de reflexão focados nos direitos dos povos tradicionais e pesquisa e políticas⁷⁷, o que pode ter influenciado o terreno para as práticas de democracia deliberativa, que, segundo a posição amparada no contexto político emancipatório de um entendimento sobre o direito e o Estado, permite o diálogo entre a rede de complexidades plurais em confronto — suaves ou violentos — na sociedade.

Todavia, há certos graus de camadas sociais que não reconhecem nem mesmo o direito como instrumento mediador, como é o caso de certas populações indígenas. Nesse sentido, a Convenção n.º 169 da OIT, sobre Povos indígenas e Tribais⁷⁸, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n.º 5.051/2004, traz, dentre outros institutos, a consulta prévia. Tal instituto jurídico propaga, no art. 6, que:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes⁷⁹.

É o caso da obrigatoriedade da deliberação pelas comunidades indígenas em assuntos referentes à tomada de ações estatais ou que, partindo de interesses privados, venham impactar as terras e modos de vida das populações, conforme art. 15, item 2: “em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados”⁸⁰, exaltando a necessidade de consulta participativa, ou seja, deliberativa entre vetores sociais distintos.

3.2 Consulta prévia, direitos fundamentais e meio ambiente

No instituto da consulta prévia, parece haver certo grau de conexão entre ambientalismo, direitos humanos e democracia, assim como ambiental, em que há o Princípio da Participação, relacionado à ideia de democracia e governança de bens e espaços ambientais, envolvendo Estado, empresas e comunidades tradi-

⁷⁶ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 107.

⁷⁷ “The opening of democratic space in which civil society could operate freely, the global spotlight of the summit, and a number of other factors described in chapter 10 combined to fertilize the blossoming of a domestic environmental movement. It included the founding of a number of new NGOs and think tanks focused on the rights of traditional peoples and forest-related research and policy”. SEYMOUR, F.; BUSCH, J. *Why forests? Why now? The science, economics, and politics of tropical forests and climate change*. Washington DC: CENTER FOR GLOBAL DEVELOPMENT, 2016. p. 257.

⁷⁸ BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁷⁹ BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁸⁰ BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

cionais ou não, devendo ser analisado pelos prismas procedimentais e substanciais⁸¹.

A questão é pertinente no atual conflito das terras entre os mura a mineradora de potássio. O Estudo de Impactos Ambientais vem indicando os riscos que a mineração de potássio trará para os moradores de Autazes e para os territórios dos Mura, o que pode modificar seus maíos de existência⁸².

Outas questões existenciais são relevantes, como o caso da questão das águas. O povo mura relaciona-se com os rios amazônicos por uma questão histórica de mobilidade e a mineradora de potássio nada comenta sobre o fato de que as águas podem sofrer contaminação, o que modificará suas relações com o meio ambiente⁸³.

Por isso, filia-se aqui ao entendimento de que a interseção entre sustentabilidade ambiental e direitos humanos nessa definição foi interpretada no sistema interamericano como a obrigação positiva dos governos⁸⁴. É o que ocorre no campo da deliberação dos povos tradicionais acerca de situações de conflitos ambientais.

A consulta prévia é tida como direito fundamental que auxilia as comunidades indígenas a decidir, no exercício pleno da democracia participativa, sobre medidas legislativas ou administrativas que possam afetar seus direitos e identidade original⁸⁵, coadunando com a proposta de que a democracia deve surgir da realidade interna dos povos latino-americanos, de suas condições e circunstâncias peculiares, como econômica, social, política, cultural e histórica, caso de pretenda assumir um caráter de estabilidade permanente e orgânica⁸⁶.

Os esforços difusos nas práticas comunicativas entre os diversos atores sociais expõe a responsabilidade do trabalho coletivo na estruturação democrática, considerando que, não obstante a constituição ser um ponto a refletir os objetivos das lutas de resistência e construção democrática de novas visões de vida, ela é apenas o primeiro passo em direção a uma sociedade radicalmente democrática⁸⁷.

⁸¹ LEUZINGER, M. D.; SILVA, S. T. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, v. 112, n. 483, p. 135–146, 2017.

⁸² AZEVEDO, R. V. *Territórios dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

⁸³ AZEVEDO, R. V. *Territórios dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

⁸⁴ “The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) can recommend precautionary measures, which has taken place in response to several Brazilian cases of social-environmental conflict, notably the Belo Monte dam but also when the state failed to protect indigenous groups whose territories had not yet been recognised. Upholding procedural rights can also function to enhance democratic accountability from the OAS viewpoint, as ‘governments strengthen their democratic base at the same time that they promote sustainability’, which has the potential to bridge the gap between the generalised benefits of extractivism and socio-environmental costs. The intersection between environmental sustainability and human rights in this definition has been interpreted in the inter-American system as the positive obligation of governments to address environmental damage and to protect indigenous territories [...]”. RIETHOF, M. The international human rights discourse as a strategic focus in socio-environmental conflicts: the case of hydro-electric dams in Brazil. *International Journal of Human Rights*, v. 21, n. 4, p. 482–499, 2017.

⁸⁵ “Otro aspecto trascendental ha sido el desarrollo de la figura de la consulta previa: derecho fundamental que les asiste a las comunidades indígenas de decidir en pleno ejercicio de la democracia participativa sobre las medidas legislativas ou administrativas que puedan afectarlas en sus derechos e identidad originaria” ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana. Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano: el caso de Colombia. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 376.

⁸⁶ “La democracia debe surgir desde los senos más profundos, desde la realidad interna de los pueblos latinoamericanos; de sus condiciones y circunstancias peculiares: económicas, sociales, políticas, culturales e históricas, si pretende asumir un carácter de permanente y orgánica estabilidad. Cualquier teoría política destinada a canalizar el pensamiento y la acción inmediata de las masas para organizar el Estado y el gobierno, debe brotar del pueblo mismo, es decir, de la intrahistoria, ese caudal interior, subterráneo e invisible que va expresando y troquelando, a la vez, el espíritu y las realidades más privadas de las naciones” ORREGO, Antenor. *Hacia un humanismo Americano*. Lima: Librería-Editorial Juan Mejía Baca, 1966.

⁸⁷ “Y cabe reiterar que es la sociedad quien escribe la constitución, no al revés; esto no minimiza el potencial transformador de una constitución, siempre que se aplique, desarrolle y perfeccione adecuadamente. Tal cuestión refleja enormes y continuados retos: la constitución es la meta al reflejar los objetivos de las luchas de resistencia y de construcción democrática de nuevas visiones de vida, pero es apenas el primer paso hacia una sociedad radicalmente democrática, como anticipa el texto constituyente. Entonces, una constitución transformadora, como la de Montecristi, no es un instrumento para mantener el statu quo; al contrario, debería democratizar cada vez más a la sociedad” ACOSTA, A. Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 160.

São essas visões de vidas e modos de existência que a consulta prévia da Convenção n.º 169 da OIT se dispõe a resguardar mediante as práticas participativas democráticas, de diálogos entre essências e ideologias antagônicas, considerando “caráter-chave da democracia: seu elo vital com a diversidade”⁸⁸.

Assim, “desse modo, exigindo ao mesmo tempo consenso, diversidade e conflituosidade, a democracia é um sistema complexo de organização e de civilização políticas [...]”⁸⁹. No contexto e conflitualidade, o caminho da democracia deliberativa não pode ser uma tarefa delegada simplesmente à lei, mas deve ser desenvolvida através de um debate aberto entre juristas, as várias comunidades que compõem a sociedade instituições globais e outros especialistas em conhecimentos⁹⁰, como vem ocorrendo atualmente na Amazônia, em um conflito específico entre os Mura, povo indígena amazônico, e a mineradora Brasil Potássio.

No próximo tópico, será apresentada a democracia deliberativa nas práticas da consulta prévia e o papel do Poder Judiciário nesse contexto de antagonismos e consensos. Importante que se diga que esta abordagem apresenta o instituto da consulta prévia como uma das exteriorizações da deliberação democrática sobre questões relacionada a interesses múltiplos sobre terras, modos de vida e futuras gerações.

4 Participação e consulta prévia: os Mura e esfera do Poder Judiciário

Antes de abordar a temática do Poder Judiciário nas práticas participativas dos povos originários em benefício de uma democracia deliberativa no tocante a conflitos com mineradoras e outros agentes da diversidade social, oportuno que se diga que não é objetivo adentrar na esfera de divisão dos poderes, o que finda na celeuma do ativismo judicial, tampouco adentrar na discussão acerca da primazia, no caso concreto, de um direito indígena específico, pois, além de nos faltar estudo específico, parece-nos que “a pura e simples aplicação do direito indígena não é automaticamente correlativa à resistência à colonização, mas pode ser também um resultado de uma polarização catalisada por ela própria”⁹¹; do contrário, pretende-se, justamente, apresentar o direito, conforme Jürgen Habermas sugere, como *medium*, e o Poder Judiciário como apoio à emancipação da democracia deliberativa⁹².

Expõe-se como o Poder Judiciário, no caso específico do conflito envolvendo um povo indígena no Amazonas, vem instrumentalizando os preceitos do instituto da consulta prévia, que finda como mecanismo de deliberação social

4.1 Poder Judiciário e participação social para grupos minoritários

Sobre a atuação do Poder Judiciário frente demandas sociais, Gargarella, Domingo e Roux⁹³ lidam com a possibilidade dos tribunais influenciarem política pública e os impactos disso em países onde as demandas por direitos sociais são constantes, como nos países da América Latina, trabalhando com o fato do Poder

⁸⁸ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 108.

⁸⁹ MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 108.

⁹⁰ “Se trata de un camino de democracia deliberativa: es decir, que no puede ser una tarea delegada simplemente a los “chamanes” del derecho, sino que debe ser desarrollada por medio de un debate abierto entre los juristas, las varias comunidades que componen la sociedad global, las instituciones y los especialistas de otros conocimientos” BAGNI, S. El aporte del derecho procesal constitucional al litigio estratégico sobre el cambio climático: comentarios a los casos Urgenda y Juliana. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019. p. 335.

⁹¹ CARDOSO, J. V.; CONCI, L. G. A. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Política Pública*, v. 9, n. 2, p. 557–575, 2019. p. 571.

⁹² GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

⁹³ GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

Judiciário conduzir, ou ao menos contribuir, significativamente, em processos de transformação social e redução de desigualdades. A possibilidade, para os autores, existe e é muito mais vinculada ao “como realizar”. Esse *know how*, na visão dos autores, evidencia-se por vias da democracia deliberativa.

Nessa seara, Gargarella, Domingo e Roux⁹⁴, a partir dos esforços de Gloppen⁹⁵, apresentam uma estrutura analítica que permite visualizar o processo de concretização de transformações sociais por meio do Poder Judiciário, justifica as ações de juízes por meio da razão e dialoga criticamente com versões elitistas da democracia, tanto aquelas que ocultam o Poder Judiciário a demandas populares, por considerarem-no responsável por apaziguar as paixões das massas, como aquela visão que considera a legislatura a única exaltação democrática de vontade da população.

Buscando o equilíbrio, o autor desenvolve uma terceira via, baseada na concepção de democracia deliberativa, na qual os juízes desempenham papel de apoio (Quadro 1). É justamente aqui, na atuação de suporte, que o direito, tal como discutido por Jürgen Habermas, é o *medium* que institucionaliza demandas sociais, fortalecendo a democracia deliberativa radical.

Quadro 1 - dimensões de Gloppen

DIMENSÃO	CONCEITO
Voz	A habilidade de escolha de grupos em desvantagens para articular suas demandas através de ações locais
Capacidade de resposta do tribunal	Grau em que os juízes são receptivos e dispostos protegem os direitos sociais ou prossegue com medidas legais que beneficiam grupos desfavorecidos
Capacidade dos Juízes	Disposição técnica, cognitiva e informacional de efetivar ações legais para esses grupos
Compliance/ implementação	O alcance determinado pelo contexto político, social e econômico mais amplo, que garantem ou obstruem a implementação de uma decisão judicial

Fonte: os autores, com base em Gloppen⁹⁶.

O Quadro 1 corresponde a uma organização, por parte desses autores, sobre o entendimento da estrutura de Gloppen⁹⁷, que, sugestivo a uma teoria habermesiana de ação comunicativa para a democracia deliberativa mais radical entre intercâmbio do mundo da vida e do mundo sistêmico das instituições, apresenta a dimensão “voz” como a responsável por desencadear todo o processo. Tal dimensão vincula a capacidade comunicativa e a ação para articulação de demandas coletivas.

O autor, também, expõe que existe diferenciação entre as diversas manifestações de capacidades, demonstrando que há tanto a capacidade dos tribunais, ou seja, das instituições, como a capacidade dos juízes, diferenciando-os dos primeiros. E vai além, apresentando uma quarta dimensão vinculada a esferas de contexto político, social e econômico, como é a sua dimensão de compliance/implementação. Tais dimensões e seus respectivos conceitos são abordados visualmente, em uma estrutura gráfica, em que Gloppen evidencia os reflexos de cada etapa do processo na efetivação de políticas pró hipossuficientes ou minorias, conforme Figura 1.

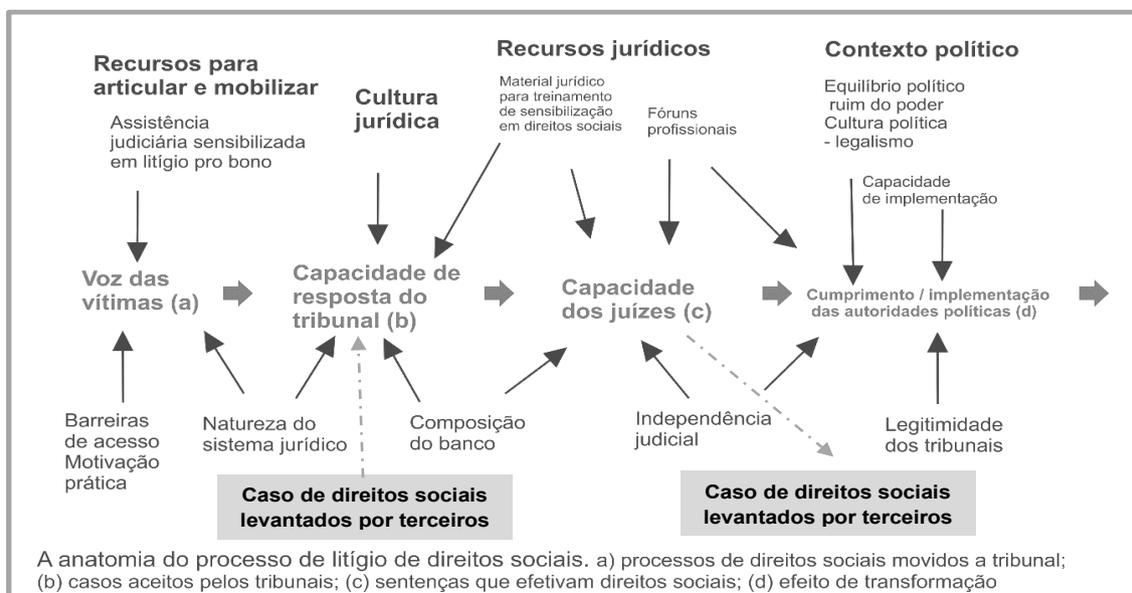
⁹⁴ GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

⁹⁵ GLOPEN, Siri. *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

⁹⁶ GLOPEN, Siri. *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

⁹⁷ GLOPEN, Siri. *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

Figura 1 - a anatomia do processo de Gloppen



Fonte: os autores adaptado de Gloppen⁹⁸.

Em sua estrutura, o autor expõe que o sistema institucional, inclusive, permite a entrada de casos não por meio dos interessados, mas por via de terceiros, assim como apresenta a possibilidade de, em caso que os interessados não alcançam a satisfação do direito pretendido, estimular efeitos positivos nos direitos sociais. Gloppen, ainda, esmiúça ainda mais apresentando indicadores pertinentes a atuação judicial para impulsionar transformações sociais, conforme Figura 1.

São indicadores os recursos de mobilização, a cultura jurídica, os recursos jurídicos, o próprio contexto político, assim como se relacionam com as barreiras, a natureza sistêmica, a forma de composição dos bancos de juristas, as questões de independência e a legitimidade.

O autor utiliza, apenas, a estrutura do Poder Judiciário para discutir as formas institucionais que implicam transformação social, não citando o papel de outras instituições constitucionalmente vinculadas à defesa desses direitos, como é o caso do Ministério Público.

Dessa forma visual, possível vislumbrar que a democracia deliberativa, como propõe Jürgen Habermas, mediante o direito, encontra guarida nos espaços sistêmicos institucionais, tal como acontece hoje em relação ao conflito entre o povo indígena Mura, que enfrenta conflito há anos com os interesses antagônicos de empresa mineradora de potássio.

4.2 Os sinais do engajamento participativo por via de instrumentos da democracia deliberativa brasileira no Poder Judiciário Federal perante o conflito entre mineração e comunidades tradicionais

Ao chegar nessa etapa, vale recordar que a democracia da América Latina, por sua complexidade, levanta questões relevantes sobre o prisma dos conflitos que um sistema pouco isonômico faz emergir. Essa desigualdade é reflexo de uma sensível desconexão entre paradigmas epistemológicos e realidade sul-americana, o que impede certa consciência emancipatória a ponto de resultar, não obstante seu crescimento nos últimos anos, um modesto engajamento participativo.

⁹⁸ GLOPEN, Siri. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

Defende-se que há um crescimento da deliberação pública sobre políticas e pautas que afetam grupos, minoritários ou não. E, especialmente no Brasil, é evidente que o cenário, nos últimos anos, atizado pela crise de representatividade, impulsionou o engajamento nas trincheiras do debate democrático nacional, expondo, se não uma consciência plena dos recursos institucionais disponíveis para o diálogo entre as instâncias do poder, ao menos um aumento no grau de maturidade cidadã a nível de participação.

Principalmente nas matérias específicas de ordem sociais, como, por exemplo, a questão socioambiental, relativa a território, direito indígena e recursos naturais da diversidade das relações ecológicas, nota-se aumento no número de notícias e movimentações que discutem legitimidades ou críticas aos rumos políticos estatais, principalmente as ligadas ao setor agroindustrial e de mineração.

Tais movimentos são evidentes ainda mais em regiões como a Amazônia, em que a biodiversidade é elemento de disputa entre setores da sociedade, como econômico, industrial, extrativista, social, acadêmico e científico, que, no campo político, medem forças para fazer prevalecer os ideais que defendem, utilizando-se das instituições de fiscalização, controle e justiça para fins de defesa de alcance de objetivos.

O Estado do Amazonas, na região norte do país, é um típico ambiente onde esses conflitos institucionalizados vêm se tornando cada vez mais corriqueiros, pois a região comporta não somente um vasto território, mas uma pluralidade — usando-se termos do direito clássico — de recursos e patrimônios em matéria de genética e modos de vidas sociais distintos, como o povo indígena Mura, que, na esteira da influência participativa, desperta para uma nova instância de conflitos institucionais.

Diante desses novos movimentos, na comarca de Manaus, no dia 12 de agosto de 2019, as lideranças do povo indígena Mura entregaram, na Justiça Federal no Amazonas, o primeiro protocolo de consulta elaborado por uma etnia brasileira a partir de processo judicial⁹⁹, já que, segundo a Constituição Federal de 1988, o juízo federal é o responsável por processar e julgar questões relativas a disputas sobre direitos indígenas¹⁰⁰.

No caso, os indivíduos do povo Mura vivem em 44 aldeias, com uma população de aproximadamente 15.000 pessoas ocupando o Baixo Rio Madeira, região onde se instalaram os municípios de Autazes e Careiro da Várzea, no Estado do Amazonas¹⁰¹, com sua cultura específica e seus modos de vida e peculiaridades de relação com a terra, com a ancestralidade e com o bioma amazônico, principalmente se tratando das áreas fluviais.

Não obstante o expressivo número de indivíduos e comunidades organizadas, premente foi a necessidade, como dispôs Gloppe¹⁰², da atuação de um elemento externo para contribuir com a voz das minorias em prol da democracia deliberativa, para impulsionar, como assevera a teoria de Jürgen Habermas, uma atitude comunicativa institucional que gerencie o conflito através do médium do direito.

Inicialmente, como entidade organizativa dos Mura no município de Autazes, “o Conselho Indígena Mura (CIM) não se opunha às atividades da mineradora, chegando a reconhecer o Comitê de Representantes Locais (CRL)”¹⁰³; todavia o cenário modificou-se com as notícias sobre desastres do setor de energia no sudeste brasileiro.

⁹⁹ AMAZONAS. Ministério Público Federal do Amazonas. *MPF: povo Mura entrega protocolo de consulta à Justiça Federal no Amazonas*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-povo-mura-entrega-protocolo-de-consulta-a-justica-federal-do-amazonas> Acesso em: 5 fev. 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁰¹ CIM; OLIMCV. *Trincheiras: Yandé Peara Mura*. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Manaus, 2019. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-do-Povo-Indigena-Mura-de-Autazes-e-Careiro-da-Varzea.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020. p. 7.

¹⁰² GLOPPE, Siri. *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework*. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.

¹⁰³ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019. p. 181.

Com as notícias sobre os desastres da empresa Vale do Rio Doce e o rompimento da Barragem do Fundão em Minas Gerais, as lideranças Mura iniciaram procedimentos para estarem mais organizadas sobre a matéria¹⁰⁴, já que toda uma estrutura de territorialidade e de modos de vida seriam impactados pela extração de potássio na região.

A partir do dia 15 de dezembro de 2016, as lideranças Mura reunidas aprovaram um documento a ser entregue ao Ministério Público Federal, no qual pediam a realização da consulta prévia conforme os ditames legais da Organização Internacional do Trabalho em sua convenção n.º 169¹⁰⁵, que privilegia a participação democrática dos indígenas em políticas públicas sobre matéria que os afetam.

O documento deu início a uma Ação Civil Pública n.º 19192-92.2016.4.01.3200. Assim, “o MPF passou a acompanhar o caso depois de receber informações de que a empresa Potássio do Brasil Ltda. começou a realizar estudos e procedimentos na região sem qualquer consulta às comunidades”¹⁰⁶.

Não obstante os diálogos prévios, “a concordância em realizar as consultas nos moldes previstos pela Convenção n.º 9 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) só veio após o MPF levar o caso à Justiça”¹⁰⁷. Dessa maneira, a elaboração desse Protocolo de Consulta levou um ano e meio, correspondendo ao período de setembro de 2017 a junho de 2019, incorporando todas as aldeias Mura de Autazes e Careiro da Várzea¹⁰⁸.

No documento, o povo mura deixa claro que seus “saberes e modos de vida são muito importantes para a preservação do meio ambiente, e isso é fundamental para as futuras gerações, não somente o dos povos indígenas, mas também de toda a humanidade”¹⁰⁹, e que somente eles, os mura sabem que é, de fato, bom para eles¹¹⁰.

O documento é uma exteriorização da resistência comunicativa. Mediante participação democrática radical, que utiliza de mediadores garantidos pelo Estado, são prestigiadas às necessidades de diálogo institucional de toda uma comunidade indígena em conflito; porém, evidente que, infelizmente, há o requisito de mediação.

Isto porque a comunidade minoritária, ainda, não pode fazer valer seus direitos unicamente por vieses democráticos pelo mundo da vida, nos discursos do cotidiano em uma ação dialogada emancipatória, necessitando de entidades com autoridade para tal.

O fato é um reflexo que se repete por toda a extensão do sul global e é muito evidente na América Latina, sendo necessário recorrer-se ao direito — e isso quando este encontra mecanismos assegurados por uma consciência social ampla — e a um Poder Judiciário que, raramente, expõem, em suas raízes fundadoras, o entendimento das relações sociojurídicas plurais da diversidade latina, como é o caso da Corte Constitucional da Colômbia.

¹⁰⁴ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

¹⁰⁵ AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.

¹⁰⁶ AMAZONAS. Ministério Público Federal do Amazonas. MPF: povo Mura entrega protocolo de consulta à Justiça Federal no Amazonas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-povo-mura-entrega-protocolo-de-consulta-a-justica-federal-do-amazonas> Acesso em: 5 fev. 2019.

¹⁰⁷ AMAZONAS. Ministério Público Federal do Amazonas. MPF: povo Mura entrega protocolo de consulta à Justiça Federal no Amazonas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-povo-mura-entrega-protocolo-de-consulta-a-justica-federal-do-amazonas> Acesso em: 5 fev. 2019.

¹⁰⁸ CIM; OLIMCV. *Trincheiras: Yandé Peara Mura*. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Manaus, 2019. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-do-Povo-Indigena-Mura-de-Autazes-e-Careiro-da-Varzea.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.

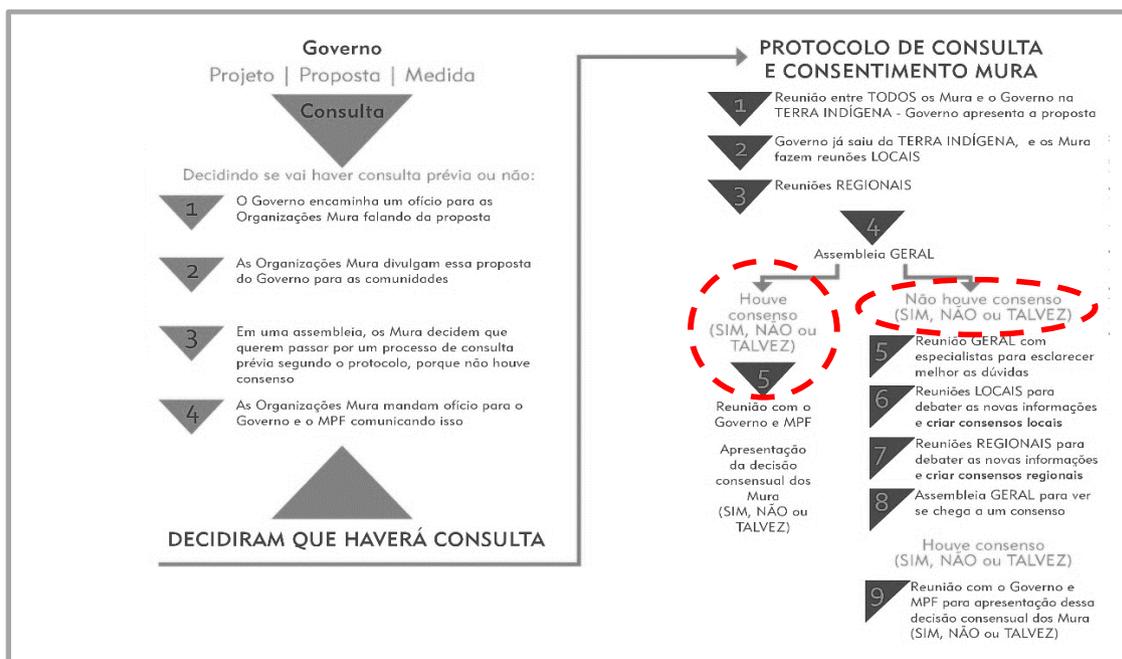
¹⁰⁹ CIM; OLIMCV. *Trincheiras: Yandé Peara Mura*. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Manaus, 2019. p. 8. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-do-Povo-Indigena-Mura-de-Autazes-e-Careiro-da-Varzea.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.

¹¹⁰ CIM; OLIMCV. *Trincheiras: Yandé Peara Mura*. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Manaus, 2019. p. 8. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-do-Povo-Indigena-Mura-de-Autazes-e-Careiro-da-Varzea.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.

No Brasil, não obstante os avanços em matéria de reconhecimento do outro em suas existências singulares, persiste majoritariamente um judiciário morfológicamente vinculado às epistemologias construídas em outras regiões do norte mundo, o que não vem impedindo modestas conquistas pelo reconhecimento de autonomia política em matéria de direito e destino de comunidades indígenas.

Os indígenas Mura, enfatizando que não se consideram tutelados pelo Estado, e ao mesmo tempo que se declaram cientes de sua autonomia, construíram seu protocolo de consulta prévia sobre ações e políticas que podem interferir em seus modos de vida, consoante figura 2.

Figura 2 - protocolo de consulta Mura



Fonte: CIM; OLIMCV (2019) (grifo nosso).

Declarando reconhecimento sobre a autonomia dos Mura, no Poder Judiciário Federal, o juízo homologou “todas as decisões e deliberações livres e motivadas do povo indígena Mura e das populações tradicionais que escolheram a realização do Protocolo de Consulta”.

Isto foi de extrema relevância para os novos rumos acerca da democracia em termos de comunidades indígenas, pois abre, como dito acima, o precedente de apresentar a esfera do Poder Judiciário como um recurso — ainda que em desenvolvimento — para a participação e engajamento.

Na parte grifada em vermelho da Figura 2, a tendência democraticamente deliberativa do protocolo de consulta prévia da comunidade indígena dos Mura é também exteriorizada mediante a taxativa ideia de busca pelo consenso, como assevera Jürgen Habermas (1997). Assim, o protocolo apresenta a descrição dos caminhos a percorrer para que esse diálogo mediante agir comunicativo se efetive em ações envolvendo a consulta prévia.

Esse caso em específico apresenta que a democracia deliberativa está, como sugere Jürgen Habermas (1997), implicitamente inserida nas instituições com poio do *medium* do direito.

Nesse sentido, institutos que estimulam práticas participativas da ação comunicativa nas esferas do mundo da vida e do mundo sistêmico, como o caso da consulta prévia, são exemplos que fomentam a crença em que, na democracia deliberativa, reside um ideal de democracia radical, o qual possibilidade dar mais vozes a núcleos sociais historicamente marginalizados no debate público.

Não obstante tais constatações, não se ignora que para a América Latina e, especialmente, para a Amazônia, o uso de instrumentos também construídos de formas exógenas — como é o caso da norma da Organi-

zação Internacional do Trabalho —, ainda que, até certo ponto, úteis, anunciam uma eminente necessidade de revisitar as teorias democráticas que moldam nossa participação e engajamento social.

Isto porque nosso sistema democrático baseado em ideais neoconstitucionais embarca institutos que pouco dialogam com as novas tendências do novo constitucionalismo latino americano, com as nativas formas de relacionar-se com a natureza, dentre outros fatores que uma democracia radical, pautada na participação deliberativa, deve levar em conta.

5 Considerações finais

Diante dos argumentos apresentados, da linha teórica percorrida e da exposição das experiências referentes ao caso dos mura, no Amazonas, pode-se considerar a consulta prévia, exigida pela Convenção n.º 169 da OIT, relativa ao povos indígenas e tribais, como um reflexo da democracia deliberativa no cenário amazônico de diversidades e conflitos, respondendo, assim, à pergunta problema lançada de início.

Isto ocorre porque, conforme exposto, com o suporte do direito, institutos como a consulta prévia incorporam matrizes deliberativas nas instituições, já implicitamente sensíveis aos princípios da deliberação, da ação dialógica e da comunicação participativa, conforme preleciona Jürgen Habermas.

Dito de outra forma, no caso dos conflitos do município de Autazes, a consulta prévia às comunidades indígenas assume ares de uma democracia deliberativa radical, experimentada na prática comunicativa que relacionando minorias, como o povo Mura, agentes do Estado, como o MPF e setores econômicos ligados às práticas extrativistas, oferecendo alternativas menos violentas aos diálogos antagônicos da diversidade amazônica.

Todavia, como é de responsabilidade evidenciar, e não obstante o caminho percorrido até esta etapa, a atualidade de cenário brasileiro em 2020 — assassinatos de lideranças indígenas¹¹¹, queimadas na Amazônia¹¹² e no Pantanal, Pandemia da COVID-19 afetando comunidades indígenas¹¹³, inclusive em modo quase isolados — vem demonstrando que o direito instituído, ainda que com suporte de elementos para autonomia deliberativos como é o caso da Convenção 169 da OIT, por si só, não consegue suprir a multiplicidades de demandas da Amazônia e seus povos, sugerindo que será “possível identificar possibilidades na manutenção e tutela das formas de ser, viver e criar do grupo étnico afetado, desde que rompendo com a visão jurídica tradicional”¹¹⁴.

Feitas essas observações, consideram-se cumpridos os objetivos previamente apresentados, já que ideais acerca de democracias deliberativas e sua correlação com as epistemologias emancipatórias da América Latina e da Amazônia foram expostas, tal como fora realizado um diálogo sobre ideias acerca da democracia deliberativa e o instituto da consulta prévia e discutida a relação entre consulta prévia, Poder Judiciário e deliberação na perspectiva da diversidade social amazônica, expondo, inclusive, o primeiro caso de protocolo de consulta oriunda de uma ação civil pública.

¹¹¹ BETIM, Felipe. Liderança indígena Guajajara é assassinada a tiros no Maranhão, a segunda em cinco meses. *El País*, mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-31/lideranca-indigena-guajajara-e-assassinada-a-tiros-no-maranhao-a-segunda-em-cinco-meses.html> Acesso em: 10 jun. 2020.

¹¹² CASTRO, Matheus. Queimadas no Amazonas em 2020 registram maior número da história. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/10/11/queimadas-no-amazonas-em-2020-superam-recorde-de-2005-e-registram-maior-numero-da-historia.ghtml> Acesso em: 11 out. 2020.

¹¹³ CARDIM, Maria Eduarda; LEITE, Hellen; CALCAGNO, Luiz. Covid-19: Pandemia expõe vulnerabilidade dos povos indígenas do Brasil. *Correio Braziliense*, 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/22/interna-brasil,865729/covid-19-pandemia-expoe-vulnerabilidade-dos-povos-indigenas-do-brasil.shtml> Acesso em: 10 jul. 2020.

¹¹⁴ BRUZACA, R. D.; FEITOSA, M. L. P. DE A. M. Disputas no campo jurídico e discurso do desenvolvimento: caso do Complexo Termoeletrico Parnaíba, Maranhão. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018. p. 238.

Como estudos futuros, sugere-se o acompanhamento frente à evolução do caso Mura e do desdobramento da consulta, conforme o protocolo, dos interesses deste povo e das nuances das práticas comunicativas para a busca do consenso com o empresariado extrativista, assim como os reflexos disto na esfera do Poder Judiciário e da jurisprudência, consequentes da ação da instituição da justiça e do desenrolar das pautas sociais, com fins de investigar, mais profundamente, o processo de deliberação na prática.

Referências

- ACOSTA, A. Construcción constituyente de los derechos de la naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana *et al.* (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- AMAZONAS. Ministério Público Federal do Amazonas. MPF: povo Mura entrega protocolo de consulta à Justiça Federal no Amazonas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-povo-mura-entrega-protocolo-de-consulta-a-justica-federal-do-amazonas> Acesso em: 5 fev. 2019.
- APEL, K.-O.; DUSSEL, E. *Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- AVRITZER, L. Um balanço da participação democrática no Brasil (1990-2014). In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Maniel (org.). *Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.
- AZEVEDO, R. V. *Território dos “Flutuantes”*: resistência, terra indígena Mura e mineração de potássio em Autazes (Am). Tese (Doutorado em Sociedade e Cultura) – Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019.
- BAGNI, S. El aporte del derecho procesal constitucional al litigio estratégico sobre el cambio climático: comentarios a los casos Urgenda y Juliana. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana *et al.* (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- BETIM, Felipe. Liderança indígena Guajajara é assassinada a tiros no Maranhão, a segunda em cinco meses. *El País*, mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-31/lideranca-indigena-guajajara-e-assassinada-a-tiros-no-maranhao-a-segunda-em-cinco-meses.html> Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRUZACA, R. D.; FEITOSA, M. L. P. DE A. M. Disputas no campo jurídico e discurso do desenvolvimento: caso do Complexo Termoelétrico Parnaíba, Maranhão. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018.
- CAÑETE, T. M. R.; CAÑETE, V. R. Inaplicabilidades do direito na Amazônia: por um direito ambiental urbanístico da Amazônia e não na Amazônia. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, 2018.
- CARDIM, Maria Eduarda; LEITE, Hellen; CALCAGNO, Luiz. Covid-19: Pandemia expõe vulnerabilidade dos povos indígenas do Brasil. *Correio Braziliense*, 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/22/interna-brasil,865729/covid-19-pandemia-expoe-vulnerabilidade-dos-povos-indigenas-do-brasil.shtml> Acesso em: 10 jul. 2020.
- CARDOSO, J. V.; CONCI, L. G. A. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de

- caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Política Pública*, v. 9, n. 2, p. 557–575, 2019.
- CASTILLO, S.; MIGNOLO, W. The Idea of Latin America. *The Modern Language Review*, v. 102, n. 4, out. 2007.
- CASTRO, Matheus. Queimadas no Amazonas em 2020 registram maior número da história. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/10/11/queimadas-no-amazonas-em-2020-superam-recorde-de-2005-e-registram-maior-numero-da-historia.ghtml> Acesso em: 11 out. 2020.
- CIM; OLIMCV. *Trincheiras: Yandé Peara Mura*. Protocolo de Consulta e Consentimento do Povo Indígena Mura de Autazes e Careiro da Várzea, Amazonas. Manaus, 2019. Disponível em: <http://observatorio.direitosocioambiental.org/wp-content/uploads/2020/10/Protocolo-de-Consulta-e-Consentimento-do-Povo-Indigena-Mura-de-Autazes-e-Careiro-da-Varzea.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.
- DALMAU, R. M. Fundamentos para el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana. Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano: el caso de Colombia. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: GLOBO, 2001.
- GALARZA, C. M. Storini, C. Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.
- GLOPEN, Siri. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. GARGARELLA, R.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Bodmin: Ashgate Publishing, 2006.
- GRAMSCI, A. *Cadernos do cárcere*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 2.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HABERMAS, J. *Teoria e práxis*. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- JACAÚNA, T. S. Como governar a Amazônia? Redes sociais e governança ambiental em Unidades de Conservação. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 103, 2020.
- JONAS, H. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.
- LEÃO, V. D. M.; JULIANO, R. F. A identidade da comunidade tradicional e seu papel em uma unidade de conservação do Brasil Central. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 7, n. 2, p. 273–289, 2018.
- LEITE, I. B. The Brazilian quilombo: ‘race’, community and land in space and time. *Journal of Peasant Studies*, v. 42, n. 6, p. 1225–1240, 2015.
- LEUZINGER, M. D.; SILVA, S. T. O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global. *Revista de Direito Internacional*, v. 112, n. 483, p. 135–146, 2017.
- MATTOS NETO, A. J. DE M.; REBELO, R. E. DA S. Movimentos sociais frente às grandes mineradoras do Brasil. *Veredas do Direito*, v. 15, n. 32, p. 249–275, 2018.

- MEDICI, A. *La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2010.
- MENEZES, R. S. *Democracia brasileira: discurso, possibilidades e responsabilidades na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2019.
- MIGNOLO, W. D.; WALSH, C. E. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham and London: Duke University Press, 2018. v. 22.
- MORIN, E. *Ciência com consciência*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- PASTOR, R. V. La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador. In: ESTUPIÑAN ACHURY, Liliana et al. (eds.) *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- PONTES FILHO, R. P. *Logospirataria na Amazônia*. São Paulo: Chiado Editora, 2016.
- QUIJANO, A. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227–278.
- RIETHOF, M. The international human rights discourse as a strategic focus in socio-environmental conflicts: the case of hydro-electric dams in Brazil. *International Journal of Human Rights*, v. 21, n. 4, p. 482–499, 2017.
- RISSO, L. C. Participação social em Unidades de Conservação: o caso do Parque Estadual da Ilha do Cardoso (São Paulo, Brasil) Social. *Ateliê Geográfico*, v. 10, n. 3, p. 109–128, 2016.
- ROCHA, J. C. D. S.; KHOURY, L. E. C.; DAMASCENO, Â. P. D. Direito das águas: trajetória legal, conflitos e participação social. *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 3, p. 143, 2018.
- SANTOS, B. S. Construindo as epistemologias do Sul: antologia essencial: para um pensamento alternativo de alternativas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018. v. 1.
- SANTOS, B. S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- SARTI, I. Theoretical and developmental challenges to contemporary south american integration. In: CARVALHO, G.; ROSEVICS, L. (org.). *Diálogos internacionais: reflexões críticas do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Per Se, 2017. p. 13-22.
- SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SEGRERA, Francisco López. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe: é possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- SEYMOUR, F.; BUSCH, J. *Why forests? Why now? The science, economics, and politics of tropical forests and climate change*. Washington DC: CENTER FOR GLOBAL DEVELOPMENT, 2016.
- SHIRAIISHI-NETO, J. *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*. Manaus: UEA, 2007.
- SOARES, J. G.; ARRUDA, P. Proteção de direitos humanos: o caso das quebradeiras de coco babaçu. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 70, n. 3, p. 213–231, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A consulta prévia aos povos indígenas enquanto participação política: abertura constitucional brasileira a rotas alternativas de proteção ambiental

Prior consultation with indigenous peoples as a political participation: Brazilian constitutional openness to alternative routes of environmental protection

Laura Fernanda Melo Nascimento

Adriano Fernandes Ferreira

A consulta prévia aos povos indígenas enquanto participação política: abertura constitucional brasileira a rotas alternativas de proteção ambiental*

Prior consultation with indigenous peoples as a political participation: Brazilian constitutional openness to alternative routes of environmental protection

Laura Fernanda Melo Nascimento**

Adriano Fernandes Ferreira***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar se há abertura na atual Constituição brasileira ao debate internacional que considera a consulta prévia um mecanismo de participação política direta, capaz de instaurar novos ares de uma cidadania intercultural e aberta a rotas alternativas de proteção ambiental que considera as cosmovisões e novas formas de relação homem-natureza para a construção dos assuntos públicos. A abordagem é teórica e exploratória, e a pesquisa foi desenvolvida pelo método indutivo, mediante revisão bibliográfica e documental. Primeiramente, realizou-se a aproximação conceitual entre proteção do meio ambiente, proteção dos povos indígenas e consulta prévia. Em seguida, demonstrou-se a consulta prévia como direito de participação, a partir do caso Povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e nos ordenamentos constitucionais dos países do novo constitucionalismo latino-americano, Bolívia, Equador, Colômbia e México. Na terceira parte, defendeu-se que o texto constitucional brasileiro, em seu campo teórico, encontra-se aberto às novas propostas de uma cidadania intercultural. No entanto, em seu campo prático de efetivação das normas constitucionais, encontra-se fechado a essas novas propostas, visto que a cidadania ainda é vinculada à participação representativa, e não se verifica força normativa na proteção dos direitos dos povos indígenas. Assim, pode-se levantar possibilidades teóricas diferentes, com base na ótica da teoria e da prática constitucional, mas que não esgotam o tema, que requer aprofundamento de novas propostas de ampliação da cidadania intercultural e de meios efetivos de se construir rotas alternativas ao desenvolvimento capitalista contemporâneo para a proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Consulta prévia. Povos indígenas. Meio ambiente. Cidadania intercultural. Participação política.

* Recebido em 30/09/2020

Aprovado em 04/12/2020

** Mestranda em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduanda em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Assistente Jurídico de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - TJAM. E-mail: laura.fernanda.f@gmail.com

*** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014). Professor Adjunto IV, da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Coordenador e Professor do Núcleo Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM - Constitucionalismo e Direitos na Amazônia. E-mail: adrianofernandes3@hotmail.com

Abstract

This article aims to analyze whether there is openness in the current Brazilian Constitution to the international debate that considers prior consultation a mechanism of direct political participation, capable of establishing new forms of intercultural citizenship and open to alternative routes of environmental protection that considers the worldviews and new forms of man-nature relationship for the construction of public affairs. The research was developed by the inductive method, through bibliographic and documentary review. First, a conceptual approach was made between environmental protection, protection of indigenous peoples, and prior consultation. Then, prior consultation was demonstrated as the right of participation, based on the case of *Kaliña and Lokono Peoples v. Surinam*, of the Inter-American Court of Human Rights, and in the constitutional systems of the countries of the new Latin American constitutionalism, Bolivia, Ecuador, Colombia, and Mexico. In the third part, it was argued that the Brazilian constitutional text, in its theoretical field, is open to new proposals for intercultural citizenship. However, in its practical field of implementation of constitutional norms, it is closed to these new proposals, since citizenship is still linked to representative participation, and there is no normative force in the protection of the rights of indigenous peoples. Thus, different theoretical possibilities can be raised, based on the perspective of constitutional theory and practice, but which do not exhaust the theme, which requires deepening new proposals to expand intercultural citizenship and effective means of constructing alternative routes to contemporary capitalist development for the protection of the environment.

Keywords: Prior consultation. Indigenous peoples. Environment. Intercultural citizenship. Political participation.

1 Introdução

Considerando-se o paradigma constitucional do socioambientalismo multicultural e plural¹ e da nova orientação internacional que reconhece a importância dos povos indígenas para a proteção do meio ambiente², o presente artigo analisará a proteção ambiental com base em instrumento jurídico da consulta livre, prévia, informada e de boa-fé aos povos indígenas enquanto direito de participação política.

O direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé aos povos indígenas foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) por meio do Decreto n. 5.051/2004. No direito interno, referida convenção internacional tem natureza supralegal, seguindo a linha de pensar atualmente vigente do Supremo Tribunal Federal (STF), confirmada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703-1/RS³ e, assim, expressamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no AgInt no REsp 1704452/SC⁴.

Enquanto direito, a consulta prévia é, geralmente, associada ao direito de autodeterminação dos povos indígenas⁵, sobretudo se analisada sob a ótica da nova orientação internacional instituída a partir da Con-

¹ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005.

² STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 jun. 2009.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1704452/SC. 2. Turma. Relator: Min. Og Fernandes, *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 mar. 2020.

⁵ FAJARDO, R. Z. Y. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazônica: Revista de Antropologia*, [Belém], n. 1, v. 2, 2009. p. 375.

venção n. 169 da OIT, que revogou o ideal integracionista e tutelar anteriormente vigente na Convenção n. 107, da mesma organização internacional⁶.

Todavia, apesar de a consulta constituir-se em via instrumental para o exercício do direito à livre determinação desses povos, tem ganhado força no cenário latino-americano outra vertente jurídica que faz a aproximação axiológica entre o direito de consulta e o direito de participação política dos povos indígenas, de quilombolas e de populações tradicionais.

Com base nessa ótica, surge uma nova abordagem constitucional sobre a matéria. Quando se associa o direito à consulta à ideia de autodeterminação dos povos, encontra-se respaldo constitucional no artigo 231 da Constituição Brasileira de 1988 (CRFB/88). Mas, quando abordado o direito à consulta em sua vertente de participação política, questiona-se se o direito constitucional brasileiro permite inserir o Brasil nesse novo debate internacional.

A fim de investigar o problema apresentado, o presente estudo foi elaborado com base no método indutivo, com cunho exploratório e teórico, e mediante revisão bibliográfica de doutrina e jurisprudência. Inicialmente, demonstra-se a intrínseca relação existente entre proteção do meio ambiente, povos indígenas e consulta prévia, e como estes se constituem no atual paradigma internacional vigente, que os reconhece em complementariedade.

Em seguida, foi demonstrado que o direito de consulta prévia aos povos indígenas começou a ser associado internacionalmente ao direito de participação política, como no caso Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mas sobretudo na órbita interna de outros países vizinhos, tais como Bolívia, Equador, Colômbia e México, e seus principais contornos constitucionais na matéria de nova cidadania esperada do novo constitucionalismo latino-americano.

Ao final, defende-se que o cenário constitucional brasileiro, por meio da vertente que o reconhece como socioambientalista multicultural e plural, permite inserir o Brasil nessa nova proposta de participação de novos sujeitos políticos na definição de novos rumos alternativos às atividades econômicas de vertente capitalista neoliberal, permitindo, assim, novas alternativas de desenvolvimento econômico, relação homem-natureza e proteção ambiental.

2 A consulta prévia e a proteção do meio ambiente

No ano de 2003, especificamente a partir do diálogo estabelecido entre povos indígenas e conservacionistas no 5º Congresso Mundial de Parques, um novo panorama internacional sobre áreas ambientalmente protegidas foi adotado⁷, sob a ótica de que a presença humana de povos indígenas em áreas de proteção ambiental poderia contribuir ou ser até melhor para fins de proteção da natureza e da biodiversidade.

A repercussão desse congresso fez com que os Estados-parte da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), no ano seguinte, reformulassem a política daquela Convenção, passando a compreender seu artigo 8º, que trata dos espaços territoriais ambientalmente protegidos, em conjunto com a participação dos povos indígenas⁸.

⁶ FAJARDO, R. Z. Y. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioambientais – Inesc. 2009. p. 9.

⁷ STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014. p. 47.

⁸ STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014. p. 47-48.

Por meio da decisão VII/28 da Conferência das Partes da CDB de 2004, reconheceu-se, expressamente, que os povos indígenas são parte importante da conservação da biodiversidade e que possuem direito a serem consultados antes mesmo da criação dessas áreas⁹.

Stevens expõe que essa nova orientação internacional vem acompanhada do debate acadêmico em que uma série de pesquisas comprovam a melhor prevenção ao desflorestamento na Amazônia em áreas ocupadas por povos indígenas, quando comparados a regiões protegidas sem habitação¹⁰, bem como que ela não decorre apenas de mera coincidência. O autor demonstra que, na verdade, a maior proteção em terras habitadas por esses povos decorre de suas próprias formas de vida, desde práticas rotineiras a crenças espirituais, inclusive, na compreensão do sagrado na natureza¹¹.

Na mesma linha do cenário internacional global, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconheceu, no contexto internacional interamericano, a compatibilidade entre os direitos dos povos indígenas e a proteção do meio ambiente.

No caso Povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, do ano de 2015, a Corte fez referência expressa a essa matéria, fazendo constar de sua sentença que os povos indígenas podem desempenhar papel relevante na conservação da natureza, em razão de certos usos tradicionais de práticas de sustentabilidade, de modo que os direitos dos povos indígenas e os direitos da natureza, deveriam considerados como complementares e não excludentes¹², especialmente no marco de espaços territoriais ambientalmente protegidos.

Todavia, é possível afirmar que a Corte IDH já adotava essa compreensão de complementariedade dos direitos indígenas e os direitos de proteção ambiental antes mesmo de sua expressa manifestação nesse sentido, considerando sua jurisprudência anterior relativa às limitações nas terras dos povos indígenas e ao direito à consulta prévia, livre e informada.

Argumenta-se nesse sentido porque no caso Povo Saramaka *vs.* Suriname, do ano de 2007, a Corte IDH enfrentou o tema da exploração de recursos naturais em terras ancestrais, estabelecendo três salvaguardas mínimas para que a atividade econômica não implicasse a impossibilidade de subsistência do povo indígena, sendo elas: i) sua efetivação participação; ii) a realização de um estudo de impacto ambiental; e iii) a reparação de benefícios¹³.

A Corte IDH voltou a essas três garantias no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, do ano de 2012, ao desenvolver, de forma mais aprofundada, seu entendimento acerca do direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé aos povos indígenas. No referido caso, a Corte IDH enfrentou as qualidades inerentes à consulta, dando conteúdo ao que se poderia entender como momento adequado para que ocorra, de forma prévia; como seriam os procedimentos de consulta adequados e acessíveis; e como garantir que seja um procedimento informado e de boa-fé.

Quanto aos dois últimos requisitos mencionados (informado e de boa-fé), a Corte IDH transportou a salvaguarda do estudo de impacto ambiental para parte obrigatória de informação a ser prestada de boa-

⁹ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*. Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity at its seventh meeting VII/28. Protected areas (articles 8 (a) to (e)). 13 apr. 2004. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/cop-07-dec-28-en.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁰ STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014.

¹¹ STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014. p. 23.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentencia de 25 de noviembre de 2015*. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. p. 49, parágrafo 173. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentencia de 28 de noviembre de 2007*. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. p. 41, parágrafo 127. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

-fé aos povos indígenas, como meio de tomarem ciência dos riscos ambientais a serem ponderados em sua manifestação quando forem consultados¹⁴.

No panorama internacional, portanto, tem-se reconhecida a intrínseca relação existente entre povos indígenas, meio ambiente e consulta prévia. Ocorre que a consulta em si é um mecanismo de participação dos povos, que anteriormente eram excluídos das tomadas de decisão sobre os rumos de atividades que lhes afetavam, o que possibilita dar novos contornos para o futuro da lógica do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental a que está sujeita a sociedade.

Nesse sentido, o presente artigo vai além da necessidade de a consulta prévia estar presente sempre que se esteja protegendo, em casos específicos, direitos dos povos indígenas associados ao meio ambiente, quando, por exemplo, se cria uma unidade de conservação com presença indígena; ou quando se pretende explorar recursos naturais em terras indígenas, como visto.

Esta pesquisa defende a ideia de que a consulta prévia, além de garantir a participação dos povos, pode ser instrumento de participação política e, sob essa qualidade, permitir que novos rumos diversos do desenvolvimento econômico capitalista neoliberal sejam levados a sério como possíveis alternativas, a partir da contribuição e da influência das cosmovisões indígenas em procedimentos de consulta. Tal intento será construído nos tópicos que seguem.

3 A consulta prévia enquanto instrumento de participação política

Sabe-se que a consulta prévia não se confunde com o direito de participação dos povos indígenas¹⁵, mas é considerada um mecanismo substancial para realização desse último direito¹⁶. Ambos os direitos, de consulta e de participação, existem conjuntamente e possuem vínculos muito estreito, não podendo ser entendidos de maneira separada¹⁷.

Na vigência da Convenção 107 da OIT, especificamente em seus arts. 2º e 5º, previa-se que os governos promoveriam o desenvolvimento dos povos indígenas para sua assimilação nacional, os quais somente teriam direito a colaborar nos planos estatais de integração. No atual paradigma da Convenção 169 da OIT, muda-se a perspectiva de que esses povos possuem direito à sua própria autodeterminação e a controlar seu desenvolvimento¹⁸, de modo que, agora, caberia aos Estados garantirem sua participação nas medidas que lhes afetem.

O que antes era reduzido a colaborar em planos externos estatais de desenvolvimento, tornou-se direito de efetiva participação e de diálogo entre os povos e os Estados, objetivando, por meio da consulta prévia, que ambos cheguem a um acordo mutuamente satisfatório¹⁹.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 27 de junio de 2012*. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. p. 64, parágrafo 204. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁵ ARIAS LÓPEZ, B. W. Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano. *Anuario de Derecho Constitucional latino-americano*, Bogotá, año XVIII, 2012. p. 205.

¹⁶ RODRÍGUEZ, G. A. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*: Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá: Universidad del Rosario, GIZ Cooperación Alemania, 2014. p. 43.

¹⁷ REA GRANADOS, S. A. Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], v. 48, i. 144, 2015. p. 1.106.

¹⁸ PALOMINO, M. A. H. *Los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a los 25 años de su adopción*. Lima: Fundación Konrad Adenauer, 2015. p. 133.

¹⁹ ANAYA, J. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *UN Doc. A/HRC/12/34*, jul. 2009. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A%2FHRC%2F12%2F34. Acesso em: 28 set. 2020.

Essa nova orientação internacional a ser concretizada pelo mecanismo da consulta prévia é decorrente do reconhecimento dos povos indígenas como novos sujeitos de direitos²⁰, o que, também, esteve presente na formação do viés socioambientalista da proteção ambiental²¹.

Nessa perspectiva, o direito à consulta prévia e o direito de participação caminham juntos, visando impedir a submissão dos povos e a imposição de uma vontade sobre a outra. O direito à participação, portanto, tende a afastar a lógica moderna da colonialidade e a reparar as injustiças históricas²².

No entanto, o direito de consulta e o direito de participação têm se ampliado para uma nova ideia de direito de participação política. Essa premissa surgiu a partir da constatação de uma tímida modificação na jurisprudência da Corte IDH ocorrida no caso dos Povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, de 2015, em que se reconheceu a violação ao artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o qual trata de direitos políticos, em relação à não realização da consulta prévia no caso sentenciado.

No primeiro caso sobre povos indígenas da Corte IDH, caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni *vs.* Nicarágua, de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) havia solicitado a condenação do Estado nicaraguense por não ter realizado a consulta prévia, vinculando-a, entre outros direitos, ao do artigo 23 da CADH (direitos políticos). Referida matéria, no entanto, não foi apreciada pela Corte IDH. Esse petítório foi reiterado no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Equador, de 2012, mas a Corte IDH não procedeu à declaração de violação desse direito.

Todavia, como antes mencionado, no caso Povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, de 2015, a Corte IDH, de ofício, declarou a violação desse direito por não ter ocorrido a consulta prévia no âmbito interno do Estado surinamês, em relação à exploração de recursos naturais em seus territórios²³, afirmando que não se tratava, apenas, de reconhecer o direito de participar, mas também de um assunto de interesse público.

Nesse julgamento, a declaração de violação do artigo 23 não foi unânime. O juiz Pérez Pérez lançou seu voto parcialmente divergente, em que defendeu o posicionamento de que não se violou o artigo 23 porque não se tratava de um assunto de evidente interesse público, mas sim de violação de um direito a ser realizado em uma propriedade privada²⁴ (a terra indígena).

Diante disso, referido juiz entendeu que seria suficiente a declaração de violação do artigo 21 da CADH (propriedade), e que o sentido e o conteúdo material do artigo 23 (direitos políticos) seria bastante diferente, exigindo a participação na condução de assuntos públicos²⁵.

Por mais que essa vinculação da consulta prévia ao direito de participação política ainda não tenha sido objeto de nenhum outro caso, e que a própria sentença não aprofunde como a Corte IDH compreendeu se tratar de assunto de interesse público, é possível dar conteúdo à consulta prévia enquanto direito de participação política por meio das normativas internas de países do novo constitucionalismo latino-americano.

²⁰ FAJARDO, R. Z. Y. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org). *Povos indígenas, constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioambientais – Inesc. 2009. p. 9.

²¹ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005. p. 32.

²² ANAYA, J. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. *UN Doc. A/68/317*, ago. 2013. p. 20. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1>. Acesso em: 28 set. 2020.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 25 de noviembre de 2015*. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. p. 57, parágrafo 203. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez*. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. p. 6. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez*. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. p. 6. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

Na Constituição da Bolívia, o artigo 11, inciso II, item 1, prevê que a democracia se exerce, de forma direta e participativa, dentre outros instrumentos, por meio da consulta prévia. Nos seus artigos 343 e 352, consta que a população tem direito a participar da gestão ambiental, a ser consultada e informada, previamente, sobre decisões que possam afetar a qualidade do meio ambiente.

A Constituição boliviana se caracteriza por seu ânimo antineoliberal e vocação pró-indigenista, formulando um modelo econômico de desenvolvimento orientado a melhorar a qualidade de vida e o viver bem de todos (artigo 306)²⁶.

Na Constituição do Equador, o artigo 61, inserido no capítulo 5 sobre direitos de participação, prevê, em seu item 4, o direito de os equatorianos serem consultados, sem especificar se o dispositivo trata da consulta popular ou da consulta prévia a povos indígenas. Em seu artigo 398, prevê que toda decisão ou autorização estatal que possa afetar o meio ambiente deverá ser consultada à comunidade e, na sequência, dita que uma lei regulará a consulta prévia e a participação cidadã.

Cabe destacar que a Constituição equatoriana de 2008 incorporou uma nova forma de convivência em harmonia com a natureza, resgatando a cosmovisão indígena kichwa de Viver Bem. Nela e na Constituição boliviana, há um intento de se garantir um Estado multicultural, plurinacional contra-hegemônico e anticolonialista, que consiga abarcar as mais diversas práticas culturais dentro de uma mesma ordem econômica e sociopolítica²⁷.

Sobre a participação indígena no contexto equatoriano, Simbaña²⁸ relata que a consulta prévia tem sido considerada uma ameaça, e chega a ser evitada ou anulada a depender dos interesses em jogo e por se tratar de uma forma de controle do Estado, pondo em xeque o modelo capitalista em qualquer de suas vertentes, a liberal, a neoliberal ou até mesmo a cidadã em que a vontade do Estado se sobrepõe sobre a vontade da sociedade.

Na Colômbia, a Convenção 169 da OIT e, por conseguinte, o direito à consulta prévia, possuem *status* constitucional, formando o bloco de constitucionalidade²⁹. García explica que houve crescente ativismo judicial no sentido de proteção do meio ambiente, com base na interpretação e extensão da Convenção 169 da OIT.

Sob esse enfoque, as consultas e a oitiva das vozes das comunidades sobre a exploração de seus territórios não deveriam ser garantidas, apenas, para os povos específicos daquele procedimento, mas também para a cidadania geral no marco do princípio democrático de proteção ambiental³⁰.

Nesse sentido, a participação cidadã, seja pela consulta prévia, como pela consulta popular, teria um duplo papel no ordenamento colombiano, de demonstrar a existência de interesses alternativos à exploração de recursos naturais e à construção de políticas públicas ambientais³¹.

No México, a Constituição prevê, em seu art. 2º, B, IX, que os povos indígenas devem ser consultados na elaboração do Plano Nacional de Desenvolvimento e nos respectivos planos das entidades federativas.

²⁶ CANTAMUTTO, F.; HERNÁNDEZ, A.; VÁSQUEZ, D. *Imaginar un país: América Latina, procesos constituyentes y proyecto de nación en México*. Ciudad de Buenos Aires: CLACSO, 2017. p. 87-88.

²⁷ ARAÚJO, V. A.; COSTA, T. B.; TAVARES, M. Multiculturalismo, interculturalismo e pluriculturalismo: debates e horizontes políticos e epistemológicos. *Revista @mbienteeducação*, São Paulo: Universidade Cidade de São Paulo, v. 11, n. 1, jan./abr. 2018, p. 41.

²⁸ SIMBAÑA, F. Consulta previa y democracia en el Ecuador. *Chasquí: Revista Latinoamericana de Comunicación*, [Quito], n. 120, 2012.

²⁹ REPÚBLICA DE COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-461 de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

³⁰ GARCÍA, Y. A. R. *Alcance jurídico del derecho a la consulta popular y la consulta previa a partir del reconocimiento de la participación ciudadana en el desarrollo de conflictos ambientales en Colombia*. 2018. 28 f. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2018. p. 13.

³¹ GARCÍA, Y. A. R. *Alcance jurídico del derecho a la consulta popular y la consulta previa a partir del reconocimiento de la participación ciudadana en el desarrollo de conflictos ambientales en Colombia*. 2018. 28 f. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2018.

A título de exemplo do regramento numa entidade federativa, o direito de consulta aos povos indígenas foi reconhecido na Constituição do estado mexicano de Michoacán e, também, no artigo 73 de sua lei de Mecanismos de Participação Cidadã.

Ainda há muita resistência em relação ao cumprimento dessa determinação no ordenamento mexicano³², contudo, a reforma constitucional de 2011, em momento já posterior às Constituições da Bolívia, Equador e Colômbia, eleva, ao menos para o plano normativo, a participação dos povos indígenas ocorra nos planos da nação.

Constata-se, portanto, que o direito de participação política dos povos indígenas, por meio da consulta prévia, vai além dos assuntos específicos que os afetem diretamente, englobando, também, os assuntos políticos e de interesse público do plano de desenvolvimento econômico da nação e de cada ente federado³³.

O exercício e o cumprimento dos direitos de consulta e de participação dos povos indígenas têm ajudado a democracia mexicana a se consolidar, requerendo maior fortalecimento da cultura de participação das minorais nesses assuntos políticos³⁴.

Nas Constituições, nas Cortes constitucionais e nos debates acadêmicos, a pauta contemporânea consiste na reconstrução do espaço político por meio de uma interação mais paralela e horizontal entre Estado e sociedade, com a inclusão dos novos atores sociais, dos novos direitos e uma nova visão sobre cidadania³⁵.

O reconhecimento das novas cidadanias nas Constituições do novo constitucionalismo, somada às teorias do pensamento decolonial,

convergem ao preconizar a cidadania ativa e o reconhecimento de direitos relativos às tradições ancestrais enquanto elementos constitutivos do cidadão, avançando — porém, sem negar seus aspectos positivos — em relação aos parâmetros políticos, sociais e jurídicos impostos pelo paradigma do universalismo³⁶.

O futuro do Estado constitucional moderno tende a aceitar novas realidades multiculturais e não a voltar a negá-las³⁷, e o direito à consulta prévia e à participação dos povos indígenas ajuda a eliminar sua exclusão social e a fomentar uma democracia inclusiva³⁸.

A construção de identidades indígenas politizadas está relacionada à sua participação em assuntos públicos³⁹. Em estudo sobre as contribuições de uma cidadania intercultural, vivida na participação de partidos políticos indígenas, Cabrero demonstra que sua participação amplia o debate por uma sociedade melhor, propondo temas inéditos e valiosos, dentre eles o bem viver e os direitos da natureza⁴⁰.

Essa melhora e ampliação da prática democrática somente é possível se houver uma abertura do Estado à construção de uma cidadania intercultural⁴¹, cuja porta de entrada é a consulta prévia e o segundo passo

³² ARMIJO, M. G.; MARTÍNEZ, E. D. P. *El derecho a la participación y a la consulta en el desarrollo: Retos para México*. Ciudad de México: CNDH México, 2016.

³³ ARMIJO, M. G.; MARTÍNEZ, E. D. P. *El derecho a la participación y a la consulta en el desarrollo: Retos para México*. Ciudad de México: CNDH México, 2016.

³⁴ REA GRANADOS, S. A. Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], v. 48, i. 144, 2015. p. 1.106.

³⁵ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁶ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 200-201.

³⁷ REA GRANADOS, S. A. Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], v. 48, i. 144, 2015. p. 1.112.

³⁸ REA GRANADOS, S. A. Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], v. 48, i. 144, 2015. p. 1.107.

³⁹ CABRERO, F. Ejercer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural: aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013.

⁴⁰ CABRERO, F. Ejercer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural: aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013. p. 80.

⁴¹ CABRERO, F. Ejercer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural: aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013. p. 80.

é a abertura do sistema político e eleitoral⁴².

Dessa forma, tem-se que a insurgência dos povos indígenas enquanto novos sujeitos políticos, em especial nos países do novo constitucionalismo latino-americano, traz novos debates a se somarem à autodeterminação e ao direito de participação, evoluindo para sua inclusão enquanto participação política e componente de formação cidadã e democrática dos planos nacionais de assuntos públicos, dentre eles a pauta socioambiental e de desenvolvimento econômico.

4 A abertura da Constituição brasileira à participação política dos povos indígenas

Há uma discussão se a Constituição brasileira estaria inserida no contexto do neoconstitucionalismo ou do novo constitucionalismo latino-americano. Se o texto constitucional brasileiro for compreendido no contexto do neoconstitucionalismo, está-se diante de uma Constituição do modelo tradicional de bases europeias, que não é capaz de suportar os direitos inerentes às diferenças, tampouco de proceder a uma ruptura com o padrão hegemônico incompatível com a pluralidade⁴³.

Todavia, se for compreendido à luz do novo constitucionalismo latino-americano, a abertura constitucional à proposta ora debatida se torna possível, pois é sob as bases do novo constitucionalismo que se pretende a ruptura com uma epistemologia universalista rígida e a abertura a novas possibilidades epistemológicas plurais⁴⁴ e originadas de sujeitos anteriormente subalternizados.

Mesmo a Constituição brasileira sendo de 1988, anterior à edição da Convenção 169 da OIT, de 1989, está inserida dentro dos ciclos multiculturais das Constituições da América Latina, especificamente no primeiro dentre os três ciclos, no qual há o reconhecimento da diversidade, da identidade cultural e de direitos indígenas específicos⁴⁵, especialmente o direito à autodeterminação dos povos.

Houve verdadeira ascensão dos povos indígenas no cenário internacional enquanto sujeitos de direitos, com repercussão e visibilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶. A Constituição brasileira de 1988 se tornou um marco⁴⁷ constitucional no cenário latino-americano na temática de povos indígenas. Conforme ensina Marés:

é necessário ressaltar que até a década de 80, com raras exceções, as Constituições latino-americanas nem sequer se referiam aos direitos dos povos indígenas, alguns países criaram um sistema jurídico à margem da diferença étnica, como a Bolívia, de maioria de população indígena, que somente alterou a situação na reforma constitucional de 1994.

Por isso, a Constituição Brasileira de 1988, é um marco. Antes dela o tratamento que as Constituições davam ao tema era reticente e remetia sempre à legislação infra-constitucional, que não reconhecia a

dadania intercultural: aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica. New York: Programa de las Naciones Unidas para para el Desarrollo, 2013. p. 80.

⁴² CABRERO, F. Ejercer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural*: aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica. New York: Programa de las Naciones Unidas para para el Desarrollo, 2013. p. 83.

⁴³ VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019.

⁴⁴ BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

⁴⁵ FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina*: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 141.

⁴⁶ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos*: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005.

⁴⁷ MARÉS, C. F. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 185.

etno-diversidade nem a multiculturalidade.

(...) Em 1988, embora sem coragem para declarar o país multi-étnico e pluricultural, a Constituição brasileira adotou a diversidade na fórmula de reconhecer a organização social, os costumes, a língua, crença e tradições dos povos indígenas além do direito originário sobre as terras que habitam

Além disso, na mesma linha da crítica de Baldi⁴⁸, deve-se considerar que as Constituições de Equador e Bolívia, do terceiro ciclo multicultural, têm origem no protagonismo indígena e na proposta epistemológica de ruptura com o colonialismo e a colonialidade, não sendo necessário limitar a matéria a um estágio constitucional específico.

Apesar de a Constituição Colombiana ser de 1991, e não ter ocorrido a refundação daquele Estado enquanto plurinacional e decolonial, como foram os intuítos constituintes de Equador e Bolívia, a Suprema Corte da Colômbia passou a adotar a proteção da natureza e a garantir direitos da cultura e de identidade étnica dos povos à luz da proteção normativa dos modelos mais avançados⁴⁹. Aquela Corte declarou o rio Atrato sujeito de direitos, mesmo sem o aparato constitucional em que se reconhece a natureza como sujeito de direitos, que é o caso específico do texto constitucional do Equador.

Araújo Júnior⁵⁰ retrata que as construções de Constituições como Bolívia e Equador tendem a inspirar a interpretação de outros textos constitucionais no marco do multiculturalismo, pois tratam de valorizar um pensamento antes invisibilizado e dar novas vozes que começam a ser ouvidas.

Na sequência, forma-se um campo de disputa dos novos direitos, das novas vozes, dos novos sujeitos políticos e seus defensores, e que se mostra até mais importante do que a própria alteração do texto normativo⁵¹, porque permite a cortes constitucionais, por meio de uma interpretação pautada na interculturalidade, avançar em acolher novas cosmovisões e formas de organização⁵².

Por meio do caráter multiétnico e pluriétnico comum das constituições dos países latino-americanos, Santilli⁵³ desenvolve sua visão socioambiental multicultural e pluralista da Constituição, não sendo necessário adentrar, especificamente, os marcos teóricos do neoconstitucionalismo ou do novo constitucionalismo para se compreender os novos rumos possíveis de uma sociedade que considera a expressão da natureza pela visão indígena.

A autora apresenta nosso direito brasileiro enquanto socioambiental, multicultural e pluralista, defendendo que a Constituição brasileira de 1988, sob uma interpretação axiológica e holística, que respeita sua unidade e função integradora, adota como parâmetro de proteção ambiental também a participação dos povos indígenas numa proposta de sociedade multicultural⁵⁴.

Sob esse novo enfoque, supera-se a visão preservacionista do meio ambiente e se adota a perspectiva socioambiental, acolhendo-se as novas formas de expressão e de relação homem-natureza provenientes de diferenças culturais das práticas indígenas.

A natureza passa a ser vista não somente como bem natural, mas também como bem cultural, de modo que todos os valores neles investidos pela cultura e sua transmissão de conhecimento geracional fazem parte

⁴⁸ BALDI, C. A. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (org.) *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 97.

⁴⁹ BAGNI, S. Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana. *DPCE ONLINE*, [Bologna], 4, 2018, p. 1000. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/609/588>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁵⁰ ARAÚJO JÚNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas*: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 103.

⁵¹ ARAÚJO JÚNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas*: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 103-104.

⁵² ARAÚJO JÚNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas*: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 104.

⁵³ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos*: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005.

⁵⁴ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos*: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005.

de seu escopo imaterial⁵⁵, também parte de proteção do meio ambiente.

Essa proteção do meio ambiente sob a vertente do multiculturalismo socioambiental também permite que se defendam ordenamentos abertos a uma multiplicidade de culturas,

que coexistem e se interfluenciam tanto dentro como fora de um mesmo Estado-Nação, e, como projeto político, aponta para a celebração ou reconhecimento dessas diferenças culturais. As versões emancipatórias do multiculturalismo se baseariam no reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da construção de uma vida em comum além das diferenças⁵⁶.

Nesse caso, a diferença a ser acolhida por nosso ordenamento constitucional deveria ser aquela que não apenas reconhece o diferente e o direito de ser diferente, mas também a possibilidade de se construir um novo modelo comum e compatível com os diferentes modos de vida.

Com base nessa linha, o multiculturalismo seria benéfico não somente para os povos indígenas ou etnicamente diferenciados, mas a todos, e aos novos rumos que se poderia chegar na associação dos conhecimentos para o desenvolvimento. Em relação a isso, Santilli é clara ao demonstrar a dupla faceta dos direitos coletivos previstos na Constituição brasileira:

os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos dos povos indígenas, quilombolas e a proteção à cultura consagram duas faces dos direitos coletivos. Asseguram direitos coletivos às minorias étnica e culturalmente diferenciadas, e asseguram a todos — ou seja, a toda a coletividade — o direito à diversidade cultural. Por um lado, os povos indígenas e quilombolas têm o direito a continuar existindo enquanto tais, e à garantia de seus territórios, recursos naturais e conhecimentos, e, por outro lado, toda a sociedade brasileira tem o direito à diversidade cultural e à preservação das manifestações culturais dos diferentes grupos étnicos e sociais que a integram.⁵⁷

A diferença cultural e a interculturalidade se tornam dispositivos políticos de transformação, construindo uma nova dimensão constituinte de democracia, “resultante da integração das diferenças culturais e do pluralismo” e que traz em si outras formas de viver e de relacionar homem-natureza⁵⁸.

Essa mistura multicultural, e a possibilidade de efetiva influência em novos assuntos públicos a partir de uma outra racionalidade tem o condão de modificar o que antes era “interesse público” em “novo comum”. Esse comum que antagoniza ao capitalismo contemporâneo e propõe novas formas de reapropriação das riquezas, a partir das significações humanas próprias e interrelacionadas⁵⁹.

Propõe-se, portanto, sob essa integração dos mundos, que os povos indígenas tenham direito a poder participar e a influenciar, com suas cosmologias e seus modos de vida, os assuntos políticos da nação, sobretudo em relação ao desenvolvimento econômico e à proteção do meio ambiente, e assim o fariam por terem direito à participação política, e por já existir um instrumento substancial para tanto: a consulta prévia.

Na mesma linha da proposta de Bello⁶⁰, não é o abandono das tradições constitucionais europeias por serem inerentes do processo colonizador, mas a possibilidade de aproximação de perspectivas com reformulações genuínas próprias da América Latina e calcadas em sua específica realidade sociocultural. Prossegue o autor explicando que:

nesse sentido, tem-se uma proposta de ressignificação da noção moderna de totalidade universalista

⁵⁵ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005. p. 48.

⁵⁶ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005. p. 49-50.

⁵⁷ SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005. p. 50-51.

⁵⁸ BERNARDES, M. D. S. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina*. 2017. 311 f. Tese (Doutorado)—Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 234.

⁵⁹ BERNARDES, M. D. S. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina*. 2017. 311 f. Tese (Doutorado)—Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

⁶⁰ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 186.

nos termos de um pluriversalismo, que abarcaria harmonicamente a diversidade das perspectivas epistemológicas, políticas e econômicas em nível global, sem superioridade de uma sobre as demais.

Portanto, no campo teórico, pela aproximação axiológica multicultural da Constituição brasileira às constituições tipicamente reconhecidas como representantes do novo constitucionalismo latino-americano, e sob a ótica do socioambientalismo multicultural e plural que temos em nosso ordenamento jurídico, é possível defender que nosso texto constitucional encontra-se aberto à proposta de os povos indígenas terem direito à participação política e à influenciar os planos desenvolvimentistas e de proteção ambiental.

Todavia, no campo prático, nota-se que, diferentemente dos ordenamentos jurídicos vizinhos, em matéria de cidadania, de direito de participação política e, sobretudo, em seu texto normativo, a Constituição brasileira trouxe avanços, mas “manteve o modelo estadocêntrico e passivo da cidadania, com pouca abertura para o multiculturalismo delgado, e não reconheceu o pluralismo jurídico”⁶¹.

A Constituição brasileira, ainda, foca muito na proteção de minorias étnicas somente pensando na questão cultural, havendo uma grande diferença “entre o tratamento constitucional brasileiro conferido aos direitos indígenas e o modelo de ‘cidadania indígena’ previsto pela ordenação internacional”⁶².

Mesmo na matéria de direitos políticos dos demais atores sociais, que não fazem parte de uma minoria étnica, prevalece a democracia participativa, sendo os mecanismos participação democrática direta (tais como plebiscito, referendo e iniciativa de lei) exigentemente utilizados⁶³.

O Estado brasileiro persiste fechado para o pluralismo jurídico e traz tímidos experimentos de participação cidadã, como é o caso do orçamento participativo, prevalecendo a ampliação do acesso à justiça⁶⁴.

Ocorre que, conforme destaca Gargarella⁶⁵, nenhuma mudança promissora (nem mesmo nas partes da América Latina que possuem o texto normativo mais avançado no reconhecimento dos direitos étnicos) irá ser realmente efetiva sem uma mudança política radical sobre a “sala das máquinas” da Constituição, que reconhece direitos, mas não os põe em plena efetividade por manter o controle político nas mãos de grupos tradicionalmente poderosos.

A consulta prévia aos povos indígenas, ainda, se vê limitada pelo Poder Executivo em diversos países, sobretudo quando, ainda, não institucionalizada como política de Estado, mas sujeita a interesses de quem estiver no poder em determinado momento⁶⁶.

Esse é o cenário da realidade complexa dos indígenas brasileiros, que se encontram, de um lado, no campo teórico, amparados por uma Constituição socioambiental, multicultural, plural, garantidora, e aberta às novas vertentes interpretativas interculturais do diálogo de cortes constitucionais, mas que, de outro, ficam sujeitos à ausência de força normativa da constituição quando se analisa a dimensão do real, do concreto.

Não há uma legislação própria sobre o procedimento de consulta prévia; o Supremo Tribunal Federal adotou um ativismo judicial conservador⁶⁷ ao julgar o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁶⁸, firmando até mesmo hipóteses de inexigibilidade e de inaplicabilidade da consulta prévia; e é cres-

⁶¹ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 92.

⁶² BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 92-93.

⁶³ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95.

⁶⁴ BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 95.

⁶⁵ GARGARELLA, R. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: SOUSA, A. C.; LEGALE, S.; CYRILLO, C. (Org.) *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020. p. 58-60.

⁶⁶ CABRERO, F. Ejecer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural: Aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013. p. 83-84.

⁶⁷ SARMENTO, D. (Prefácio). In: ARAUJO JUNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3388*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 set. 2009.

cente a quantidade de ações judiciais requerendo ao Poder Judiciário que faça valer, ao menos, o direito de serem consultados.

Dessa forma, o ordenamento brasileiro, apesar de possuir abertura jurídica à ampliação da participação democrática e da construção de novos caminhos e assuntos públicos na temática de desenvolvimento e proteção ambiental, ainda se encontra fechado na garantia da cidadania indígena e de uma cidadania intercultural, capaz de construir o comum sob um olhar de simbiose e benefícios múltiplos a partir das diferenças de racionalidades.

5 Considerações finais

O presente artigo teve como objeto de estudo a análise da abertura do texto constitucional ao novo debate crescente no contexto internacional relativo à consulta aos povos indígenas se tratar de um mecanismo de participação política, capaz de ampliar novas perspectivas de construção dos assuntos públicos, em especial na temática de rotas alternativas ao desenvolvimento capitalista contemporâneo que considere a efetiva proteção do meio ambiente e novas formas da relação homem-natureza.

Toda a pesquisa foi realizada de forma qualitativa e por meio de revisão bibliográfica e documental. Utilizou-se o método indutivo de cunho exploratório e teórico, a fim de levantar possibilidades e conclusões possíveis sobre a temática.

Para construir seu objeto de estudo, o artigo tratou de demonstrar, em sua primeira parte, como foi instaurada a nova ordem internacional que reconhece a complementariedade entre a proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos dos povos indígenas, e como o mecanismo de consulta prévia está envolvido, também, nessa finalidade.

A consulta prévia se faz garantia de participação dos povos indígenas enquanto novos atores de proteção ambiental, bem como instrumento que exige a realização de estudos de impactos ambientais visando à correta ponderação dos riscos acerca do uso de recursos naturais em suas terras e para evitar riscos à subsistência dos povos.

Na segunda parte, aprofundou-se a temática sobre o direito de consulta prévia enquanto direito de participação, ciente da diferença em si da consulta e do direito de participação dos povos indígenas, e demonstrando que há uma tendência internacional em considerar esse direito de participação também como participação política.

Essa premissa foi levantada com base na análise do caso Povos Kaliña e Lokono *vs.* Suriname, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e complementada por meio dos ordenamentos jurídicos constitucionais de países do novo constitucionalismo latino-americano, Bolívia, Equador, Colômbia e México.

Demonstrou-se que, na Bolívia e no Equador, a consulta prévia é prevista constitucionalmente como forma de participação política e democrática e como parte na gestão ambiental, condizente com a proposta de refundação daqueles Estados e dos novos paradigmas de desenvolvimento econômico.

Na Colômbia, a consulta prévia prevista na Convenção 169 da OIT possui *status* constitucional, formando parte do bloco de constitucionalidade e tem contribuído para a construção da ideia de que possui um duplo papel, de garantia dos povos e de construção de políticas públicas.

Já no México, demonstrou-se que a própria Constituição vincula a participação dos povos indígenas, por meio da consulta prévia, nos planos de desenvolvimento da nação e dos entes federados.

Com base nessa ótica dos países vizinhos, buscou-se arcabouço teórico na nova cidadania objeto do novo constitucionalismo latino-americano, a fim de oportunizar, na terceira parte que o tema fosse inserido

no contexto constitucional brasileiro.

Constatou-se que, se a Constituição brasileira for considerada sob a compreensão axiológica socioambiental, multicultural, plural e aberta ao diálogo constitucional com as constituições dos países vizinhos (mais evidentemente identificadas ao contexto do novo constitucionalismo latino-americano do que a brasileira), é possível defender a existência de uma abertura no plano teórico a essa proposta de participação política indígena na construção do interesse público.

Todavia, se a Constituição brasileira for compreendida à luz do neoconstitucionalismo e da sua realidade que foca mais na democracia representativa do que na democracia direta, o cenário já não permanece o mesmo. Esses dois pontos mostram-se incompatíveis com as necessidades de um ordenamento que quebre a epistemologia universal, aceite novas racionalidades e dê novo conteúdo à cidadania e à relação cidadão-Estado de uma forma mais paralela e horizontal.

Além disso, também não se encontrou abertura constitucional sob a dimensão do concreto da realidade dos povos indígenas, visto que se tornam sujeitos constitucionais a quem a força normativa da Constituição está ausente, atuando como um texto constitucional meramente nominal.

Conclui-se que, diante das possibilidades teóricas e dos problemas concretos abordados, há necessidade de que novos estudos surjam sobre a temática, especialmente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que possa haver substrato jurídico constitucional para abarcar os novos ares da democracia latino-americana.

Desse modo, seria dada maior amplitude ao tema da cidadania intercultural e da possibilidade de se construírem novos rumos ao desenvolvimento capitalista contemporâneo, visando a uma relação homem-natureza a partir do diferente e das cosmologias indígenas, no que passará a ser o novo comum, o novo interesse público.

Referências

- ANAYA, J. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *UN Doc. A/HRC/12/34*, jul. 2009. Disponível em: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A%2FHRC%2F12%2F34. Acesso em: 28 set. 2020.
- ANAYA, J. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. *UN Doc. A/68/317*, ago. 2013. p. 20. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1>. Acesso em: 28 set. 2020.
- ARAÚJO JÚNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ARAÚJO, V. A.; COSTA, T. B.; TAVARES, M. Multiculturalismo, interculturalismo e pluriculturalismo: debates e horizontes políticos e epistemológicos. *Revista @mbienteeducação*, São Paulo: Universidade Cidade de São Paulo, v. 11, n. 1, jan./abr. 2018, p. 29-44.
- ARIAS LÓPEZ, B. W. Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano. *Anuario de Derecho Constitucional latino-americano*, Bogotá, año XVIII, p. 201-214, 2012.
- ARMIJO, M. G.; MARTÍNEZ, E. D. P. *El derecho a la participación y a la consulta en el desarrollo: Retos para México*. Ciudad de México: CNDH México, 2016.
- BAGNI, S. Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana. *DPCE ONLINE*, [Bologna], 4, 2018, p. 1000. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/>

dpceonline/article/view/609/588. Acesso em: 28 set. 2020.

BALDI, C. A. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discussões Epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.) *Crítica Jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 90-107.

BARBOSA, M. L.; TEIXEIRA, J. P. A. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, 2017.

BELLO, E. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BERNARDES, M. D. S. *A (re)invenção do comum no novo constitucionalismo latino-americano: ecologia política, direito e resistência na América Latina*. 2017. 311 f. Tese (Doutorado)—Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1704452/SC. 2. Turma. Relator: Min. Og Fernandes, *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3388. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça Eletrônico*, 05 jun. 2009.

CABRERO, F. Ejercer derechos, refundar el Estado: cómo los indígenas amplían la ciudadanía. In: CABRERO, F. (coord.). *Ciudadanía intercultural: Aportes desde la participación política de los pueblos indígenas en Latinoamérica*. New York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013. p. 12-101.

CANTAMUTTO, F.; HERNÁNDEZ, A.; VÁSQUEZ, D. *Imaginar un país: América Latina, procesos constituyentes y proyecto de nación en México*. Ciudad de Buenos Aires: CLACSO, 2017. 112 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 25 de noviembre de 2015*. Caso Pueblos Kallinay Lokono Vs. Surinam. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 27 de junio de 2012*. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia de 28 de noviembre de 2007*. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto parcialmente disidente del Juez Alberto Pérez Pérez*. Caso Pueblos Kallinay Lokono Vs. Surinam. p. 6. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

FAJARDO, R. Z. Y. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. *Amazónica: Revista de Antropología*, [Belém], n. 1, v. 2, p. 368-405, 2009.

FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

FAJARDO, R. Z. Y. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas, Constituições*

- e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioambientais – Inesc. 2009. p. 9-62.
- GARCÍA, Y. A. R. *Alcance jurídico del derecho a la consulta popular y la consulta previa a partir del reconocimiento de la participación ciudadana en el desarrollo de conflictos ambientales en Colombia*. 2018. 28 f. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, Colombia, 2018.
- GARGARELLA, R. Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: SOUSA, A. C.; LEGALE, S.; CYRILLO, C. (Org.) *Constitucionalismo latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020. p. 47-61.
- MARÉS, C. F. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- PALOMINO, M. A. H. *Los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a los 25 años de su adopción*. Lima: Fundação Konrad Adenauer, 2015.
- REA GRANADOS, S. A. Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas, la experiencia constitucional en los casos de México y Chile. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], v. 48, i. 144, p. 1083-1117, 2015.
- REPÚBLICA DE COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-461 de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.
- RODRÍGUEZ, G. A. De la consulta prévia al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá: Universidad del Rosario, GIZ Cooperación Alemania, 2014.
- SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis; Instituto Socioambiental (ISA); Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB), 2005.
- SARMENTO, D. (Prefácio). In: ARAUJO JUNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- SIMBAÑA, F. Consulta prévia y democracia en el Ecuador. *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación*, [Quito], n. 120, p. 4-8, 2012.
- STEVENS, S. *Indigenous Peoples, National Parks and Protected Areas: a new paradigm linking conservation, culture and rights*. Tucson: The University of Arizona Press, 2014.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity*. Decision adopted by the conference of the parties to the convention on biological diversity at its seventh meeting VII/28. Protected areas (articles 8 (a) to (e)). 13 apr. 2004. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/cop-07-dec-28-en.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.
- VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, 2019.

4. ECOFEMINISMO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Meio ambiente, cuidado e direito: intersecções teóricas e práticas desde a dialética da diferença

Environment, care and law: theoretical and practical intersections from the dialectics of difference

Gustavo Seferian

Carol Matias Brasileiro

Meio ambiente, cuidado e direito: intersecções teóricas e práticas desde a dialética da diferença*

Environment, care and law: theoretical and practical intersections from the dialectics of difference

Gustavo Seferian**

Carol Matias Brasileiro***

Resumo

O modo de produção capitalista, baseado no produtivismo e na acumulação, é repleto de contradições internas, que criam crises econômicas, ambientais e civilizacionais. A hipótese estratégica ecossocialista compreende que a crise ecológica é uma crise do modo de vida capitalista, ocidental, industrial e moderno, em que seres humanos e recursos naturais se tornam mercadoria, sendo que o verdadeiro ecologismo deve ser anticapitalista e antiprodutivista. Entretanto, apesar de a ameaça sobre os fundamentos da vida na Terra atingir toda a humanidade, as desigualdades sociais repercutem na esfera ambiental, fazendo com que trabalhadores, mulheres e negros suportem mais intensamente os danos do desenvolvimento, uma vez que natureza e cultura não estão apartadas. No presente trabalho, busca-se analisar a crise ambiental com olhar interseccional, articulando discussões sobre o racismo ambiental e o ecofeminismo construtivista, a fim de incidir, concretamente, no trato do trabalho de cuidado desde a realidade brasileira. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa de revisão bibliográfica em que se associam, referencialmente, interseccionalidade e dialética da diferença, de acordo com a linha materialista histórica. Tem por conclusões o fato de que a tendência posta na regulamentação jurídica para equalizar, formalmente, sujeitos — tão presente no cerne do movimento de contrarreformas em movimentos sociais — apenas aprofunda uma fissura epistemológica própria da juridicidade burguesa, desatenta a elementos de classe, gênero, raça e sujeições a injustiças ambientais, contribuindo a abordagem para o aprofundamento da compreensão do complexo e pouco tangenciado tema do trabalho do cuidado desde a perspectiva do direito.

Palavras-chave: Crise de civilização. Desigualdades ecológicas. Trabalho de cuidado. Interseccionalidade. Dialética da diferença.

Abstract

The capitalist mode of production, based on productivism and accumulation, is full of internal contradictions, which create economic, environmental

* Recebido em 30/05/2020
Aprovado em 09/08/2020

** Pós-Doutorado em Sociologia da Religião (EHESS) e Doutorado em Direito (USP). Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: seferian@ufmg.br

*** Mestranda em Direito (UFMG) e bacharel em Direito (UFMG). Advogada. E-mail: carolmbrasileiro@gmail.com

and civilizational crises. The eco-socialist strategic hypothesis understands that the ecological crisis is a crisis of the capitalist, western, industrial and modern way of life, in which human beings and natural resources become commodities, and the true ecologism must be anti-capitalist and anti-productivism. However, despite the threat to the fundamentals of life on Earth reaching all of humanity, social inequalities have an impact on the environmental sphere, making workers, women and blacks bear the damage of development more intensely, since nature and culture are not apart. Therefore, in this research, we seek to analyze the environmental crisis with an intersectional look, articulating discussions about environmental racism and constructivist ecofeminism, in order to have a concrete impact on the care work in the Brazilian reality. As for the methodology, it is a bibliographic review and data research in which intersectionality and dialectic of difference are associated, according to the historical materialist line. Its conclusions are that the tendency in legal regulation to formally equalize subjects - so present at the heart of the counter-reform movement in social movements - only deepens an epistemological fissure typical of bourgeois legality, inattentive to elements of class, gender, race and subjections to environmental injustices, contributing to the approach to deepen the understanding of the complex and little touched theme of care work from the perspective of the law.

Keywords: Civilization crisis. Ecological inequalities. Care work. Intersectionality. Dialectic of difference.

1 Introdução

Secas, desertificação e enxurradas; poluição do ar e das águas; destruição da camada de ozônio e das florestas; extinção em série de espécies animais e vegetais. O processo de acumulação capitalista, que transforma vidas e recursos naturais em mercadoria e se afirma como inimigo da natureza¹, nega os fundamentos naturais da própria existência humana.

No Brasil, a escalada de políticas neoliberais revela, de forma alarmante, a agudização dos impactos ambientais nas condições de existência humanas. Só no ano de 2019, uma sucessão de desastres ambientais evidenciou esse fato — a exemplo do rompimento da barragem de rejeitos da Mina do Feijão em Brumadinho/MG², as grandes enchentes que deixaram a cidade do Rio de Janeiro em estado de crise³, o aumento vertiginoso do desmatamento florestal, chegando, inclusive, a transformar dia em noite no estado de São Paulo em razão da fumaça⁴ e o derramamento de óleo no litoral nordestino⁵. O ano de 2020 não começa de modo diverso, abrindo-se com a lida de uma crise sanitária sem precedentes, resultante da pandemia da COVID-19, que guarda profundas conexões com a forma que o arranjo produtivo capitalista se relaciona com a natureza não humana, sobretudo no processo de produção de bens alimentícios em escala global⁶.

Assolando, de forma desigual e combinada, os diversos rincões do mundo, os efeitos ambientais da crise de

¹ KOVEL, Joel. *The enemy of nature: the end of capitalism or the end of the world?* New York: Zed, 2002.

² BARRAGEM se rompe e casas são atingidas em Brumadinho, Grande BH. *Folha de São Paulo*, jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/barragem-se-rompe-e-casas-sao-atingidas-em-brumadinho-grande-bh.shtml> Acesso em: 15 nov. 2019.

³ CHUVA forte causa deslizamentos, morte e deixa o Rio em estado de crise. *G1*, abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/04/08/tempo-muda-no-rio-com-previsao-de-chuva-raios-e-ventos.ghtml> Acesso em: 15 nov. 2019.

⁴ BETIM, Felipe. Contaminação por óleo no Nordeste deixará sequelas no ecossistema marinho, na saúde e economia local. *El País*, out. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/25/politica/1571959904_104809.html Acesso em: 15 nov. 2019.

⁵ BETIM, Felipe. Incêndios se alastram pelas matas do Norte e Centro-Oeste e já podem ser sentidos até no céu de São Paulo. *El País*, ago. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/19/politica/1566248656_245830.html Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶ PERROTA, Ana Paula. Serpentes, morcegos, pangolins e ‘mercados úmidos’ chineses: uma crítica da construção de vilões epidêmicos no combate à Covid-19. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social Reflexões na Pandemia*, p. 1-6, 2020.

civilização⁷ também recaem de modo diferenciado sobre os diversos grupos sociais. Esse fato é decisivo para o diagnóstico da inadequação de ferramentas institucionais voltadas ao combate de tais mazelas, especialmente considerando-se a interpelação jurídica das subjetividades pelos imperativos liberais, que, cada vez mais, se vê atraída pela radical apreensão da igualdade formal dos sujeitos, um dos cânones do direito burguês⁸.

Essa igualdade formal faz tábula rasa das desigualdades materiais existentes, que, em nossa realidade dependente e periférica não só são marcadas por indutores de classe, mas estruturalmente condicionadas por marcas de gênero, raça, orientação sexual, origem nacional e regional, entre outras, sendo certo que todas requalificam os impactos socioambientais nas existências individuais.

Entendemos como expressão sintomática dessa imbricada intersecção de elementos o descaso jurídico para com o trabalho de cuidado, que aqui tomamos com base em uma de suas manifestações: a assalariada, desenvolvida no ambiente doméstico e voltada ao cumprimento de atividades reprodutivas de diversas qualidades. Este trabalho de cuidado, além de não se encontrar historicamente abrangido no espectro de proteção juslaboral⁹, recai, de forma mais intensa e contundente, nos ombros de mulheres, marcando, ainda, desigualmente negras e não negras, em processo que remonta o período da escravidão legal e se reinventa, permanentemente, no curso do último século e meio. Esses fatores, também, se veem atravessados por elementos de ordem ambiental relevantíssimos, que trazem à míngua as condições de existência dessas mulheres.

Daí despontar a necessidade de se tomar, buscando uma adequada leitura do instrumental jurídico voltado à lida com os impactos sociais resultantes da crise ambiental, uma abordagem complexificadora e não reducionista de tais fenômenos. Defendemos, assim, a necessidade de uma abordagem interseccional para o tema, para que sejam visibilizadas as condições socioambientais de tais sujeitos: os trabalhadores, os negros, as mulheres e os periféricos.

Diante dessas reflexões preliminares, o presente artigo tem por objetivo abordar o trabalho de cuidado de forma interseccional, considerando-se a dialética da diferença¹⁰ e as abordagens ecofeministas construtivistas¹¹. Para tanto se fiará, em pesquisa bibliográfica, tendo como eixos temáticos: a) a crise de civilização, que guarda marcas ecológicas evidentes, como pano de fundo da abordagem; b) a exposição metodológica da linha teórica, sobremaneira tributária à tradição marxista ao tratar das desigualdades ecológicas; e c) a abordagem da delegação do trabalho de cuidado a mulheres, sobretudo negras, denunciando a insuficiência do paramento jurídico para a salvaguarda de suas condições materiais, reduzindo a problemática ao concreto por meio de pesquisa documental de dados estatísticos sobre o trabalho doméstico no Brasil.

Organiza-se, expositivamente, o artigo, buscando i) a contextualização da crise civilizacional e sua dimensão ecológica; ii) passando pela exposição de como as desigualdades ecológicas se expressam no bojo da sociedade capitalista, tendo a dialética da diferença como chave indutora para a abordagem interseccional pretendida; iii) aproximando as reflexões ecofeministas construtivistas ao objeto central da investigação, qual seja, v) o trabalho assalariado e doméstico de cuidado no Brasil, expondo suas principais características a partir de repertório histórico e levantamentos empíricos, denunciando as desigualdades ambientais, de gênero e raça dele resultante, bem como a debilidade dos ferramentais jurídicos na transposição dessas injustiças, fato decorrente, dentre outros fatores, dos referenciais epistemológicos tomados para conformação das quadraturas da subjetividade jurídica dos Direitos Sociais.

⁷ LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, 67, p. 79-86, Jan./Abr. LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013.

⁸ PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Sundermann, 2017.

⁹ VIEIRA, Regina Stela Corrêa. *O cuidado como trabalho: uma interpelação do Direito do Trabalho a partir da perspectiva de gênero*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁰ BENSÂID, Daniel. *Os irredutíveis: teoremas da resistência para o tempo presente*. São Paulo: Boitempo, 2007.

¹¹ MIES, Maria. The myth of catching-up development. In: MIES, Maria; SALLEH, Ariel; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. London: Zed Books, 2014.

2 Crise de civilização e desigualdades ecológicas

A crise ecológica hoje experimentada, perceptível pelos crescentes desastres socioambientais que colocam em risco os fundamentos naturais da vida humana na Terra — exemplarmente evidenciados nas primeiras linhas deste artigo —, tem origem no modo de produção capitalista. Segundo Michael Löwy,

Tudo isso não resulta do excesso de população, como dizem alguns, nem da tecnologia em si, abstratamente, ou tampouco da má vontade do gênero humano. Trata-se de algo muito concreto: das consequências do processo de acumulação do capital, em particular na sua forma atual, da globalização neoliberal sob a hegemonia do império norte-americano. Este é o elemento essencial, motor desse processo e dessa lógica destrutiva, que corresponde à necessidade de expansão ilimitada — aquilo que Hegel chamava de “má infinitude” —, um processo infinito de acumulação de mercadorias, acumulação do capital, acumulação do lucro, que é inerente à lógica do capital.¹²

Podemos dizer que o colapso ecológico planetário, muito embora alcance todas as dimensões de nossa vida, é a dimensão de uma crise de espectro ainda mais totalizante: própria de um modo de vida específico, liga-se estruturalmente à civilização capitalista, industrial, moderna e ocidental. É, pois, uma crise de civilização. Segundo Löwy, a cultura determinante dessa civilização é traduzida pelo *american way of life*, que “só pode existir enquanto for privilégio de uma minoria — de um sistema de produção, consumo, transporte e habitação que é, literalmente, insustentável”¹³.

Desse fato resultam diversas constatações. Apesar dos crescentes efeitos da crise civilizacional, estes não encontram qualquer espécie de remédio endossistêmico, ou seja, nenhum alento por meio de medidas reformistas. Estas, que se mantêm vinculadas ao anseio de crescente acumulação própria do modo de produção capitalista, não proporcionam respostas verdadeiramente ecologistas, o que a torna incapaz de solucionar questões ambientais e civilizacionais postas contemporaneamente, isso mesmo tratando daquelas que aparentemente se preocupam com aspectos ambientais. Segundo Löwy,

O problema é que as propostas feitas pelas correntes dominantes da ecologia política europeia são insuficientes ou levam a becos sem saída. A principal fraqueza é ignorar a conexão necessária entre produtivismo e capitalismo, o que leva à ilusão do “capitalismo limpo” ou de reformas capazes de lhe controlar os “excessos” (como, por exemplo, as ecotaxas).¹⁴

Esse fato decorre de a acumulação, indispensável ao capital, ser sinônimo de exploração progressiva da força de trabalho e de recursos naturais. Tanto um quanto outro são finitos e essenciais, evidenciando uma das mais pulsantes contradições existentes no cerne da sociedade capitalista: sua tendência expansiva e os limites dos recursos humanos e naturais — ou seja, da natureza não humana — do planeta.

Desse modo, por mais que o modo de produção possa, sistemicamente, ansiar que todas as pessoas do planeta alimentem um padrão de consumo próprio daquelas que vivem no Norte global — sobretudo no país de economia mais opulenta e pujante, os Estados Unidos —, isso é estruturalmente inviável ante as cadências próprias e bastante mais lentas do metabolismo da natureza não humana.

Os elementos que determinam o “privilégio de uma minoria”, tal qual narrado por Löwy, são socialmente construídos, amparando-se em elementos de ordens diversas, principalmente históricos. Por certo, a construção de grupos privilegiados resulta na vertebração de seus antípodas, aqueles a que são projetadas as frustrações quanto à atenção das falsas necessidades criadas para toda população inserida nesses marcos civilizacionais.

¹² LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013. p. 80-81.

¹³ LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013. p. 80.

¹⁴ LÖWY, Michael. O que é o ecossocialismo? In: LÖWY, Michael. *O que é o ecossocialismo?* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 39-60. p. 43.

Desse modo, separam-se aqueles que gozam dos aparentes triunfos sistêmicos — invariavelmente brancos e dos países centrais da ordem capitalistas — daquele conjunto social dos completamente preteridos desse mesmo padrão de acesso a bens materiais e imateriais — membros das classes trabalhadoras, não brancos, dos países periféricos da ordem capitalista, donde recaem ainda mais pesadas marcas quando se tratam de mulheres, LGBTQs e migrantes. Assim, a estrutura social do capital se apropria e estimula desigualdades materiais e culturais, de modo a ampliar a superexploração¹⁵ de corpos discriminados, o que encontra, também, na dimensão ambiental, relevantes efeitos.

Por essas razões, conflitos ambientais e lutas de classes encontram-se em justaposição, uma vez que, no domínio do capital, as diversas dimensões de desigualdades se acumulam e se agravam. Da mesma forma justapostas, pois, se mostram os níveis das desigualdades ambientais, marcadas pelas diferenças a) no acesso aos recursos naturais, tanto primários (água e fontes energéticas), quanto secundárias (comodidades e lazer); b) na exposição a riscos; e c) nos impactos ambientais causados por cada grupo social¹⁶. Isto é, os danos ambientais originados pelo desenvolvimento capitalista recaem com maior intensidade em grupos socialmente discriminados e explorados, sendo a crise civilizacional causa e efeito das desigualdades ecológicas.

Não por acaso, tais grupos subalternizados são justamente os protagonistas do ecologismo revolucionário. A luta dos pobres — donde as classes trabalhadoras compõem sua massa maioria — é uma luta ecológica, por ter como máxima o acesso e, conseqüente, desmercantilização dos recursos naturais. Logo, as lutas pela sobrevivência, diferentemente da racionalidade mercantil, não compreendem os recursos naturais como objeto de consumo e destruição, contribuindo para a conservação da natureza e ampliação dos horizontes temporais dos recursos¹⁷. Não por razão diversa, desde as realidades periféricas e centrais da ordem, esteja também à frente das bandeiras ecológicas o movimento de pessoas não brancas. Exemplo disso está no movimento negro estadunidense, que questionando, dentre outros efeitos das injustiças ambientais, denuncia como a espacialidade do racismo leva à concentração de resíduos tóxicos em comunidades periféricas e racializadas¹⁸, bem como as mulheres camponesas asiáticas e latinas que questionam como o apartamento binário e ideológico entre sociedade e natureza faz parte, essencialmente, da mesma visão colonizadora dos corpos femininos e da natureza¹⁹.

Em vista disso, qualquer olhar crítico, atento à imbricada articulação de múltiplas determinações que conformam as desigualdades econômicas, sociais e culturais, em nossa sociedade, reclama, também, acentuada sensibilidade ambiental.

3 A dialética da diferença no trato das interseccionalidades sociais

Podemos, assim, perceber que um dos aspectos mais evidentes da crise da civilização moderna, industrial e capitalista é a desigualdade entre grupos sociais mais ou menos propensos a suportar os danos do desenvolvimento econômico, baseado na predação dos recursos ambientais. Se, para um pequeno grupo (cada vez menor), o colapso ambiental possa parecer um problema abstrato que será suportado pelas gerações futuras — ou mesmo uma farsa! —, para trabalhadores, mulheres, negros e periféricos, trata-se de uma questão concreta, cujo enfrentamento urgente é inafastável da luta pela existência.

Essa realidade clama por uma abordagem interseccional do tema, que considera as diversas subalternidades nos planos econômico, social e cultural, incluindo vulnerabilidades específicas. A despeito do ema-

¹⁵ MARINI, Ruy Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Buenos Aires: Clacso, 2000.

¹⁶ KEUCHEYAN, Razmig. *La nature est un champ de bataille*. Paris: La decouverte, 2018.

¹⁷ ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. São Paulo: Contexto, 2007.

¹⁸ KEUCHEYAN, Razmig. *La nature est un champ de bataille*. Paris: La decouverte, 2018.

¹⁹ SHIVA, Vandana. El mundo en el límite. In: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. *En el límite: la vida en el capitalismo global*. Barcelona: Tusquets, 2001.

ranhado de intersecções sociais que criam condições de existência diversas, a sociabilidade capitalista estabelece diferenças marcantes entre grupos oprimidos e opressores, o que não se aproxima de um cenário de realidades individuais aleatórias e apartadas das determinações capitalistas. Essa é a proposta metodológica de Daniel Bensaïd, ao se aportar da chave da dialética da diferença, que seria a forma de considerar as singularidades compartilhadas por minorias identitárias sem apostar em atitude individualista, destituída de história e capturável pela fragmentária existência da mercadoria e seu consumo.²⁰ Desse modo, pondera generalidades e particularidades sociais, evitando reduzir todos os conflitos sociais à luta de classes ao abranger a “pluralidade de campos e de contradições” do nosso tempo. Para o autor, a política de diversidade levaria à renúncia das semelhanças históricas pautadas pela disputa entre oprimidos e opressores, numa dissolução da identidade coletiva. Por outro lado, a diferença, sem dialética tende ao universalismo abstrato e vazio, não levando em conta as particularidades dos atores sociais. Assim, a proposta dialética da diferença é traçada pela universalização concreta.

A concepção formulada pelo autor tem como decorrência uma crítica à Teoria *Queer*, ao se voltar ao conhecido debate entre Nancy Fraser e Judith Butler. Se ambas as autoras estão de acordo sobre a necessidade de transformação social, o mesmo não ocorre quanto às formas de fazê-lo. De um lado, em perspectiva mais aproximada à de Bensaïd, Fraser²¹ recobra a reconciliação entre multiculturalismo e socialdemocracia, representando modelos de justiça distributiva e justiça de reconhecimento, o que, em seu ver, para a população homossexual, corrigiria os danos no plano simbólico e nos planos jurídico e econômico, indissociavelmente ligados ao plano estrutural. De outro, Butler²² acusa essa visão de subordinar a luta contra a heteronormatividade à luta de classes, afirmando que a bandeira *queer* não é “meramente cultural” ou menos subversiva, sendo digna de autonomia frente às demais. Sobre o tema, Bensaïd²³ aponta que, embora a moralidade capitalista se contraponha às orientações homossexuais, a mera afirmação da diversidade sexual não foi capaz de subverter a ordem do capital, que criou certa tolerância ao estimular padrões de consumo voltados aos LGBTs e manter a opressão de gênero por outras ferramentas. Diagnóstico semelhante a este é o contemporaneamente realizado por Arruzza, Bhattacharya e Fraser²⁴, no sentido de uma certa condescendência capturadora das perspectivas antissistêmicas do movimento *queer* pela dominância mercantil.

Abstrai-se da proposta de Bensaïd a afirmação política da classe trabalhadora, visibilizando seus traços interseccionais de gênero, raça e geopolítico, que nunca devem ser secundarizados. Para evidenciar sintomaticamente a necessidade de um olhar social que contemple essa dialética da diferença, atravessada por múltiplas determinações, elegemos tratar em concreto o trabalho de cuidado. Apesar de esta ser uma temática que resulte, fundamentalmente, em desigualdades de gênero, por ser reflexa à histórica divisão sexual do trabalho e da exclusão da mulher do âmbito econômico público, não é possível universalizar a realidade feminina, ignorando as negras, trabalhadoras e periféricas, nem mesmo afirmar que não existem nexos de semelhança entre mulheres, o que seria um desserviço na luta contra o patriarcado.

4 A mulher e a natureza na sociedade de classes

Pensar o mundo do trabalho da mulher inserido no contexto de crise civilizacional requer a compreensão de como os aspectos ecológicos dessa crise recaem sobre as mulheres. Para além das desigualdades ecológicas comparativamente entre homens e mulheres, especialmente quanto às mulheres negras, em razão da feminização da pobreza e do racismo ambiental, para a corrente ecofeminista construtivista, a epistemologia

²⁰ BENSAÏD, Daniel. *Os irredutíveis*: teoremas da resistência para o tempo presente. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 44.

²¹ FRASER, Nancy. *Justice interruptus*: critical reflection on the “postsocialist”. condition. New York: Routledge, 1997.

²² BUTLER, Judith. Merely Cultural. *Social Text*, v. 15, n. 3-4, p. 265-277, 1997.

²³ BENSAÏD, Daniel. *Os irredutíveis*: teoremas da resistência para o tempo presente. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 50.

²⁴ ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

da Modernidade construiu dicotomias conceituais que aproximam a mulher da natureza, o que indica que a exploração dos corpos femininos e dos recursos naturais são elementos da mesma racionalidade colonizadora e capitalista²⁵.

Segundo essa epistemologia, cultura e natureza, razão e emoção, Norte e Sul, homem e mulher, são elementos opostos em que os primeiros estão sempre em posição superior aos segundos. Desse modo, de um lado, cultura, razão, Norte e homem, de outro, natureza, emoção, Sul e mulher são ideias conexas e interdependentes. Disso decorrem as expectativas sobre os papéis de gênero em bifurcações hierarquizadas que nunca se encontram. Assim, para a corrente ecofeminista,

A consciência ecológica de gênero, para elas [ecofeministas construtivistas], nasce das divisões de trabalho e papéis sociais concretos estabelecidos nos sistemas históricos de gênero e de classe, e nas relações de poder político e econômico associadas a eles — por exemplo, quando as mulheres assumem na divisão de tarefas familiares e comunitárias a busca de lenha ou de água, ou o cuidado das hortas. Denunciam que aquilo que recebe o nome de desenvolvimento, na verdade, encobre uma estratégia de colonização vinda do Ocidente, que tem sua base em relações de domínio sobre a mulher e sobre a Natureza.²⁶

Nesse sentido, percebe-se como as construções epistêmicas que relacionam mulher e natureza se materializam na divisão sexual do trabalho. Se, para Marx, a “divisão [do trabalho] se apossa não apenas da esfera econômica, mas de todas as outras esferas da sociedade, firmando por toda parte as bases para aquele avanço da especialização”²⁷; para a literatura feminista, o inverso também é válido, pois, do mesmo modo, o patriarcado se apossa da esfera econômica e interfere na divisão do trabalho na sociedade, destinando às mulheres as funções não remuneradas ou pior remuneradas, de modo a excluí-las do plano econômico e tornando-as vulneráveis à violência androcêntrica.

Nesse sentido, segundo Helena Hirata e Danièle Kergoat, a divisão sexual do trabalho se refere tanto à “distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões” quanto a “como ela se associa à divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos”²⁸. Precisamente, pela associação entre epistemologia modernas e patriarcais no contexto da divisão sexual do trabalho, que o cuidado, tido como papel feminino, é um exercício de atenção com o ambiente e com a vida humana e não humana, e porque, como a história e os processos sociais revelam, as mulheres estão à frente das lutas ecologistas radicais²⁹. Mais do que isso, para Kergoat,

²⁵ BARRAGÁN, Margarita Aguinaga; LANG, Miriam; CHAVEZ, Dunia Mokrani; SANTILLANA, Alejandra. Pensar a partir do feminismo: críticas e alternativas ao desenvolvimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge. (org.) *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: FRL/Elefante, 2016. p. 88-121.

²⁶ BARRAGÁN, Margarita Aguinaga; LANG, Miriam; CHAVEZ, Dunia Mokrani; SANTILLANA, Alejandra. Pensar a partir do feminismo: críticas e alternativas ao desenvolvimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge. (org.) *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: FRL/Elefante, 2016. p. 88-121. p. 104.

²⁷ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I - O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 532.

²⁸ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007. p. 596.

²⁹ Na delimitação do objeto de estudo, como mencionado alhures, a escolha pelo termo “trabalho de cuidado” foi feita pela aproximação conceitual entre economistas feministas, que cunharam o termo, e as autoras ecofeministas, que abordam a relação entre mulher e natureza na divisão sexual do trabalho. O termo “trabalho reprodutivo”, utilizado pela literatura feminista marxista tradicional e definido em contraposição com o trabalho produtivo, não acaba nos sendo plenamente satisfatório, inclusive ante a formulações que colocam ser mesmo esta atividade também produtiva — no caso, da mercadoria força-de-trabalho. BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? *Revista Outubro*, n. 32, p. 99-113, 2019. Muito embora o trabalho de cuidado, que comporta uma acepção mais ampla e complexa definição, seja igualmente encontrado para tratar das trabalhadoras do “care” — cuidadoras de idosos, crianças e pessoas mais vulneráveis —, é certo que estas não se encontram abarcadas no cerne de nossa investigação. Indagam Hirata e Guimarães, tratando sobre a amplitude da “extensão do care”: “pode-se dizer que as empregadas domésticas e diaristas, que cuidam do bem-estar — inclusive material — das pessoas, e não apenas do cuidado das pessoas, são também *caregivers*, provedoras de *care*, tanto quanto o são as cuidadoras, ou as assistentes de enfermagem, nas instituições de longa permanência para idosos? Pode-se dizer que as acompanhantes filipinas, que nos bares de Tóquio entretêm os fregueses japoneses do sexo masculino,

O cuidado não é apenas uma atitude de atenção, é um trabalho que abrange um conjunto de atividades materiais e de relações que consistem em oferecer uma resposta concreta às necessidades dos outros. Assim, podemos defini-lo como uma relação de serviço, apoio e assistência, remunerada ou não, que implica um sentido de responsabilidade em relação à vida e ao bem-estar de outrem.³⁰

Percebe-se que a ética envolvida no trabalho de cuidado, de acordo com a conceituação de Kergoat, nada se assemelha à racionalidade do capital que, ao invés de preservar e promover o bem-estar, se preocupa em fetichizar recursos e seres vivos, unicamente atento à acumulação. Todavia, a busca desse bem-estar pelas classes proprietárias — e também por estratos médios da sociedade — levam à mercadorização desses presé- timos, que reclama nosso enfoque principal de olhares.

Ainda sobre a correlação feita entre mulher e natureza, a historiadora da ciência e ecofeminista Carolyn Merchant critica a ideia de natureza reproduzida na Modernidade enquanto espaço caótico e sem regra que deve ser submetido e governado³¹. A mulher, do mesmo modo, é tida por selvagem e incontrollável, mas quando seus corpos são domados, passa a ser uma figura ambígua, podendo representar a ninfa virgem — que remete à paz e à serenidade, a Mãe Terra — nutrição e fertilidade, ou a Bruxa — pragas, fome e tempestade.

Quando se volta ao contexto político-econômico contemporâneo, o ecofeminismo construtivista presta críticas ao desenvolvimento capitalista, inerentemente colonialista, e às políticas neoliberais. Para Vandana Shiva, o desenvolvimento é uma estratégia de colonização dos corpos femininos e da natureza. Segundo a autora,

A crise social e ambiental em que vivemos exige que a economia mundial atenha-se aos limites ambientais e às necessidades de sobrevivência humana. Mas instituições internacionais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC) impõem os custos desse ajuste à natureza, às mulheres e ao Terceiro Mundo. No que o Banco Mundial chama de PMD (países menos desenvolvidos), medidas de ajuste estrutural e liberalização comercial estão começando a ser a ameaça mais séria para a vida humana. [...] Com a globalização, a vida se tornou o bem supremo. “Vida S.A.” está substituindo o planeta Terra no mundo do livre e desregulado comércio. Através de patentes e engenharia genética, novas colônias são criadas. A terra, florestas, rios, oceanos e atmosfera são colonizados, corroídos e contaminados. Agora, o capital precisa procurar novas colônias para invadir, explorar e acumular mais riqueza. Essas novas colônias são, na minha opinião, os espaços interiores dos corpos de mulheres, plantas e animais.³²

Observa-se que as críticas de Shiva muito se assemelham ao conceito de crise de civilização formulado

também fazem trabalho de care? HIRATA, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araujo (org.). *Cuidado e cuidadoras*: as várias faces do trabalho do *care*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 2. Nossa resposta à questão é afirmativa, contemplando também a perspectiva que ora nos atentamos com maior atenção. Daí que, a partir dessa conceituação, ao tratar da delegação do trabalho de cuidado, estamos nos referindo, neste trabalho, especificamente às trabalhadoras domésticas e diaristas, que prestam serviços de cuidado às famílias e aos lares. Essa definição, em momento algum, circunscreve o reconhecimento do trabalho de cuidado exclusivamente a atividades remuneradas/assalariadas, reclamando, apenas, a compreensão circunscrita a que pretendemos nos voltar como uma das dimensões de um repertório bastante mais amplo de atividades laborais.

³⁰ KERGOAT, Danièle. O cuidado e a imbricação das relações sociais. In: ABREU, Alice Rangel; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (org.). *Gênero e trabalho no Brasil e na França*: perspectivas interseccionais. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17.

³¹ MERCHANT, Carolyn. The death of nature. In: ZIMMERMAN, Michael et al. *Environmental Philosophy*: from animal rights to radical ecology. 4. ed. Pearson: 2004. p. 271.

³² SHIVA, Vandana. El mundo en el límite. In: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. *En el límite*: la vida en el capitalismo global. Barcelona: Tusquets, 2001. p. 1-4, tradução livre. No original: “La crisis social y ambiental que vivimos exige que la economía mundial se atenga a unos límites ambientales y a las necesidades de la supervivencia humana. Pero instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización Mundial de Comercio (OMC) imponen los costes de ese ajuste a la naturaleza, las mujeres y el Tercer Mundo. En los que el Banco Mundial denomina PMD (países menos desarrollados), el ajuste estructural y las medidas de liberalización comercial están empezando a ser la amenaza más grave para las vidas humanas. (...) Con la globalización, la vida se ha convertido en el bien supremo. «Vida, SL» está sustituyendo al planeta Tierra en el mundo del comercio libre y desregulado. Mediante las patentes y la ingeniería genética, se crean nuevas colonias. La tierra, los bosques, los ríos, los océanos y la atmósfera están colonizados, erosionados y contaminados. Ahora, el capital tiene que buscar nuevas colonias que invadir y explotar para acumular más riqueza. Esas nuevas colonias son, en mi opinión, los espacios interiores de los cuerpos de las mujeres, las plantas y los animales.

por Löwy³³, contudo, por uma perspectiva marcadamente feminista. Para a autora, a crise ambiental tem origem no modo de produção capitalista e é intensificada por políticas neoliberais. Entretanto, ao invés de reconsiderarem o modelo produtivista, as agências do capital (Banco Mundial, FMI, OMC) buscam transferir os danos ambientais para os países do Sul, intensificando desigualdades ecológicas, na medida em que mantêm os processos de colonização de novos espaços, dentre os quais os corpos femininos.

Na mesma corrente, Maria Mies aborda como a “inclusão” pregada pelo desenvolvimento é ilusória, contestando sua lógica dicotômica instituída desde o Iluminismo. Se o desenvolvimento capitalista somente é possível por meio da relação exploratória entre os dois polos antagônicos, os menos desenvolvidos nunca conseguirão alcançar os mais desenvolvidos.

Para as mulheres de classe média das sociedades ricas, essa política de recuperação pressupõe que elas receberão uma parte do saque do Homem Branco. Desde a Era do Iluminismo e a colonização do mundo, o conceito de emancipação, liberdade e igualdade do Homem Branco baseia-se no domínio da natureza e de outros povos e territórios. A divisão entre natureza e cultura, ou civilização, é parte integrante desse entendimento. Desde o início do movimento das mulheres até o presente, uma grande parte das mulheres aceitou a estratégia de alcançar os homens como o principal caminho para a emancipação. Isso implicava que as mulheres deveriam superar em si mesmas o que havia sido definido como “natureza”, porque, nesse discurso, as mulheres eram colocadas ao lado da natureza, enquanto os homens eram vistos como representantes da cultura.³⁴

Para a autora, no caso feminino, o paradoxo posto pela política do *catching-up development* é ainda maior, pois, quando os critérios de emancipação são a inclusão nos espaços considerados masculinos, isso significaria que as mulheres deveriam “superar a si mesmas”, e agir como seus próprios algozes, além de reiterar a exploração da natureza, investindo na ética do capital.

A alternativa seria, portanto, superar esse modelo e lutar pela ética compartilhada por mulheres, afinal, o ecofeminismo construtivista busca não somente a emancipação feminina pelo fim da divisão sexual do trabalho, mas a decadência da ordem colonial e exploratória, que atinge a mulheres e natureza, e podemos completar, trabalhadores e trabalhadoras em geral.

A política do *catching-up development*, identificada por Mies, é responsável pela nova configuração da divisão sexual do trabalho em que há maior participação de mulheres brancas no mercado de trabalho remunerado, inclusive ocupando cargos executivos, passando a delegar as funções de cuidado em seus lares a outras mulheres de raças e posições geopolíticas subalternas, em uma cadeia global de cuidado³⁵. Diante desse cenário, afirmam Hirata e Kergoat,

duas relações sociais entre mulheres, inéditas historicamente, estabelecem-se dessa maneira: uma relação de classe entre as mulheres do Norte, empregadoras, e essa nova classe servil; uma relação de concorrência entre mulheres, todas precárias, mas precárias de maneira diferente, dos países do Norte e dos países do Sul e, logo também, de “cores” diferentes com a chegada a esse mercado de mulheres dos países do Leste.³⁶

³³ LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013.

³⁴ MIES, Maria. The myth of catching-up development. In: MIES, Maria; SALLEH, Ariel; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. London: Zed Books, 2014. p. 65, tradução livre. No original: “For affluent societies’ middle-class women this catching-up policy presupposes that they will get a share of the White Man’s loot. Since the Age of Enlightenment and the colonization of the world the White Man’s concept of emancipation, of freedom and equality is based on dominance over nature, and other peoples and territories. The division between nature and culture, or civilization, is integral to this understanding. From the early women’s movement up to the present, a large section of women have accepted the strategy of catching-up with men as the main path to emancipation. This implied that women must overcome within themselves what had been defined as ‘nature’, because, in this discourse, women were put on the side of nature, whereas men were seen as the representatives of culture.

³⁵ ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um manifesto. São Paulo: Boitempo, 2019.

³⁶ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007. p. 602.

Evidencia-se, assim, com olhar dialético da diferença, como a realidade feminina é cada vez mais estratificada e heterogênea, a depender das interseções que incidem no contexto delas. A tentativa de mulheres brancas de superar o “atraso” gerado pela exclusão da esfera econômica, buscando sob a ótica capitalista se desenvolverem, criou outras formas de exploração e desigualdades.

O fato de ser crescente o número de mulheres que realizam trabalho remunerado não alterou as desigualdades no desempenho do trabalho de cuidado, criando diversos modelos de relações entre as esferas doméstica e profissional: a) o modelo tradicional, em que mulheres desenvolvem o papel de cuidado com o lar e com a família e homens são provedores; b) o modelo de conciliação, em que cabe exclusivamente às mulheres conciliar vida profissional e familiar; c) o paradigma da parceria, em que a relação entre homem e mulher se dá em termos de igualdade e não de poder na combinação das esferas profissional e doméstica; e, finalmente, d) emerge um novo modelo pautado na delegação, que se sobrepõe ao de conciliação. Quanto a esse último,

a emergência desse modelo se deve à polarização do emprego das mulheres (HAKIM, 1996) e ao crescimento da categoria de profissões de nível superior e de executivas; elas têm ao mesmo tempo a necessidade e os meios de delegar a outras mulheres as tarefas domésticas e familiares.³⁷

Importante perceber que tanto a posição que se encontram no mercado de trabalho quanto os reflexos no trabalho de cuidado sofrem com as diferenças interseccionais entre mulheres. Além disso, essas mesmas interseções, quando verificadas em contextos sociais distintos, apresentam elementos que se relacionam com o cenário universal sobre gênero, raça e classe, e outras particularidades de origem histórica. Por isso, nos interessa compreender a questão a partir da realidade brasileira.

5 Gênero, raça e trabalho de cuidado para a organização da sociedade de classes brasileira

Reduzindo nosso olhar à realidade concreta brasileira, parece-nos fundamental destacar alguns elementos estruturais que conferem particularidades à organização de nossa sociedade de classes, projetando ao trabalho de cuidado desempenhado de modo assalariado nos lares características específicas. Para tanto, um breve resgate histórico se faz necessário, para que então possamos, por meio de dados, promover uma leitura atenta a elementos de classe, raça, gênero e sujeição a injustiças ambientais.

Inicialmente, na breve e intensa história do que se convencionou chamar de Brasil, a organização da sociedade de classes não se assentou nas mesmas bases das verificadas atualmente. Muito embora desde seu fundar histórico — ou seja, desde seu originário afirmar colonial, que instala nesse território fraturas, contradições e conflitos de classe — nossa economia esteve voltada ao processo de acumulação de capital, ainda que, em caráter originário³⁸, é certo que nos colocávamos à margem dessa ordem social.

O violento processo de acumulação originária se deu no Brasil não só pela predação das riquezas naturais, mas pela funcionalização do trabalho de pessoas escravizadas, invariavelmente sequestradas do continente africano e colocadas a trabalhar nos mais diversos ofícios em nosso país — muito embora povos tradicionais autóctones também tenham sido submetidos a esse regime de trabalho. Tal fato não nos exime de perceber a existência de homens e mulheres livres na ordem escravocrata³⁹, mas por certo quantitativamente se dava de modo muito inferior ao de pessoas escravizadas, e economicamente não cumpriam nem de longe um mesmo papel que aquelas servilmente subjugadas no país.

³⁷ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007. p. 604-605.

³⁸ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I - O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

³⁹ FRANCO, Maria Sylvania de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1997.

O fato exposto por Maria Sylvia de Melo Franco no sentido de que tais contingentes de pessoas livres pobres — brancas ou mestiças — não se mantinham vinculadas às classes proprietárias por laços próprios do assalariamento, mas sim se engendrando pela lógica do favor, demonstra que o *locus* de extração de mais-valor nesse processo germinal de organização capitalista não se dava em nosso território, mas sim nos países centrais da ordem social capitalista.

Isso jamais implicaria não reconhecer o caráter produtivo das atividades das pessoas escravizadas no país. Estas, como sói óbvio, apenas não se estabelecia pelo assalariamento, mas sim pelo caráter servil mais absoluto, posto na coisificação estrita do sujeito e da sujeita que trabalha. Tais produtos — extrativos diretos, como madeira e minérios, ou fruto de processos de trabalho e indústria mais complexos, como era o caso do açúcar —, muito embora já mercadorizados desde um momento inicial que despontavam ao cabo do processo produtivo, participavam de um processo de exploração e apropriação de riqueza outro, a não ser aquele denunciado no Livro 1 de *O Capital*, de Karl Marx⁴⁰.

Ocorre que as pessoas escravizadas, que assim se mantiveram em um processo de sujeição e rebelião permanente irrompida desde as senzalas — para nos utilizarmos da clássica expressão cunhada na obra de Clóvis Moura⁴¹ — até a abolição formal da escravatura em 1888, também empenhavam uma série de atividades que não se davam em caráter produtivo, mas sim com finalidades reprodutivas. E, nesse particular desenho, nem mesmo há de se falar em um dual e combinado empenho de fazeres reprodutivos e produtivos, tal qual acertadamente diagnostica Bhattacharya⁴² ao olhar para nossa realidade contemporânea, considerando-se que, até então, salvo em episódicas e marginais experiências, a força de trabalho não se constituía propriamente como mercadoria.

No curso dos quase quatro séculos de escravidão formal, afazeres juntamente à extração e produção proto-industrial de mercadorias para exportação, também as mãos e mentes de pessoas escravizadas foram responsáveis por afazeres domésticos, mantendo e cuidando das famílias proprietárias, em sua mais integral possibilidade. Asseio, preparação e manutenção de alimentos, educação moral de crianças, amamentação e nutrição de afetos, a pessoas de todas as idades e em todas as condições, faziam parte das tarefas cumpridas por uma parte expressiva das pessoas escravizadas, algumas em sua mais tenra idade.

Nesse arranjo, tomadas as atividades produtivas ou reprodutivas — dentre as quais muitas comportam o cuidado —, a divisão da sociedade de classes brasileira se dividia entre setores proprietários (de terras, meios de produção outros e pessoas escravizadas), setores médios de profissionais liberais, pessoas pobres livres e uma massa gigantesca de pessoas escravizadas. O empenho das referidas atividades se concentrava nessa última classe.

Muito embora a divisão de gênero no encampar de atividades domésticas por pessoas escravizadas não radicalizasse de forma extrema o papel das mulheres no cumprimento dos afazeres de cuidado, é certo que algumas dessas tarefas recaíam com maior peso — ou exclusividade — às escravas mulheres. Caso expreso é o da amamentação, mas também outras tantas que remetiam a uma marca mais evidente do cuidado, que no arranjo familiar aristocrático-burguês era empenhado por pessoas do gênero feminino.

Dado arranjo societal, que polariza a conflituosidade mais aguda nesse cenário ao embate entre proprietários e escravizados — a ponto de levar o já mencionado Clóvis Moura a pensar a existência de um particular modo de produção no país —, nos parece em verdade denunciar a conformação de uma sociedade pré-capitalista, marcada, certamente, por uma organização classista, mas que ainda se colocava fora da esfera de abrangência das relações sociais do capital, muito embora fosse por essa funcionalizada⁴³.

⁴⁰ MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I - O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

⁴¹ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. 3. ed. São Paulo: LECH, 1981.

⁴² BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? *Revista Outubro*, n. 32, p. 99-113, 2019.

⁴³ LUXEMBURGO, Rosa. *A acumulação do capital: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo*. Rio de Janeiro: Zahar 1970.

Esse conflito de classes, dadas as tarefas incumbidas pelas pessoas escravizadas e a natureza do gozo de resultados dessas atividades, posto no espaço produtivo e reprodutivo da existência social, atravessou todo o conjunto da sociedade e possibilitou o irromper da libertação da escravatura formal. Pouco antes disso, porém, o empenho de atividades domésticas já passava a se dar por pessoas livres — majoritariamente mulheres —, inclusive ex-escravizadas. Esse caráter do trabalho empenhado em atividades de cuidado, caracterizando hibridez própria de momento transicional entre uma forma social e outra na dominância exploratória da força de trabalho, revela marcos de ruptura — formais — e continuidade — estruturais e culturais — na lida com tais atividades⁴⁴.

Por essa razão, o modo como tais atividades se conformam no trabalho de cuidado assalariado e doméstico moderno no Brasil se dá, desde sua gênese, marcado por esse traço de gênero e raça que se encontra presente até os dias de hoje, como veremos a seguir. A carga politicamente funcional da racialização de sujeitos e sujeitas, conformando o racismo enquanto mecanismo de opressão nos quase quatro séculos de escravidão legal no país, recai, nessa atividade, não de forma idêntica, mas reinventada, em cadência modulada também em processos outros que se engendram na divisão social e sexual do trabalho. Assumindo caráter estrutural em seu fazer histórico, o racismo, assim, se transforma e reinventa, assumindo contemporaneamente outras qualidades⁴⁵.

Em que pese possa parecer à primeira vista inapropriado, o salto que ora realizaremos para tratar do trabalho de cuidado assalariado e doméstico se justifica na medida em que os elementos narrados, de caráter estrutural, por certo se reorganizaram e recompuseram na sociedade de classes racializada brasileira de modo paulatino, sem, todavia, abandonar alguns elementos de gênero e raça que lhe são marcantes, denunciados por Telles, e que aqui esperamos evidenciar desde dados contemporâneos. A esses elementos, como mencionados, acrescentaremos como se combinam ao contexto de penúria material dessas trabalhadoras a experiência de injustiças ambientais ligadas ao acesso de saneamento e coleta de lixo.

Nesse sentido, reduzindo a concreto o trato dessa particular faceta do trabalho de cuidado que aqui lidamos, inicialmente buscaremos expor a composição do mercado de trabalho doméstico no contexto brasileiro contemporâneo pelos caracteres de raça e gênero, por meio da análise de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística compiladas na Pesquisa Nacional de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) e sistematizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Tomamos para tanto os mais recentes dados trabalhados, que marcam o ano de 2015, isso sem deixar de registrar que ainda que com oscilações quantitativas, os juízos aqui apontados se repetem qualitativamente nos demais anos em que se teve levantamento de dados pelo referido Instituto.

Importante perceber que os dados apresentados abrangem tanto índices próprios do trato juslaboral e econômico (categoria, formalização, remuneração, contribuição previdenciária), quanto por aqueles de cunho demográfico, que nos ajudam no diagnóstico — relacionada intimamente com a base bibliográfica revisada — da (in)efetividade da juridicidade burguesa na pretensa tentativa de proteção dessas trabalhadoras.

Segundo os dados acessados, quanto à proporção desse contingente de trabalhadoras ante o total de pessoas ocupadas, ou seja, a representatividade da categoria das trabalhadoras domésticas frente a todo o mercado de trabalho brasileiro segundo raça e gênero, 0,9% dos homens brancos, 1% dos homens negros, 10,3% das mulheres brancas e, finalmente, 18% das mulheres negras brasileiras encontravam-se no setor doméstico em 2015⁴⁶. Além disso, em relação aos 6.275.592 trabalhadores ocupados no setor doméstico no Brasil, apenas 207.434 (3,3% do total) eram homens brancos, enquanto 312.558 (4,9%) eram homens

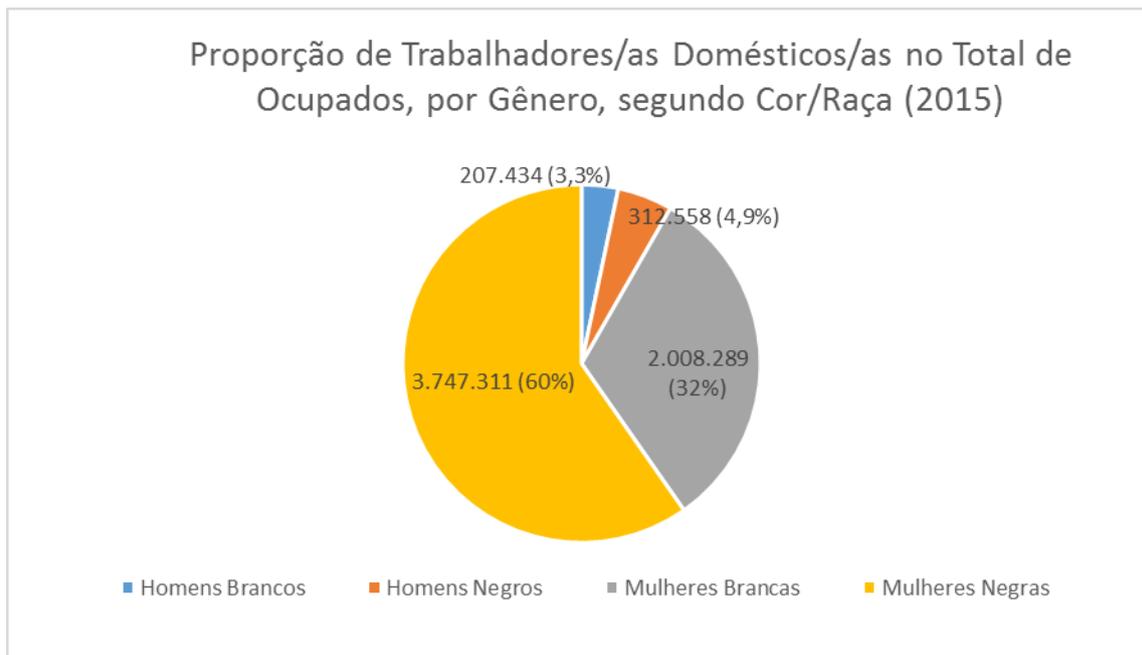
⁴⁴ TELLES, Lorena Féres da Silva. *Libertas entre sobrados*. São Paulo: Alameda, 2013.

⁴⁵ BENITEZ MARTINS, Carla. *Distribuir e punir? Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016)*. 2018. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

⁴⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

negros, 2.008.289 (quase 32%) eram mulheres brancas e 3.747.311 (quase 60%) eram de mulheres negras, como pode ser observado no Gráfico 1⁴⁷.

Gráfico 1 – Proporção de trabalhadores domésticos ocupados



Fonte: Elaboração própria.

Ou seja, analisando os dados, percebe-se que o gênero ainda é o fator preponderante na distribuição do trabalho doméstico assalariado, considerando que a representação masculina é diminuta, inclusive a masculina negra. Todavia, o marcador racial permanece fortemente caracterizador dessa particular clivagem da divisão do trabalho, considerando que as mulheres negras representam quase o dobro de mulheres brancas nessa ocupação, enquanto homens brancos somam algo como dois terços dos homens negros no mesmo ramo, ainda quantitativamente em número muito menor. Tal constatação reforça a referência a Kergoat e Hirata⁴⁸ sobre a nova configuração da divisão sexual do trabalho sobre a delegação do trabalho de cuidado, principalmente se comparada a posição da mulher negra no trabalho doméstico com a presença de mulheres brancas em cargos de maior remuneração.

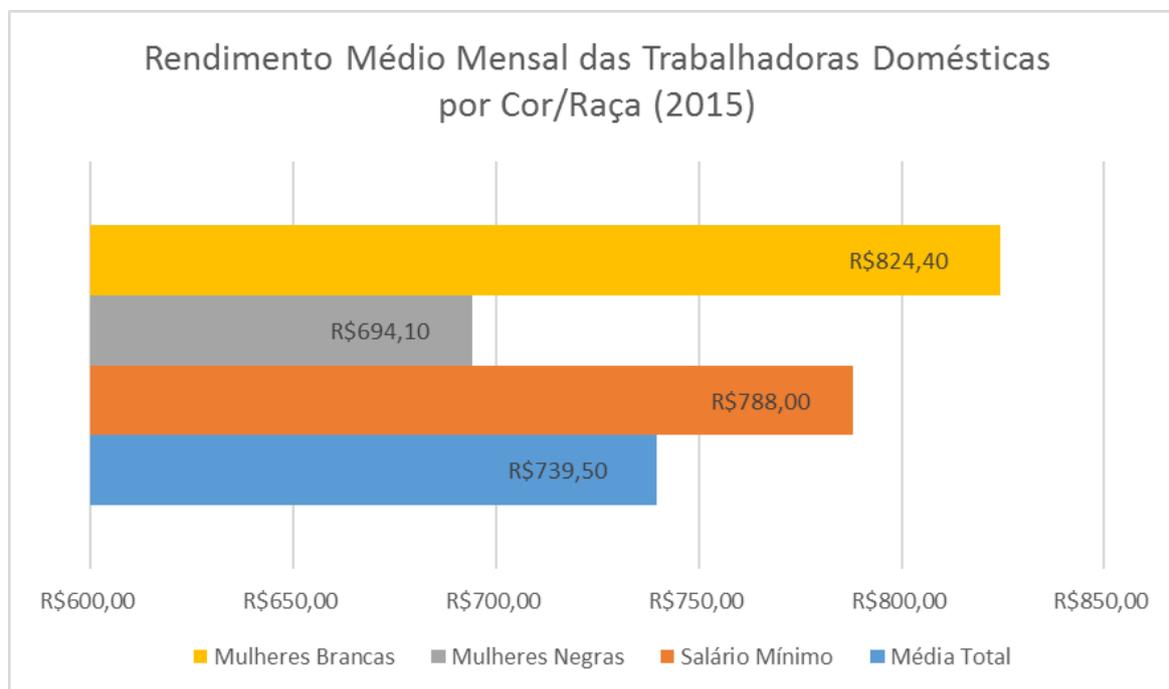
Esse fato, aliás, pode se perceber dos dados relativos ao rendimento médio mensal dessas trabalhadoras domésticas nesse mesmo ano, que possui também um forte diferencial de raça. Enquanto a média entre mulheres negras era de R\$694,10, a remuneração das mulheres brancas era de R\$824,40, sendo a média total de R\$739,50. Em 2015, o salário-mínimo mensal legal era de R\$788,00, o que demonstra que a média remuneratória da categoria era inferior ao mínimo⁴⁹, como ilustrado pelo Gráfico 2.

⁴⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁴⁸ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007.

⁴⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

Gráfico 2 – Rendimento médio mensal das trabalhadoras domésticas



Fonte: Elaboração própria.

Quanto à formalização, a pesquisa também aponta que apenas 30,4% das trabalhadoras domésticas possuíam carteira de trabalho assinada em 2015; dentre as trabalhadoras brancas, a proporção era de 32,5% e dentre mulheres negras, 29,3%. Isto é, menos de um terço das domésticas brasileiras são formalizadas e, conseqüentemente, abrangidas pelas proteções trabalhistas e previdenciárias, estas já bastante tímidas. Essa realidade escancara a inadequação da noção liberal de igualdade formal entre os sujeitos⁵⁰: primeiro, pelo majoritário descumprimento das obrigações legais por parte dos empregadores domésticos diante da informalidade de suas subordinadas; segundo, pela desigualdade entre os próprios trabalhadores, que, apesar de serem todos unidos pelo signo da exploração, em percepção dialética, são diferenciados pelas condições sociais de gênero e raça.

Uma aparente explicação para esse fato se encontra na dinâmica de delegação do trabalho de cuidado a mulheres negras, por vezes mesmo pela necessidade de mulheres brancas empreenderem atividades assalariadas fora do lar, bem como suas implicações ecológicas.

Primeiramente, porque a luta das trabalhadoras domésticas é a luta contra a pobreza e pela sobrevivência, dada a baixíssima remuneração observada nos dados, ou mesmo, quando se trata do modelo tradicional e conciliatório do trabalho de cuidado, sem nenhuma remuneração.

Segundo, verifica-se que, além de mal remunerado, o trabalho doméstico é majoritariamente desenvolvido por mulheres negras. Esse fato repercute nas desigualdades ecológicas a que se refere Keucheyan⁵¹ quanto à desproporção dos danos ambientais causados pelo desenvolvimento capitalista, decorrentes da espacialidade do racismo e de feminização da pobreza, além de remontar a configuração do trabalho de cuidado destinado às mulheres negras escravizadas no Brasil colonial, como já apontamos⁵².

Esse fato se torna expresso quando se constata que a míngua das condições materiais dessas trabalhadoras acarreta marcas profundas de injustiça ambiental, traçadas em diversas dimensões. De um lado, enquanto

⁵⁰ PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Sundermann, 2017.

⁵¹ KEUCHEYAN, Razmig. *La nature est un champ de bataille*. Paris: La decouverte, 2018.

⁵² TELLES, Lorena Féres da Silva. *Libertas entre sobrados*. São Paulo: Alameda, 2013.

se percebe que um total de 98,9% dos lares brasileiros recebe coleta de lixo, a média de lares chefiados por empregadas domésticas atendidos por tal serviço é apenas de 94,5%, o que se agrava quando estamos diante de empregadas domésticas negras: alcança a coleta 93,5% das trabalhadoras nessas condições, que, quando não formalmente registradas, têm ainda mais diminuta abrangência da coleta, na ordem de 92,6%⁵³.

O mesmo cenário de injustiça ambiental pode ser observado quanto à proporção de domicílios particulares permanentes urbanos em que a chefe é empregada doméstica em assentamentos subnormais. Conquanto a proporção no país é da ordem de 4%, quando estamos a tratar de empregadas domésticas, este chega a 7,5%, sendo o índice superior no caso de domésticas negras — 8,9% — e, ainda maior, quando estas não possuem vínculo formal, chegando a 9,9%⁵⁴.

Nada muda na proporção de lares chefiados por empregadas domésticas negras estarem em condição de adensamento excessivo ser praticamente uma vez e meia a de empregadas domésticas brancas, expressando a mesma tendência quanto aos marcadores supra⁵⁵.

Por fim, em terceiro lugar, vale lembrar que a delegação do trabalho de cuidado assalariado e doméstico tem forte relação com o ecofeminismo construtivista. Como visto, a exploração sofrida por essas mulheres e a exploração da natureza têm origem epistemológica na dicotomia entre cultura e natureza, razão e emoção, Norte e Sul, homem e mulher, em que os primeiros são hierarquicamente superiores aos segundos e buscam a colonização e patriarcalização de corpos femininos, plantas e animais, territórios do Sul global etc.

Cuidar do ambiente doméstico é o cuidar da natureza. Por isso, além de ser papel destinado às mulheres⁵⁶, por essa epistemologia dicotomicamente mais próximas da natureza, é um trabalho desvalorizado socialmente, por ser inferior à cultura e ao trabalho produtivo⁵⁷.

Outro fator que aproxima o objeto de análise à crítica ecofeminista é a percepção sobre a ilusão causada pela tentativa de “recuperar o desenvolvimento” capitalista e patriarcal por meio da “inclusão” de mulheres brancas de classe média no mercado de trabalho produtivo e remunerado. Tal inclusão não gerou igualdade, pois o trabalho doméstico permanece papel feminino e as mulheres passam a ser duplamente exploradas, quando adotam o modelo conciliatório, ou quando acabam por delegar o trabalho de cuidado, que recai de forma mais precária – em todas as condições, sejam de renda, segurança ou ambientais – nas mulheres negras⁵⁸.

6 Considerações finais

Diante do exposto, podemos perceber o modo como a crise civilizacional, sobretudo em sua dimensão ecológica, engendra-se de modo firme no trato da divisão social e sexual do trabalho, ensejando intensidades diversas à sujeição de seus efeitos mais deletérios. O caso das trabalhadoras do cuidado, que se assalariam e

⁵³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁵⁶ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007.

⁵⁷ SHIVA, Vandana. El mundo en el límite. In: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. *En el límite: la vida en el capitalismo global*. Barcelona: Tusquets, 2001.

⁵⁸ MIES, Maria. SALLEH, Ariel. SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. London: Zed Books, 2011. MIES, Maria. The myth of catching-up development. In: MIES, Maria; SALLEH, Ariel; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. London: Zed Books, 2014.

empreendem trabalho doméstico, denota, sintomaticamente, esse fato, que se vê profundamente marcado por elementos de gênero e raça, dadas as particularidades como o patriarcado e o escravismo impuseram, historicamente, tais clivagens no labor em nosso país.

O repertório teórico mobilizado proporciona uma aproximação ao tema empírico de modo crítico, a acentuar a profundidade do modo como tais desigualdades se mostram tocadas por aspectos ambientais. Tanto a percepção de tais diferenças, dentro de uma perspectiva de totalidade, quanto a assimilação crítica das bases que amparam o pensamento moderno dentro de registros binários, sinalizam a imprescindibilidade de enfrentar tais temáticas desde a perspectiva ecofeminista.

Podemos, também, aferir que a contemporânea regulamentação jurídica de tais atividades não se mostra como adequada resposta com vistas a balizar em patamares protetivos o modo heterogêneo como o trabalho de cuidado recai nas pessoas. A assimilação das diferenças que exsurtem não só da divisão sexual do trabalho — que projeta às mulheres um maior ônus no empenho das atividades de cuidado ordinariamente, reservando a esse componente da sociedade uma maior participação no mercado de trabalho doméstico no país —, como também de sua divisão racial — que faz recair nas mulheres negras as piores condições de labor e renda, que, por sua vez, ensejam uma mais profunda sujeição a injustiças ambientais — passa ao largo da regulamentação jurídica que faz tábula rasa às particularidades das subjetividades diversas, atravessadas por marcadores sociais diversos.

Tal fato se mostra evidente quando confrontamos dados do ano de 2015, dois anos após a promulgação da Emenda Constitucional n. 72/2013, que, mesmo conferindo direitos trabalhistas mais amplos a esse contingente de empregadas, não proporcionou a contenção de tendências que se expressam nas desigualdades verificadas nas estatísticas trabalhadas pelo IPEA.

Apenas uma subversão no trato político e epistemológico da normatização jurídica se mostraria capaz de alcançar essas particularizações, reclamando o exercício da dialética da diferença um importante registro metodológico e epistêmico para abordagem de um direito ainda calcado nos cânones da ordem social burguesa, que iguala e considera livres na forma todas as pessoas, muito embora sejam infundas as marcas que historicamente carreguem.

Referências

- ALIER, Joan Martínez. *O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização*. São Paulo: Contexto, 2007.
- ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BARRAGÁN, Margarita Aguinaga; LANG, Miriam; CHAVEZ, Dunia Mokrani; SANTILLANA, Alejandra. Pensar a partir do feminismo: críticas e alternativas ao desenvolvimento. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge. (org.) *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento*. São Paulo: FRL/Elefante, 2016. p. 88-121.
- BARRAGEM se rompe e casas são atingidas em Brumadinho, Grande BH. *Folha de São Paulo*, jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/barragem-se-rompe-e-casas-sao-atingidas-em-brumadinho-grande-bh.shtml> Acesso em: 15 nov. 2019.
- BENITEZ MARTINS, Carla. *Distribuir e punir? Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016)*. 2018. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

- BENSAÏD, Daniel. *Os irreductíveis: teoremas da resistência para o tempo presente*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BETIM, Felipe. Contaminação por óleo no Nordeste deixará sequelas no ecossistema marinho, na saúde e economia local. *El País*, out. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/25/politica/1571959904_104809.html Acesso em: 15 nov. 2019.
- BETIM, Felipe. Incêndios se alastram pelas matas do Norte e Centro-Oeste e já podem ser sentidos até no céu de São Paulo. *El País*, ago. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/19/politica/1566248656_245830.html Acesso em: 15 nov. 2019.
- BHATTACHARYA, Tithi. O que é a teoria da reprodução social? *Revista Outubro*, n. 32, p. 99-113, 2019.
- BUTLER, Judith. Merely Cultural. *Social Text.*, v. 15, n. 3-4, p. 265-277, 1997.
- CHUVA forte causa deslizamentos, morte e deixa o Rio em estado de crise. *G1*, abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/04/08/tempo-muda-no-rio-com-previsao-de-chuva-raios-e-ventos.ghtml> Acesso em: 15 nov. 2019.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. São Paulo: UNESP, 1997.
- FRASER, Nancy. *Justice interruptus: critical reflection on the “postsocialist”. condition*. New York: Routledge, 1997.
- HIRATA, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araujo (org.). *Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho do care*. São Paulo: Atlas, 2000.
- HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, 2007.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retratos das Desigualdades de raça e de gênero: trabalho doméstico remunerado*. 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 24 nov. 2019.
- KERGOAT, Danièle. O cuidado e a imbricação das relações sociais. In: ABREU, Alice Rangel; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (org.). *Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- KEUCHEYAN, Razmig. *La nature est un champ de bataille*. Paris: La decouverte, 2018.
- KOVEL, Joel. *The ennemy of nature: the end of capitalism or the end of the world?* New York: Zed, 2002.
- LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecosocialista. *Caderno CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, jan./abr. 2013.
- LÖWY, Michael. O que é o ecosocialismo? In: LÖWY, Michael. *O que é o ecosocialismo?* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 39-60.
- LUXEMBURGO, Rosa. *A acumulação do capital: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo*. Rio de Janeiro: Zahar 1970.
- MARINI, Ruy Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Buenos Aires: Clacso, 2000.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I - O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MERCHANT, Carolyn. The death of nature. In: ZIMMERMAN, Michael et al. *Environmental Philosophy: from animal rights to radical ecology*. 4. ed. Pearson: 2004.

MIES, Maria. The myth of catching-up development. *In: MIES, Maria; SALLEH, Ariel; SHIVA, Vandana. Ecofeminism*. London: Zed Books, 2014.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões da senzala*. 3. ed. São Paulo: LECH, 1981.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Sundermann, 2017.

PERROTA, Ana Paula. Serpentes, morcegos, pangolins e ‘mercados úmidos’ chineses: uma crítica da construção de vilões epidêmicos no combate à Covid-19. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social Reflexões na Pandemia*, p. 1-6, 2020.

SHIVA, Vandana. El mundo en el límite. *In: GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. En el límite: la vida en el capitalismo global*. Barcelona: Tusquets, 2001.

TELLES, Lorena Féres da Silva. *Libertas entre sobrados*. São Paulo: Alameda, 2013.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. *O cuidado como trabalho: uma interpelação do Direito do Trabalho a partir da perspectiva de gênero*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ecofeminismo interseccional e decolonial no direito brasileiro:
a nova política estadual de
segurança de barragens de Minas
Gerais

**Intersectional and decolonial
ecofeminism in brazilian law:**
the new state policy for the dams
safety in the state of Minas Gerais

Émilien Vilas Boas Reis

Vanessa Lemgruber

Ecofeminismo interseccional e decolonial no direito brasileiro: a nova política estadual de segurança de barragens de Minas Gerais*

Intersectional and decolonial ecofeminism in Brazilian law: the new state policy for the dams safety in the state of Minas Gerais

Émilien Vilas Boas Reis**

Vanessa Lemgruber***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar se há norma ecofeminista no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se da metodologia de base exploratória e hipotético-dedutiva, por meio de técnicas bibliográficas, de observação não participante e da análise de conteúdo. Para tanto, inicialmente, são expostas as bases do ecofeminismo, da interseccionalidade e da decolonialidade, lançando-se mão dos estudos de Karen Warren, Mary Mellor, Vandana Shiva, Kimberlé Crenshaw e Maria Lugones. Tal paradigma revela que existem realidades contraditórias na sociedade, e, por isso, devem o direito e as políticas públicas analisar casos concretos e específicos a respeito da consecução da justiça. Em seguida, elucida-se sobre a Nova Política Estadual de Segurança de Barragens de Minas Gerais – Lei n.º 23.291/2019, e a previsão específica de manifestação das mulheres em audiências públicas para tratar do impacto ambiental em suas vidas. Em conclusão, nota-se que a referida legislação possui cunho ecofeminista e tem potencial de efetivar direitos das comunidades locais e interioranas do estado mineiro, com enfoque nas mulheres. Recomenda-se, por meio das reflexões conclusivas, que a aplicabilidade de novel instituto seja acompanhada, bem como sua eficácia. A originalidade do escrito apresenta-se por meio da ainda pouco explorada conexão entre o paradigma ecofeminista e normatividades brasileiras.

Palavras-chave: Ecofeminismo. Interseccionalidade. Decolonialidade. Política Estadual de Segurança de Barragens.

Abstract

This paper aims to address if there is an ecofeminist norm in the Brazilian legal system, using the exploratory and hypothetical-deductive methodology, through bibliographic technique, non-participant observation and content analysis. To do so, the bases of ecofeminism, intersectionality and decoloniality are initially exposed by the writings of Karen Warren, Mary Mellor, Vandana Shiva, Kimberlé Crenshaw and Maria Lugones. Such paradigm shows that there are contradictory realities in society, and, therefore,

* Recebido em 30/05/2020

Aprovado em 21/06/2020

** Pós-doutor em Filosofia e professor adjunto da Escola Superior de Ensino Dom Helder Câmara em nível de graduação e pós-graduação (Mestrado/Doutorado).

E-mail: mboasr@yahoo.com.br

*** Mestra em Direito, advogada e mediadora jurídica. E-mail: vanessalemgruber1@gmail.com.

the law and public policies must analyze concrete and specific cases in achieving justice. After that, it is elucidated the New State Policy for the Dams Safety in the State of Minas Gerais – Law No. 23,291/2019, and the specific provision for the manifestation of women in public hearings to address the environmental impact on their lives. In conclusion, it is noted that the referred legislation has an ecofeminist basis and it has the potential to effect the rights of local and rural communities in the state of Minas Gerais, focusing on women. It is recommended the monitoring of the applicability and effectiveness of this new legal framework. The originality of this paper is due to the almost unexplored connection between the ecofeminist paradigm and Brazilian norms.

Keywords: Ecofeminism. Intersectionality. Decoloniality. Dam Safety State Policy

1 Introdução

Os problemas ambientais envolvendo barragens de rejeitos no estado de Minas Gerais têm se mostrado de forma contundente por meio do rompimento destas nos municípios de Mariana e de Brumadinho, nos anos de 2015 e 2019, respectivamente. Assim, a Assembleia Legislativa retoma as discussões sobre a Política Estadual de Segurança de Barragens para alterar a legislação antes vigente. Uma das mudanças trata de regra valorativa da participação das mulheres quanto aos impactos específicos do empreendimento em suas vidas. Essa regra parece despontar como norma de cunho paradigmático ecofeminista.

O ecofeminismo emerge como uma posição distintamente filosófica ao final dos anos de 1980 e de 1990. Anteriormente, cabia aos feminismos abarcar a variedade de conexões entre mulheres e natureza ou à filosofia não feminista fazer tal interação.

Passado esse período inicial, tal paradigma foi estudado e pesquisado em diversos países, entre os quais se inclui o Brasil. E, ao mesmo passo do desenrolar teórico, a prática se mostra aberta a pensar a conexão entre mulheres e natureza.

A principal correlação exposta pelo ecofeminismo reside na associação da causa da dominação das mulheres e da natureza, qual seja, a pretensão universalista dos valores patriarcais tipicamente associados ao masculino, tais como o guerrear, a conquista, a dominação na fragilidade aparente e a força física.

O olhar ecofeminista agrega os ângulos feminista e ambiental, na medida em que o feminino passa a ser entendido como peça-chave para a transição de um mundo insustentável em direção à sustentabilidade.

Uma vez que uma norma passa a resguardar direito de participação das mulheres, por entender que o impacto ambiental na vida destas seria distinto, a associação ao ecofeminismo precisa ser sopesada.

A presente pesquisa objetiva analisar o viés ecofeminista presente em uma norma do ordenamento jurídico brasileiro: a Nova Política Estadual de Segurança de Barragens de Minas Gerais – Lei estadual mineira n.º 23.291/2019, bem como a pertinência do ecofeminismo para a proteção ambiental. Porém, antes de adentrar na especificidade legal, discorre-se sobre as bases dessa corrente paradigmática com abordagem interseccional e decolonial.

O ecofeminismo é uma corrente paradigmática, cujo nascedouro e desenvolvimento inicial apontam para o continente europeu e solo estadunidense. Não obstante esse fato, a partir do momento que se pensa essa relação conforme as especificidades e demandas brasileiras, a partir do viés do Sul Global, são necessárias indicar, expressamente, a interseccionalidade e a decolonialidade.

Dentre os costumes trazidos da Europa e implantados num assim dito Novo Mundo, no qual se insere a colonização brasileira, estava a manutenção de uma estrutura patriarcal. A *branca* cuja castidade era condição essencial para cumprir seu papel de procriadora e esposa; a *negra* e a *indígena* exploradas como escravas e

objetos sexuais. Não obstante esses processos colonizatórios respaldarem formas de dominação, também fazem florescer as teorias e as práticas ecofeministas com as quais se dialoga no constante devir do ser mulher na América Latina.

Para tanto, lança-se mão dos trabalhos de Karen Warren, Mary Mellor e Vandana Shiva, para delimitar as bases do ecofeminismo. Quanto à interseccionalidade, Kimberlé Crenshaw. Quanto à decolonialidade, Maria Lugones.

A Nova Política Estadual de Segurança de Barragens de Minas Gerais de fato apresenta norma de cunho ecofeminista, com previsão específica de manifestação das mulheres nas audiências públicas, cujo enfoque é tratar dos impactos ambientais ocorridos na construção de barragens.

A metodologia utilizada consiste na base exploratória e hipotético-dedutiva, por meio de técnicas bibliográficas, de observação não participante e da análise de conteúdo.

A referida legislação possui cunho ecofeminista e tem potencial de efetivar direitos das comunidades locais e interioranas do estado mineiro com enfoque nas mulheres.

Ademais, procura-se indicar que a aplicabilidade de novel instituto deve ser acompanhada, bem como sua eficácia. Desse modo, será possível constatar se a previsão tem sido de fato respeitada, bem como se esse espaço de voz exclusivo das mulheres tem evidenciado ou não condições melhores e mais equânimes de vida para elas.

Por fim, é imprescindível destacar uma observação de metodologia. Há um debate teórico no seio do ecofeminismo quanto à diferença terminológica entre opressão e dominação. As mulheres seriam oprimidas e a natureza dominada, pois apenas seres racionais com capacidade cognitiva poderiam ser oprimidos. A opressão necessitaria da ciência plena desse estado.

Assim, rochas, plantas, cursos d'água e demais entidades ocidentalmente consideradas naturais e não humanas não poderiam ser oprimidas, mas apenas dominadas. Quanto aos animais não humanos, especialmente aqueles domesticados, algumas correntes incluem-nos como oprimíveis, outras, como domináveis.

Porém, não obstante tal multiplicidade de abordagens teóricas quanto à significância de dominação e opressão, neste escrito são utilizados como sinônimos. Isso porque se entende a natureza enquanto a manifestação de um todo ecossistêmico.

2 Ecofeminismo, Interseccionalidade e Decolonialidade na Lei n.º 23.291/2019

O termo ecofeminismo¹ aparece, pela primeira vez, em 1974 na obra *Le Féminisme ou la Mort — Feminismo ou a Morte*, em tradução livre —, da francesa Françoise d'Eaubonne.² Ela conecta a relação entre o direito das mulheres e o ambiente de forma indissociável, ao afirmar que todos os feminismos desembocaram na proteção da natureza; e todo movimento ambientalista deságua na defesa dos direitos das mulheres.

O argumento de Françoise reside na necessidade de o movimento ambiental enxergar o planeta como feminino,³ para, assim, extirpar o controle masculino da produção industrial e da sexualidade. Ela discorre sobre questões centrais, como a crise do pensamento progressista e o custo ecológico do viés desenvolvi-

¹ LEMGRUBER, Vanessa. *Guia Ecofeminista: mulheres, direito, ecologia*. Rio de Janeiro: Ape'Ku, 2020.

² D'EUABONNE, Françoise. *Le Féminisme ou la mort*. In: MARKS, Elaine; COURTIVRON, Isabelle de. *New Feminisms: An Anthology*. Massachusetts/Estados Unidos: University of Massachusetts Press, 1980.

³ D'EUABONNE, Françoise. *Le Féminisme ou la mort*. In: MARKS, Elaine; COURTIVRON, Isabelle de. *New Feminisms: An Anthology*. Massachusetts/Estados Unidos: University of Massachusetts Press, 1980. p. 64-67

mentista, a indicação da mentalidade do homem médio como causa dos problemas ambientais, o chamado para que as mulheres sejam as agentes protagonistas de mudanças positivas e a defesa da centralização do poder nas mulheres.

Porém, ainda que a atribuição inicial seja majoritariamente conferida à escritora francesa Françoise d'Eaubonne,⁴ no mesmo ano de 1974, a estadunidense Chiah Heller lança mão do termo *ecofeminismo social*. No mesmo período, além dessas obras, a revelar o desenvolvimento do tema em nível teórico, no mundo observaram-se movimentos nesse sentido, como protestos organizados por mulheres, no norte da Índia, contra madeiras, bem como tradições em países da Escandinávia e da América do Sul com conteúdo similar.⁵

A caracterização geral da filosofia ecofeminista repousa em três pontos: (1) explora a natureza das conexões entre as dominações injustificadas das mulheres e da natureza; (2) critica as visões filosóficas ocidentais masculinas, em suas suposições, conceitos, afirmações, distinções, posições, e teorias sobre mulheres e natureza; e (3) cria alternativas e soluções para essas visões tendenciosas pensadas por homens⁶ sob a lógica patriarcal.

Esses três aspectos questionam arcabouços conceituais opressivos, entendidos como um conjunto de crenças, valores, atitudes e suposições básicas que moldam e refletem como cada pessoa vê a si mesma e seu mundo nas justificativas injustificáveis de instituições, relações e práticas de dominação. Nesses termos, há uma estrutura conceitual opressiva patriarcal para justificar a subordinação das mulheres aos homens.⁷ Se não exatamente opressivas, ao menos extremamente arbitrarias, uma vez que dependem da imposição argumentativa conveniente.⁸

O sexismo, o racismo, o classismo, o heterossexismo e o etnocentrismo são exemplos dos *ismos* de dominação trabalhados por Karen Warren em sua obra *Ecofeminist Philosophy – Filosofia Ecofeminista*, em tradução livre.⁹ Quando a autora reconhece essas múltiplas formas de opressão, afirma que o jugo machista questionado pelo movimento feminista de libertação das mulheres deve, necessariamente, se comprometer com a abolição de todas as estruturas de subordinação.¹⁰

O ecofeminismo seria um *ismo* de libertação, pois a análise das disparidades entre os sexos é um ponto de partida no caminho de crítica aos *ismos de dominação*.¹¹

Tendo sido explicitada a base da filosofia ecofeminista, conforme se depreende dos escritos de Mary Mellor,¹² essa corrente teórica evidencia duas grandes matrizes que, uma vez ou outra, se interseccionam: a espiritual e a social. Para o ecofeminismo espiritual, também chamado de essencialista, a biologia e os hormônios femininos fazem com que elas, instintivamente, protejam a natureza, pelo zelo e pelo cuidado com

⁴ D'EUABONNE, Françoise. Le Feminisme ou la mort. In: MARKS, Elaine; COURTIVRON, Isabelle de. *New Feminisms: An Anthology*. Massachusetts/Estados Unidos: University of Massachusetts Press, 1980.

⁵ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 206.

⁶ WARREN, Karen J., "*Feminist Environmental Philosophy*". Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/feminism-environmental/>. Acesso em 11 jan. 2020.

⁷ WARREN, Karen J., "*Feminist Environmental Philosophy*". Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/feminism-environmental/>. Acesso em 11 jan. 2020.

⁸ REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Um posicionamento jurídico-filosófico contra a metafísica dos "ismos": uma análise sobre os animais. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 67-94, jun. 2018. ISSN 21798699. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1265/24550>. Acesso em: 09 abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i31.1265>.

⁹ WARREN, Karen. *Ecofeminist Philosophy: A Western Perspective on What It Is and Why It Matters*. Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

¹⁰ ROSENDO, Daniela. *Ética sensível ao cuidado: alcance e limites da filosofia ecofeminista de Warren*. 2012. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 37.

¹¹ ROSENDO, Daniela. *Ética sensível ao cuidado: alcance e limites da filosofia ecofeminista de Warren*. 2012. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 38.

¹² MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000.

a casa comum. Por sua vez, o ecofeminismo social foca no trabalho que muitas mulheres, especialmente as camponesas e rurais, desenvolvem para a proteção da terra, pois a cultura patriarcal teria imposto a elas o dever de garantir o equilíbrio ecossistêmico.

O núcleo aproximador entre o ecofeminismo social e o feminismo de afinidade/essencialista reside no fato de que todos os seres humanos estão arraigados na natureza enquanto seres corpóreos. Entretanto, para as ecofeministas sociais, as mulheres estão tão imbuídas e enraizadas na natureza quanto os homens; mas, na prática, eles se mostrariam mais distantes da conexão com o meio ambiente. Ou seja, alguns homens lançam mão de seu poder para escapar das consequências de sua corporeidade.¹³

A normatividade presente na Nova Política Estadual de Segurança de Barragens de Minas Gerais¹⁴ pode ser entendida enquanto manifestação social ecofeminista. Motivo pelo qual se enfoca nessa matriz para a exegese.

O ecofeminismo de viés social nasce, porque as teorias sobre justiça social raramente abarcam, de forma clara, as disparidades entre sexos e gêneros, muito menos priorizam a proteção ambiental. Geralmente, ao se falar em termos sociais, privilegia-se o aspecto econômico da renda familiar, não abarcando, assim, a realidade de dominação dos corpos femininos e da natureza. Por exemplo, “diversos são os casos em que os homens controlam os meios de força ou que utilizem de violência, e essas são questões que influenciam as desigualdades entre gêneros”.¹⁵

Os principais pontos do ecofeminismo social residem na crítica ao dualismo da sociedade patriarcal ocidental, que distingue humanidade — homem — do mundo natural — mulher —; na posição de subordinação das mulheres e da natureza nesse dualismo; na necessidade de criar uma conexão não descritiva entre a humanidade — o homem — e o mundo natural — mulher —; e no papel fundamental das mulheres para a criação dessa conexão.¹⁶

Sob a óptica ecofeminista, entende-se que a história tende a associar o masculino à formação de cultura e o feminino ao mundo natural, como se fossem lados opostos. E mais, como se o aspecto cultural da vida fosse apartado das feições naturais.

Justamente nesse binarismo da realidade, se critica o entendimento patriarcal de dominar e subjugar existências entendidas como passivas.

Portanto, afasta-se a ideia de que as mulheres devem abandonar sua associação com a natureza e se unir ao normal masculino, pois isso seria abraçar as culturas dominadoras da feminilidade e da natureza.¹⁷ Palavras outras, ainda que a construção do feminino e sua aproximação pelo cuidado na proteção do meio ambiente tenham sido postas por um pensamento patriarcalmente embasado, repelir tal afirmação seria corroborar com o menosprezo e o desvalor já estabelecidos ao cuidado e ao zelo com a casa comum e com existências diversas.

A matriz social tende a rechaçar a afirmação do alinhamento *natural* das mulheres com a natureza.¹⁸ Mesmo que a oposição natureza e cultura seja um produto cultural, podemos lançar mão de tal dicotomia para criar uma manifestação diferente, que integraria tanto as formas intuitivo-espirituais, associadas ao feminino, quanto as racionais do conhecimento, associado ao masculino. Em outros termos, extirpar a distinção natu-

¹³ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000, p.82.

¹⁴ MINAS GERAIS. *Lei n. 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.

¹⁵ MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; COSTA, Marli Marlene Morais da. As mulheres no contexto da sociedade de classes e sua participação política no processo legislativo e executivo do Brasil: das restrições e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 34-24, 2019. p. 43.

¹⁶ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 81.

¹⁷ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 81.

¹⁸ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 83-84.

reza *versus* cultura e ciência *versus* espiritualidade seria o caminho para uma sociedade ecologicamente livre.¹⁹

Os homens predominam na esfera de produção de bens de consumo, enquanto a esfera doméstica serve-se do trabalho não pago invisivelmente protagonizado por mulheres. Assim, enxerga-se o gênero como algo criado tanto pela biologia quanto pelas práticas da sociedade,²⁰ e o ecofeminismo social abre caminho entre uma concepção natural de *natureza* e a ideia de construção social, da mesma forma que o faz entre o patriarcado e o capitalismo como sistemas de exploração.

Entretanto, para evitar a conversão do ecofeminismo em uma filosofia de países economicamente prósperos, é necessária uma perspectiva vista do Sul Global.²¹

As mulheres do Sul Global, outrora nomeado como Terceiro Mundo, estão recuperando oportunidades para sobrevivência da história humana e de toda a vida, no resgate do princípio feminino na natureza e na sociedade, e da terra como sustentadora e provedora.²² A imposição de um modelo ecofeminista partido de países economicamente mais prósperos nada mais seria que outra forma de dominação.

Se, por um lado, o ecofeminismo tradicionalmente se identifica com as brancas do norte, vozes surgem no Sul Global no questionamento frente à exportação culturalista do pensamento,²³ tais como a da hinduísta e física nuclear Vandana Shiva.

Shiva demonstra um conhecimento prático e íntimo das dimensões relacionais da mulher com a natureza, expondo fatos geológicos e econômicos.²⁴ Seu livro *Staying Alive*²⁵ — *Permanecendo Vivas*, em tradução livre —, inspirado por mulheres camponesas e tribais da Índia, é uma das balizas da ecologia. Com o sucesso da publicação, Shiva passa a priorizar as campanhas contra o desenvolvimento ecológico destrutivo em detrimento de sua carreira como física nuclear.

A tese central reside na crítica ao dogma ocidental de *desenvolvimento*, enquanto manifestação de um projeto *pós-colonial*. Ou seja, o desenvolvimentismo nada mais é do que mais uma fase ou nova roupagem da colonização, no qual mulheres e comunidades tradicionais são levadas à exclusão de espaços públicos decisórios e participativos. Além disso, são levadas a pagar os custos do *progresso* econômico sem ver benefícios, em uma feminização intensificada da pobreza.²⁶

Por exemplo, como as mulheres indianas são as principais usuárias e transportadoras de água, também são as maiores sofredoras caso se rompa o abastecimento hídrico.²⁷ Já no continente africano, elas cultivam 80% dos alimentos.²⁸

Shiva analisa o sofrimento das mulheres do Sul Global, em especial na Índia, de onde escreve. Segundo ela, o esvaimento de conhecimentos tradicionais sobre o uso da terra pela introdução de técnicas econômicas de cultivo retira delas a autonomia financeira e pessoal, pois seus meios de produção foram controlados por saberes externos²⁹ e financeiramente intangíveis à população camponesa.

Em virtude da hermetização do conhecimento sobre a terra, a arrogância da razão científica e econômica patriarcal tende, muitas vezes, a impor uma resposta à crise ambiental no controle populacional. Mais uma vez, no jugo alheio sobre os corpos femininos de uma ciência dominante que, como visto, nunca foi

¹⁹ KING, Ynestra. Toward an Ecological Feminism and a Feminist Ecology. In: ROTHSCCHILD, Joan (ed.). *Healing the Wounds: The Promise of Ecofeminism*. Londres: Green Print, 1983. p. 123.

²⁰ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 84-85.

²¹ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 86.

²² SHIVA, Vandana. *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. London: Zed Books, 1989. p.224.

²³ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 207-208.

²⁴ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 208.

²⁵ SHIVA, Vandana. *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. London: Zed Books, 1989.

²⁶ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 208.

²⁷ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 88.

²⁸ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 209.

²⁹ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 208.

neutra,³⁰ mas, sim, foi produzida sob um olhar masculinizante.

Durante séculos, as mulheres se envolveram ativamente com o seu habitat e com a terra, enquanto trabalhavam no fornecimento de sustento diário e abrigo. Mas a ideia de um *desenvolvimento* acaba por enfraquecer a relação da mulher com a natureza, deixando a fome economicamente seletiva e a destruição ecológica em seu lugar.

Vandana Shiva afirma que esse desenvolvimento é, em verdade, um *mau desenvolvimento*, como as tecnologias agrícolas insustentáveis e as tecnologias reprodutivas de intervenção na integridade do corpo de mulheres.³¹ Ou seja, o desejo ocidental pelo progresso é traduzido pela destituição do feminino, pois esse seria um capital improdutivo.

O termo *mau desenvolvimento* é uma tradução livre de *maldesarrollo*, em castelhano. É utilizado como uma metáfora do sofrimento de seres vivos ocorrido quando o projeto inicial não se sucede na forma esperada. Em outras palavras, representa o fracasso da ideia de desenvolvimento e de progresso.

Por mau desenvolvimento, Shiva³² vê a imposição imperialista do Norte, e de seu modelo de modernidade para todo o globo. Assim, o mundo estaria vivendo um monocultivo, com perda de diversidade de vida vegetal e animal, e de povos e culturas. Ela coloca, nessa mesma base de desenvolvimento, a violência contra as mulheres e a violência contra a natureza. Shiva mostra como os pressupostos patriarcais ocidentais acerca da dominação masculina dos processos de produção destruíram a base de recursos para a subsistência das mulheres. Negar o Princípio Feminino no desenvolvimento conduz a uma visão unilateral dos recursos e do uso dos mesmos.³³

Staying Alive reúne análises de raça, classe, gênero e especismo, e, principalmente, indica como o setor corporativo privatiza os conhecimentos tradicionais e os bens intelectuais de uma comunidade. Ao adaptá-los aos modos empresariais de produção, evidencia como a ciência patriarcal se torna dependente dos métodos de alta tecnologia.³⁴

Nesse sentido, o ecofeminismo de Shiva aduz que o patriarcado ocidental conquistara efetivamente as mulheres através da natureza dualista de filosofia e ciência, sexo e gênero para o trabalho. A cultura patriarcal rompeu a conexão entre sociedade e natureza, e entre mulher e natureza.³⁵

A oposição às formas de exploração do Norte Global é uma resistência pacífica de substituição paulatina do paradigma de dominação e opressão da diversidade biológica para a valorização da cooperação e do cuidado.³⁶ Não obstante, vantagens trazidas pelo advento tecnológico da engenharia genética e de organismos geneticamente modificados, tais quais o acesso à vasta gama de frutas e vegetais em qualquer estação e controle da produtividade. É imperioso sopesar os limites causados pela ação antrópica na natureza, ante o risco de derradeira extinção tanto de espécies de fauna e flora, como também do conhecimento a eles associados.

De fato, há quem defenda que a humanidade pode usar sua capacidade tecnológica para superar as condições restritivas ocasionadas pelos problemas ambientais, sem modificar seus padrões de consumo, mas apenas aprimorando a tecnologia. Lado outro, há quem acredita ser fundamental e necessário o repensar da relação humana com o mundo natural, aposta que a o *progresso* tecnológico será adstrito a determinados núcleos populacionais de maior capacidade econômica.³⁷

³⁰ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 208.

³¹ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 86-87.

³² MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. Canadá: Fernwood Publications, 1993.

³³ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 87.

³⁴ SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 209.

³⁵ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 89.

³⁶ FERREIRA, Maria Luísa Ribeiro. *As mulheres na Filosofia*. Portugal: Fórum de Ideias, 2009. p. 252.

³⁷ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 13.

Entretanto, ainda que partida do Sul Global, tais ponderações feitas por Vandana Shiva têm como ponto de partida o cenário indiano.

A realidade no Brasil demonstra que a defesa das comunidades de subsistência, baseadas em mulheres no Sul e no desenvolvimento de alternativas econômicas para o sistema no Norte, é uma estratégia de oposição ao patriarcado.³⁸

Tais comunidades de subsistência se agruparam em torno das necessidades fundamentais, tais como comida, alojamento, vestimentas, afeto, cuidado, amor, dignidade, identidade, conhecimento, liberdade, entretenimento e prazer, que são comuns a todas as pessoas, independentemente de sua cultura, ideologia, raça, sistema político, econômico e classe.³⁹

Dessa forma, enquanto substrato comum ao pensamento ecofeminista, temas centrados em torno da vida devem revalorizar-se e elevar seu papel anteriormente subordinado.⁴⁰ As mulheres e os atributos culturalmente a elas atribuídos estão desvalorizados porque: primeiramente, seu trabalho coopera com os processos da natureza, esta explorada em desmedida por critérios de acúmulo econômico; e segundo, o trabalho satisfativo, apenas, das necessidades de quem trabalha e a subsistência estão desvalorizados.⁴¹

Considerando-se os fatos expostos, e visando à necessidade das pautas locais de mulheres, a abordagem interseccional ecofeminista se faz necessária. Esse recorte é de importância para o sobrelevo das vozes cam-pesinas e rurais, especialmente quanto às especificidades de raça e poder econômico-financeiro.

Se, por um lado, o ecofeminismo nasce enquanto manifestação teórica de mulheres brancas, em sua maioria burguesa e heterossexual, esse padrão vai sendo alterado para abarcar manifestações distintas.

Nesses termos, a investigação feminista sob a égide da interseccionalidade pode ser sintetizada da seguinte forma:

a interseccionalidade inicia um processo de descoberta, nos alertando para o fato de que o mundo a nossa volta é sempre mais complicado e contraditório do que nós poderíamos antecipar. [...] Ela não provê orientações estanques e fixas para fazer a investigação feminista [...]. Ao invés disso, ela estimula nossa criatividade para olhar para novas e frequentemente não ortodoxas formas de fazer análises feministas. A interseccionalidade não produz uma camisa-de-força normativa para monitorar a investigação [...] na busca de uma 'linha correta'. Ao invés disso, encoraja a cada acadêmica feminista a se envolver criticamente com suas próprias hipóteses seguindo os interesses de uma investigação feminista reflexiva, crítica e responsável.⁴²

A interseccionalidade utiliza aspectos da sociologia para afirmar como múltiplos aspectos de subordinação dentro da sociedade, tais quais, raça, gênero, sexualidade e poder financeiro, são fatores que, uma vez combinados, determinam, ou ao menos traçam fortes contornos, no destino das mulheres.

Justamente pelo injusto preconceito racial ainda existente, a interseccionalidade mostra grande força e representação no feminismo negro. Inclusive, a introdução efetiva da interseccionalidade na teoria e na prática feminista é atribuída a Kimberlé Crenshaw,⁴³ mulher negra estadunidense, Professora da Universidade de Columbia, estudiosa do direito e das ciências sociais. Ela desenvolve o feminismo interseccional como subcategoria da Teoria Interseccional Aplicada em outras áreas do conhecimento.

³⁸ MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. Canadá: Fernwood Publications, 1993. p. 13.

³⁹ MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. Canadá: Fernwood Publications, 1993. p. 13.

⁴⁰ SHIVA, Vandana. *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. London: Zed Books, 1989. p. 7

⁴¹ MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000. p. 91.

⁴² DAVIS, Kathy. Intersectionality as buzzword, a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful. *Feminist Theory*, v. 9, p. 67-85, 2008.

⁴³ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.

Importante ressaltar que desde antes do movimento de mulheres ser intitulado feminismo, negras já lutavam por sua emancipação e liberdade. O marco de Kimberlé Crenshaw⁴⁴, na inclusão da pauta feminista, relativo à Teoria da Interseccionalidade⁴⁵ tem natureza mais declaratória do que constitutiva. Na verdade, todas essas correntes do feminismo representam o alcance da reverberação de vozes que existem desde o início dos tempos, mas que eram silenciadas. Nesse sentido, o conteúdo semântico da interseccionalidade não é uma novidade, apesar da alcunha o ser.

A Teoria Interseccional feminista questiona o processo de conversão do branco enquanto norma perante a qual são avaliados os demais grupos étnico-raciais.⁴⁶ Da mesma forma, o masculino em relação ao feminino.

Conforme a abordagem interseccional, se as mulheres não lutam por todas, não lutam por nenhuma. São diferentes os aspectos que tornam mulheres especialmente vulneráveis,⁴⁷ não apenas questões relacionadas à cor da pele, mas também relativas a mulheres imigrantes, indígenas, portadoras de deficiências físicas e da comunidade LGBTQ+ (sigla para o termo: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros, Queer e outras identidades).

Ignorar a diferença dentro dos grupos contribui para a tensão entre estes, e o reconhecimento da identidade politiza a luta contra a violência misógina.⁴⁸ Em outras palavras, feminismo que não repensa o *locus* enunciativo do Norte Global é celetista.

Existe, portanto, conexão entre a abordagem da interseccionalidade com a desterritorialização do conhecimento e descolonização dos discursos sobre a emancipação feminina. Nesses termos, a argentina María Lugones⁴⁹ mostra como o conceito de unívoco de gênero pode ser uma manifestação de colonialidade, ao passo em que esconde a multiplicidade de vivências. Além disso, considera tanto a geopolítica quanto “a corpo-política, isto é, a situação geo-histórica e corporalizada que articula a produção de conhecimento”.⁵⁰

María Lugones⁵¹ traz, para a decolonialidade, o questionamento da lógica dicotômica entre natureza e cultura, também criticada por ecofeministas. Em suas palavras:

Eu compreendo a hierarquia dicotômica entre o humano e o não humano como a dicotomia central da modernidade colonial. Começando com a colonização das Américas e do Caribe, uma distinção dicotômica, hierárquica entre humano e não humano foi imposta sobre os/as colonizados/as a serviço do homem ocidental. Ela veio acompanhada por outras distinções hierárquicas dicotômicas, incluindo aquela entre homens e mulheres. Essa distinção tornou-se a marca do humano e a marca da civilização. Só os civilizados são homens ou mulheres. Os povos indígenas das Américas e os/as africanos/as escravizados/as eram classificados/as como espécies não humanas – como animais, incontrolavelmente sexuais e selvagens. O homem europeu, burguês, colonial moderno tornou-se um sujeito/ agente, apto a decidir, para a vida pública e o governo, um ser de civilização, heterossexual, cristão, um ser de mente

⁴⁴ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.

⁴⁵ HENNING, Carlos Eduardo. Interseccionalidade e pensamento feminista: as contribuições históricas e os debates contemporâneos acerca do entrelaçamento de marcadores sociais da diferença. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 97-128. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2015v20n2p97>.

⁴⁶ HENNING, Carlos Eduardo. Interseccionalidade e pensamento feminista: as contribuições históricas e os debates contemporâneos acerca do entrelaçamento de marcadores sociais da diferença. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 97-128. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2015v20n2p97>.

⁴⁷ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.

⁴⁸ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.

⁴⁹ LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. Tradução: Juliana Watson e Tatiana Nascimento. Revisão de Claudia de Lima Costa. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

⁵⁰ HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Explosão feminista: arte, cultura, política e universidade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018. *E-Book*, l. 3632.

⁵¹ LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. Tradução: Juliana Watson e Tatiana Nascimento. Revisão de Claudia de Lima Costa. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

e razão. A mulher europeia burguesa não era entendida como seu complemento, mas como alguém que reproduzia raça e capital por meio de sua pureza sexual, sua passividade, e por estar atada ao lar a serviço do homem branco europeu burguês. A imposição dessas categorias dicotômicas ficou entretecida com a historicidade das relações, incluindo as relações íntimas.⁵²

A prática do pensamento de Lugones⁵³ no reconhecimento da luta das mulheres fora do eixo europeu, e disseminado para outros países da América Latina, nasce em resposta à necessidade de pensar sobre o feminino a partir de um olhar não colonizado, que valorize o entendimento da questão das mulheres partindo de pontos do Sul Global, em formações culturais diferentes da base ocidental, na qual se deu o ecofeminismo em seus primórdios. Em outros termos, compreender o ecofeminismo partindo das *periferias* do Planeta se mostra cada vez mais necessário.

Padrões uniformes de necessidade ignoram o fato de que diferentes necessidades, muitas vezes, demandam prioridades distintas em termos de alocação de recursos e, conseqüentemente, podem dificultar a capacidade dos conselheiros de atender às necessidades das mulheres não brancas e pobres.⁵⁴ Para que existam normas e direcionamentos políticos voltados para diversos setores sociais, é cada vez mais necessária uma abordagem interseccional e decolonial.

O ecofeminismo, enquanto manifestação inicialmente ocidental, tem recebido incursões de países da periferia global como forma de oxigenação de suas próprias bases. Entretanto, além do arcabouço teórico, é imperativo observar a forma pela qual referido paradigma se manifesta na sociedade. O direito, enquanto mecanismo de políticas públicas e de regras sócias, é termômetro da aplicabilidade.

Assim, norma específica do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Política Estadual de Segurança de Barragens de Minas Gerais, no intuito de analisar se possui ou não aceção ecofeminista em seus termos.

2.1 A Política Estadual de Segurança de Barragens – Lei n.º 23.291/2019

A relação entre o feminismo e a ecologia respalda-se na ligação entre o jugo das mulheres e da natureza, enquanto reflexo da exploração e dominação das manifestações patriarcais e masculinizantes.⁵⁵ Uma vez exposta a necessidade de uma releitura interseccional e decolonial do arcabouço teórico e das práticas ecofeministas, iminente analisar, expressamente, a Política Estadual de Segurança de Barragens.

Originada do projeto de lei n.º 3.676/2016⁵⁶ e publicada em 26/02/2019, a Lei estadual mineira n.º 23.291⁵⁷ institui a política estadual de segurança de barragens e trata sobre meio ambiente, mineração, barragem de rejeitos e barragem hídrica. A novel legislação substitui a predecessora Lei estadual mineira n.º 15.056, de 31 de março de 2004 ao revogá-la. Dentre as inovações, a expressa menção às audiências públicas bem como a presença de mulheres nas mesmas se destaca.

A institucionalização das medidas protetivas ao meio ambiente se faz indispensável, especialmente em grandes territórios, como é o caso de Minas Gerais. O aspecto integrador, de fiscalização e regulatório con-

⁵² LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. Tradução: Juliana Watson e Tatiana Nascimento. Revisão de Claudia de Lima Costa. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014. p.936.

⁵³ LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. Tradução: Juliana Watson e Tatiana Nascimento. Revisão de Claudia de Lima Costa. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.

⁵⁴ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.

⁵⁵ KING, Ynestra. *What is Ecofeminism?* editoração: Gwyn Kirk. Antioch College: Ecofeminist Resources, 1990. p.115.

⁵⁶ MINAS GERAIS. *Projeto de lei n. 3.676/2016*. Dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no estado. 07/07/2016. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?pa=2016&n=3676&t=pl. Acesso em: 29 maio 2020.

⁵⁷ MINAS GERAIS. *Lei n. 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.

tribuem para a efetiva funcionalidade socioeconômica.⁵⁸

Porém, antes da redação final,⁵⁹ o projeto de lei n.º 3.676/2016⁶⁰ passou por seis pareceres antes de sua proposição. No texto original, em verdade, não havia qualquer menção às mulheres. Da mesma forma, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e o parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico⁶¹ nada falam sobre essa previsão.

O termo *mulher* aparece por intermédio da relatora Marília Campos no parecer da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável:

Atendendo a pedido da deputada Marília Campos, o projeto avança de forma a contemplar, no estudo de impacto ambiental, os aspectos relacionados às condições sociais e econômicas das mulheres. Além disso, destina espaço e tempo a elas em audiências públicas realizadas no âmbito do licenciamento ambiental das barragens.⁶²

Nota-se a importância da presença feminina para que as pautas que tangenciam o coletivo de seu sexo e gênero sejam reverberadas. A previsão da oitiva das mulheres no licenciamento ambiental foi indicada da seguinte forma pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável:

Art. 6º – A construção e o funcionamento ou a ampliação de barragens no Estado dependerão de prévio licenciamento ambiental, que compreende as etapas de Licença Prévia – LP –, Licença de Instalação – LI – e Licença de Operação – LO, sendo vedada a emissão de licenças concomitantes.

[...]

§ 4º – No EIA deverão ser avaliadas as condições sociais e econômicas das mulheres, em aspectos relativos a educação e saúde da mulher, responsabilidades pelo trato da família e produção de alimentos, relações de colaboração e solidariedade entre as mulheres na comunidade, entre outros.

[...]

§ 7º – Na audiência pública, deverão ser reservados espaço e tempo às mulheres, visando as discussões dos impactos específicos do empreendimento em suas vidas.⁶³

A presença das mulheres em audiência era exposta de forma clara e motivada, ao indicar a avaliação das condições sociais e econômicas delas, especialmente no trato familiar e da produção de alimentos. Em consonância, a Comissão de Administração Pública atestou em seu parecer:

Ao final do seu parecer, a Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável propôs o Substitutivo n 2 ao texto aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, realizando pequenas

⁵⁸ REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 41-53, 2017.

⁵⁹ MINAS GERAIS. *Parecer de redação final do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de redação. 23/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?pa=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.2016036761013%5bcodi%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁰ MINAS GERAIS. *Projeto de lei n.º 3.676/2016*. Dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no estado. 07/07/2016. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?pa=2016&n=3676&t=pl. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶¹ MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de desenvolvimento econômico. Relatório. 12/12/2017. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?pa=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.201603676041077%5bcodi%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶² MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. 20/10/2017. Diário do legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?pa=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.20160367604799%5bcodi%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶³ MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. 20/10/2017. Diário do legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?pa=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.20160367604799%5bcodi%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

alterações quando ao mérito da proposição. Alteraram-se especialmente os §§ 4º, 6º e 7º do art. 6 desse substitutivo, a fim de incluir a obrigatoriedade de se avaliarem as condições sociais e econômicas das mulheres no Estudo de Impacto Ambiental – EIA; exigir que as deliberações e os questionamentos apresentados na audiência pública conste em ata e seja apreciada nos pareceres do órgão ambiental que subsidiem o licenciamento ambiental; e exigir a reserva de espaço e tempo para as mulheres na audiência pública, a fim de debaterem os impactos específicos do empreendimento em suas vidas.⁶⁴

Pelo exposto, nota-se que tanto a Comissão de Meio Ambiente⁶⁵ e Desenvolvimento Sustentável quanto a Comissão de Administração Pública⁶⁶ defendiam a previsão da participação de mulheres de forma a resguardar tempo e espaço específico para elas. E, além disso, necessária previsão em ata e apreciação pelo órgão ambiental encarregado. Entretanto, na redação final⁶⁷, o termo *mulher* passa a aparecer uma vez somente, sem delimitar nenhuma forma de como se dará a aplicabilidade da fala desse grupo de pessoas.

Tendo o projeto sido aprovado, entra em vigor a Lei n.º 23.291/2019⁶⁸ logo depois.

Na redação aprovada, o parágrafo segundo do artigo sétimo da Lei n.º 23.291/2019 aduz que antes de realizar o pedido de licença prévia, são necessárias as audiências públicas para discussão do projeto conceitual da barragem, para as quais:

serão convidados o empreendedor, os cidadãos afetados direta ou indiretamente residentes nos municípios situados na área da bacia hidrográfica onde se situa o empreendimento, os órgãos ou as entidades estaduais e municipais de proteção e defesa civil, as entidades e associações da sociedade civil, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público Federal e a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.⁶⁹

Ao falar do licenciamento ambiental de barragens residentes nos municípios, prevê ainda como exigência que “§ 3º – nas audiências públicas previstas no § 2º, serão reservados espaço e tempo às mulheres, visando discutir os impactos específicos do empreendimento em suas vidas.”⁷⁰

Referida norma tem valora em apartado a influência de empreendimentos de barragens na vida das mulheres, por meio da escuta das mesmas sobre quais impactos acreditam que irão aparecer em seu cotidiano após o início do empreendimento.

A oitiva das mulheres é feita de forma a dissociá-las de outras manifestações coletivas da sociedade civil

⁶⁴ MINAS GERAIS. *Parecer para o 2º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de administração pública. Relatório. 23/11/2017. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.201603676051%5bcodi%5d%29%5btxt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁵ MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. 20/10/2017. Diário do legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.20160367604799%5bcodi%5d%29%5btxt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁶ MINAS GERAIS. *Parecer para o 2º turno do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de administração pública. Relatório. 23/11/2017. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.201603676051%5bcodi%5d%29%5btxt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁷ MINAS GERAIS. *Parecer de redação final do projeto de lei n. 3.676/2016*. Comissão de redação. 23/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.2016036761013%5bcodi%5d%29%5btxt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁸ MINAS GERAIS. *Lei n. 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.

⁶⁹ MINAS GERAIS. *Lei n. 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.

⁷⁰ MINAS GERAIS. *Lei n. 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.

que, por seu turno, também são expressamente mencionadas.

É cabal a necessidade de mais esclarecimentos sobre como será a aplicabilidade desse instituto. Após a instituição da nova política de segurança de barragens, foi implementado o Decreto n.º 47.866/2020 para a regulamentação. Entretanto, em nada aclara a disposição sobre a participação das mulheres.

O direito, *per se*, não seria o remédio, mas sim a *tecnologia* instrumental que orienta a ação humana, estabelecendo uma série de pautas de condutas dirigidas a alcançar determinados objetivos extrajurídicos⁷¹. Sob tal égide, apreendemos que o ecofeminismo é justamente essa lógica que orienta a previsão normativa na Lei n.º 23.291/2019.

Contudo, para que normas de cunho ecofeminista tenham aplicabilidade efetiva, é necessário observar como será a aplicabilidade dessa norma, quais as pautas serão levadas pelas mulheres, como os órgãos ambientais acolherão essas pautas e, sobretudo, se, uma vez acolhidas, serão respeitadas.

A exploração mineral foi e é a atividade econômica que delimitou as balizas sócias do estado de Minas Gerais. Desde a extração do ouro e diamante, no período colonial, passando pela produção de minério de ferro, até os atuais dias, sustenta-se como pilar.⁷² Porém, em decorrência dos riscos socioambientais, é mister fortalecer os instrumentos de segurança, inclusive os normativos e paradigmáticos.

3 Considerações finais

Desde seus primórdios, o paradigma de análise ecofeminista busca revaloriza atividades protagonizadas por mulheres, retirando-as da invisibilidade. Ademais, engrandece expressamente os saberes locais e tradicionais como ponto chave para a compreensão entre as mulheres e a natureza. Por meio da abordagem interseccional e decolonial, o ecofeminismo passa a conseguir, de fato, compreender o embasamento de saberes adquiridos pelas mulheres cujo *locus* de enunciação e de conhecimento é o Sul Global.

Posteriormente às análises teóricas de autoras como Karen Warren, Mary Mellor, Vandana Shiva, Kimberlé Crenshaw e Maria Lugones, passou-se a ponderar sobre a presença de norma com viés ecofeminista no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Política Estadual de Segurança de Barragens – Lei n.º 23.291/2019. Referida legislação abarca previsão específica sobre a oitiva de mulheres durante audiências públicas que antecedem a licença ambiental de barragens. Essa previsão constitui-se como inovação. Apesar das limitações de abrangência da norma, adstrita ao estado de Minas Gerais, há de se constatar sua relevância na luta das mulheres.

Diante do exposto no desenvolvimento do presente artigo, percebe-se claro cunho ecofeminista na norma, ao anunciar a necessidade da fala específica das mulheres a serem impactadas por empreendimento quanto aos seus modos de vida e sua relação com a natureza e o meio ambiente. E, principalmente, a pertinência e importância do paradigma como baliza da proteção ambiental para segurança de barragens.

Como as alterações paradigmáticas nas normas requerem tempo para constatar a aplicabilidade em longo prazo, e como não há delimitação sobre sua forma, os resultados na proteção de mulheres podem não ser constatados prontamente. Frente a esse cenário, é patente que seja fiscalizada em futuras investigações, por exemplo, as maneiras pelas quais as mulheres estão sendo ouvidas nas audiências, o tempo a elas destinado, a forma com a qual os órgãos ambientais lidam com suas demandas.

⁷¹ MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium, 1991. v. I.

⁷² THOMÉ, Romeu; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A descaracterização de barragens de rejeito e o plano de fechamento de mina como instrumentos de mitigação de riscos na mineração. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 63-85, out. 2019.

Referências

- CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-99, 1991.
- D'EUABONNE, Françoise. Le Feminisme ou la mort. In: MARKS, Elaine; COURTIVRON, Isabelle de. *New Feminisms: An Anthology*. Massachusetts/Estados Unidos: University of Massachusetts Press, 1980.
- DAVIS, Kathy. Intersectionality as buzzword, a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful. *Feminist Theory*, v. 9, p. 67-85, 2008.
- FERREIRA, Maria Luísa Ribeiro. *As mulheres na Filosofia*. Portugal: Fórum de Ideias, 2009.
- HENNING, Carlos Eduardo. Interseccionalidade e pensamento feminista: as contribuições históricas e os debates contemporâneos acerca do entrelaçamento de marcadores sociais da diferença. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 97-128. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2015v20n2p97>.
- HOLLANDA, Heloisa Buarque de. *Explosão feminista: arte, cultura, política e universidade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018. *E-Book*.
- KING, Ynestra. Toward an Ecological Feminism and a Feminist Ecology. In: ROTHSCCHILD, Joan (ed.). *Healing the Wounds: The Promise of Ecofeminism*. Londres: Green Print, 1983.
- KING, Ynestra. *What is Ecofeminism?* editoração: Gwyn Kirk. Antioch College: Ecofeminist Resources, 1990.
- LEMGRUBER, Vanessa. *Guia Ecofeminista: mulheres, direito, ecologia*. Rio de Janeiro: Ape'Ku, 2020.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. Tradução: Juliana Watson e Tatiana Nascimento. Revisão de Cláudia de Lima Costa. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014.
- MATEO, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium, 1991. v. I.
- MELLOR, Mary. *Feminismo y ecología*. México: Siglo XXI Editores, 2000.
- MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminism*. Canadá: Fernwood Publications, 1993.
- MINAS GERAIS. *Lei n.º 23.291*. Institui a política estadual de segurança de barragens. 25/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?ano=2019&num=23291&tipo=lei>. Acesso em: 29 maio 2020.
- MINAS GERAIS. *Parecer de redação final do projeto de lei n.º 3.676/2016*. Comissão de redação. 23/02/2019. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.2016036761013%5bcodi%5d%29%5btxmt-%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.
- MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n.º 3.676/2016*. Comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável. 20/10/2017. Diário do legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.20160367604799%5bcodi%5d%29%5btxmt-%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.
- MINAS GERAIS. *Parecer para o 1º turno do projeto de lei n.º 3.676/2016*. Comissão de desenvolvimento econômico. Relatório. 12/12/2017. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&s=pl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.201603676041077%5bcodi

%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

MINAS GERAIS. *Parecer para o 2º turno do projeto de lei n.º 3.676/2016*. Comissão de administração pública. Relatório. 23/11/2017. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2016&n=3676&tipoprojeto=projeto%20de%20lei&sl&link=%2fproposicoes%2fpesquisa%2favancada%3fexpr%3d%28pl.201603676051%5bcodi%5d%29%5btxmt%5d%26pesqprop%3dtrue. Acesso em: 29 maio 2020.

MINAS GERAIS. *Projeto de lei n.º 3.676/2016*. Dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no estado. 07/07/2016. Diário do Legislativo. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/texto.html?a=2016&n=3676&t=pl. Acesso em: 29 maio 2020.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; COSTA, Marli Marlene Moraes da. As mulheres no contexto da sociedade de classes e sua participação política no processo legislativo e executivo do Brasil: das restrições e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 34-24, 2019.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Um posicionamento jurídico-filosófico contra a metafísica dos “ismos”: uma análise sobre os animais. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 67-94, jun. 2018. ISSN 21798699.

REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Política Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 41-53, 2017.

ROSENDO, Daniela. *Ética sensível ao cuidado: alcance e limites da filosofia ecofeminista de Warren*. 2012. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-graduação em Filosofia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

SALLEH, Ariel. Book Review. *Hypatia: journal of feminist philosophy*. v. 6, Issue 1, p. 206-2014, 1991. p. 206.

SHIVA, Vandana. *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. London: Zed Books, 1989.

THOMÉ, Romeu; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A descaracterização de barragens de rejeito e o plano de fechamento de mina como instrumentos de mitigação de riscos na mineração. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 63-85, out. 2019.

WARREN, Karen J., “*Feminist Environmental Philosophy*”. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/feminism-environmental/>. Acesso em 11 jan. 2020.

**5. INSTRUMENTOS E INCENTIVOS PARA
A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO
AO MEIO AMBIENTE**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Startup e o desafio do
compliance**

**Startup and the challenge of
compliance**

Grace Ladeira Garbaccio

Alexandra Aragão

Vanessa Morato Resende

Ana Waléska Xavier Araújo

Startup and the challenge of compliance

Grace Ladeira Garbaccio**

Alexandra Aragão***

Vanessa Morato Resende****

Ana Walêska Xavier Araújo*****

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar a análise acerca do desafio da implantação de um programa de Compliance no modelo de negócio de uma startup. Foi utilizado método de abordagem dedutivo, com base nos pressupostos e conceitos já consolidados no mercado. Nesse sentido, tratou-se dos conceitos e objetivos que se relacionam às startups, assim como as implicações negociais da implantação de um programa de Compliance — a título de exemplo, o Compliance ambiental. Ao fim, será possível verificar os mecanismos do Compliance e seus desafios de implementação no modelo de negócio de uma startup assim como os efeitos da internalização, por essas empresas, dos programas de conformidade.

Palavras-chave: *Compliance*. Desafio Empresarial. Ética. Governança Corporativa. *Startup*. *Compliance ambiental*.

Abstract

This article aims to present the analysis about the challenge of implementing a Compliance program in the business model of a startup. A deductive approach method was used, based on larger assumptions and concepts already consolidated in the market. In this sense, it was about the concepts and objectives related to startups, as well as the implications of implementing a compliance program, and as an example environmental compliance. In the end, it will be possible to verify the mechanisms of compliance and its implementation challenges in the business model of a startup, as well as the effects of these companies' internalization of the integrity programs.

Keywords: Compliance. Business Challenge. Ethic. Corporate Governance. *Startup*. Environmental Compliance.

1 Introdução

Nos últimos anos, o *Compliance* tem ocupado relevante destaque no ambiente corporativo. Empresas que buscam agregar valor ao seu negócio e uma posição de confiança no mercado, no qual estão inseridas, encontram,

* Recebido em 08/09/2020
Aprovado em 20/10/2020

**Professora do Programa Stricto Sensu do Mestrado em Direito e do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Limoges/ França – reconhecido pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do curso de pós-graduação lato sensu da FIA e ESPM.
Email: glgarbaccio@hotmail.com.

*** Professora de Direito do Ambiente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) - Portugal; Pesquisadora associada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutora em Ciências Jurídicas e Políticas e Mestre em Integração Europeia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).
Email: aaragao@fd.uc.pt.

**** Mestranda em Direito e Administração na Universidade Nova de Lisboa. Realiza pesquisa em Direito Tributário com foco em Empreendedorismo. Formada em Direito pela PUCMG. Email: vanessamorator@gmail.com.

***** Mestranda em Direito e Administração na Universidade Nova de Lisboa. Realiza pesquisa em Digital Law com foco em Proteção de Dados. Formada em Direito pela Faculdade Estácio de Alagoas.
Email: a-waleska@hotmail.com.

na implantação de um programa de *Compliance*, um grande aliado, pois, com o crescimento exponencial das normas de escopo protetivo (dos trabalhadores, dos consumidores, da saúde pública, do ambiente etc.), não há espaço no mercado para empresas que estejam desatentas a essa questão, tampouco as empresas podem correr o risco de cometer irregularidades ou de serem apanhadas em infração.

Estar em conformidade com normas legais e regulamentos, ao adotar práticas para seguir a legislação e regras internas e externas implica mudanças significativas nas operações de negócios das empresas.

Uma boa gestão opera em um ambiente corporativo no qual entende-se o *Compliance* não mais como mero custo e sim como um investimento, no qual antecipar riscos e atender às exigências normativas torna as empresas cada vez mais integradas aos seus objetivos estratégicos.

O cerco normativo em torno das empresas e as exigências legais em matéria social e ambiental são crescentes. O exemplo emblemático é a União Europeia que, desde 2014, exige das empresas a divulgação de informações não financeiras por parte de algumas grandes empresas e grupos¹. Tais informações devem constar do relatório anual de gestão devendo “permitir uma compreensão da evolução, do desempenho, da posição e do impacto das suas atividades, referentes, no mínimo, às questões ambientais, sociais e relativas aos trabalhadores, ao respeito dos direitos humanos, ao combate à corrupção e às tentativas de suborno”². Desde junho de 2020, a União Europeia criou um Regulamento que estabelece um regime de promoção do investimento sustentável, que vai ainda mais longe ao definir uma taxonomia para os investimentos que podem ser rotulados como “sustentáveis”³. Nas palavras das três instituições magnas da União, não pode ser esquecido “o compromisso conjunto do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão no sentido de aderir aos princípios consagrados no Pilar Europeu dos Direitos Sociais em apoio ao crescimento sustentável e inclusivo e reconhecendo a importância dos direitos humanos e normas laborais internacionais mínimos, o cumprimento de certas salvaguardas mínimas deverá ser uma condição para que as atividades econômicas sejam classificadas como sustentáveis do ponto de vista ambiental”⁴. Apesar da preocupação de que os custos de conformidade excessivamente onerosos para os operadores econômicos, a UE poderá vir a exigir a aplicação de dispendiosos critérios técnicos de avaliação, como análises do ciclo de vida⁵.

Ademais, considerando-se a antecipação de riscos e atendimento às exigências normativas, é prática rotineira das grandes companhias realizar auditorias internas para fins de obtenção de certificações empresariais, de processos, produtos ou serviços e para operacionalizar a melhoria contínua interna, pois, em regra, quando essas empresas não estão em conformidade com as regras internas, também os processos de melhoria de gestão de riscos não estão aperfeiçoados⁶.

A área de *Compliance*, portanto, deve estar idealmente integrada em toda a empresa e posicionada para contribuir com as decisões estratégicas e se adaptar, rapidamente, às constantes mudanças inerentes ao negócio. Nesse sentido, tem-se a importância de uma governança eficaz e de uma gestão de riscos proativa⁷.

No entanto, em que pese a importância de um programa de Compliance para uma empresa de grande porte, um primeiro questionamento que se faz, por conseguinte, seria a necessidade de generalização de pro-

¹ Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014.

² Artigo 19-A da referida Diretiva.

³ Regulamento (UE) 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2020.

⁴ Preâmbulo, parágrafo 35.

⁵ Preâmbulo, parágrafo 47.

⁶ De acordo com Rocha (2019), a gestão de riscos é um conjunto de processos envolvendo o desenho, implementação, monitoração e contínua revisão da exposição de riscos. Na execução destas atividades, faz-se necessário que a empresa defina formalmente seu apetite de risco, ou seja, quanto de risco a empresa está disposta a correr na sua operação, de modo a atingir seus objetivos com competitividade e em conformidade com a legislação vigente. ROCHA. Aphonso Mehl. *O compliance para startups faz sentido?* 2019. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/1001-o-compliance-para-startups-faz-sentido>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁷ Estudo da KPMG, *Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil*. 2017. Disponível em: http://www.amchamrio.com.br/srcreleases/compliance2_bernardo_lemos.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

cedimentos de Compliance para todo e qualquer tipo de empresa, pois se sabe que a maior parte do debate se cingiu ao Compliance aplicado às grandes companhias, geralmente sociedades anônimas cotadas em bolsas de valores e que estão sujeitas às normas emanadas pelos órgãos reguladores⁸.

Não obstante, independentemente do tamanho do negócio, os novos desafios normativos são tão grandes que se impõe a formalização de políticas de Compliance para qualquer ramo de atividade econômica (privadas e públicas), de modo a garantir que a ética e a legalidade sempre prevaleçam.

Acresce que deixar as pequenas empresas fora dos processos de Compliance significaria renunciar a uma percentagem esmagadora do tecido empresarial total. Na Europa as pequenas e médias empresas representam 92,8% do total das empresas existentes⁹. Em Portugal, as micro, pequenas e médias empresas representam 99,9% no total de empresas, 96,2% são microempresas¹⁰.

Contudo, até o momento, nenhuma atenção foi dada à discussão sobre aplicação das normas de Compliance para as startups, que são empresas que surgiram com base na chamada “bolha da internet” entre 1996 e 2001¹¹. São empresas que têm, necessariamente, um caráter inovador, sendo, normalmente, criadas com base em ideias de base tecnológica, inovadoras e promissoras, e, por essa razão, a sua especificidade mais relevante é a sua possibilidade de crescimento¹².

A rapidez e a facilidade com que se produzem inovações, especialmente as baseadas em tecnologias de informação e comunicação, são, de fato, propícias ao surgimento e ascensão dessas novas empresas e, diante disso, elas devem, cada vez mais, se proteger contra os riscos inerentes à sua gestão.

Os gestores de startups atuam em ambientes altamente competitivos e nem sempre estão atentos em estruturar um programa de *Compliance*, uma vez que, nesse modelo de empresa, estes passam grande parte de seu expediente validando produtos e serviços, e verificando a sua aderência ao mercado, sem muito apoio da gestão¹³ e sem uma noção clara de quais riscos seu negócio pode correr.

Ademais, os gestores desse tipo de negócio, caso fossem omissos em relação à implementação de um programa de Compliance e, eventualmente, incorressem em práticas corruptivas ou incumprimento de normas de enquadramento da atividade, as multas e penalidades relativas a esse ato seriam brutalmente elevadas, na medida em que o ônus a pagar afetaria sobremaneira a continuidade das atividades desse tipo de negócio.¹⁴

⁸ PINHEIRO, Caroline da Rosa; LUCENA, Victor Eduardo da Silva; CARVALHO, Chayene Tavares. Compliance: os mecanismos de controle interno e a organização das pessoas jurídicas no combate à corrupção. *Revista da JOPIC*, Teresópolis, v. 01, n. 03, 2018.

⁹ Dados do Eurostat para os 28 Estados Europeus, em 2015 <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20181119-1> (consulta em 20 de setembro de 2019).

¹⁰ Dados oficiais de 2017 disponíveis em <https://www.pordata.pt/Portugal/Pequenas+e+m%C3%A9dias+empresas+em+percentagem+do+total+de+empresas+total+e+por+dimens%C3%A3o-2859> (consulta em 20 de setembro de 2019).

¹¹ A bolha da Internet foi caracterizada pelos altos investimentos por intermédio de ações em empresas do tipo pontocom. Naquele período, as ações para financiamento cresceram significativamente decorrentes da supervalorização desse modelo de empresa. Os modelos de negócios de empresas ligados à tecnologia, caracterizadas como empresas inovadoras e promissoras teve valorização descomedida ao ponto de ser designada bolsa de valores, voltada exclusivamente para esse segmento. A *NASDAQ* (*National Association of Securities Dealers Automated Quotations*) formada por ações de empresas de tecnologia foi criada em 1971, entretanto, somente se popularizou com o advento da “Bolha da Internet”, fato que contribuiu para o aumento das startups. (NAGAMATSU, Fabiano Akiyoshi; BARBOSA, Janaina; REBECCHI, Adriana. Business model generation e as contribuições na abertura de startups. SINGEP e I S2IS, 2., *Anais...* São Paulo, 07 e 08 nov. 2013. Disponível em: <http://repositorio.uninove.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/556/659-1192-1-RV%20-%20business%20model%20generation.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 jul. 2019. p. 3).

¹² SANTOS, João Vieira dos. Medidas de estímulo à inovação no âmbito das startups. *Papern*. 8/BD/iLab/Cedis/2017. Disponível em: <http://ilab.cedis.fd.unl.pt/base-dogmatica/>. Acesso em: 08 jul. 2019. p. 04.

¹³ Muitas startups nascem em “incubadoras” de empresas de base tecnológica (para as quais exibem concursos e rankings internacionais como, por exemplo, a plataforma University Business Incubator <https://ubi-global.com>) que proporciona alguns serviços administrativos às startups durante os primeiros anos de vida.

¹⁴ No Brasil, de acordo com a Lei 12.846/2013 – Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao

Um empreendimento inovador não poderia abster-se de respeitar a ética materializada em seus negócios, se quiser se destacar no mercado internacional, esse objetivo tão almejado pelos empreendedores.

É nesse contexto que as ferramentas de governança, aliadas ao *Compliance*, são essenciais para auxiliar o entendimento de todo o processo do negócio, a análise dos riscos, a auditoria de métricas e a promoção de uma melhor compreensão do conteúdo e importância das informações.

Portanto, em um mercado concorrencial e um mundo cada vez mais conectado e com abundância de informações, não somente as grandes empresas, mas também esses novos empreendimentos precisam estar alinhados ao *Compliance* e seguir as melhores práticas de gestão.

É de suma importância, portanto, o desenvolvimento de uma cultura de ética empresarial e a adequação das startups às normas de integridade, notadamente o Compliance, para a potencialização do investimento nessas empresas.

Em face do quadro sumariamente desenhado, conforme se apresentará na sequência, o estudo deste artigo inicia-se pela conceitualização das *startups*, de forma a percebermos o seu âmbito e as suas principais características. Em seguida, discutiremos sobre o *Compliance* e suas implicações, com um breve exame do que envolve todo o processo. Por fim, será realizada uma análise do desafio que é implantação de uma “cultura de *Compliance*” em empresas do tipo startup.

O método de abordagem utilizado neste artigo é o dedutivo, uma vez que parte de pressupostos e conceitos já consolidados no mercado, e, diante disso, com o desenvolvimento do tema, será possível verificar os mecanismos do Compliance e seus desafios de implementação no modelo de negócio de uma startup e os efeitos da internalização desses programas de conformidade.

2 *Startup*: definição e objetivo

Para entender o contexto de implementação de um sistema de *Compliance* e de governança corporativa no modelo de negócio de uma *startup*, faz-se necessário, primeiramente, desmembrar os dois conceitos de *Startup* e de *Compliance*.

No tocante ao conceito de *startup*, como já citado anteriormente, tudo começou durante a época que chamamos de bolha da internet, entre 1996 e 2001. No entanto, há lacunas de questionamento para discussão e interpretação do significado de *startup*.

A *startup* é uma empresa jovem com um modelo de negócios repetível e escalável, em um cenário de incertezas e soluções a serem desenvolvidas.¹⁵ Embora não se limite, apenas, aos negócios digitais, uma *startup* necessita de inovação tecnológica para não ser considerada uma empresa de modelo tradicional.

Para Blank¹⁶, *startup* é uma organização formada para pesquisar um modelo de negócio que possa ser repetido e escalável. Assim como para Gitahy¹⁷, *startup* é uma empresa jovem em fase inicial e de construção

da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Em Portugal a Lei de Responsabilidade Ambiental (Decreto-Lei 147/2008, de 29 de julho, que transpõe a Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, estabelece a responsabilidade solidária de dos diretores, gerentes ou administradores de empresas que causem danos ambientais (artigo 3º).

¹⁵ Yuri Gitahy é investidor-anjo, conselheiro de empresas de tecnologia e fundador da Aceleradora, que apoia startups com gestão e capital semente. GITAHY, Yuri. *O que é uma startup?*. 2011. Disponível em: <http://www.emprededoronline.net.br/o-que-e-uma-startup/>. Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁶ BLANK, Steve. *The four steps to the epiphany*. 2006. Disponível em: http://www.stanford.edu/group/e145/cgi-bin/winter/drupal/upload/handouts/Four_Steps.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁷ GITAHY, Yuri. *O que é uma startup?*. 2011. Disponível em: <http://www.emprededoronline.net.br/o-que-e-uma-startup/>.

dos seus projetos, que está diretamente ligada à pesquisa, investigação e desenvolvimento de ideias inovadoras, em que há um grupo de pessoas em busca de um modelo de negócios repetível e escalável, e que trabalham em condições de extrema incerteza.

Nas palavras de Perin¹⁸, não ter a certeza sobre como será a inserção do modelo de negócio de uma *startup* é a característica mais comum desse tipo de negócio, ou seja, sua extrema incerteza. Ademais, outra dúvida que caracteriza o conceito de *startup* seria a aceitação pelos consumidores, se acolherão aquele novo serviço, se as pessoas entenderão a que se destina, se estarão dispostas a pagar pela oferta.

Há, ainda, quem afirme que qualquer pequena empresa em seu período inicial pode ser considerada uma *startup*. Outros defendem que *startup* é uma empresa com custos de manutenção muito baixos, mas que consegue crescer rapidamente e gerar lucros cada vez maiores.

Na maioria das situações, essas organizações enxutas acabam por fornecer novos caminhos e inovações tecnológicas para resolver grandes problemas sociais e empresariais, beneficiando muitas grandes empresas.

Outra questão importante que envolve o conceito de *startup* refere-se a como ocorre o seu financiamento. Via de regra, esse modelo de negócio se inicia com aporte mínimo de capital e, dado o elevado grau de incerteza quanto ao seu sucesso, o acesso às vias normais de financiamento enfrenta expressiva dificuldade.

Tal dificuldade inviabiliza grande parte das *startups*, uma vez que estas necessitam de financiamento para o lançamento de produtos, serviços ou de conceitos, até então, desenvolvidos, bem como investir no seu marketing inicial¹⁹.

Para que seu crescimento seja garantido, em determinado momento de seu ciclo de maturidade, é necessária uma injeção expressiva de capital. É nesse contexto que entram em cena os grandes investidores por meio de investimentos em capital de risco,²⁰ dentre outros.²¹ Além do tradicional empréstimo bancário, comum entre as grandes empresas. Porém, os bancos, nesse cenário de incertezas, demonstram-se relutantes em emprestar dinheiro a novos negócios com garantias limitadas²².

Neste sentido, é notória a grande necessidade de financiamento externo por parte das startups, devido à insuficiência de capital dos seus fundadores. Apesar de inúmeras startups iniciarem o seu desenvolvimento com o capital mínimo requerido para o efeito e serem subsistentes por si mesmas (o chamado *bootstrapping*) ou apenas com o financiamento dos elementos conhecidos como “3Fs” (family, friends and fools), num determinado ponto do seu ciclo de vida será inevitável uma injeção de capital ainda antes de qualquer retorno financeiro²³.

Independentemente da fonte de financiamento, vale ressaltar que as startups enfrentam dificuldades de obtenção de investimento, devido aos seus ativos majoritariamente intangíveis, curto histórico de

Acesso em: 02 jul. 2019.

¹⁸ PERIN, Bruno. *A revolução das startups: o novo mundo do empreendedorismo de alto impacto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

¹⁹ SANTOS, João Vieira dos. Medidas de estímulo à inovação no âmbito das startups. *Papern*, n. 8/BD/iLab/Cedis/2017. Disponível em: <http://ilab.cedis.fd.unl.pt/base-dogmatica/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

²⁰ O investimento em capital de risco é uma forma de investimento empresarial com o objetivo de financiar empresas, apoiando o seu desenvolvimento e crescimento, com fortes reflexos na gestão. Uma das suas características essenciais “é a limitação do tempo do investimento sendo o retorno decorrente do ganho ou mais-valia da participação no desinvestimento” SANTOS, João Vieira dos. Medidas de estímulo à inovação no âmbito das startups. *Papern*, n. 8/BD/iLab/Cedis/2017. Disponível em: <http://ilab.cedis.fd.unl.pt/base-dogmatica/>. Acesso em: 08 jul. 2019. p. 8.

²¹ Não é objetivo deste trabalho discorrer sobre os tipos de investimentos em startups, e sim enfatizar a importância da sua existência haja visto que o fato de as startups carecerem de investimentos externos, influencia diretamente no fato de a empresa necessitar ter uma imagem que transmita credibilidade ao mercado.

²² SEQUEIRA, Joana. *Financiamento de startups com recurso a financiamento angel em Portugal: estudo de caso*, 2014. Disponível em: <http://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/7499>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²³ SANTOS, João Vieira dos. Medidas de estímulo à inovação no âmbito das startups. *Papern*, n. 8/BD/iLab/Cedis/2017. Disponível em: <http://ilab.cedis.fd.unl.pt/base-dogmatica/>. Acesso em: 08 jul. 2019. p.07.

crédito e ao elevado grau de incerteza quanto ao seu sucesso²⁴.

E, todavia, a problemática do financiamento das startups é, especialmente, importante para garantir a continuidade da inovação e, por conseguinte, a sua presença no mercado.

3 O *compliance* e suas implicações

Compliance é um termo incorporado ao vocabulário corporativo e faz parte dos controles internos e da gestão de riscos das grandes empresas.

Para Candeloro *et al.*²⁵, é dado ao *Compliance* a seguinte definição:

um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados “riscos de compliance”, a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades.

De acordo com a afirmação de Manzi²⁶, *Compliance* é “o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal²⁷”.

Portanto, podemos afirmar que o termo *Compliance* significa agir de acordo com uma regra, ou seja, estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos de uma determinada estrutura empresarial.

A gestão de *Compliance* em uma organização visa garantir a proteção da empresa e assegurar o cumprimento de normas e procedimentos. Integrada com a governança corporativa, assegura o aprimoramento do seu valor e da sua reputação e imagem institucional perante o mercado.

Embora o *Compliance* tenha sua origem na questão relacionada à necessidade de se criar instrumentos de maior credibilidade e garantia no mercado financeiro, este dispositivo não é, necessariamente, exclusivo deste setor. Com o processo evolutivo do mercado como um todo, passa o *Compliance* a ser aplicável às empresas que atuam nos mais diversos setores, como no direito do trabalho, nas normas de defesa do direito da concorrência, na área da saúde, no direito dos desportos, e no direito do ambiente, dentre tantos outros.

Nas palavras de Carvalho²⁸, o compliance pressupõe disciplinas internas impostas pelas empresas, através dos códigos de conformidade, para fazer cumprir a legislação, seguir regras, diretivas que estejam estabelecidas e relacionadas com o ramo de atividade em que o negócio se insere.

Para Lira²⁹, manter uma empresa em conformidade significa atender aos normativos dos órgãos reguladores, de acordo com as atividades desenvolvidas pela empresa, bem como dos regulamentos internos, principalmente aqueles inerentes ao seu controle interno, uma vez que tem como papel central proporcionar diretrizes eficazes para fazer cumprir regras, sejam estas impostas por lei, regulamentos, códigos de ética ou de conduta, por isto seria importante a implementação, de fato, de uma cultura de *Compliance*.

²⁴ FREITAS, José. *O venture capital: a transformação de uma ideia inovadora numa empresa de sucesso*. 2014, p. 14. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/76812?locale=pt>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁵ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012.

²⁶ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

²⁷ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 15.

²⁸ CARVALHO, Karine Citó Carneiro de. “*Compliance*” no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção. Dissertação (Mestrado)—Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

²⁹ LIRA, Michael Pereira. *O que é compliance e como o profissional da área deve atuar?* Disponível em: <https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Ou seja, uma “cultura de Compliance” parte do pressuposto que uma empresa, seja ela startup ou não, implemente e execute com seriedade os referidos programas, por meio dos chamados códigos de conduta corporativos³⁰, que impõe para essas empresas determinados padrões de comportamento no que tange à gerência da atividade empresarial.

Em que pese a importância da efetivação de um programa de *Compliance*, importante salientar, também, que, atualmente, o direito digital é latente e toma grande relevância o *Compliance* de dados³¹. O processo para a conformidade é amplo e o envolvimento de outras áreas, como da tecnologia da informação, pode agregar elevado valor ao processo de gestão de riscos corporativos.

O conhecimento acerca da proteção de dados e sobre os seus princípios, diretrizes e implicações é significativo e decisivo. Esse fenômeno é mais acentuado nas grandes empresas, pois estas tendem a ter uma maior consciência, preparação e proatividade para tomar as ações necessárias ao cumprimento.

Geralmente, tem-se a ideia de que *Compliance* deve ser feito, apenas, por grandes empresas, multinacionais. No entanto, a conformidade com a legislação e os regulamentos é uma tarefa que deve ser observada por todas as empresas, independentemente da sua magnitude. Uma vez pautada em um bom programa de *Compliance*, a relação com consumidores, funcionários, parceiros, fornecedores ou financiadores, torna-se mais saudável e protegida.

Nessa perspectiva jurídica, independentemente do tamanho das sociedades, sejam elas *startups* ou não, ao não disporem de um programa de *Compliance* e governança corporativa, a elas poderão ser atribuídas penalidades por atos praticados por seus gerentes, dirigentes ou funcionários relativos aos crimes da lei anticorrupção e de branqueamento de capitais³² ou por quaisquer atividades causadoras de danos ecológicos³³, por exemplo.

4 O compliance e as startups: o exemplo do compliance ambiental

É sabido que não há uma solução de *Compliance* específica sirva todas as organizações empresariais, sequer para *startups*. Uma boa solução, além de depender da área de negócio da empresa, vai sempre ser baseada na cultura da empresa, no mercado onde está inserida e nos riscos do seu negócio. Em virtude de não

³⁰ TEUBNER, Günther. “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais?” In: SCHWARTZ, Germano (org). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109 e ss.; em crítica a Teubner: “con fundamento en la crítica luhmanniana de los costos de la auto-diferenciación promovida por los standards corporativos en la sociedad mundial, Teubner reconoce la doble reflexividad de los códigos de conducta corporativos, en que la capacidad operativa de las organizaciones crea modificaciones internas a partir de constricciones externas, impuestas por los límites a la libertad de actuación empresarial en el ámbito de los derechos humanos, socio-ambientales y laborales. La complejidad del comportamiento económico, sin embargo, aprende con esa doble reflexividad y no deja de legitimar nuevas formas de agregar valor aún cuando su comportamiento parece no ser orientado por el lucro, de tal forma que ostentar una policy making sostenible en términos de derechos humanos, paradójicamente, incorpora valor a la empresa, atrayendo a los inversores que actúan bajo las ideas de gobernanza, tornándose, igualmente, ‘factor de competencia’ en la sociedad mundial”.

³¹ O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu assim como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira são diplomas legais relativos à proteção das pessoas físicas no que respeita ao tratamento dos seus dados pessoais e à livre circulação destes. São legislações aplicáveis a todas as empresas que tratem de dados pessoais, isto é, que realizem operações com dados de pessoas singulares. Ao contrário do regulamento europeu que vigora há mais de um ano, o brasileiro encontra-se em *vacatio legis* e passará a vigorar em janeiro de 2020.

³² BORTMAN, Roberto. *Da necessidade da implantação de políticas de governança corporativa e programas de compliance e de integridade em face da lei anticorrupção e de branqueamento de capitais nas startups, empresas de pequeno porte, micro-empresas e EIRELIs*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58044/da-necessidade-da-implantacao-de-politicas-de-governanca-corporativa-e-programas-de-compliance-e-de-integridade-em-face-da-lei-anticorrupcao-e-de-branqueamento-de-capitais-nas-startups-empresas-de-pequeno-porte-micro-empresas-e-eirelis>. Acesso em: 22 jun. 2019.

³³ Sobre o conceito de danos ecológicos, ver ARAGÃO, Alexandra Dano ecológico: critérios práticos de identificação e avaliação. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 2, p. 271-307, 2013. p. 271-307.

haver uma fórmula pré-formatada, a análise da conformidade deve sempre ser feita caso a caso.

As *startups*, por operarem em uma estrutura mais simples que os modelos de negócio tradicionais, poderiam, em um primeiro momento, indicar a desnecessidade da implementação de uma estrutura de *Compliance*.

No entanto, engana-se, veementemente, quem julga que essas estruturas não precisam da adoção de regras e práticas em conformidade com leis e regulamentos internos e externos.

No caso do *Compliance* ambiental, por exemplo, porque mesmo tratando-se de empresas de base tecnológica, os seus impactos ambientais podem ser em termos relativos, muito significativos. Por exemplo, empresas de equipamento informático, cada vez mais miniaturizado, movimentam quantidades pequenas de materiais (se a quantidade utilizada por cada empresa for considerada em termos absolutos), embora com impactos significativos³⁴. Certos materiais utilizados nos componentes eletrônicos (nos microchips, nas baterias) pela sua escassez ou pela dificuldade de obtenção geram impactos e conflitos como acontece com o nióbio³⁵ ou o lítio³⁶. Noutros casos, as startups até dispensam o uso de matérias primas naturais, na medida em que o seu negócio é, apenas, virtual, como o desenvolvimento de software. No entanto, a economia digital não deixa de ter igualmente impactos ambientais muito significativos pelos consumos energéticos associados à circulação de informação³⁷ ou às transações comerciais³⁸.

Por outro lado, as startups, para conseguirem financiamento, precisam atender às exigências formais dos financiadores/investidores, dentre elas, a implementação e aplicação de um programa sólido e robusto de *Compliance*.³⁹

A elaboração de um programa de *Compliance* deve ser planejada, considerando-se, também, o ambiente operacional, o apetite a risco e a comunicação com todos os *stakeholders*⁴⁰, pois, quando as *startups* atingem o apogeu do sucesso, essas empresas, agora bem-sucedidas, passam a adotar valores fortes, e a implantação de um programa de conformidade se torna crucial uma vez que “quanto mais políticas, módulos de treinamento ou camadas de procedimentos de conformidade um programa oferecer, melhor será para a startup”⁴¹.

Assim como ocorre com grandes corporações, as *startups* devem promover uma cultura de boas práticas, da verdade e respeito para fazer negócios uma vez que estes são pontos fundamentais a serem considerados quando essas empresas tentam vender as suas tecnologias aos bancos ou a investidores internos ou externos.

³⁴ Ver por exemplo o relatório do European Environmental Bureau intitulado “Coolproducts don’t cost the earth”, lançado em 18 de setembro de 2019 e disponível em <https://eeb.org/library/coolproducts-briefing/> (consultado em 20 de setembro de 2019).

³⁵ Para uma perspectiva jurídica e interdisciplinar sobre a polémica exploração do Nióbio, ver BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira. *O caso de exploração do Nióbio em Catalão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁶ Em Portugal, a mais recente polémica ambiental está relacionada com a extração do lítio.

³⁷ Sobre os impactos ambientais e especialmente os consumos energéticos das atividades digitais, encontra-se, por exemplo, o folheto informativo “A face oculta do Digital”, produzido pela Agência Nacional da Energia da França <https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/guide-pratique-face-cachee-numerique.pdf>

³⁸ As preocupações são de tal modo significativas que já é medido o índice de consumo energético das criptomoedas, por exemplo (<https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption> consultado em 20 de setembro de 2019).

³⁹ HALLEY, Paule; GARBACCIO, Grace Ladeira; CHAGAS, Ana Paula. Environmental Civil Liability of Financing Agents in the Brazilian Law. *Revista Direito Público*, IDP, Brasília, v. 15, n. 86, 2019. p. 13 – The Equator Principles were drafted by IFC (International Finance Corporation), and initially the minimum environmental and social responsibility criteria outlined in this document would be applied to projects with a total cost equal to or greater than US \$50million. In its third revision, the Principles are now applicable to projects worth more than \$10 million. According to its official website, 70% of international project finance operations in emerging countries are carried out by private banking institutions that signed these principles. More recently, on 04.25.2014, the National Monetary Council (CMN) published Resolution No. 4.327, which determines the establishment and implementation of the Social-Environmental Responsibility Policy (PRSA) by financial institutions and other institutions authorized to operate by the Central Bank.

⁴⁰ ROCHA. Aphonso Mehl. *O compliance para startups faz sentido?* 2019. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/1001-o-compliance-para-startups-faz-sentido>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴¹ Tradução nossa do trecho “*following this approach, the more policies, training modules or layers of compliance procedures a programme offers, the better it is*”. Extraído artigo do World Economic Forum: “Why the most successful businesses have strong values” <https://www.weforum.org/agenda/2017/04/why-the-most-successful-businesses-have-strong-values/> (Porque as empresas mais bem-sucedidas têm valores fortes), de autoria de Michael Eichenwald, publicada em: 26 Abril de 2017

Como já discorreremos a respeito da necessidade de as *startups* obterem investimentos externos para o seu crescimento, as exigências para obtenção destes perpassam, na maioria dos casos, a necessidade de adaptação e *Compliance* nas estruturas internas de seu modelo de negócio.

De acordo com o que prenuncia Falcão (2017), recomenda-se que as *startups* desenvolvam auditorias internas, visando identificar eventuais descumprimentos e adotem medidas corretivas. Nesse sentido, *startups* com fortes políticas de *Compliance* tendem a ser mais bem avaliadas por investidores e a terem mais valor de mercado que outras nas mesmas condições de mercado, pois é fundamental que a empresa possua, além de credibilidade, uma criação de cultura ética baseada em governança corporativa e uma consequente consolidação de sua reputação.

Salienta-se que um programa de *Compliance* pode ser perfeitamente adaptável ao modelo de negócios de uma startup, não necessitando a elaboração de uma estrutura complexa que dificulte o andamento das suas atividades⁴², o que trará segurança não somente aos seus idealizadores, mas também e, principalmente, aos investidores.

Também é adaptável nesse modelo de negócio o tema da governança, não se limitando às grandes empresas. Entre os pequenos empreendimentos, ela é apontada como um fator decisivo para criar valor, aumentar a liquidez e diminuir a “mortalidade” empresarial. As boas práticas empresariais também são importantes para conquistar a confiança de investidores.

Além disso, com o surgimento de legislação de proteção de dados pessoais, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁴³ e da nova Lei Geral sobre o Tratamento de Dados Pessoais (LGPD)⁴⁴, as startups que se utilizam da tecnologia como um facilitador para seu crescimento precisam se acautelar em dobro, pois alicerçam o seu modelo de negócio em dados eventualmente sensíveis de seus usuários. Assim, a privacidade e a transparência são componentes essenciais para seu desenvolvimento regular, trazendo mais uma diretriz a ser cumprida pelas empresas, o que proporcionará mais segurança não só aos seus idealizadores, mas também, principalmente, aos investidores⁴⁵.

Empresas que fazem o tratamento de dados pessoais, (o que inclui desde a simples coleta, armazenamento, leitura e compartilhamento até a complexa análise de informações como nome e e-mail ou dados de navegação de clientes), estão obviamente enquadradas no âmbito da aplicação dos diplomas legais nessa matéria.

A aplicação da LGPD ocorre, indiscriminada e independentemente, do porte da empresa que realize esse tipo de operação com dados pessoais. Não há qualquer menção à dimensão da empresa, atenuantes para *startups* e pequenas empresas ou tratamento diferenciado para os pequenos *players* do mercado. Quanto ao RGPD, a escala empresarial é tida em consideração, embora de forma ténue⁴⁶.

⁴² CARVALHO, Cláudia Bonard. *Compliance para Startups: como utilizar?*. Disponível em: <https://parceirolegal.fcmlaw.com.br/startup/compliance-startups/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴³ O RGPD é o Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, em matéria de proteção de dados e serviu como base para a LGPD, a Lei nº 13.709/2018 do Brasil.

⁴⁴ Lei nº 13.709/2018 é a lei brasileira de Proteção de Dados e que regula as atividades de tratamento de dados pessoais. Diploma legal. BRASIL. *Lei n. 13.709/2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm

⁴⁵ COSTA, Juliana. *Os benefícios de um programa de compliance nas startups*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI295749,21048-Os+beneficios+de+um+programa+de+compliance+nas+startups>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶ Concretamente, o artigo 40º n.º 1, sobre códigos de conduta, que estabelece que “os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem a elaboração de códigos de conduta destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas” e o artigo 42º n.º 1, sobre certificação: “os Estados-Membros, as autoridades de controlo, o Comité e a Comissão promovem, em especial ao nível da União, a criação de procedimentos de certificação em matéria de proteção de dados, bem como selos e marcas de proteção de dados, para efeitos de comprovação da conformidade das operações de tratamento de responsáveis pelo tratamento e subcontratantes com o presente regulamento. Serão tidas em conta as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas”.

As *startups* se desenvolvem com capital externo, dado esse fato, o dever de conformidade passa a ser ainda mais acentuado, uma vez que se deve uma prestação de contas aos investidores que não querem ver seu capital envolvido em ilicitudes ou sequer em atividades de duvidosa licitude.

Assim, como necessitam de investimento e de credibilidade para que possam atuar com certa manobra no mercado, não basta que o empreendedor seja ético⁴⁷. A ética precisa ser formalizada e empregada de forma rotineira, dando segurança para o modelo de negócios e seus investidores, por meio de mecanismos de controle preventivo de fraudes⁴⁸ e ilegalidades ou irregularidades.

É de grande importância, portanto, a verificação do ambiente de negócios onde a *startup* está inserida e, em especial, os sistemas regulatórios que a circundam. Todos os tipos de negócios possuem regulações específicas, que devem ser seguidas para que essas empresas obedeçam a um padrão de conformidade.

Ademais, o Compliance não somente visa combater a corrupção envolvendo agentes públicos, como também poderá evitar problemas da seara criminal, como o branqueamento de capitais, por meio de investimentos de terceiros, que podem vir de um investidor que tenha a intenção de cometer um ato ilícito culpável.

Logo, uma startup, que evita a ocorrência de fraudes e irregularidades por meio da implementação de políticas de Compliance, incorporando-as como uma estrutura de governança, tem mais chances de lograr êxito na consecução de suas atividades de modo que “cada empresa deve criar um programa de integridade que atenda às suas necessidades e aos seus riscos, assim como esteja dentro de seu orçamento.”⁴⁹

Essa posição embasa a proposta de buscar modelos alternativos para o modelo de negócio de uma startup, capazes de ser implantados no maior número de empresas e que assumam o compromisso com integridade e adotem medidas de prevenção e combate a ações fraudulentas, corruptas, ilegais ou irregulares, perpetuando, portanto, a prática de valores pautados na ética e na responsabilidade social⁵⁰.

5 Considerações finais

O empreendedor de startup é peculiar, uma vez que a preocupação inicial do negócio seria a busca por inovação. Na maioria dos casos, grande parte de seu expediente dá-se por meio da validação de seus produtos e serviços e verificar a aderência deles no mercado, e muitos desses não estão totalmente conscientes de quais riscos seu negócio pode correr.

Nessa senda, viu-se que as startups, para que possam dar continuidade à consecução do objeto social para os quais foram criadas, devem buscar uma avaliação dos riscos dos negócios e a implementação de códigos de ética e de conduta. As startups, portanto, caso consigam manterem-se regularizadas e conformes aos seus respectivos códigos/procedimentos/políticas internos, estarão menos sujeitas à insolvência e mais suscetíveis ao investimento de bancos e capital estrangeiro.

Como se viu, é evidente a importância da implementação de uma “cultura de Compliance” independen-

⁴⁷ Segundo FERREL *et al.*, a ética empresarial tem sido definida como “um conjunto de princípios e padrões morais que orientam o comportamento no mundo dos negócios”. FERREL; FRAEDRICH; FERREL. *Ética empresarial. Dilemas, tomadas de decisões e casos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2001.

⁴⁸ EICHENWALD, Michael. *Why the most successful businesses have strong values*. World Economic Forum, 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/04/why-the-most-successful-businesses-have-strong-values/>. Acesso em: 27 abr. 2019.

⁴⁹ SEBRAE. *Entenda as diferenças entre microempresa, pequena empresa e MEI*. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-as-diferencas-entre-microempresa-pequena-empresa-emei,03f5438af1c92410VgnVCM10000b272010aRCRD>. Acesso em: 16 jul. 2019.

⁵⁰ Em Portugal, a legislação industrial está totalmente construída na ótica de indústria responsável (Decreto-Lei n.º 169/2012, de 1 de agosto), articulando dimensões ambientais, laborais, de saúde pública, e de segurança alimentar.

temente do tamanho ou estrutura da empresa. Por analogia, a implementação de um sistema de Compliance, e como exemplo o Compliance ambiental, em uma startup, por questões estratégicas, se justificaria ainda mais.

O mercado tende a exigir, cada vez mais, condutas legais e éticas para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que prezam pela eficiência e buscam perenizar-se e aumentar os seus lucros, pois a transparência, a ética e a confiança são condições legais, e não apenas itens de ostentação.

Sem um programa de conformidade, portanto, estar-se-á submetendo a empresa a riscos, pois, para cada tomada de decisão, há um risco potencial referente à sua conformidade regulatória, operacional e até mesmo para a estratégia do negócio. O plano de avaliação e mitigação de riscos estabelece as bases para um programa de conformidade robusto que contribui diretamente para a capacidade da startup de superar a concorrência e oferecer valor ao cliente no curto, médio e longo prazo.

É necessário ter consciência sobre o ecossistema e os impactos de uma não conformidade. Em um mercado concorrencial e um mundo cada vez mais conectado e com abundância de informações, tanto as grandes quanto as pequenas empresas precisam estar alinhadas ao Compliance e seguir as melhores práticas de gestão.

Atualmente, é inimaginável que qualquer tipo de empresa, incluindo as startups, atue sem a adoção dos princípios de governança corporativa e de uma política de Compliance, principalmente após a revolução tecnológica e o fortalecimento de uma massa de consumidores críticos, que adquirem não somente produtos e serviços, mas apóiam condutas e valores, responsáveis, éticos e sustentáveis.

Referências

- ARAGÃO, Alexandra Dano ecológico: critérios práticos de identificação e avaliação. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 2, p. 271-307, 2013.
- BLANK, Steve. *The four steps to the epiphany*. 2006. Disponível em: http://www.stanford.edu/group/e145/cgi-bin/winter/drupal/upload/handouts/Four_Steps.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BORTMAN, Roberto. *Da necessidade da implantação de políticas de governança corporativa e programas de compliance e de integridade em face da lei anticorrupção e de branqueamento de capitais nas startups, empresas de pequeno porte, micro-empresas e EIRELIs*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58044/da-necessidade-da-implantacao-de-politicas-de-governanca-corporativa-e-programas-de-compliance-e-de-integridade-em-face-da-lei-anticorrupcao-e-de-branqueamento-de-capitais-nas-startups-empresas-de-pequeno-porte-micro-empresas-e-eirelis>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRANCO FILHO, Thelmo de Carvalho Teixeira. *O caso de exploração do Nióbio em Catalão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360°: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012.
- CARVALHO, Cláudia Bonard. *Compliance para Startups: como utilizar?*. Disponível em: <https://parceirolegal.femlaw.com.br/startup/compliance-startups/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- CARVALHO, Karine Citó Carneiro de. *“Compliance” no Combate à Fraude Organizacional e à Corrupção*. Dissertação (Mestrado)—Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.
- COLARES, Wilde Cunha. *Ética e compliance nas empresas de outsourcing*. Monografia (Legal Law Master)—Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2013.

COSTA, Juliana. *Os benefícios de um programa de compliance nas startups*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI295749,21048-Os+beneficios+de+um+programa+de+compliance+nas+startups>. Acesso em: 22 abr. 2019.

EICHENWALD, Michael. *Why the most successful businesses have strong values*. World Economic Forum, 2017. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/04/why-the-most-successful-businesses-have-strong-values/>. Acesso em: 27 abr. 2019.

FERREL; FRAEDRICH; FERREL. *Ética empresarial. Dilemas, tomadas de decisões e casos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2001.

FRANCO, Isabel. Os avanços do compliance no Brasil. *Havard Business Review*. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/avancos-compliance-brasil/>. Acesso em: 02 jul. 2019.

FREITAS, José. *O venture capital: a transformação de uma ideia inovadora numa empresa de sucesso*. 2014, p. 14. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/76812?locale=pt>. Acesso em: 17 jul. 2019.

GITAHY, Yuri. *O que é uma startup?*. 2011. Disponível em: <http://www.emprededoronline.net.br/o-que-e-uma-startup/>. Acesso em: 02 jul. 2019.

HALLEY, Paule; GARBACCIO, Grace Ladeira; CHAGAS, Ana Paula. Environmental Civil Liability of Financing Agents in the Brazilian Law. *Revista Direito Público, IDP, Brasília*, v. 15, n. 86, 2019.

KPMG. *Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil*. 2017. Disponível em: http://www.amchamrio.com.br/src/releases/compliance2_bernardo_lemos.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

LIRA, Michael Pereira. *O que é compliance e como o profissional da área deve atuar?* Disponível em: <https://michaelira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MCKENZIE, Daniel. *Startup Law to A a Z: regulatory compliance*. Disponível em: https://techcrunch.com/2019/04/04/startup-law-a-to-z-regulatory-compliance/?guccounter=1&guce_referrer_us=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x1LnNvbS8&guce_referrer_cs=DvP_2IHGvijjECnw_Csg5w. Acesso em: 01 maio 2019.

NAGAMATSU, Fabiano Akiyoshi; BARBOSA, Janaina; REBECCHI, Adriana. Business model generation e as contribuições na abertura de startups. SINGEP e I S2IS, 2., *Anais...* São Paulo, 07 e 08 nov. 2013. Disponível em: <http://repositorio.uninove.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/556/659-1192-1-RV%20-%20business%20model%20generation.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 jul. 2019.

PERIN, Bruno. *A revolução das startups: o novo mundo do empreendedorismo de alto impacto*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

PINHEIRO, Caroline da Rosa; LUCENA, Victor Eduardo da Silva; CARVALHO, Chayene Tavares. Compliance: os mecanismos de controle interno e a organização das pessoas jurídicas no combate à corrupção. *Revista da JOPIC*, Teresópolis, v. 01, n. 03, 2018.

REANI, Valéria. *O Compliance nas Startups: entenda os motivos para investir nesta prática*. Disponível em: <https://oabcampinas.org.br/o-compliance-nas-startups-entenda-os-motivos-para-investir-nesta-pratica/>. Acesso em: 05 maio 2019.

RIES, Eric. *The Lean Startup: how today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful businesses*. Random House, 2017.

ROCHA, Aphonso Mehl. *O compliance para startups faz sentido?* 2019. Disponível em: <https://www legiscom->

pliance.com.br/artigos-e-noticias/1001-o-compliance-para-startups-faz-sentido. Acesso em: 22 abr. 2019.

SANTOS, João Vieira dos. Medidas de estímulo à inovação no âmbito das startups. *Papern*, n. 8/BD/iLab/Cedis/2017. Disponível em: <http://ilab.cedis.fd.unl.pt/base-dogmatica/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 108, p. 436-437, 2013.

SEBRAE. *Entenda as diferenças entre microempresa, pequena empresa e MEI*. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-as-diferencas-entre-microempresa-pequena-empresa-emei,03f5438af1c92410VgnVCM10_0000b272010aRCRD. Acesso em: 16 jul. 2019.

SEQUEIRA, Joana. *Financiamento de startups com recurso a financiamento angel em Portugal: estudo de caso*, 2014. Disponível em: <http://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/7499>. Acesso em: 17 jul. 2019.

SIGNORI, Gláuber Guilherme; MARTINS, Amilton Rodrigo de Quadros; SILVA JUNIOR, Moacir da; KALIL, Fahad; CAPELARI, Márcia Rodrigues. Startup e inovação: inovando na forma de pensar e decretando o fim das velhas ideias. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE PARQUES TECNOLÓGICOS E INCUBADORA DE EMPRESAS - BELÉM/PA, 24. *Anais...* Faculdade IMET, Porto Alegre, set. 2014. Disponível em: http://www.eventos.ufu.br/sites/eventos.ufu.br/files/documentos/9602_-_caracteristicas_de_compliance_nas_empresas_listadas_na_bmfbovespa.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

TEICHMANN, Fabian M.; SERGI, Bruno S. *Compliance in Multinational Corporations: Business Risks in Bribery, Money Laundering, Terrorism Financing and Sanctions*. United Kingdom: Emerald Publishing, 2018.

VASCONCELOS, Giliard Gonçalves; MALAGOLLI, Guilherme Augusto. Inovação Startup: Transformando ideias em Negócios de Sucesso. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*, ano 01, v. 09, p. 739-753, out./nov. 2016. ISSN:2448-0959.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

El protocolo de Nagoya y los acuerdos para el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: una propuesta discutida

The Nagoya protocol and the agreements for access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization: a discussed proposal

Ricardo Concha Machuca

El protocolo de Nagoya y los acuerdos para el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: una propuesta discutida

The Nagoya protocol and the agreements for access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization: a discussed proposal

Ricardo Concha Machuca**

Resumen

El presente trabajo analiza el esquema de acuerdos bilaterales de acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, creado por el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) e implementado por el Protocolo de Nagoya (PN). Se identifican las principales características de este esquema, sus ventajas e inconvenientes. Finalmente, se señalan los principales desafíos que se presentan al mecanismo de enfoque bilateral, para cumplir con los objetivos de estos tratados internacionales.

Palabras clave: Recursos genéticos. Acceso y distribución de beneficios (ABS). Protocolo de Nagoya.

Abstract

This paper analyzes the scheme of bilateral agreements on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of the benefits derived from their use, created by the Convention on Biological Diversity (CBD) and implemented by the Nagoya Protocol (PN). The main features of this scheme are identified, their advantages and disadvantages. Finally, the main challenges presented the bilateral approach mechanism are pointed out, in order to fulfill the objectives of these international treaties.

Keywords: Genetic resources. Access and benefit-sharing (ABS). Nagoya Protocol.

* Recibido em 00/00/2020
Aprovado em 00/00/2020

** Doctor en Derecho. Profesor del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. E-mail: ricardo.concha@udec.cl

1 Introducción

A partir del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), de 1992, Naciones Unidas ha promovido la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, a través de un acceso adecuado a estos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes¹.

De esta forma, se comienza a abordar por los Estados una cuestión compleja, que ha sido fuente de inequidades y una expresión más de las profundas diferencias existentes entre los países en desarrollo y los industrializados, en torno a la responsabilidad por el estado actual del planeta y la participación en los beneficios provenientes de la explotación de los recursos naturales.

Para el caso de los recursos genéticos, el CDB propone transitar desde una realidad en que los estados desarrollados acceden a estos -que generalmente se encuentran en los países en desarrollo-, y los usan sin compartir los beneficios, hacia otra situación más justa y equitativa, en que el acceso a ellos está regulado por cada país y los beneficios obtenidos son distribuidos entre el país de origen de los recursos genéticos y el que los utiliza, de la manera en que se establezca en acuerdos bilaterales pactados libremente entre ellos.

El punto de partida de esta estrategia es el reconocimiento de los derechos soberanos de los estados sobre sus recursos naturales. Así, la regulación para el acceso y la participación en los beneficios, está entregada a las legislaciones nacionales de los diversos países². Posteriormente, diversos instrumentos internacionales han profundizado en el tema, destacando el Protocolo de Nagoya (PN) y el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA).

Estos tres tratados internacionales conforman la base del régimen jurídico vigente, relativo al acceso a los recursos genéticos y la distribución justa y equitativa de los beneficios, cuya finalidad es “proporcionar una base sólida para una mayor certeza y transparencia jurídica tanto para los proveedores como para los usuarios de recursos genéticos”³. Este marco jurídico internacional tiene como objetivos la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a éste. Asimismo, reconoce la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos, y la necesidad de que los instrumentos internacionales se apoyen mutuamente con miras a alcanzar sus objetivos.

De esta forma, a partir del CBN, el PN y el TIRFAA se han ido configurando dos esquemas jurídicos claramente diferenciados, que a su vez impulsan dos enfoques distintos, uno de carácter bilateral y otro multilateral, con mecanismos propios para regular el acceso y la participación en los beneficios (ABS, por sus siglas en inglés).

El enfoque bilateral fue enunciado por el CDB y complementado por el Protocolo de Nagoya. En líneas generales, propone que los diversos países establezcan en sus legislaciones nacionales, normas relativas al acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios. Posteriormente, las reglas específicas para los casos concretos de acceso a recursos genéticos específicos, se definirán en acuerdos bilaterales suscritos entre el país que aporta recursos genéticos y el que accede a ellos, bajo la modalidad del consentimiento fundamentado previo⁴.

En cambio, el enfoque multilateral, adoptado por el TIRFAA, promueve la puesta en marcha de un “sis-

¹ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010

² CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010

³ Protocolo de Nagoya, Prólogo.

⁴ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010; Protocolo de Nagoya, art. 5°.

tema multilateral de acceso y distribución de beneficios”⁵, para un número concreto de cultivos específicos, considerados clave para la seguridad alimentaria, y que representan el 80% del consumo humano total⁶.

Como se ha expresado, tanto el PN como el TIRFAA son conscientes de la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos. Y como respuesta, ofrecen dos esquemas distintos para facilitar el acceso a los recursos genéticos, en armonía con las exigencias de protección de la diversidad biológica y de seguridad alimentaria. Para intentar conciliar estos objetivos, ambos instrumentos jurídicos reconocen expresamente la necesidad de la colaboración y de apoyo mutuo para cumplir sus objetivos.

No obstante, la creación de dos marcos jurídicos diferentes solo ha evidenciado la tensión existente entre dos visiones distintas sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación en sus beneficios: una centrada en la conservación de la diversidad biológica, la mitigación del cambio climático y la adaptación a este; la otra enfocada en el acceso global a los recursos genéticos y las nuevas técnicas, para la agricultura, con el objetivo de garantizar la seguridad alimentaria y la salud pública.

Esta duplicidad de mecanismos para el acceso y participación de beneficios, parece estar afectando la disposición de los países a celebrar los acuerdos bilaterales contemplados en el Protocolo de Nagoya, reduciendo considerablemente su incidencia en el plano internacional, en favor del sistema multilateral propuesto por el TIRFAA, que favorece el acceso facilitado de los países a los recursos genéticos de 64 cultivos y forrajes relevantes para la alimentación y la agricultura, incluidos en un catálogo contenido en el Anexo I del Tratado Internacional, para su utilización gratuita o a costos reducidos⁷.

En este contexto, el presente trabajo se centra en el análisis del enfoque bilateral propuesto por el PN, que busca armonizar el acceso y la participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos con la protección de la diversidad biológica. En un primer apartado se analizan algunos conceptos básicos, relacionados con el acceso a los recursos genético y la participación en los beneficios. A continuación se revisa el marco jurídico internacional que se ha creado para regular este acceso y participación. Posteriormente, se revisan las principales características del mecanismo de acuerdos bilaterales propuesto por el Protocolo de Nagoya, para concluir identificando los principales desafíos que enfrenta este esquema, para lograr conciliar los intereses de los países que aportan los recursos genéticos con los aquellos otros que utilizan estos.

2 El acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios

Antes de iniciar el estudio del modelo propuesto por el Protocolo de Nagoya sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios que se deriven de su utilización, es necesario hacer algunas precisiones conceptuales. En primer lugar, debe indicarse que los recursos genéticos pertenecen al género de los recursos biológicos. En este sentido, el CDB señala en el art. 2º que por recursos biológicos

⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*: el sistema multilateral. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso em: 29 oct. 2020.

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION (FAO). *Compromiso Internacional y Comisión de los Recursos Fitogenéticos de la FAO*. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/3/r3812s/R3812S19.htm>. Acceso en: 30 oct. 2020.

⁷ De acuerdo con este Tratado Internacional, los países pueden acceder a estos recursos genéticos de la alimentación y la agricultura, que se conservan ex situ en bancos de semillas, de manera gratuita o a un coste de transacción mínimo, a través del Acuerdo normalizado de transferencia de material -ANTM- (art. 12.4). Los beneficios obtenidos de su utilización, y las contribuciones voluntarias de los países, se destinan a un fondo internacional administrado por el órgano rector del TIRFAA, e incluirán el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferencia. HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013. p. 70-71.

debe entenderse a “los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biónico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la Humanidad”. La misma disposición define a los recursos genéticos como “el material genético de valor real o potencial” para la humanidad. A continuación, señala que el material genético es “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”.

Por otra parte, cuando hablamos de la utilización de recursos genéticos, estamos haciendo referencia, conforme al Protocolo de Nagoya, a “la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos, incluyendo mediante la aplicación de biotecnología”⁸.

En cuanto al valor real o potencial de los recursos genéticos, de acuerdo a lo expresado en el CDB, se trata de un valor medicinal, agrícola, económico o de otra índole, como por ejemplo la importancia social, científica o cultural de estos recursos, o su relevancia para investigaciones sobre la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, entre otros⁹.

Con relación a los beneficios que se deriven de la utilización de estos recursos, el PN expresa que estos “pueden incluir beneficios monetarios y no monetarios” (art. 5.4). Son ejemplos de beneficios monetarios las tasas de acceso o las tasas por muestra recolectada o adquirida; los pagos por adelantado, de hito, o de regalías; las tasas de licencia en caso de comercialización; las tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios que apoyen la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; los salarios y condiciones preferenciales mutuamente convenidas; la financiación de la investigación; las empresas conjuntas; o la propiedad conjunta de los derechos de propiedad intelectual¹⁰.

Asimismo, son beneficios no monetarios el intercambio de resultados de investigación y desarrollo; la colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, especialmente en investigación biotecnológica; la participación en desarrollo de productos; la colaboración, cooperación y contribución a la formación y capacitación; la transferencia de conocimientos y tecnología al proveedor de recursos genéticos; la creación de capacidad institucional; o la capacitación relacionada con los recursos genéticos, entre otros¹¹.

El interés del Derecho en los recursos genéticos nace, precisamente, por el valor real o potencial que estos tienen para la humanidad, y que se expresa en beneficios -monetarios y no monetarios- para los países. Valor real o potencial que se incrementa con la investigación y el desarrollo tecnológico relacionado con estos recursos biológicos, para lograr mayores prestaciones en medicina, alimentación o agricultura. Todo ello ha generado incentivos para la explotación intensiva de los recursos genéticos, principalmente por los países desarrollados, que ha terminado afectando la diversidad biológica del planeta.

En este sentido -advierte Hervé-, como sociedad hemos manipulado los recursos genéticos desde tiempos inmemoriales, a través de métodos y procedimientos tradicionales, referidos al “cruzamiento de organismos cercanos en procesos relativamente largos, que generan nuevas variedades genéticas”; conjunto de técnicas conocidas como biotecnología tradicional¹². Esta manipulación genética se ha realizado, fundamentalmente, con los conocimientos tradicionales de las comunidades locales, y sus alcances estaban limitados por el nivel de intercambio comercial que caracterizaba a nuestras sociedades.

No obstante, a partir de los años 80 se han logrado importantes avances en el área de la ingeniería ge-

⁸ Protocolo de Nagoya, art. 2.c.

⁹ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010.

¹⁰ Protocolo de Nagoya, Anexo I.

¹¹ Protocolo de Nagoya, Anexo I.

¹² HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 124.

nética, es decir, en “el campo de la manipulación genética o del trabajo directo con genes, modificándolos o insertándolos en el mismo organismo del que se han extraído o en otro”¹³. El desarrollo de esta ciencia, también llamada biotecnología moderna, ha dado lugar a un aumento progresivo en la creación de nuevas variedades genéticas, a través de procesos biotecnológicos complejos, que logran “la introducción directa de genes de especies muy diferentes, o la introducción supresión o multiplicación de genes de la misma especie”, de manera muy rápida¹⁴.

La biotecnología moderna comenzó a incidir principalmente en tres ámbitos relevantes de la Economía mundial: i) la creación de variedades vegetales con nuevas propiedades, semillas o fertilizantes; ii) productos farmacéuticos y de diagnóstico de enfermedades para personas y animales, aditivos, o enzimas industriales; iii) agentes descontaminantes, procesos y sistemas de depuración¹⁵.

El desarrollo de la biotecnología moderna ha significado un nuevo status para el material genético, que adquirió una gran relevancia económica, social y política, a nivel global. Los genes comenzaron a tener un valor económico propio, distinto de los organismos que lo contienen, y por tanto, la biodiversidad y los recursos genéticos endémicos comenzaron a ser objeto de creciente interés para los científicos y la industria, por sus potenciales usos farmacéuticos, alimentarios, agrícolas, cosméticos o químicos, entre otros¹⁶.

Como resulta lógico, cuando la manipulación genética era llevada a cabo por las técnicas de la biotecnología tradicional, el acceso a los recursos genéticos de los países y al conocimiento tradicional asociado, estaba desregulado, era libre. Los límites al acceso a estos, estaban determinados “por las distancias y barreras geográficas, el conocimiento de su existencia, su adaptabilidad a otros ecosistemas y su aceptación o utilidad para otras culturas”¹⁷. Con la irrupción de la biotecnología moderna, estas barreras fueron fácilmente vencidas, y la industria relacionada con la manipulación genética comenzó a acceder a los recursos genéticos globales y a realizar una explotación intensiva de estos, dando lugar a desequilibrios en los países con mayor diversidad biológica y afectando a los sistemas de conocimiento de las comunidades locales¹⁸.

Ante esta situación, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), impulsada por la necesidad de combatir la pérdida de biodiversidad que se estaba produciendo, decidió impulsar un primer marco internacional para regular el acceso a los recursos genéticos, a través del Compromiso Internacional Sobre Recursos Fitosanitarios, de 1983. Este tuvo un escaso impacto, y sirvió principalmente para evidenciar los diversos conflictos de intereses entre los países en desarrollo y los industrializados¹⁹.

El Compromiso, de carácter voluntario, recogió “el principio aceptado universalmente de que los recursos fitogenéticos constituyen un patrimonio de la humanidad y de que, por tanto, su disponibilidad no debe estar restringida”²⁰. Este principio estaba alineado con la necesidad de garantizar el acceso a todos los países

¹³ APARISI, Ángela. Manipulación genética, dignidad y derechos humanos. *Persona y Derecho*, n. 41, p. 275-318, 1999. p. 276.

¹⁴ HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 124.

¹⁵ MUÑOZ, E. Ingeniería genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas. *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, n. 2, p. 151-176, 1995. p. 156.

¹⁶ PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019. p. 30-31. En el mismo sentido, HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 123-125.

¹⁷ ZAPATA, Beatriz. Acceso a recursos genéticos. In: MORAES, Mónica et al. (ed.). *Botánica Económica de los Andes Centrales*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2006. p. 521-532. p. 522.

¹⁸ MARTÍNEZ, Santiago; WALDRÓN, Talía; PASTÁS, Emmerson. Sistemas de conocimientos de comunidades étnicas y locales en clave simétrica: una propuesta dese el Instituto Alexander von Humboldt en el marco de la IPBES. Biodiversidad en la práctica. *Documentos de trabajo del Instituto Humboldt*, v. 5, n. 1, 2020. Disponible en: <http://revistas.humboldt.org.co/index.php/BEP/article/view/756/667>. Acceso en: 02 nov. 2020.

¹⁹ CORREA, Carlos. *El ejercicio de los derechos del agricultor relativos a las semillas*. 2017. P. 124-125. Disponible en: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/09/RP75_Implementing-Farmers-Rights-Relating-to-Seeds_ES.pdf Acceso en: 05 nov. 2020.

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION (FAO). *Compro-*

de los recursos genéticos esenciales para la alimentación y la agricultura, con la finalidad de garantizar la seguridad alimentaria y la nutrición, como objetivo prioritario de la FAO.

No obstante, la creciente preocupación mundial por el acelerado proceso de pérdida de la diversidad biológica, pondría en entredicho esta visión sobre el acceso a los recursos genéticos, que había legitimado, implícitamente, un modelo de explotación intensiva de estos, sin pronunciarse sobre la participación en los beneficios derivados de su utilización²¹.

En este contexto, durante la Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, se adoptó en 1992 el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) que, junto a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Agenda 21, los Principios sobre los Bosques, y la Convención Marco sobre el Cambio Climático, dieron impulso al paradigma del desarrollo sostenible, que se convertiría en un principio rector de todas las políticas públicas, nacionales e internacionales, relativas al medio ambiente y el cambio climático; entre ellas, la protección de la biodiversidad.

En particular, el CDB propició “un cambio sustantivo en el escenario internacional del manejo de los recursos genéticos”²², abandonando el principio de libre acceso a los recursos genéticos como patrimonio de la humanidad, para reconocer que “los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos”, incluidos los genéticos²³.

De esta forma, se abriría una nueva etapa en la regulación del acceso de los países a los recursos genéticos, centrada en el principio de soberanía de los Estados sobre sus recursos biológicos, la participación en los beneficios obtenidos con su utilización, el uso sostenible de estos recursos, y la radicación en los Estados de la potestad normativa relativa al acceso y la participación²⁴.

Asimismo, este cambio de paradigma significó una ampliación de los objetivos de la regulación internacional del acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios. A la salud humana, el desarrollo de la agricultura y la seguridad alimentaria -objetivos propios de la primera etapa normativa encabezada por el Compromiso Internacional Sobre Recursos Fitosanitarios, de 1983-, se sumarían nuevas finalidades, relacionadas con la conservación de la diversidad biológica, la adaptación al cambio climático y el uso sostenible de los recursos genéticos.

Detrás de esta reformulación que propone el CDB, del régimen de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios, puede observarse que -siguiendo la evolución general de la regulación relativa al medio ambiente-, el tratamiento otorgado a los recursos genéticos dio un giro desde una dimensión propiamente antropocéntrica y centrada en el crecimiento económico, hacia otra que incluye postulados del ecocentrismo y que promueve el desarrollo sostenible²⁵.

Sin embargo, este nuevo contexto ha dado lugar al desarrollo un ordenamiento internacional complejo, integrado por dos regímenes jurídicos paralelos, con mecanismos y enfoques propios, que reflejan dos visio-

miso Internacional y Comisión de los Recursos Fitogenéticos de la FAO. 2020. p. 2. Disponible en: <http://www.fao.org/3/r3812s/R3812S19.htm>. Acceso en: 30 oct. 2020.

²¹ ZAPATA, Beatriz. Acceso a recursos genéticos. In: MORAES, Mónica et al. (ed.). *Botánica Económica de los Andes Centrales*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2006. p. 521-532. p. 522.

²² HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 124.

²³ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010.

²⁴ PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019. p. 30-32; HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 124-126; ZAPATA, Beatriz. Acceso a recursos genéticos. In: MORAES, Mónica et al. (ed.). *Botánica Económica de los Andes Centrales*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2006. p. 521-532.

²⁵ SOUZA, Ivy de; AZEVEDO, Elda Coelho de. Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: Uma breve análise des escolas de pensamento ambiental. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 34, p. 1-11, 2013.

nes distintas sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios. Nos centraremos en los próximos apartados en la modalidad recogida por el Protocolo de Nagoya.

3 Régimen jurídico internacional

El marco normativo internacional sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, está integrado principalmente por tres instrumentos jurídicamente vinculantes: el Convenio sobre la Diversidad Biológica -CDB-, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se derivan de su utilización -PN-, y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura -TIRFAA-²⁶.

A través de estas tres convenciones internacionales se ha intentado configurar una estrategia común para el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios. No obstante, en la práctica se puede distinguir claramente dos regímenes jurídicos diferenciados, que generan compromisos muy diversos para los Estados que se adhieren a ellos. Y si bien ambos sistemas contienen disposiciones que promueven la coordinación y colaboración entre estos²⁷, no se ha podido generar un nivel de cooperación adecuado para proyectar un sistema integrado de acceso y participación en torno a los recursos genéticos²⁸.

El primer régimen jurídico está formado por el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. Tiene como objetivo la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, por medio del acceso apropiado a estos y la transferencia adecuada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías, contribuyendo de esta forma a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes²⁹.

Como se ha mencionado, el CDB da inicio a una nueva etapa en la regulación de los recursos genéticos, centrada en la participación en los beneficios derivados de su utilización. De esta forma, el acceso a estos recursos pasa a formar un sistema indivisible con la participación en los beneficios, y ambos deben contribuir a la conservación de la biodiversidad, como finalidad última del Convenio.

Para poner en práctica su propuesta de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios que se deriven de su utilización -ABS-, el Convenio sobre la Diversidad Biológica establece un mecanismo basado en acuerdos bilaterales entre el país que aporta estos recursos y el que los utiliza, que contienen las condiciones que rigen el acceso y la participación en los beneficios³⁰.

No obstante, esta estrategia de acuerdos bilaterales impulsada por el CDB, tuvo escaso desarrollo e impacto entre los países³¹. Ante esta situación, la Conferencia de las Partes del Convenio, reunida en la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo 2002, adoptaría diversas medidas encaminadas a poner en

²⁶ CABRERA, Jorge. *La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura: opciones y recomendaciones de política para una implementación sinergia a nivel nacional*. Quito: UICN-PNUMA, 2013. p. 6-7.

²⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: el sistema multilateral*. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso em: 29 oct. 2020.

²⁸ HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013. p. 70.

²⁹ Protocolo de Nagoya, art. 1°.

³⁰ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010.

³¹ HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007. p. 124.

práctica este mecanismo. Entre ellas, elaboró las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización³². Además, recomendó negociar “la creación de un régimen internacional para promover y salvaguardar de forma eficaz la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos”³³.

Esta recomendación será recogida por la Conferencia de las Partes del Convenio de 2004, que daría lugar, después de seis años de negociaciones, al Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, de 2010, y en vigor desde el 12 de octubre de 2014³⁴.

El propio Protocolo de Nagoya se reconoce como un “instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio”³⁵. Complementa la propuesta del CDB sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios, desarrollando un conjunto de instrumentos que giran en torno al mecanismo de los acuerdos bilaterales. Como consecuencia, el PN proporciona un marco flexible para -a través de estos acuerdos-, adaptarse a las preocupaciones y capacidades de los países desarrollados y en desarrollo, y además fomentar las asociaciones entre las autoridades nacionales y locales, las comunidades indígenas y locales y el sector privado³⁶.

En definitiva, el régimen jurídico establecido con del CDB y el PN promueve un mecanismo de ABS con un enfoque bilateral, centrado en acuerdos celebrados entre el país que proporciona los recursos genéticos y el que accede a ellos. En ellos se establecen las condiciones mutuamente acordadas para el acceso a estos recursos y a los conocimientos tradicionales asociados, la participación en los beneficios derivados de su utilización, y el consentimiento informado de las comunidades indígenas y locales cuando corresponda, conforme a la legislación nacional de los países³⁷.

El segundo régimen jurídico está encabezado por el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, cuyo objetivo es

La conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria³⁸.

Este tratado internacional establece, en el art. 10, un mecanismo denominado Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios. Para su funcionamiento, incluye un catálogo con 64 cultivos alimentarios y forrajes -Anexo I-, que representan el 80% del consumo humano total. De esta forma, los países acuerdan que sus recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como la información asociada a estos cultivos, depositados en bancos de germoplasma, estarán disponibles para todos en este sistema

³² CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Directrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010.

³³ NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas, párrafo 44, 2002.

³⁴ PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019. p. 30-31.

³⁵ Protocolo de Nagoya, art. 4.4.

³⁶ MORGERA, Elisa; TSILOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias. *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the convention on biological diversity*. Leiden: Brill, 2014. p. 1-2.

³⁷ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *El Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. Montreal: Secretaría del CDB, 2011. Disponible en: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revise/web/factsheet-nagoya-es.pdf>. Acceso en: 03 nov. 2020; CABRERA, Jorge. *La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura: opciones y recomendaciones de política para una implementación sinergia a nivel nacional*. Quito: UICN-PNUMA, 2013. p. 6-7.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: el sistema multilateral*. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso em: 29 oct. 2020.

multilateral -SML-³⁹.

El TIRFAA pretende, desde un enfoque multilateral, lograr “un acceso facilitado a estos recursos, minimizando los costos de transacción asociados al acceso y creando un esquema multilateral de beneficios [...] desvinculado del origen de los materiales genéticos que son transferidos a los usuarios”⁴⁰.

El punto de unión de los dos esquemas normativos, está dado por la identificación de unos objetivos comunes, referidos a la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización⁴¹.

Además, la disposición del art. 4.4 del Protocolo de Nagoya, establece una clara regla para las relaciones entre ambos mecanismos:

Quando se aplique un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios que esté en consonancia con y no se oponga a los objetivos del Convenio y de este Protocolo, el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento especializado respecto a los recursos genéticos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo⁴².

Esto significa que el propio Protocolo, reconoce que el mecanismo jurídico que entrega el bloque CDB y PN contiene el régimen general en la materia, y que se deberá preferir la aplicación de los tratados internacionales especializados, cuando sus normas no sean contrarias a los objetivos del Convenio y del Protocolo -protección de la diversidad biológica, uso sostenible de los recursos biológicos y participación en los beneficios-.

No obstante, ha resultado difícil de cumplir tanto las exigencias de colaboración y coordinación como las reglas que regulan las relaciones entre ambos regímenes jurídicos. Estos cuentan con sus propios mecanismos y enfoques, representan dos visiones distintas de la función que cumple la regulación del acceso a los recursos genéticos y la distribución de los beneficios que se deriven de su utilización, haciendo que la idea de crear un régimen jurídico internacional complejo pero cohesionado en torno al acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios, hasta ahora no sea más que una quimera.

En su origen, ambas estructuras normativas provienen de realidades distintas. El CDB y el PN nacieron a la luz de las ideas proteccionistas que comienzan a influir en el desarrollo de un creciente número de normas de Derecho Internacional sobre el medio ambiente y el cambio climático, que se vislumbraría con la Conferencia sobre el Medio Humano, de Estocolmo 1972, y que se concreta en Río 1992, con la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴³.

En cambio, el TIRFAA es producto de la actividad normativa que ha realizado la FAO -a partir del Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos, de 1983-, en torno a la agricultura y la alimentación, reconociendo la función de los recursos genéticos como materia prima para el mejoramiento genético de los cultivos⁴⁴. Con el se buscaba introducir los nuevos enfoques de la FAO que conciliaban el acceso libre a

³⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*: el sistema multilateral. 2020. p. 2. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso em: 29 oct. 2020.

⁴⁰ CABRERA, Jorge. *La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura*: opciones y recomendaciones de política para una implementación sinergia a nivel nacional. Quito: UICN-PNUMA, 2013. p. 6.

⁴¹ HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013. p. 70.

⁴² Protocolo de nagoya, art. 4.4.

⁴³ Sobre este punto, véase JARIA, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; SCHOI-JET, M. *Límites del crecimiento y cambio climático*. México D.F.: Siglo XXI, 2008; GALLOPÍN, G. Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, n. 64, p. 1-40, 2003.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACION. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*: el sistema multilateral. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso em: 29 oct. 2020.

estos recursos, con la distribución de los beneficios y los derechos de los agricultores⁴⁵.

Asimismo, en cuanto a sus finalidades, el CDB y el PN están enfocados en la conservación de la diversidad biológica y la protección de los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y locales. Estos objetivos adquieren una función de principios orientadores de la aplicación de los mecanismos e instrumentos contemplados principalmente en el PN. En cambio, el TIRFAA promueve el acceso y la participación en los beneficios, centrándose en la importancia de los recursos genéticos para la agricultura y la seguridad alimentaria. Es decir, está enfocado en facilitar a los países el acceso a los recursos genéticos, para su utilización principalmente en la agricultura, con la finalidad de garantizar la seguridad alimentaria.

De esta forma, los dos mecanismos de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios derivados de su utilización, revelan una tensión entre los intereses de los países ricos en diversidad biológica, que privilegian un acceso previamente pactado a sus recursos genéticos, al amparo de la estrategia de conservación de la biodiversidad, y aquellos que utilizan estos recursos, que promueven la limitación de las restricciones en el acceso, atendida su relevancia en la seguridad alimentaria de la población humana.

Nos centraremos en el sistema de acuerdos bilaterales, implementado por el Protocolo de Nagoya, por su mayor coherencia con la situación ambiental actual, de transición ecológica generada por el cambio climático; el incentivo que genera a que los países elaboren sus propias normas sobre acceso y participación en los beneficios; la referencia a los conocimientos tradicionales asociados y de los derechos de las comunidades locales e indígenas, como parte de los acuerdos; y por su relevancia como instrumento para evitar la biopiratería⁴⁶.

4 Los acuerdos bilaterales de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios derivados de su utilización

El mecanismo de ABS diseñado por el CDB y complementado por PN, posee la siguiente estructura⁴⁷:

- a) Se reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales.
- b) Se incorpora un deber para las partes contratantes, de crear condiciones para facilitar el acceso justo y no arbitrario a sus recursos genéticos, para usos ambientalmente adecuados, y que excluyan restricciones contrarias a los objetivos del Convenio.
- c) Los Estados establecerán en sus legislaciones nacionales, requisitos de acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales relativos a la utilización de estos recursos, así como medidas para garantizar la participación en los beneficios derivados de esa utilización.
- d) Los países que accedan a recursos genéticos o a conocimientos tradicionales asociados, deberán obtener el consentimiento fundamentado previo del país que aporta estos, a través de acuerdos bilaterales que establezcan las condiciones, mutuamente pactadas, de acceso y participación en los beneficios.

⁴⁵ CABRERA, Jorge. *La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura*: opciones y recomendaciones de política para una implementación sinergia a nivel nacional. Quito: UICN-PNUMA, 2013. p. 13.

⁴⁶ FRISO, Fabio *et al.* Implementation of Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in Peru: implications for researchers. *Journal of Ethnopharmacology*, v. 259, p. 1-8, 2020; RIBADENEIRA, Mónica. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: cuatro retos para su implementación en países de América Latina y el Caribe, n. 15, p. 127-146, 2014. p. 131-137; HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013. p. 73-80.

⁴⁷ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010; Protocolo de Nagoya, arts. 5 a 8.

- e) Cuando los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales estén en posesión de comunidades indígenas y locales, los países deberán adoptar en sus legislaciones nacionales, medidas para asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas o locales, y la participación de estas en los beneficios. Asimismo, en los acuerdos bilaterales se deberán incorporar disposiciones relativas a la participación en los beneficios de estas comunidades.

Esta modalidad de ABS, introducida por el Convenio, “se ha establecido para que los distintos Estados ejerzan su derecho soberano a controlar debidamente el acceso a los recursos bajo su jurisdicción, con sujeción a los acuerdos específicos sobre la distribución de beneficios”⁴⁸.

En el mismo sentido, Pschel expresa que el PN

Establece un delicado equilibrio de miradas e intereses: por una parte, procurar que existan procedimientos claros y transparentes de acceso y promoción de la investigación y los negocios relacionados con recursos genéticos y conocimientos tradicionales y, por otra, evitar la apropiación indebida de tales recursos y conocimientos⁴⁹.

Siguiendo esta idea, el Protocolo de Nagoya es visto como “un instrumento para enfrentar los casos de apropiación indebida o biopiratería por un lado; y para asegurar la distribución justa y equitativa de beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos”⁵⁰.

Así, los acuerdos bilaterales constituyen un mecanismo único de distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos de la utilización de recursos genéticos, que busca abordar algunos problemas de naturaleza y origen muy distinto: luchar contra la pérdida de la biodiversidad -genética-, promoviendo su uso sostenible; reducir la brecha biotecnológica entre países desarrollados y en vías de desarrollo; y compensar a las comunidades indígenas y locales por el acceso a sus conocimientos tradicionales relativos al uso de la biodiversidad⁵¹.

Como puede observarse, el mecanismo de ABS desarrollado en el PN aborda, básicamente, tres cuestiones fundamentales: el acceso a los recursos genéticos; la participación justa y equitativa en los beneficios; el acceso a conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. Y lo hace desde una perspectiva de protección de la diversidad biológica, que incluye la participación de las comunidades indígenas y locales.

Para la implementación de este mecanismo de acceso y participación en los beneficios, el PN propone a los Estados un conjunto de instrumentos complementarios: la cooperación transfronteriza; la designación de puntos focales y autoridades nacionales competentes; la creación del Centro de Intercambio de Información sobre acceso y participación en los beneficios; los códigos de conducta, directrices y estándares; los programas de investigación en biotecnología; o el mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios⁵².

No profundizaremos en estos instrumentos, por no ser objeto de este estudio. Solo señalaremos que el mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios es visto por la Conferencia de las Partes

⁴⁸ HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013. p. 70.

⁴⁹ PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019. p. 32.

⁵⁰ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ). Las relaciones entre las Herramientas de la Propiedad Intelectual, los Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, en el contexto de la aplicación del Protocolo de Nagoya: Alcances y Aproximaciones. Prácticas para entender la actualidad. *Serie de Capacitación sobre ABS del Programa Regional de Biodiversidad*, n. 1, p. 1-29, 2016. p. 12.

⁵¹ SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Annuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 697-716, 2017. p. 700-701.

⁵² PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019. p. 32; RIBADENEIRA, Mónica. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: cuatro retos para su implementación en países de América Latina y el Caribe, n. 15, p. 127-146, 2014. p. 131-133.

del CDB que actúa como Reunión de las Partes del PN, como un mecanismo subsidiario de los acuerdos bilaterales, que resolverá -todavía no ha sido creado-, casos específicos que no puedan abordarse a través del enfoque bilateral, como sucede con los casos de recursos genéticos que se encuentran en situaciones transfronterizas, o en los que no es posible otorgar u obtener el consentimiento fundamentado previo⁵³.

Volviendo al mecanismo de ABS, el PN establece entonces la obligación de los países de elaborar sus propios marcos jurídicos para el acceso a sus recursos genéticos y la participación en los beneficios, que incluyan la protección los conocimientos tradicionales de las comunidades locales e indígenas, así como el consentimiento informado de estos, cuando corresponda. De esta forma, los acuerdos bilaterales que se suscriban entre países para acceder a estos recursos deberán respetar este ordenamiento nacional del país que los proporciona, sirviendo este mecanismo para evitar los casos de apropiación indebida de propiedad intelectual⁵⁴.

En este sentido, ha existido una tendencia de los países ricos en diversidad biológica de vincular el régimen jurídico de ABS con la legislación relativa a la propiedad intelectual. Así, por ejemplo, la Comunidad Andina adoptó en 1996 la Decisión 391 sobre un Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, para Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela, que incorporó disposiciones que sometían la concesión de patentes de invención al deber de cumplir con las normas nacionales en materia de acceso y participación en los beneficios. Este tipo de condiciones fue posteriormente incorporado en las legislaciones nacionales de países como Costa Rica, Brasil o Panamá⁵⁵.

Otra ventaja que se reconoce al esquema del PN, es que el acceso y la distribución de beneficios pactado en acuerdos bilaterales resulta efectivo para “frenar la pérdida de biodiversidad distribuyendo los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos con los países que los proporcionan, que son generalmente ricos en biodiversidad, pero pobres en recursos financieros”⁵⁶. La exigencia del consentimiento fundamentado previo del país que aporta el material genético permite este mayor control en el uso de la biodiversidad por los estados y la industria.

Finalmente, destacaremos que el PN busca, a través del enfoque bilateral que promueve con estos acuerdos entre el país poseedor de los recursos genéticos y el que los utiliza, intenta crear oportunidades para desarrollar asociaciones que generen proyectos de colaboración que podrían dar lugar a nuevos productos de alto valor para el mercado internacional, en áreas relevantes como la farmacéutica o alimentación⁵⁷. Ello implica un alto nivel de transferencia tecnológica y, más importante, que los países en desarrollo puedan incorporar políticas de I+D+i en torno a estas asociaciones. De esta forma, los acuerdos de colaboración en nuevos productos relacionados con los recursos genéticos pueden servir de impulso para que los países ricos en diversidad biológica alcancen mayores niveles de desarrollo, en armonía con los desafíos de sostenibilidad que nos plantea el cambio climático⁵⁸.

⁵³ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios (artículo 10)*. Egipto, nov. 2018. p. 1-2. Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/c/9d6f/92f1/6ecbea6c80ec9b4e31a8ba9d/np-mop-03-1-13-es.docx>. Acceso en: 05 nov. 2020.

⁵⁴ FRISO, Fabio *et al.* Implementation of Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in Peru: implications for researchers. *Journal of Ethnopharmacology*, v. 259, p. 1-8, 2020. p. 1-2.

⁵⁵ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ). Las relaciones entre las Herramientas de la Propiedad Intelectual, los Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, en el contexto de la aplicación del Protocolo de Nagoya: Alcances y Aproximaciones. Prácticas para entender la actualidad. *Serie de Capacitación sobre ABS del Programa Regional de Biodiversidad*, n. 1, p. 1-29, 2016. p. 14. SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 697-716, 2017. p. 701-702.

⁵⁶ FRISO, Fabio *et al.* Implementation of Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in Peru: implications for researchers. *Journal of Ethnopharmacology*, v. 259, p. 1-8, 2020. p. 2-3.

⁵⁷ HEINRICH, Michael *et al.* Access and benefit sharing under the Nagoya Protocol__Quo Vadis? Six Latin American Case Studies Assessing Opportunities and Risk. *Front Pharmacol*, v. 11, n. 765, p. 1-19, 2020. p. 2-3.

⁵⁸ DEDEURWAERDERE, Tom; MELINDI-GHIDI, Paolo; BROGGIATO, Arianna. Global Scientific research commons under the Nagoya Protocol: towards a collaborative economy model for the sharing of basic research Assets. *Environmental Science & Policy*, v. 55, n. 1, p. 1-10, 2016.

5 Desafíos del enfoque bilateral del Protocolo de Nagoya

Existe un conjunto de desafíos que han sido identificados por la doctrina a medida que se despliegan las disposiciones del PN por los diversos países que lo han ratificado⁵⁹. Nos centraremos en los que resultan más relevantes en particular para el desarrollo de los acuerdos voluntarios que promueve el Protocolo, objeto de este estudio.

En primer lugar, la propuesta ABS del Protocolo, que obliga a los países a adoptar medidas, legislativas y administrativas, para regular el acceso y la participación en los beneficios, ha significado la aparición de tantos regímenes jurídicos como países han ratificado el Protocolo de Nagoya. Ello impide encontrar una idea de régimen jurídico sistematizado, ordenado, que se alinea detrás del CDB y el PN. Por el contrario, en el panorama actual, nos encontramos con numerosos y complejos sistemas de autorizaciones nacionales y estructuras institucionales, que han pasado a convertirse en verdaderas barreras para el desarrollo tecnológico en torno a los materiales genéticos. Cada país está elaborando su propio régimen ABS, con múltiples tipos de permisos de acceso y cada uno con procedimientos disímiles⁶⁰.

En el mismo sentido, los regímenes jurídicos nacionales de ABS, implementados por los países, con complejos sistemas de autorizaciones administrativas de acceso, han impactado negativamente en el desarrollo de la investigación en torno a los recursos genéticos. No debemos olvidar que la biotecnología moderna ha dado un carácter sumamente dinámico a los productos y servicios biotecnológicos⁶¹, y el marco jurídico debe adecuarse a este constante cambio en el valor real o potencial de los distintos productos genéticos, para permitir el desarrollo científico en torno a la utilización de los recursos genéticos conforme a las necesidades de protección de la biodiversidad y bienestar humano. Como advierte Heinrich, muchas empresas han comenzado a reducir o abandonado su interés en los productos naturales, debido a los obstáculos que encuentran para acceder a los recursos genéticos, sea en forma de burocracia o de inseguridad jurídica⁶².

Además, no todos los países han desarrollado medidas legislativas y administrativas de acceso y participación en los beneficios, conforme al Protocolo de Nagoya. Por tanto, sus legislaciones no cumplen los estándares internacionales exigibles. Es decir, cuando cumplen con el deber que les impone el PN, desarrollan marcos regulatorios que poco tienen que ver con los postulados del PN, desnaturalizando los objetivos de este tratado internacional, y aprovechando para regular intensamente las actividades relacionadas con la biotecnología.

Todas estas problemáticas nos permiten identificar un primer desafío pendiente para que el enfoque bilateral comience a operar en la manera que se propone desde el PN. Es necesario trabajar intensamente en la armonización de toda la regulación que los países han elaborado en torno al esquema ABS fundado en los acuerdos bilaterales. Ello implica conciliar los diversos sistemas de autorizaciones, institucionalidades, puntos de verificación y chequeo, para crear un marco de seguridad jurídica que incentive las asociaciones entre países ricos en diversidad biológicas y países que poseen el desarrollo científico y tecnológico, que permita el desarrollo de nuevos productos asociados a los recursos genéticos en un marco de respeto a la

⁵⁹ Para profundizar en torno a los desafíos del Protocolo de Nagoya: HEINRICH, Michael *et al.* Access and benefit sharing under the Nagoya Protocol__Quo Vadis? Six Latin American Case Studies Assessing Opportunities and Risk. *Front Pharmacol*, v. 11, n. 765, p. 1-19, 2020; FRISO, Fabio *et al.* Implementation of Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in Peru: implications for researchers. *Journal of Ethnopharmacology*, v. 259, p. 1-8, 2020. p. 2-3; SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, pp. 697- 716, 2017.

⁶⁰ JIMÉNEZ, Marta. Permisos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad: la experiencia de Costa Rica. In: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. *Visiones y experiencia de América Latina en temas claves para la implementación del Protocolo de Nagoya*. Nomtevideo: ALADI, 2014. p. 59-73.

⁶¹ SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 697-716, 2017.

⁶² HEINRICH, Michael *et al.* Access and benefit sharing under the Nagoya Protocol__Quo Vadis? Six Latin American Case Studies Assessing Opportunities and Risk. *Front Pharmacol*, v. 11, n. 765, p. 1-19, 2020. p. 2; DEDEURWAERDERE, Tom; MELINDIGHIDI, Paolo; BROGGIATO, Arianna. Global Scientific research commons under the Nagoya Protocol: towards a collaborative economy model for the sharing of basic research Assets. *Environmental Science & Policy*, v. 55, n. 1, p. 1-10, 2016. p. 2-3.

biodiversidad, y con garantía de que todos los actores involucrados participen en sus beneficios.

Un segundo desafío lo encontramos en la necesidad de mejorar el seguimiento y monitoreo en una doble dimensión. En el ámbito del PN, perfeccionando los mecanismos de seguimiento de los recursos genéticos propuesto en el propio Protocolo –el Centro de Intercambio de ABS, el certificado internacional de legal cumplimiento, o los puntos de verificación y chequeo⁶³. Y también en el ámbito nacional, que los países puedan corregir sus propios mecanismos de seguimiento y monitoreo de los recursos genéticos. En este sentido, debe indicarse que se ha evidenciado en algunos países con regulación de acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios, un débil seguimiento y supervisión del cumplimiento de los términos y condiciones de los contratos de acceso⁶⁴.

Esto ha traído como consecuencias la existencia de desconfianzas recíprocas. Por una parte, como hemos señalado, las industrias están dejando de invertir en países donde el marco regulatorio se convierte en una barrera para la inversión, pero al mismo tiempo, los países de origen de los recursos genéticos se han mostrado reacios a trabajar con empresas multinacionales, debido al temor de sus eventuales conductas y acciones relacionadas con la biopiratería⁶⁵.

En este sentido, la Tercera Reunión de las Partes del PN, reunidas en Egipto en noviembre de 2018, identificó como uno de los dos desafíos particulares en la implementación del Protocolo, la designación de los puntos de control o verificación⁶⁶. Como nos advierte SILVESTRI, el problema que se genera con este mecanismo de control deriva de que el Protocolo no especifica cuáles deben ser los puntos de verificación. En las negociaciones volvían a relucir las dos visiones en torno a los recursos genéticos. Mientras los países ricos en diversidad biológica pedían que el punto de control fuese la oficina de patentes, los países desarrollados buscaban una mayor flexibilidad en beneficio de la eficiencia⁶⁷.

De esta forma, si se mejorasen los mecanismos de control y seguimiento relacionados con la utilización del material genético, tanto en el ámbito del Protocolo como en los contextos nacionales, seguramente aumentaría el trabajo asociativo, en la dirección que marcan el CBD y el PN.

Por último, un desafío pendiente del mecanismo ABS del PN dice relación con la necesidad lograr mayores acuerdos entre los países que aportan los recursos genéticos con aquellos que los utilizan. Como se ha dicho antes, el debate en el seno del CDB y del PN, en torno al acceso y la participación en los beneficios, mantiene la división que se hizo patente en el ya lejana Cumbre de la Tierra de Estocolmo 1972, entre los países en desarrollo, que en este caso son los que aportan los recursos genéticos, y los países desarrollados, que los utilizan. Mientras los estados sigan con sus reticencias y desconfianzas, se está perdiendo una importante oportunidad de avanzar hacia una utilización sostenible de los recursos genéticos con un modelo ABS que permita los países participar activamente en la generación de productos y tecnologías asociadas a estos recursos, con respeto de los conocimientos tradicionales de sus comunidades locales e indígenas.

⁶³ DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ). Las relaciones entre las Herramientas de la Propiedad Intelectual, los Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, en el contexto de la aplicación del Protocolo de Nagoya: Alcances y Aproximaciones. Prácticas para entender la actualidad. *Serie de Capacitación sobre ABS del Programa Regional de Biodiversidad*, n. 1, p. 1-29, 2016. p. 10.

⁶⁴ SILVESTRI, Luciana. Conservación de la diversidad genética en el Perú: desafíos en la implementación del régimen de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios. *Revista Peruana de Biología*, v. 23, n. 1, p. 73-80, 2016.

⁶⁵ DEDEURWAERDERE, Tom; MELINDI-GHIDI, Paolo; BROGGIATO, Arianna. Global Scientific research commons under the Nagoya Protocol: towards a collaborative economy model for the sharing of basic research Assets. *Environmental Science & Policy*, v. 55, n. 1, p. 1-10, 2016. p. 2-3.

⁶⁶ MOVILLA, Laura. Advances and uncertainties in compliance measures for users from Nagoya Protocol in the European Union. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 29, n. 2, p. 202-209, 2020. p. 203.

⁶⁷ SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 697-716, 2017. p. 711.

6 Conclusión

El establecimiento de unas reglas comunes para el acceso a los recursos genéticos era uno de los requerimientos más urgentes por los países ricos en diversidad biológica. No solo desde una perspectiva de protección a sus ecosistemas locales, sino también para intentar tomar el control sobre sus productos genéticos, que comenzaron a tener un alto valor económico, con el desarrollo científico y tecnológico que hemos vivido en las últimas décadas.

En este sentido, la idea de que el país que aporta los recursos genéticos debía participar en los beneficios derivados de su utilización, resulta ser una solución aceptable para acercar las posiciones con los países que históricamente habían accedido libremente a estos recursos.

No obstante, no se trata de un tema fácil. La idea de establecer un mecanismo de acceso y participación en los beneficios -ABS-, que contentase a todos no solo era compleja, sino que además exigía una voluntad de los dos grupos de países para avanzar hacia fórmulas que incentivaran la colaboración y la asociación.

Desde esta perspectiva, puede entenderse que si bien el Convenio sobre Diversidad Biológica abordó esta cuestión con un enfoque novedoso -bilateral y en clave de protección de la biodiversidad-, no profundizó demasiado en la cuestión y solo esbozó un esquema que se encargaría de desarrollar el Protocolo de Nagoya.

El modelo ABS que propone este instrumento internacional entrega a los estados el deber de adoptar medidas legislativas y administrativas para garantizar el acceso y la participación en los beneficios, que permita conciliar el desarrollo de nuevos productos y tecnologías relacionados con los recursos genéticos con la participación en los beneficios de los países que aportan esos recursos, y sus comunidades locales e indígenas. Al mismo tiempo, propone que el acceso pueda ser pactado en acuerdos bilaterales en que conste el consentimiento informado previo, como una fórmula para dotar de legitimidad la actividad industrial y científica relacionada con los recursos naturales de los países.

Este modelo de ABS tiene una serie de bondades, entre las que destacan la posibilidad de que los Estados establezcan sus propias reglas de acceso y participación en los beneficios, o que se incentive -al menos en teoría- los acuerdos de asociación y colaboración, que permite a los países en desarrollo el acceso a las innovaciones tecnológicas y a los avances científicos. Asimismo, entregando al estado el desarrollo normativo en torno a los recursos genéticos se reduce el riesgo de biopiratería y se aumenta el nivel de protección de la diversidad biológica.

Sin embargo, se han presentado algunas dificultades en la implementación de este mecanismo. El desarrollo de los marcos jurídicos nacionales ha traído consigo un exceso de burocracia y dificultades legales para la adopción de estos acuerdos, y también para su ejecución, actuando la regulación como una barrera a estos acuerdos bilaterales. Las empresas dejan de invertir en los países con ordenamientos excesivamente “proteccionistas”.

También, se mantiene la desconfianza de los países hacia la gran industria. El miedo a sufrir acciones relacionadas con la biopiratería cohibe a los países para adoptar acuerdos de colaboración con farmacéuticas o empresas del rubro de la agricultura y alimentación.

Aquí es donde encontramos los grandes desafíos para avanzar en la consolidación del mecanismo ABS con enfoque bilateral. Fortalecer los mecanismos de control y vigilancia, en el ámbito del Protocolo y en la dimensión nacional, por los propios países. Convergencia hacia estructuras jurídicas e instrumentos regulatorios comunes, procedimientos estandarizados y simplificados, para avanzar hacia un régimen jurídico internacional cohesionado y sistémico que permita consolidar los acuerdos de asociación, que facilite la transferencia tecnológica e incentive las políticas de I+D+i de los países ricos en recursos genéticos.

Por último, es necesario que de la mano del Protocolo de Nagoya se genere un ambiente de confianza entre los países que históricamente han estado enfrentados. Solo a través de la colaboración y la cooperación se logrará una correcta gestión del acceso a los recursos genéticos y la participación, aumentando los beneficios económicos y no económicos que de su utilización se derivan, en armonía con las exigencias de protección de la diversidad biológica.

Referencias

- APARISI, Ángela. Manipulación genética, dignidad y derechos humanos. *Persona y Derecho*, n. 41, p. 275-318, 1999.
- CABRERA, Jorge. *La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la alimentación y la agricultura: opciones y recomendaciones de política para una implementación sinergia a nivel nacional*. Quito: UICN-PNUMA, 2013.
- CHERRY, M.A. Beyond misclassification: the digital transformation of work. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, n. 2016-2, p. 1-26, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734288. Acceso en: 16 oct. 2020.
- CONTRERAS, S. *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Convenio sobre la Diversidad Biológica*. ABS. Las Dirvctrices de Bonn. Montreal: Secretaría CDB, 2010.
- CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *El Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios*. Montreal: Secretaría del CDB, 2011. Disponible en: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-nagoya-es.pdf>. Acceso en: 03 nov. 2020.
- CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios (artículo 10)*. Egipto, nov. 2018. Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/c/9d6f/92f1/6ecbea6c80ec9b4e31a8ba9d/np-mop-03-l-13-es.docx>. Acceso en: 05 nov. 2020.
- CORREA, Carlos. *El ejercicio de los derechos del agricultor relativos a las semillas*. 2017. Disponible en: https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/09/RP75_Implementing-Farmers-Rights-Relating-to-Seeds_ES.pdf Acceso en: 05 nov. 2020.
- DEDEURWAERDERE, Tom; MELINDI-GHIDI, Paolo; BROGGIATO, Arianna. Global Scientific research commons under the Nagoya Protocol: towards a collaborative economy model for the sharing of basic research Assets. *Environmental Science & Policy*, v. 55, n. 1, p. 1-10, 2016.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT (GIZ). Las relaciones entre las Herramientas de la Propiedad Intelectual, los Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, en el contexto de la aplicación del Protocolo de Nagoya: Alcances y Aproximaciones. Prácticas para entender la actualidad. *Serie de Capacitación sobre ABS del Programa Regional de Biodiversidad*, n. 1, p. 1-29, 2016.
- FRISO, Fabio *et al.* Implementation of Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in Peru: implications for researchers. *Journal of Ethnopharmacology*, v. 259, p. 1-8, 2020.
- GALLOPÍN, G. Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, n. 64, p. 1-40, 2003.
- HALEWOOD, Michael *et al.* Aplicación de mecanismos de acceso y distribución de beneficios que se “refuerzan mutuamente” en el marco del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos, el Convenio

sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya. *Law, Environment and Development Journal*, v. 9, n. 1, p. 70-99, 2013.

HEINRICH, Michael *et al.* Access and benefit sharing under the Nagoya Protocol__Quo Vadis? Six Latin American Case Studies Assessing Opportunities and Risk. *Front Pharmacol*, v. 11, n. 765, p. 1-19, 2020.

HERVÉ, Dominique. Hacia el establecimiento de una fórmula normativa sustentable para incentivar la utilización de los recursos genéticos. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, v. 20, n. 1, p. 123-148, 2007.

JARIA, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

JIMÉNEZ, Marta. Permisos de acceso a los recursos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad: la experiencia de Costa Rica. In: ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN. *Visiones y experiencia de América Latina en temas claves para la implementación del Protocolo de Nagoya*. Nomtevideo: ALADI, 2014. p. 59-73.

MARTÍNEZ, Santiago; WALDRÓN, Talía; PASTÁS, Emmerson. Sistemas de conocimientos de comunidades étnicas y locales en clave simétrica: una propuesta desde el Instituto Alexander von Humboldt en el marco de la IPBES. Biodiversidad en la práctica. *Documentos de trabajo del Instituto Humboldt*, v. 5, n. 1, 2020. Disponible en: <http://revistas.humboldt.org.co/index.php/BEP/article/view/756/667>. Acceso en: 02 nov. 2020.

MORGERA, Elisa; TSIUOMANI, Elsa; BUCK, Matthias. *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the convention on biological diversity*. Leiden: Brill, 2014.

MOVILLA, Laura. Advances and uncertainties in compliance measures for users from Nagoya Protocol in the European Union. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 29, n. 2, p. 202-209, 2020.

MUÑOZ, E. Ingeniería genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas. *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, n. 2, p. 151-176, 1995.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN. *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: el sistema multilateral*. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/overview/es/>. Acceso en: 29 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN (FAO). *Compromiso Internacional y Comisión de los Recursos Fitogenéticos de la FAO*. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/3/r3812s/R3812S19.htm>. Acceso en: 30 oct. 2020.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible: plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas, 2002.

PÜSCHEL, Lorna. Lineamientos para una regulación sobre acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios en Chile. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 12, p. 29-55, 2019.

RIBADENEIRA, Mónica. Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización: cuatro retos para su implementación en países de América Latina y el Caribe, n. 15, p. 127-146, 2014.

SCHOIJET, M. *Límites del crecimiento y cambio climático*. México D.F.: Siglo XXI, 2008.

SILVESTRI, Luciana. Conservación de la diversidad genética en el Perú: desafíos en la implementación del régimen de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios. *Revista Peruana de Biología*, v. 23, n. 1, p.

73-80, 2016.

SILVESTRI, Luciana. Protocolo de Nagoya: desafíos originados a partir de un texto complejo, ambiguo y controversial. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 17, p. 697-716, 2017.

SOUZA, Ivy de; AZEVEDO, Elda Coelho de. Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: Uma breve análise des escolas de pensamento ambiental. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 34, p. 1-11, 2013.

ZAPATA, Beatriz. Acceso a recursos genéticos. In: MORAES, Mónica *et al.* (ed.). *Botánica Económica de los Andes Centrales*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés, 2006. p. 521-532.

Nota de agradecimiento

Se agradece al plan de incentivo a la publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, aprobado por Resolución 2020-05

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A necessária interface entre direito, economia e finanças no processo de adaptação às mudanças climáticas

The necessary interface between law, economics and finance in the climate change adaptation process.

Fernanda Dalla Libera Damacena

A necessária interface entre direito, economia e finanças no processo de adaptação às mudanças climáticas*

The necessary interface between law, economics and finance in the climate change adaptation process.

Fernanda Dalla Libera Damacena**

Resumo

O artigo explora os desafios e as oportunidades do processo de adaptação às mudanças climáticas por meio do acoplamento de estruturas econômicas, financeiras e jurídicas. Estruturado em 4 partes, aborda os seguintes tópicos: i) introdução; ii) mudança climática como um problema econômico; iii) risco climático e seu custo; iv) atores, aportes e oportunidades; v) dever de adaptação climática no Brasil e necessária readaptação do Direito a partir de três passos básicos; vi) considerações finais. A ampla revisão da literatura e a observância de dados científicos apresentados sustentam o argumento de que o processo de adaptação às mudanças climáticas pode propiciar a desejável comunicação intersistêmica entre ambiente e economia. Todavia, para ser bem sucedida, essa interlocução requer que vontade política e planejamento tenham como vetores estruturantes básicos uma visão sistêmica, melhor comunicação dos riscos, segurança jurídica, e os benefícios da sinergia proporcionada pelos instrumentos fiscais, de comando e controle e econômico-financeiros.

Palavras-chave: direito, mudança climática, economia, finanças, adaptação.

Abstract

The article explores the challenges and opportunities of the process of adapting to climate change through the coupling of economic, financial and legal structures. Structured in 4 parts, it covers the following topics: i) introduction; ii) climate change as an economic problem; iii) climate risk and its cost; iv) actors, contributions and opportunities; v) the duty of climate adaptation in Brazil and the necessary readaptation of the Law based on three basic steps; vi) final considerations. The wide review of the literature and the observance of scientific data presented support the argument that the process of adaptation to climate change can provide the desirable intersystemic communication between environment and economy. However, in order to be successful, this dialogue requires political will and planning whose basic structural vectors are the improvement of risk communication, legal certainty, and the synergy provided by fiscal alternatives, command

* Recebido em 30/09/2020
Aprovado em 19/01/2021

** Doutora e Mestre em Direito Público. Pesquisa temas contemporâneos correlatos ao Direito Ambiental, Direitos dos Desastres e à intersecção entre esses ramos como a mudança climática. Pós-doutorado na área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul, na linha de pesquisa Direito Ambiental e Novos Direitos. Advogada e consultora jurídica. E-mail: fer.dl.damacena@gmail.com

and control and economic-financial instruments. The research is qualitative, exploratory and and guided by bibliographic and documentary research techniques.

Keywords: law; climate change; economy; finance; adaptation.

1 Introdução

O crescimento da produção econômica mundial e a evolução da expectativa de vida nas últimas décadas não encontram precedentes na história. São muitas as melhorias no bem-estar humano e os benefícios agregados em comparação ao passado. Esse crescimento, no entanto, também impactou ecossistemas que sustentam tanto a vida na Terra quanto as relações econômicas. Atualmente, muitos dos prognósticos¹, conectando instabilidade econômica e social às mudanças climáticas já são palpáveis. Inundações, furacões, ciclones e queimadas têm devastado comunidades, comprometido a biodiversidade, expandido pobreza e potencializado desigualdades. Secas diminuem colheitas e afetam a qualidade e a quantidade da alimentação mundial, cuja população deve chegar a 10 bilhões em 2050.²

Diante de uma realidade que já contabiliza perdas, danos e de rápidas mudanças, as instituições jurídicas, econômicas e financeiras assumem importante papel. São inúmeras as situações sociais que desencadeiam reformas legais por exporem as limitações das estruturas jurídicas e processos normativos. A mudança climática é um fator estressor diferente dos demais. Nesse sentido, a adaptação climática impõe um desafio sem precedentes não apenas ao Direito, mas para a Economia e um de seus braços, as finanças.

Observando esse cenário, o artigo explora os desafios e as oportunidades do processo de adaptação às mudanças climáticas por meio do acoplamento de estruturas econômicas, financeiras e jurídicas. Para tanto, estrutura-se com base no desenvolvimento dos seguintes tópicos: mudança climática como um problema econômico; risco climático; custo do processo de adaptação e seus principais desafios. Em um segundo momento, observa-se quem são os principais atores e seus potenciais papéis diante da crise climática; as oportunidades e alternativas que emergem desse contexto, bem como a orientação dos ditames constitucionais e infraconstitucionais brasileiros no que concerne ao dever de adaptação climática. Por fim, argumenta-se que a adaptação diante das mudanças climáticas sinaliza para a necessidade de uma reestruturação das bases do próprio Direito, com o objetivo de desenvolver seu o papel de orientador e amenizador dos denominados riscos climáticos físicos e de transição, assim como para torná-lo apto, seguro e potencializador de investimentos e financiamentos sustentáveis no País.

A pesquisa é qualitativa quanto à natureza dos dados, exploratória em função do seu objetivo, e bibliográfica e documental quanto aos procedimentos técnicos. Na esteira do que se propõe a analisar, tanto a revisão da literatura, quanto o levantamento de dados científicos estão lastreados pelo paradigma da complexidade.

2 Por que a mudança climática também é um problema econômico?

Estudos científicos³ cada vez mais elucidam os reflexos da mudança do clima na economia. Instituições

¹ STERN, Nicholas; STERN, Nicholas Herbert. *The economics of climate change: the Stern review*. Cambridge: University press, 2007, p.6.

² UNITED NATIONS. *World Population Prospects 2019*. Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/Publications/>. Acesso em: 10 jun. 2010.

³ BERKHOUT, Frans; HERTIN, Julia; JORDAN, Andrew. Socio-economic futures in climate change impact assessment: using scenarios as 'learning machines'. *Global Environmental Change*, v. 12, n. 2, p. 83-95, jul. 2002. WEITZMAN, Martin L. On modeling and interpreting the economics of catastrophic climate change. *The Review of Economics and Statistics*, v. 91, n. 1, p. 1-19, fev. 2009. NORDHAUS, William. Climate change: The ultimate challenge for Economics. *American Economic Review*, v. 109, n. 6, p. 1991-2014,

que observam o crescimento e os fatores de impacto nesse setor, reiteradamente, vão no mesmo sentido. Em 2020, o Fórum Econômico Mundial⁴ divulgou os cinco principais riscos globais em termos de probabilidade e impacto. No que concerne à probabilidade, cinco estão relacionados à mudança climática e desastres. Em relação ao impacto, dos cinco, quatro estão ligados à matéria ambiental. As falhas no enfrentamento das mudanças climáticas e os eventos extremos também figuram entre os pontos destacados.

Como uma realidade e não como um “dever”, o estresse econômico mundial e os danos causados por desastres decorrentes ou potencializados pela mudança no clima, em 2018, totalizaram 165 bilhões de dólares, e 50% desse total não estava segurado.⁵ Diante de valores dessa monta, estudos, cenários e prognósticos científicos compõem uma lista das medidas necessárias para que se possa planejar adaptação. Inventários de emissões e os possíveis cenários daí decorrentes são fortes aliados do planejamento econômico-financeiro dos países.

Em 2019, um estudo sobre a análise de riscos e impactos das mudanças climáticas, publicado na Revista *Nature Climate Change*⁶, examinou 22 diferentes impactos econômicos climáticos relacionados à saúde, infraestrutura, eletricidade, recursos hídricos, agricultura e ecossistemas americanos. Para cada modelo setorial, foram realizadas dez projeções climáticas, construídas a partir de dois cenários (RCP8.5 e RCP4.5). Os RCP são os padrões de concentração representativa, e dizem respeito à trajetória de concentração de gases de efeito estufa (e não de emissões) adotada pelo IPCC. A partir dessas vias, diferentes futuros climáticos são considerados possíveis, a depender do volume de gases de efeito estufa (GEE) emitidos nos próximos anos.

Os resultados da pesquisa apontam que, apenas, uma pequena parcela dos impactos é estimada, de modo que o relatório técnico capturou apenas uma fração dos riscos e danos potenciais que podem ser evitados ou reduzidos em comparação aos cenários alternativos RCP8.5 e RCP4.5. De acordo com o primeiro cenário, as concentrações de gases de efeito estufa, RCP4.5, levariam a cerca de 2,8 ° C (5 ° F) de aquecimento da temperatura da superfície global acima dos níveis pré-industriais até o ano 2100. Já a emissão contínua sob a abordagem RCP8.5 conduziria a um aquecimento de cerca de 4,5 ° C (8 ° F) até o final do século, e representaria o pior cenário. Assim, até o ano 2090, os impactos nos 22 setores econômicos nos EUA custariam cerca de 224 bilhões de dólares a mais por ano, se seguido o caminho do RCP8.5, do que se atingisse a meta do RCP4.5.⁷

Para aproximar essa realidade, cabe destacar a projeção para a queda do PIB *per capita*, considerando-se a influência da mudança climática, modelada em estudo⁸ que analisou o efeito não linear global da temperatura na produção econômica nos continentes. O gráfico a seguir demonstra os impactos projetados das mudanças climáticas no PIB *per capita* brasileiro até 2100.

2019. ARENDT, D. J., ET AL. Key economic sectors and services. In: *Climate Change 2014 Impacts, Adaptation and Vulnerability: Part A: Global and Sectoral Aspects*. Cambridge University Press, pp. 659-708, 2015.

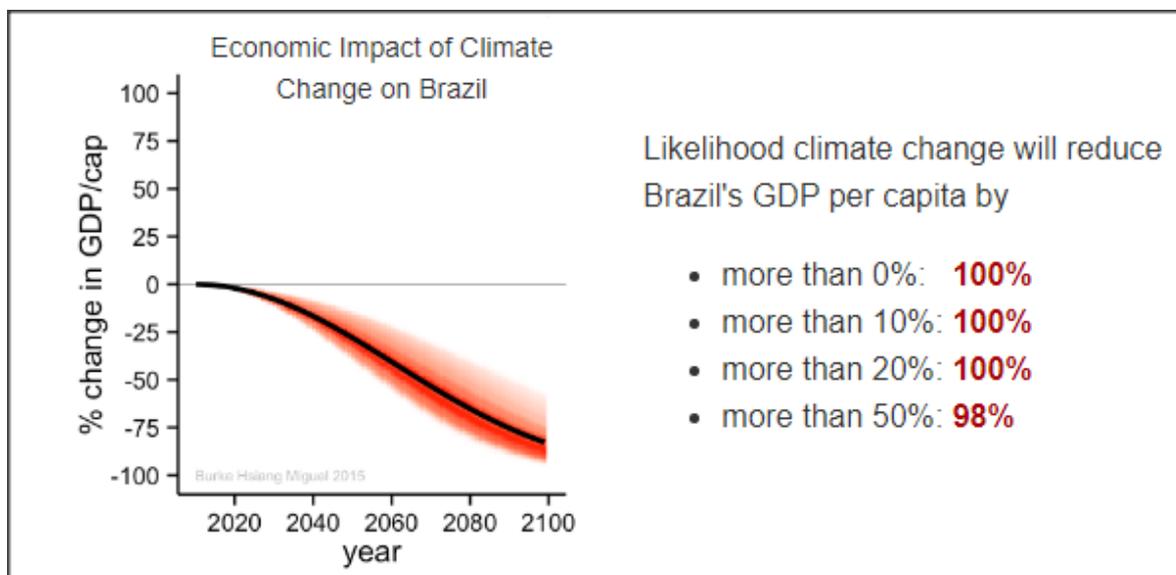
⁴ World Economic Forum. *The Global Risks Report 2020*. National University of Singapore Oxford Martin School, University of Oxford Wharton Risk Management and Decision Processes Center, University of Pennsylvania, 2020. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf. Acesso em: 05 mai. 2020.

⁵ Swiss Re Institute. “*Nature Catastrophes and Man-Made Disasters in 2018: ‘Secondary’ Perils on the Frontline*”. 2019. Disponível em: https://www.swissre.com/dam/jcr:c37eb0e4-c0b9-4a9f-9954-3d0bb4339bfd/sigma2_2019_en.pdf. Acesso em: 26 set. 2020.

⁶ MARTINICH, J., CRIMMINS, A. Climate damages and adaptation potential across diverse sectors of the United States. *Nature Climate Change*, v. 9, n., p. 397–404, abr. 2019.

⁷ MARTINICH, J., CRIMMINS, A. Climate damages and adaptation potential across diverse sectors of the United States. *Nature Climate Change*, v. 9, n., p. 397–404, abr. 2019.

⁸ BURKE, Marshall; HSIANG, Solomon M.; MIGUEL, Edward. Global non-linear effect of temperature on economic production. *Nature*, v. 527, n. 7577, p. 235-239, out. 2015.



Note-se que a probabilidade estimada de que as mudanças climáticas reduzam o PIB *per capita* brasileiro em mais de 20% é de 100%, e em mais de 50%, é 98%. Logo, a mudança do clima é um problema econômico basicamente por duas razões: (1) gera perdas e danos quando as ameaças físicas se concretizam, destruindo propriedades, ecossistemas e comprometendo serviços; (2) a economia precisa dos recursos ambientais para funcionar, sendo que a escassez desses últimos encarece, demasiadamente, o exercício das atividades que precisarão se adaptar.

Prognósticos destacando limites e possibilidades para a economia brasileira diante da mudança climática têm sido objeto de estudos científicos de diversas áreas, com projeções para diferentes setores.⁹ De forma majoritária, os resultados apontam para necessidade de adaptação, o que requer conhecimento sobre risco climático e investimento.

3 Risco climático e custo no processo de adaptação

A informação e comunicação transparente dos prováveis riscos relacionados ao clima, suas interações em locais específicos, com a população existente e futura, e diferentes tipos de ativos permitem o planejamento de medidas de adaptação e fornece uma justificativa para sua implementação.¹⁰ As avaliações de vulnerabilidade e risco que combinam informações físicas e socioeconômicas a demonstrar os riscos das mudanças climáticas em uma área ou setor específico tornaram-se uma forma de atender à necessidade desse conhecimento. Nesse âmbito, o conceito de adaptação liga-se a ações direcionadas ao sistema vulnerável em resposta a estímulos climáticos reais ou esperados com o objetivo de moderar os danos e, ao mesmo tempo, explorar possíveis oportunidades.¹¹

Existem três tipos de risco capazes de afetar diversos setores da economia, sistema financeiro e estabele-

⁹ ALMAGRO, André et al. Projected climate change impacts in rainfall erosivity over Brazil. *Scientific reports*, v. 7, n. 1, p. 1-12, ago. 2017. RAMIREZ-VILLEGAS, Julian et al. Breeding implications of drought stress under future climate for upland rice in Brazil. *Global change biology*, v. 24, n. 5, p. 2035-2050, 2018. TRIANA, Maria Andrea; LAMBERTS, Roberto; SASSI, Paola. Should we consider climate change for Brazilian social housing? Assessment of energy efficiency adaptation measures. *Energy and Buildings*, v. 158, p. 1379-1392, dez. 2017.

¹⁰ Oppenheimer M. et al. Emergent risks and key vulnerabilities Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. In: C B Field et al (eds). *Part A: Global and Sectoral Aspects Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, p. 1039-99, 2014.

¹¹ Füssel, H. M. Adaptation planning for climate change: concepts, assessment approaches, and key lessons. *Sustainability science*, v. 2, n.2, p.265-275, set. 2007.

dade financeira. Os três decorrem das mudanças climáticas e suas políticas, podendo ser classificados como: riscos transição, físicos e de responsabilidade.¹² Os primeiros emergem de uma transição repentina e desordenada para uma economia de baixo carbono. Uma transição suave é possível quando a expectativa de uma futura política, que pressiona emissões de carbono, também induzir a uma mudança precoce e ordenada do investimento privado em direção a tecnologias dessa linhagem. Riscos físicos são os que surgem da interação de riscos relacionados ao clima com a vulnerabilidade da exposição de sistemas humanos e naturais, requerendo investimento em projetos, atividades e tecnologias de adaptação. Já os riscos de responsabilidade ou legais estão ligados ao aumento da procura do poder judiciário por pessoas físicas, municípios, seguradoras, acionistas e organizações de interesse público para discutir negligência ou prejuízo, cuja causa é, geralmente, ação ou omissão em relação à questão climática por parte de empresas ou governos.¹³ O litúgio climático exemplifica bem uma espécie de demanda, que tem como uma de suas principais características, a indução de comportamento, tanto por parte do público, quanto o privado.

Todo esse processo é possível porque a assimilação do risco climático na atualidade é mais acessível e numérica. De acordo com o 5º Relatório de Avaliação do IPCC, as estimativas globais dos custos de adaptação em países em desenvolvimento devem variar entre 70 e 100 bilhões de dólares por ano em todo o mundo até 2050.¹⁴ De acordo com o estudo *Climate Investment Opportunities in Emerging Markets*,¹⁵ um investimento significativo em infraestrutura climática para os próximos 15 anos estaria na casa de 90 trilhões de dólares até 2030.

Desses números emergem duas perguntas: o que é preciso para adaptar e como prover essa adaptação? As expressões *climate adaptation gap* e *climate financial gap* representam um começo de resposta. *Climate adaptation gap* significa a diferença entre o nível real de adaptação e o que seria necessário para atingir determinados objetivos em um certo período. É um conceito voltado para a necessidade de uma estrutura de ação de adaptação definida por objetivos, metas e métricas claras. *Climate financial gap*, diz respeito ao déficit de financiamento, que pode ser definido e mensurado como a diferença entre os custos para atingir uma determinada meta de adaptação e a quantidade de financiamento disponível.¹⁶ Resumidamente, ambas as expressões dizem respeito à necessidade de preenchimento de uma série de lacunas. De forma exemplificativa, as seguintes costumam ser mencionadas em termos de adaptação climática: i) a falta de conhecimento sobre riscos climáticos e a dificuldade de acesso às informações que permitam uma correta dimensão dos mesmos; ii) falta de tecnologia voltadas à adaptação; iii) falta de capacidade técnica para implementar opções inovadoras em termos de adaptação; iv) falta de recursos financeiros que incentivem opções de adaptação;¹⁷ v) políticas governamentais e regulamentações que não delimitam ou impedem os processos de adaptação; vi) atitudes sociais; vii) necessidade de suprimento das informações sobre adaptação entre setores e impactos; viii) omissão de estimativas de custos de adaptação para biodiversidade e serviços ecossistêmicos; e iv) a necessidade de uma metodologia mais detalhada que trabalhe a relação entre custos e financiamento.¹⁸

¹² CARNEY, M. *Breaking the tragedy of the horizon - climate change and financial stability* (speech). Bank of England, 2005. Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2015/breaking-the-tragedy-of-the-horizon-climate-change-and-financial-stability>. Acesso em: 26. Set. 2020.

¹³ BATTEN, S., Sowerbutts, R., Tanaka, M., *Let's Talk About the Weather*. The Impact of Climate Change on Central Banks. Technical Report. Bank of England, 2016. Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/working-paper/2016/lets-talk-about-the-weather-the-impact-of-climate-change-on-central-banks>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁴ EDENHOFER, Ottmar (Ed.). *Climate change 2014: mitigation of climate change*. Cambridge University Press, 2015.

¹⁵ KERR, Tom; Maheshwari, Aditi; Sottong, John Dierk. *Climate investment opportunities in emerging markets: an IFC analysis (English)*. Washington, D.C.: World Bank Group, 2016. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/602971510740408248/Climate-investment-opportunities-in-emerging-markets-an-IFC-analysis>. Acesso em: jun.2020.

¹⁶ UNEP. *The Adaptation Gap Report 2014*. Nairobi, Kenya, 2014. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/adaptation-gap-report-2014>. Acesso em 27 set. 2020. UNEP. *The Adaptation Gap Report 2018*. Nairobi, Kenya, 2018. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/adaptation-gap-report>. Acesso em: 26 set. 2020.

¹⁷ UNEP. *The Adaptation Gap Report 2014*. Nairobi, Kenya, 2014. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/adaptation-gap-report-2014>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁸ UNEP. PUIG, Daniel et al. *The Adaptation Finance Gap Report*. Nairobi, Kenya, 2016. Disponível em: <https://unepdtu.org/publications/the-adaptation-finance-gap-report/>. Acesso em: 26 set. 2020.

Além dessas questões, há que se ter em mente que um dos principais objetivos do processo de adaptação é contribuir para o aumento da capacidade de resiliência¹⁹, o que deve refletir positivamente na redução das vulnerabilidades dos sistemas, pessoas e organizações. Nesse sentido, duas observações são necessárias. Primeiro, parece claro que o conhecimento acerca da vulnerabilidade climática é fundamental nesse processo, pois essa variável esclarece o nível do risco climático, o que orienta a tomada de decisão, seja em termos de tempo, opção pelo instrumento de financiamento ou investimento mais adequado. Além disso, o desconhecimento acerca dos impactos diretos e indiretos da mudança climática no ramo de atividade e na empresa muitas vezes faz com que os riscos climáticos não sejam integrados à cadeia de valor. Por isso, as vantagens da participação de diversos atores, aportes financeiros, econômicos e oportunidades são fatores que precisam ser comunicadas. Sua assimilação representa o outro lado da moeda, que tem o potencial de conduzir a uma evolução da econômica adaptada às mudanças climáticas.

4 Atores, aportes, oportunidades do processo de adaptação climática e a essencialidade do financiamento

Diante dos números e limites mencionados, de imediato, percebe-se a essencialidade do papel do setor financeiro, braço da economia, com vistas a alavancar um modelo de desenvolvimento que integre ganhos econômicos, preservação ecossistêmica e desenvolvimento social inclusivo. Sabe-se que o reconhecimento do problema por meio de cenários e números não mitiga a natureza complexa, incerta e de larga escala, típica das mudanças climáticas; realidade que gera insegurança, especialmente no contexto da tomada de decisões econômicas. Pelas razões mencionadas, muitas empresas consideraram as implicações climáticas, apenas, em longo prazo.

Se o cenário é desafiador, seu enfrentamento é urgente e encontra um bom momento, especialmente pós-pandemia. Nesse passo, a adoção de um portfólio de ações que tenha por base uma abordagem *win-win*,²⁰ já foi adotada por grandes economias. A proposta “ganha-ganha” está ligada a ações que contribuem para a adaptação e, ao mesmo tempo, têm outros benefícios sociais, econômicos e ambientais, inclusive em termos de mitigação. Essa abordagem teria o potencial de reverter a postura das organizações e pessoas que não implementam ações de adaptação, por meio de incentivos econômicos e financeiros que elucidem a vantagem de decidir hoje pensando no longo prazo. Esse é um processo que envolve diferentes atores, oportunidades e uma perspectiva de “não arrependimento”, pois a criação de oportunidades para estratégias de adaptação climática oferece benefícios ambientais e sociais significativos, independentemente dos impactos precisos do fenômeno.

Desde essa perspectiva, o outro lado do custo é a oportunidade. Dentre algumas das vantagens decorrentes da transição para uma economia sustentável resiliente, está a criação de novos empregos, estimada em mais de 65 milhões de postos em todo o mundo até 2030, e a redução dos custos com perdas e danos diante de eventos extremos, pois opção por infraestruturas mais resilientes mitiga a magnitude de desastres.²¹ A análise e suporte dos custos por perdas e danos e investimentos fica a cargo de um grupo de atores fundamentais ligados à ciência, tecnologia, investimento e financiamento.

¹⁹ “A capacidade de um sistema, comunidade ou sociedade potencialmente exposta a riscos para se adaptar, resistindo ou mudando, a fim de alcançar e manter um nível aceitável de funcionamento e estrutura. Isso é determinado pelo grau em que o sistema social é capaz de se organizar para aumentar essa capacidade de aprender com os desastres do passado, para melhor proteção futura e para melhorar as medidas de redução de risco”. UNISDR. *Hyogo Framework for 2005–2015: Building the Resilience of Nations and Communities to Disasters*. Disponível em: <http://www.unisdr.org/wcdr/intergover/official-doc/L-docs/Hyogo-framework-for-action-english.pdf>. Acesso em: jun. 2020.

²⁰ KALAME, Fobissie B. et al. Modified taungya system in Ghana: a win-win practice for forestry and adaptation to climate change?. *Environmental Science & Policy*, v. 14, n. 5, p. 519-530, ago. 2011.

²¹ KERR, Tom; Maheshwari, Aditi; Sottong, John Dierk. *Climate investment opportunities in emerging markets : an IFC analysis (English)*. Washington, D.C. : World Bank Group, 2016. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/602971510740408248/Climate-investment-opportunities-in-emerging-markets-an-IFC-analysis>. Acesso em: jun.2020.

As instituições financeiras, nacionais e internacionais, estão cada vez mais voltadas a temas como qualidade ambiental, Direitos humanos, mudança climática, dentre outros. Recentemente, a questão ocupou as mídias porque, em junho de 2020, vinte e nove instituições financeiras que gerenciam mais de 3,7 trilhões de euros em ativos enviaram uma comunicação ao governo brasileiro pontuando que pretendem continuar investindo em empresas no Brasil, desde que haja uma regulação estável, previsível e arcabouço ambiental e políticas que estejam alinhados à sustentabilidade, e que atentem para o desmatamento. (Financial Times, 2020).²² Importante lembrar, pois oportuno, que, em abril de 2014, o Banco Central do Brasil emitiu a Resolução n.º 4.327, que dispõe sobre as diretrizes da Política de Responsabilidade Socioambiental para instituições financeiras e demais organizações autorizadas a funcionar pela autoridade monetária. De acordo com a resolução, os bancos devem ter uma Política de Responsabilidade Ambiental e Social que contenha diretrizes que descrevam como os bancos consideram as questões socioambientais em suas ações e nas relações com os públicos de interesse. A resolução foi, inclusive, mencionada no livro *Banks and Human Rights: A legal analysis*²³, lançado pela Iniciativa Financeira do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente,²⁴ que congrega as maiores instituições mundiais das indústrias (1) financeira, (2) de seguros e de (3) investimentos. As razões para mudança de postura do sistema financeiro são múltiplas. Mas uma das principais são as grandes perdas decorrentes, por exemplo, de eventos extremos, potencializados pelas mudanças climáticas. De acordo com estimativas da *Swiss Re*, “catástrofes globais causaram perdas seguradas de US \$ 56 bilhões em 2019.”²⁵

O desafio de sustentabilidade imposto às seguradoras nos tempos atuais é inusitado. Um dos caminhos tendência em termos de postura dessas instituições pode ser o de gerar incentivos ou requisitos para o gerenciamento de riscos, o que, por sua vez, limitaria os possíveis impactos de um evento climático extremo. Isso poderia acontecer através da sinalização de preços. Proprietários de casas que fortificam seus telhados, tornando-o mais resistentes a tempestades de granizo ou tornados, por exemplo, poderiam ter um prêmio ou uma franquia mais baixa. O mesmo poderia valer para medidas adotadas por proprietários de imóveis em áreas de risco. Com essas medidas, o seguro pode contribuir não apenas no pós-desastre, mas torná-lo menos impactante. A questão que se impõe nesse ponto é a acessibilidade. Com o objetivo de oportunizar auxílio a quem mais precisa, alguns países têm desenvolvido programas de vouchers e incentivos, especialmente mediante parceria público/privada. O sistema de microsseguro é um programa que fornece cobertura de baixo custo para famílias de pouca renda e empresas de pequeno porte, ao mesmo tempo em que oferta cobertura para aqueles que não podem pagar prêmios baseados em risco. Para expandir essa alternativa, o desafio é criar sistemas público-privados, apoiados por expertise e capital internacional, que possam sustentar eventos de grande magnitude.²⁶

Por isso, apesar das potencialidades de alguns instrumentos, como é o caso do seguro, bancos internacionais²⁷ já haviam anunciado que os números e a própria incerteza que circunda a mudança climática fariam com que alguns aportes, isoladamente, fossem insuficientes. Mesmo com uma redução brusca das emissões, a expansão significativa de fontes de financiamento, públicas e privadas é necessária. O financiamento do setor privado é necessário e justificado por, no mínimo, 3 razões. Devido ao alto grau de limitação do financiamento público. Segundo, porque as empresas estão envolvidas em setores vistos como instrumentais para a adaptação. Ou seja, o setor privado possui e opera ativos e infraestruturas que correm o risco de serem afetados pelos impactos das mudanças climáticas. Em terceiro lugar, o setor privado desenvolve produtos e

²² HARRIS, B. Investors warn Brazil to stop Amazon destruction. *Financial Times*, 2020.

²³ Disponível em: <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/BanksandHumanRights.pdf> > Acesso em: 26 set. 2020.

²⁴ Disponível em: <https://www.unepfi.org/members/>. Acesso em: 27 set. 2020.

²⁵ Swiss Re Group. *Global catastrophes caused USD 56 billion insured losses in 2019, estimates Swiss Re Institute*. Disponível em: <https://www.swissre.com/media/news-releases/nr-20191219-global-catastrophes-estimate.html>. Acesso em: 28. set. 2020.

²⁶ DAMACENA, Fernanda. D. L. *Direito dos Desastres e Compensação Climática: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

²⁷ Inter American Development Bank; et al. *Joint Report on Multilateral Development Banks' Climate Finance, 2017- 2018*. Disponível em: <https://publications.iadb.org/en/2017-joint-report-multilateral-development-banks-climate-finance>. Acesso em: 10 mai. 2020.

serviços necessários e, portanto, tem um incentivo para capitalizar as oportunidades que os investimentos em adaptação proporcionam.²⁸

Financiadores privados como bancos ou investidores institucionais investem de maneira alinhada com seus perfis de risco-retorno²⁹. Investir em adaptação climática e resiliência pode ser uma maneira de reduzir a exposição das carteiras de investidores ao risco climático³⁰. Iniciativas lideradas por investidores, como a proposta *Disclosure Task Force on Climate-related risks*,³¹ têm orientado empresas no sentido de identificar, gerenciar e, se possível, mitigar seus próprios riscos climáticos. Essas iniciativas abordam a adaptação às mudanças climáticas usando o risco financeiro como ponto de entrada para justificar a necessidade de investimentos resilientes ao clima. Assim, o foco não está, apenas, na resiliência da sociedade, mas do investimento.

Todavia, o papel que os serviços financeiros podem desempenhar não deve ser mal interpretado ou superestimado. Há um limite em relação ao que pode ser feito. Cálculos da *The Economist*³² sugerem um futuro poderoso para as finanças, não como um fator de ação climática, mas como seu facilitador, tornando-o mais flexível e capaz de extrair insights e capital de investidores de todo o mundo.

Nesse contexto, instrumento que tem recebido destaque no processo de adaptação climática são as emissões de títulos climáticos. Também conhecidos como *green bonds*, os títulos são emitidos para financiar soluções que apoiem projetos ou programas relacionados à mitigação ou adaptação às mudanças climáticas. O crescimento dos mercados dessa espécie de títulos oferece oportunidades para o financiamento da implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e o cumprimento das Contribuições Determinadas Nacionalmente. Com base em cálculos de risco, análises sobre mudanças climáticas e capacidade adaptativa, os mercados emergentes são projetados para fornecer oportunidades de títulos verdes relacionados à adaptação para investidores.³³

Nessa esteira, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e a Climate Bonds Initiative (CBI)³⁴ assinaram um Memorando de Entendimento – MdE, em novembro de 2019, para desenvolver um mercado de finanças verdes para agricultura no Brasil. De acordo com o plano de investimento, os títulos verdes têm o potencial de mobilizar porções substanciais do capital necessário para transformar o Brasil no líder global de agricultura sustentável ao promover uma maior eficiência no uso de recursos. O Brasil é o segundo maior mercado de títulos verdes na América Latina, com USD 5,9 (BRL 25) bilhões. Empresas não financeiras representam 84% de todas as emissões, com energia, uso da terra e indústria sendo as categorias mais financiadas. O critério de agricultura do *Climate Bonds Standard* apoiará emissões do setor ao estabelecer padrões altos para produção sustentável. Instrumentos existentes e largamente utilizados de mercado de capitais para agricultura com o rótulo verde podem direcionar investimentos para práticas sustentáveis.

²⁸ NAKHOODA, Smita; WATSON, Charlene; SCHALATEK, Liane. The global climate finance architecture. *Overseas Development Institute*, 2015. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.634.7698&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

²⁹ UNEP. *The Adaptation Gap Finance Report*. United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenya, 2016a. Disponível em: <https://naturalsciences.ch/service/publications/85826-the-adaptation-gap-finance-report-2016>. Acesso em: 25 mai. 2020.

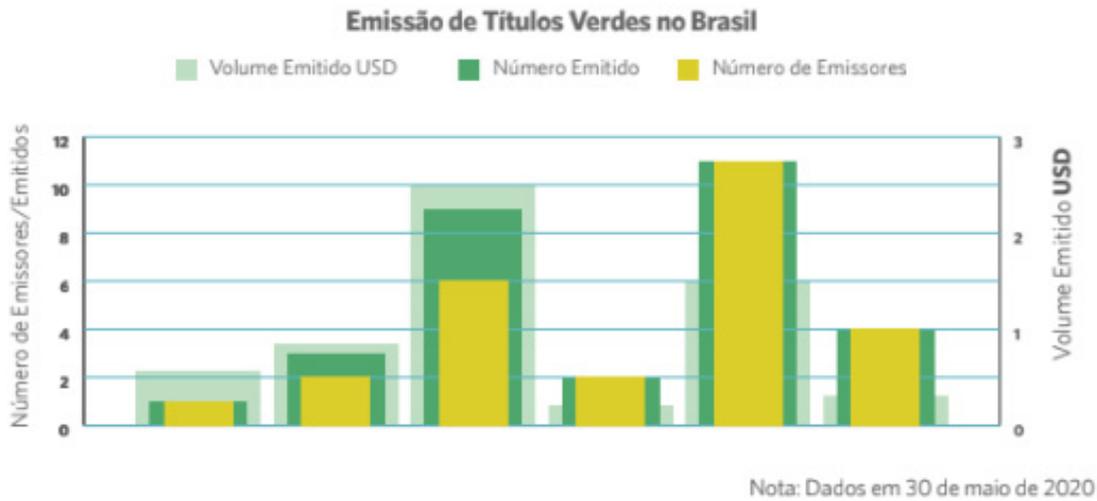
³⁰ CISL. Investing for Resilience. University of Cambridge, Institute for Sustainable Leadership (CISL), Cambridge, UK, 2016. Disponível em: www.cisl.cam.ac.uk/climatewise. Acesso em: 2020.

³¹ BOARD, Financial Stability. *Proposal for a disclosure task force on climate-related risks*. 2015. Disponível em: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Disclosure-task-force-on-climate-related-risks.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

³² How much can financiers do about climate change? The role that green investing can play must not be misunderstood or overstated. *The economist*. 20. jun. 2020. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2020/06/20/how-much-can-financiers-do-about-climate-change>. Acesso em: 10 jun. 2020.

³³ VERISK, M. *How can I tap the sovereign green bond opportunity?* Latest products and reports, 2018. Disponível em: <http://maplecroft.com/portfolio/new-analysis/2018/06/27/how-can-i-tap-sovereign-green-bond-opportunity/>. Acesso em 27 jun. 2020.

³⁴ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Destruando o Potencial de Investimentos Verdes para Agricultura no Brasil*, 2010. Disponível em: <https://www.sucessonocampo.com.br/noticias/mapa-e-cbi-lancam-plano-de-investimento-para-agricultura-sustentavel/>. Acesso em 20 jun.2020.



Alguns estudos³⁵ são mais céticos quanto a capacidade dos títulos verdes para o financiamento da adaptação climática. Dentre as principais dificuldades vislumbradas nesse campo estariam a dificuldade de canalização das informações privadas, muito necessárias para o financiamento, bem como com a falta de conscientização do risco climático, pré-requisito para esse tipo de financiamento. De fato, o nível de complexidade e os custos envolvidos no processo de adaptação climática demandam um conjunto de ações econômicas e financeiras, além de diversos atores.

Como reforço às medidas financeiras e econômicas, mudanças na política fiscal do País são alternativas. Os tributos ambientais, ou *green taxes*, são aqueles criados com o fim de orientar comportamento voltado à preservação e tutela ambiental, o que se faz por meio de incentivos e benefícios fiscais. No decorrer das últimas décadas, tem crescido, no ordenamento jurídico brasileiro, a incidência dessa espécie de tributação. Sua criação comumente tem como base a redução da poluição e, em sua previsão legal, a aplicação de isenções ou reduções de alíquotas para contribuintes que desenvolvem práticas ambientalmente corretas. Essa é a característica da extrafiscalidade tributária, que também pode ser utilizada para incentivar comportamentos desejáveis em termos de adaptação e mitigação climática. Nesse sentido, construções adaptadas poderiam receber isenção fiscal por um tempo, enquanto prédios e casas situados em locais de risco poderiam ser tributados com uma alíquota progressiva até que adotem medidas de melhoria estrutural (essa última, em princípio, não seria uma opção para a população de baixa renda).

Em um momento em que se reflete acerca da reforma tributária, muito pode ser feito em termos de tributação sustentável ou verde. Por exemplo, a instituição de tributos deve considerar os princípios da prevenção, do poluidor-pagador, do protetor-recebedor e do tratamento tributário diferenciado conforme o impacto ambiental e climático dos produtos, serviços, processos de elaboração e prestação. As contribuições de intervenção no domínio econômico visando à tutela do ambiente e, por consequência, a estabilidade climática, podem ser instituídas com base no que estabelecem os artigos 170, inciso VI e 225 dessa Constituição. Importante, contudo, que os valores arrecadados sejam destinados a atividades socioambientais e produtivas econômicas sustentáveis que reduzam a emissão de gases de efeito estufa. Os princípios que orientam as limitações ao poder de tributar, dispostos no artigo 150, III, da Constituição Federal podem ser acionados para permitir alíquota da contribuição diferenciadas por produto ou uso. O instituto da isenção

³⁵ NICOL, M., SHISHLOV, I; COCHRAN, I. *Executive Summary Green Bonds: What Contribution to the Paris Agreement and How to Maximize It?* Institute for Climate Economics (I4CE), Paris, 2017. Disponível em: <https://www.i4ce.org/download/green-bonds-improving-their-contribution/>. Acesso em: 25 set. 2020. LARSEN, G. et al. *So Far, Green Bonds Fail to Raise Much Money for Resilience*. The Climate Resilience Principles Aim to Change That. *World Resources Institute*, 2019. Disponível em: <https://www.wri.org/blog/2019/10/so-fargreen-bonds-fail-raise-much-money-resilience-climate-resilienceprinciples-aim>. Acesso em: 18 mai. 2020. TOLLIVER, Clarence; KEELEY, Alexander Ryota; MANAGI, Shunsuke. Green bonds for the Paris agreement and sustainable development goals. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, p. 064009, mai. 2019.

tributária é muito relevante nesse contexto, e pode ser acionado para incentivar setores ou atividades econômicas que adotem projetos de acordo com metas de redução de emissões de gases de efeito estufa assumidas pelo País, ou mesmo para aqueles que optarem por investir em adaptação.

Em complemento aos aportes e ações anteriormente mencionados, os fundos representam um mecanismo importante de aporte financeiro. Quando bem estruturados e coordenados, contribuem para a efetividade do enfrentamento da problemática a que se propõem enfrentar. Têm um papel paralelo a outras alternativas e mesmo à precificação do carbono. No Brasil a Lei 12.187 de 2009 elenca o fundo como um dos instrumentos fundamentais para a concretização dos objetivos da política climática do País (artigo 6º, II). O Fundo Clima foi criado pela Lei n.º 12.114 de 2009, regulamentado pelo Decreto n.º 9.578 de 2018, e recentemente alterado pelo Decreto n.º 10.143 de 2019. Vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, disponibiliza recursos em duas modalidades, reembolsável e não-reembolsável. Os recursos reembolsáveis são administrados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Os recursos não reembolsáveis são operados pelo MMA. O artigo 4º da Lei 12.114 estabelece as atividades às quais se destina a aplicação dos recursos. Portanto, a aderência à questão climática e à governança voltada à mitigação e adaptação climática deve ser o norte do fundo. Nesse passo, a interlocução entre os resultados de sua atividade e os objetivos da política nacional de mudança climática e as metas das NDC (s) assumidas pelo Brasil constituem uma obrigação legal. A ausência dessa conexão fragiliza a eficácia e eficiência do fundo, que tem potencial para subsidiar tecnologias de baixo carbono, a fim de que estas possam competir com as dominantes baseadas em energia tradicional fóssil; fomentar soluções com base na natureza, dentre outras. O Fundo Clima tem importância sistêmica e potencial de complementar políticas correlatas à questão climática, pois o financiamento de projetos de redução de vulnerabilidades, contribui, diretamente para os objetivos da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, por exemplo.

Versando sobre essa questão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 708, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, funda-se na alegação de omissão inconstitucional da União, e na não adoção de providências de índole administrativa objetivando o funcionamento do fundo, o que reflete, diretamente, na implementação de políticas de mitigação e adaptação. Trabalhar o mérito da ação desborda aos objetivos deste artigo. Todavia, dois pontos merecem destaque: o fundo é parte de um contexto de financiamento necessário para o enfrentamento da questão climática; o esvaziamento de seus recursos, ou inoperância, compromete a eficiência da política climática no Brasil, o que afronta suas diretrizes, dentre as quais o dever de cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, Protocolo de Quioto, Acordo de Paris e demais documentos sobre mudança do clima dos quais vier a ser signatário (artigo 5º, I da Lei 12.187).

Por fim, as observações sobre o fundo e possibilidades anteriores conduzem à conclusão de que a adaptação climática precisa de uma estratégia planejada, que conte com diversos instrumentos, sejam eles econômicos, financeiros, fiscais, e com um conjunto de atores esclarecidos sobre riscos e oportunidades. Essa proposição, contudo, precisa ser complementada por uma visão sistêmica de adaptação no Direito. A transição para uma economia de baixo carbono e de adaptação às mudanças climáticas exige regulamentação, tanto para garantir previsibilidade e segurança para mercados e investimentos privados, quanto para delinear, por meio do comando-controle, medidas incentivadoras e desestimuladoras.³⁶ A noção custo/oportunidade precisa ser assimilada pelo Direito nas suas mais diversas esferas de atuação. Esse enfoque pode contribuir para a construção de políticas ambientais climáticas que contemplem tanto os instrumentos de comando e controle (ordenamento protetivo-repressivo) quanto os instrumentos econômicos (ordenamento promocional) e financeiros.

³⁶ FARIAS, Carmem; DAMACENA, Fernanda. Meio ambiente e economia: uma perspectiva para além dos instrumentos de comando e controle. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 148-181, jan./abr. 2017.

5 O dever de adaptação climática no Brasil e a necessária readaptação do Direito

A contribuição do Direito constitucional brasileiro à tutela do meio ambiente orienta o processo de mitigação, adaptação e resposta às mudanças climáticas, tanto em termos de diretrizes quanto de responsabilidade. A conexão entre economia e ambiente está expressa no teor do artigo 170, V e, também, nas diretrizes do 225. O Direito intergeracional ao meio ambiente equilibrado é um dos princípios constitucionais da ordem econômica. Essa ligação estende-se à mudança climática, na medida em que, na contramão da sadia qualidade de vida, estão os cenários delineados pela ciência climática, associados de forma significativa à combustão de energias fósseis. Cada vez mais comuns, eventos extremos e de magnitude têm como resultado perdas, danos, limitação de capacidade e aumento do grau de injustiça ambiental.

A mudança climática é um dos fatores transversais aos desastres, que potencializam a pobreza e a desigualdade, o que compromete a dignidade humana, um dos fundamentos da república federativa do Brasil (artigo 1º, III). Logo, um déficit de adaptação climática, que tenha a política econômica como um de seus pilares, é apenas mais uma etapa de um processo negativo, que retroalimenta tudo o que não é natural e humanamente digno.

Ainda na esteira constitucional, cabe lembrar os termos do artigo 5º § 3º: “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, *serão equivalentes às emendas constitucionais*”. A conexão entre os efeitos da mudança climática e o comprometimento de Direitos humanos é translúcida. A alteração do clima do sistema terrestre reflete diretamente em diversos Direitos fundamentais, sendo a saúde e vida os mais emblemáticos. Cabe, nesse contexto, lembrar do Acordo de Paris, do qual o Brasil é signatário, que estabeleceu a meta global de melhoria da capacidade adaptativa, com o objetivo de fortalecer resiliência e redução de vulnerabilidade às mudanças climáticas.³⁷ Essa meta comprometeu cada membro a se engajar no desenvolvimento ou aprimoramento de planos, políticas e contribuições relevantes e progressivas de adaptação, dado que os países reconhecem a necessidade de apoiar os países em desenvolvimento, inclusive por meio de financiamento, tecnologia e capacitação. Para o alcance do objetivo final do Acordo, governos apresentaram seus próprios compromissos, a partir das chamadas Contribuições Nacionalmente Determinadas (INDC, na sigla em inglês). Por meio das INDCs, cada nação apresentou, voluntariamente, sua contribuição de redução de emissões dos gases de efeito estufa e as orientações dos planos de adaptação. Como um dos objetivos é atingir um determinado nível de redução de emissões, países comprometidos têm revisado suas propostas e trabalhado com metas e diretrizes mais ambiciosas que as anteriores.

Em complemento, há no Brasil uma orientação constitucional-ambiental no sentido de um Direito a não sofrer com as perdas e danos decorrentes do excesso de vulnerabilidade e falta de resiliência das cidades. Esse Direito encontra guarida nos diversos Direitos fundamentais presentes no artigo 5º, no artigo 225, bem como em uma série de políticas regulamentadas infraconstitucionalmente, como o caso da legislação que compõe o arcabouço normativo do Direito dos Desastres, Direito da Cidade, Direito urbanístico, dentre outros. Logo, a política climática no Brasil deve ser compreendida como política de Estado, o que a coloca no campo do Direito das obrigações.

O arcabouço normativo infraconstitucional brasileiro regulamentador das mudanças climáticas é composto pela Lei n.º 12.187/2009, Decreto 9578/2018, bem como por leis estaduais e municipais especificamente voltadas à matéria. Paralelamente às medidas de mitigação, o aprimoramento das leis climáticas no País demanda uma reformulação voltada à estimulação de atividades, culturas organizacionais e educação que priorizem e induzam à resiliência climática. Esse é um processo que não se efetiva, apenas, por meio de

³⁷ UNFCCC. *Paris Agreement*, 2015. Disponível: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.

mais uma legislação, mas de um processo legislativo que considere o valor cidadão, dos investimentos e da regulamentação de uma série de instrumentos econômicos, financeiros e fiscais voltados à adaptação climática. Essa evolução é possível a partir de um quadro legal e regulatório previsível e transparente. Se o sistema normativo nacional não for claro, contiver normas que se sobrepõem, contraditórias e lacunosas; criar barreiras meramente burocráticas, torna muito pouco provável a atração de investimentos ou financiamentos nacionais e internacionais. Conforme anteriormente demonstrado, a reformulação da política econômica e os investimentos considerando-se os riscos climáticos como parte do negócio já possuem alguns parâmetros internacionais interessantes.

O *Green Deal*³⁸ da União Europeia não apenas propõe reforços em termos adaptativos, mas define a necessidade de adaptação climática como linha influenciadora de investimentos públicos e privados, com destaque para as soluções baseadas na natureza. A ideia é que investidores, seguradoras, empresas, cidades e cidadãos tenham acesso a dados e desenvolvam instrumentos capazes de integrar as mudanças climáticas em suas práticas de gerenciamento de riscos. Nesse contexto, o “esverdeamento dos orçamentos públicos” aparece como ferramenta redirecionadora de investimentos, consumo e tributação. Todas as metas são acompanhadas de regulamentação ou alteração de normas climáticas, com especial cuidado para a intensificação da vigilância ao combate da falsidade verde.

Ainda, o país que verdadeiramente pretende migrar para uma economia sustentável e adaptada às mudanças climáticas precisa tomar cuidado com situações contraproducentes como as que preveem metas de adaptação, mas mantêm políticas e estruturas normativas contraditórias. O mero discurso está perdendo espaço nos mercados e economias sustentáveis. Outra questão importante é evitar os riscos de reputação; assim como uma série de ações judiciais que expõem a falta de implementação de políticas públicas.

Nesse passo, ao sistema jurídico cabe reestruturar-se para orientar e amenizar os denominados riscos de transição, relacionados às dificuldades que as empresas e companhias devem ter na transição para uma economia de baixo carbono e adaptação; bem como responder às demandas que surgirão desse processo de adaptação, que inevitavelmente refletirão em diversos Direitos fundamentais. O desempenho desse papel exige conhecimento especializado, planejamento, critérios, metas e pode ser desenvolvido, nas três esferas governamentais, com especial atenção ao âmbito local, levando em consideração alguns passos.

5.1 Observação sistêmica com vista a uma transição adaptativa, escalonada e justa

O processo de adaptação da política existente precisa observar calendários econômicos, financeiros e normativos coincidentes, não divergentes. Em relação a perspectiva normativa, uma atuação gradual e flexível deve ser capaz de: i) impulsionar empresas e atividades por meio de incentivos e desincentivos que possam fortalecer as necessidades e capacidades do País em matéria climática; ii) levar em consideração diferentes vulnerabilidades e características locais e regionais presentes no Brasil; iii) enfatizar a importância de processos de planejamento de adaptação, como formulação e implementação dos planos nacionais de gestão que priorizem o cumprimento das metas internacionais, assumidas nacionalmente; iv) orientar mudança nos âmbitos tecnológicos, econômico, político e psicossocial; v) considerar os grupos mais vulneráveis; vi) a política de adaptação deve buscar mitigar e, se possível, evitar a potencialização dos riscos de transição típicos de uma transição econômica energética.

Importante ter em mente que o acoplamento de estruturas econômicas, financeiras e jurídicas requer definição dos atores, aportes, metas e responsabilidades. A estratégia adaptativa diante dos riscos e danos climáticos passa não apenas pelo debate sobre quais espécie de normas são mais adequadas, mas pela refle-

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA, Direção-Geral do Mercado Interno, da Indústria, do Empreendedorismo e das PME. *Comunicação da comissão ao parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social europeu e ao Comité das Regiões*. Bruxelas, 2017. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 12. jun. 2020.

xão acerca do nível de governo em que serão desempenhadas, com o fim de evitar ações contraproducentes e injustas.

Nesse passo, Glicksman³⁹ destaca a importância do desenvolvimento da governança adaptativa no nível local, uma vez que esta, em tese, tem o benefício de responder melhor às vontades e necessidades dos constituintes e, portanto, seria mais democrática. Lynch,⁴⁰ por seu turno, enaltece a importância da governança estatal, sem discordar da relevância do valor do local, destacando que muitos dos setores que demandam adaptação climática são de competência dos estados. Uma terceira linha pondera que é provável que a participação e a liderança federal sejam necessárias pelas seguintes razões. Primeiramente, pelo fato de que autoridades estaduais e locais poderão não ter os recursos necessários para liderar os esforços de adaptação. Ademais, há que se estimar a possibilidade de desvantagens durante o processo adaptação, quando alguns cidadãos podem estar mais expostos à escassez de recursos do que outros.⁴¹

Questões distributivas e de justiça na adaptação de leis e regimes de atuação não podem passar ao largo. No processo de adaptação ao clima, a justiça e a alocação de recursos não podem ser olvidadas. Soluções voltadas à adaptação normativa devem afetar a distribuição de recursos, seja por não compensar adequadamente as alterações distributivas das mudanças climáticas ou por exacerbá-las por meio de novas externalidades. Nesse passo, há de se ter em mente que, ao lado da adaptação da política econômica, financeira e do Direito, a noção justiça climática articula não apenas um Direito à qualidade ambiental, mas um Direito à distribuição equitativa dos benefícios da adaptação. Assim, os membros mais vulneráveis da sociedade, bem como áreas e territórios que precisam de atenção especial, devem ser considerados e envolvidos quando da tomada de decisão. Isso, em grandes linhas, significa “não deixar ninguém para trás”, o que implica reorientar políticas a fim de proteger regiões vulneráveis e trabalhadores em indústrias afetadas pela transição para uma economia verde.

5.2 Interlocação entre políticas públicas

As mudanças climáticas e, por consequência, seu processo de adaptação impõem ao Direito uma reestruturação orientada pela noção de elos. A mudança climática extermina com a noção do individual e demonstra como tudo está conectado. Isso torna o estímulo de interação para fins de complementação, entre grupos normativos conformadores de diferentes subsistemas jurídicos, absolutamente natural.⁴²

A adaptação do Direito às mudanças climáticas requer a articulação entre políticas, seus objetivos e metas. Problemas complexos requerem soluções à altura. Desse modo, se partirmos do âmbito internacional, em grandes linhas, a resiliência climática é sustentada pelo entrelaçamento dos Objetivos e Metas do Desenvolvimento Sustentável, Quadro de Sendai 2015-2030 para redução de riscos de desastres, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima e Acordo de Paris. Logo, internamente, a adaptação e o planejamento climático precisam considerar, no mínimo, o acoplamento das seguintes estruturas políticas: energética; proteção e defesa civil; política nacional do meio ambiente, climática, urbanismo e saneamento. Destaque-se, pois oportuno, a questão migratória nesse mosaico. Nesse sentido, de forma ilustrativa, pode-se dizer que um olhar político e normativo sistêmico + aporte econômico, fiscal e financeiro = a alteração da realidade de enfrentamento das mudanças climáticas no Brasil.

³⁹ GLICKSMAN, Robert L. Climate change adaptation: A collective action perspective on federalism considerations. *Emtl. L.*, v. 40, p. 1-28, 2010.

⁴⁰ LYNCH, Amanda H.; BRUNNER, Ronald D. Learning from climate variability: adaptive governance and the Pacific ENSO applications center. *Weather, Climate, and Society*, v. 2, n. 4, p. 311-319, out. 2010.

⁴¹ GLICKSMAN, Robert L. Climate change adaptation: A collective action perspective on federalism considerations. *Emtl. L.*, v. 40, p. 1-28, 2010.

⁴² RUHL, J. B. Climate change adaptation and the structural transformation of environmental law. *Emtl. L.*, v. 40, p. 363-431, 2010. p. 377.

Esse raciocínio impõe uma espécie de atualização ao Direito no sentido de assimilar que um movimento normativo pode ser positivo para uma série de necessidades correlatas àquela especificamente objeto da norma. Por exemplo, uma atualização que direcione ações voltadas à diminuição das vulnerabilidades ecossistêmicas é fundamental para a adaptação rural e urbana resiliente. O estímulo do desenvolvimento de cidades resilientes e de processos sustentáveis de urbanização é, inclusive, um dos objetivos da Lei de Proteção e Defesa Civil (artigo 5º, VI). Todo esse processo pode ser desenvolvido a partir da valorização econômica que protege, fiscaliza e, ao mesmo tempo, remunera. O pagamento por serviço ecossistêmico, por exemplo, objetiva a correção da falha de mercado através da internalização das externalidades positivas. Considerando-se o valor dos serviços ambientais para a economia, o PSA compensa o custo de oportunidade do uso do solo por meio da remuneração daqueles que contribuem para a preservação dos ecossistemas.⁴³ Há notório interesse de diversos setores da sociedade na regulamentação dessa possibilidade e tudo o que dela se aproxima. A recém publicada Lei nº 14.119/2021, representa importante avanço nesse contexto, uma vez que define conceitos, objetivos, diretrizes, ações e critérios de implantação da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), institui o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (CNPSA), o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFPSA), e dispõe sobre os contratos de pagamento por serviços ambientais. O Decreto nº 10.606/2021 é outro exemplo de normatização que une engrenagens importantes para o enfrentamento da questão climática, pois institui o Sistema Integrado de Informações do Plano Setorial para Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono e o Comitê Técnico de Acompanhamento do Plano Setorial, com vistas à Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura.

Importante que os processos de normatização e regulamentação nacional sejam criteriosos, tanto em termo de conservação quanto de valoração do capital natural. Essa perspectiva é de extrema importância para países como o Brasil, onde as cidades se instalaram sem que estudos e diagnósticos apontassem seus reais impactos no território. Essa falta de preocupação ecossistêmica e coletiva faz com que, hoje, diante da maior incidência de eventos extremos, as perdas e danos sejam muito maiores, inclusive para a biodiversidade. Muito provavelmente, boa parte dos eventos ocorridos no Brasil sequer recebessem a denominação de desastres, não fosse o impacto de grandes volumes pluviométricos em cidades e comunidades completamente vulneráveis aos impactos adversos da mudança climática.

Diante dessa realidade, a adaptação climática do Direito deve priorizar medidas estruturais, de proteção e redução de suscetibilidades e sensibilidades, seja por meio de obras de engenharia, seja pelo investimento em infraestruturas verdes. Com relação às últimas, destacam-se os sistemas de drenagem urbana sustentável (SUDS), já bastante utilizados na Europa para fins de gestão de inundação (ex: telhados, superfícies, terraços, valas verdes, depósitos de infiltração, lagos de retenção).⁴⁴ Os instrumentos da política nacional do meio ambiente representam os caminhos tanto para a mitigação quanto para adaptação ao clima.

Uma melhor articulação entre as políticas ou na forma como se as interpreta é fundamental. A economias mais contemporâneas do mundo já compreenderam que este é o momento para adoção, concomitante, de Instrumentos de Comando e Controle (ICCs) e Instrumentos Econômicos (IEs).

Há que se destacar, pois basilar, que as possibilidades mencionadas dependem de vontade política, postura cidadã e contrapartidas como: linhas de crédito, financiamentos, incentivo fiscais, tratamentos diferenciados ou prêmios direcionados aos empreendedores que optarem por investir em projetos dessa espécie ou adaptar suas atividades a essa nova realidade. Em resumo, o ordenamento jurídico tem o papel de delinear, tanto por meio de políticas públicas quanto fiscais e econômicas um comportamento austero, fiscalizador e, ao mesmo tempo, incentivador e premial. Apesar de se manifestar de forma avassaladora e emergente, o fenômeno das mudanças climáticas requer equilíbrio, ponderação e razoabilidade. Essa última está muito

⁴³ ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais: aspectos jurídicos para a sua aplicação no Brasil. In: *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. Anais. São Paulo, 2010.

⁴⁴ CARDOZO, Ximena. F. *Inundações urbanas: gestão com foco em prevenção de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ligada à ideia de que a incerteza, característica típica, do processo de mudanças climáticas, já não serve mais como argumento para a omissão ou ação deficiente.

5.3 Assimilação da incerteza: entre o dever e a oportunidade

Este é sem dúvidas um dos pontos mais difíceis, tanto para o Direito quanto para a Economia. A linguagem científica é muito diferente da jurídica e econômica. Embora a incerteza seja comum à regulamentação ambiental, as incertezas multifacetadas e em cascata apresentadas pelas mudanças climáticas trazem uma complexidade sem precedentes, mas que não podem causar paralisia regulatória. Legislações e políticas de adaptação devem basear-se na melhor ciência disponível. Todavia, tradicionalmente, o Direito enquanto sistema, é bem mais lento e estável do que a ciência, em constante mutação e atualização.

Um projeto de atualização adaptativo do Direito deve ser pouco otimista em relação ao futuro, precisa considerar os piores cenários, antecipar-se a possíveis conflitos, mas, ao mesmo tempo, deve comunicar as vantagens que emergem dessa realidade. E quando as informações forem insuficientes para decisões de longo prazo, importante observar as técnicas legislativas que considerem a flexibilidade e permitam mudanças, a depender da piora apresentada pelos dados de monitoramento.⁴⁵ Nesse contexto, a construção de infraestruturas localizadas em áreas mapeadas como vulneráveis, por exemplo, vão requerer códigos de construção e planos diretores atualizados que orientem e desautorizem decisões que não observem estudos e estimativas de avaliação de riscos climáticos, compromisso de manutenção estrutural e, até, contratação de seguros.

Em termos principiológicos, uma das ferramentas adotadas frente à dimensão da incerteza típica da mudança climática é o Princípio da Precaução, que tem aparecido com bastante frequência, inclusive, em litígios climáticos. De um modo geral, a precaução aconselha que a falta de certeza não justifica a inação diante de prováveis riscos, especialmente quando de difícil quantificação, com características de irreversibilidade ou potencialmente catastróficos e comprometedores de Direitos humanos. Essa perspectiva cresce diante de previsões normativas voltadas ao dever de agir, de cuidado, e a possibilidade de ação nesse sentido. O princípio expressa a filosofia da ação antecipada, não requerendo que todo um corpo de prova científica seja coletado para que medidas sejam adotadas.

Todavia, mesmo diante do avanço da ciência climática, a assimilação do problema e suas consequências continua sendo objeto de críticas e debates. Isso ocorre porque a mudança climática e sua influência em eventos extremos representam o tipo de ameaça cujas dimensões não são entendidas perfeitamente ou podem ser calculadas com absoluta precisão. Essa espécie de incerteza “pode ser associada a distribuições de cauda larga — seja porque se sabe que a distribuição e o risco esperado ou sua variância são infinitas, ou porque a natureza da distribuição impede a definição de parâmetros-chave com precisão suficiente para determinar o risco esperado ou sua variância”.⁴⁶

Riscos não quantificáveis representam uma espécie de “ponto cego” para a análise convencional. Todavia, “só porque não sabe exatamente quão grande é um número, não há razão para assumir que ele seja zero. Uma resposta ou alternativa mais adequada seria considerar e manter a ameaça na agenda, o que por si aconselha cautela no seu trato”.⁴⁷

No Brasil, especialmente em função da espécie de eventos prioritariamente abarcados pela Lei 12.608/12, e por determinação expressa do artigo 2º, § 2º, o risco climático é elemento comunicativo que autoriza o Direito a intervir como vistas à prevenção e mitigação de perdas danos humanos e ecossistêmicos, bem como a orientar processos adaptativos com o objetivo de prevenir e mitigar possíveis perdas e danos.

⁴⁵ FOLKE C. Resilience: the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses. *Glob Environ Change*, v. 16, p.253–267, 2006.

⁴⁶ DAMACENA, Fernanda D. L. Direito dos Desastres e Compensação Climática no Brasil: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 24.

⁴⁷ FARBER, Daniel A. Uncertainty. *Georgetown Law Journal*, v. 99, p. 901–959, fev. 2011, p. 958–959, 909.

Sabe-se, contudo, que a eficácia da força normativa vigente no País, especialmente no que tange às políticas mais relevantes para o enfrentamento e adaptação às mudanças climáticas, passa por uma reestruturação da própria conjuntura da área ambiental, o que envolve, por exemplo, um diagnóstico e, quando for o caso, reaparelhamento e capacitação dos órgãos que compõem os entes da federação. A proposta de adaptação climática não se sustenta de forma isolada. Assim como a mudança climática perpassa diferentes áreas do conhecimento, seu enfrentamento tende a não ser bem sucedido se for isolado, pontual e unicamente punitivo. Por isso, em complemento ao tradicional comando e controle, a combinação de instrumentos econômicos e financeiros é medida que se impõe. O reconhecimento de vulnerabilidades e mesmo a assimilação da incerteza são importantes, mas não suficientes, se não houver recursos que possam suportar a melhoria e a mudança.

Quando políticas, economia e finanças conversam com a matéria climática, padrões de emissão e estratégias de adaptação passam a ser instrumentos de uma política maior, que usa de alternativas e possibilidades para a consecução de metas acordadas socialmente, e que convergem para o bem comum. A inserção do elemento econômico-financeiro na seara ambiental e vice-versa, representa ponto central na medida em que reforça a ideia de adaptação e comunicação intersistêmica, essencial a um novo caminho para o enfrentamento da crise climática.

6 Considerações finais

A mudança climática representa um problema dos comuns⁴⁸ e um desafio inusitado para a Economia, o Direito e as Finanças (públicas e privadas). Ao longo deste artigo, argumentou-se pela urgente necessidade de um planejamento climático que agregue esses sistemas e tenha a adaptação climática como uma de suas metas. Sabe-se, contudo, que esse é um processo dispendioso, que requer vontade política, novas regulamentações, atualizações normativas, a ampliação de instrumentos econômicos, financeiros, postura cidadã e compatibilidade entre políticas públicas.

A complexidade desse caminho também aponta para oportunidades que merecem especial atenção, sobretudo num momento em que se buscam caminhos para a reestruturação da economia mundial. O Direito nesse contexto tem o papel de instrumento de efetivação e de orientação de condutas, além da tradicional definição de sanções e responsabilidades.

A adaptação às mudanças climáticas passa pela transição de uma economia de baixo carbono (portanto necessita de ações mitigatórias e de inventários de emissões), mas carece de investimentos significativos em projetos e processos que visem resiliência (mapeamento de vulnerabilidade, conhecimento dos riscos e planejamento das ações de adaptação). A magnitude do investimento para a adaptação climática requer a mobilização dos setores público e privado. Como todo planejamento, uma das etapas a ser desenvolvida nesse âmbito é o delineamento de uma taxonomia ou portfólio de projetos e ações com bases normativas, econômicas e financeiras. Com critérios legais e transparência, fica mais fácil identificar e acessar fontes de investimento e financiamento. Importante, por exemplo, que esses projetos estejam sujeitos a provas de sustentabilidade e que permitam o rastreamento da contribuição aos objetivos climáticos, ambientais e sociais (a adaptação climática não pode ser excludente).

Exsurge daí a necessidade de um plano de investimento que possa auxiliar necessidades adicionais de financiamentos voltados a propostas e atividades sustentáveis e verdes. Desse modo, bancos, instituições nacionais e fundos nacionais e internacionais devem se engajar cada vez mais. Riscos climáticos e ambientais tendem a ser cada vez mais gerenciados e integrados ao sistema financeiro no Brasil. Para fins de segurança jurídica, é importante que tudo seja regulamentado. Ao mesmo tempo, para que esse seja um movimento

⁴⁸ HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

efetivo, empresas e instituições financeiras precisarão aumentar a divulgação de seus dados climáticos e ambientais, para que os investidores sejam totalmente informados sobre a sustentabilidade dos investimentos.

O investimento público verde precisa fazer parte do contexto das finanças públicas. Se o orçamento é reduzido, por que não desenvolver o incentivo fiscal para adaptação climática? Reformas tributárias bem projetadas podem impulsionar o crescimento econômico e a resiliência a eventos climáticos, e ainda ajudar a contribuir para uma sociedade mais justa. Esse movimento pode fazer toda diferença ao fornecer incentivos para o comportamento sustentável de produtores, usuários e consumidores. Maiores oportunidades para investidores e empresas que incorporem a sustentabilidade climática adaptativa à estrutura de governança corporativa, com a garantias e vantagens fiscais são tendência mundial. O processo de adaptação climática também pode ser premial e incentivador.

A necessidade de adaptação às mudanças climáticas é uma excelente oportunidade para viabilizar a necessária comunicação entre Direito, Economia e Finanças, pois pressiona o desenvolvimento de novas formas atuação e conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção do que é comum. A tutela constitucional ambiental brasileira orienta e impulsiona o processo de mitigação, adaptação e resposta às mudanças climáticas, tanto em termos de diretrizes, quanto de responsabilidade. Não há ambiente ecologicamente equilibrado e vida digna diante do desequilíbrio social, ambiental e econômico potencializado pelas mudanças climáticas.

Referências

- ALMAGRO, André et al. Projected climate change impacts in rainfall erosivity over Brazil. *Scientific reports*, v. 7, n. 1, p. 1-12, ago. 2017.
- ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais: aspectos jurídicos para a sua aplicação no Brasil. In: *14º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos*. Anais. São Paulo, 2010.
- ARENDETT, D. J., ET AL. Key economic sectors and services. In: *Climate Change 2014 Impacts, Adaptation and Vulnerability: Part A: Global and Sectoral Aspects*. Cambridge University Press, pp. 659-708, 2015.
- BATTEN, S., Sowerbutts, R., Tanaka, M.,. *Let's Talk About the Weather: The Impact of Climate Change on Central Banks*. Technical Report. Bank of England, 2016. Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/working-paper/2016/lets-talk-about-the-weather-the-impact-of-climate-change-on-central-banks>. Acesso em: 20 set. 2020.
- BERKHOUT, Frans; HERTIN, Julia; JORDAN, Andrew. Socio-economic futures in climate change impact assessment: using scenarios as 'learning machines'. *Global Environmental Change*, v. 12, n. 2, p. 83-95, jul. 2002.
- BOARD, Financial Stability. *Proposal for a disclosure task force on climate-related risks*. 2015. Disponível em: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/Disclosure-task-force-on-climate-related-risks.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.
- BOWMAN, Megan; STEENMANS, Katrien. *Climate Finance Law: Legal Readiness for Climate Finance: Report and Findings of Workshop held at King's College London 9-11 March 2018*.
- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Destruando o Potencial de Investimentos Verdes para Agricultura no Brasil*, 2010. Disponível em: <https://www.sucessonocampo.com.br/noticias/mapa-e-cbi-lancam-plano-de-investimento-para-agricultura-sustentavel/>. Acesso em 20 jun.2020.
- BURKE, Marshall; HSIANG, Solomon M.; MIGUEL, Edward. Global non-linear effect of temperature on economic production. *Nature*, v. 527, n. 7577, p. 235-239, out. 2015.

dbank.org/curated/en/602971510740408248/Climate-investment-opportunities-in-emerging-markets-an-IFC-analysis. Acesso em: jun.2020.

KERR, Tom; Maheshwari, Aditi; Sottong, John Dierk. *Climate investment opportunities in emerging markets : an IFC analysis (English)*. Washington, D.C. : World Bank Group, 2016. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/602971510740408248/Climate-investment-opportunities-in-emerging-markets-an-IFC-analysis>. Acesso em: jun.2020.

LARSEN, G. et al. *So Far, Green Bonds Fail to Raise Much Money for Resilience*. The Climate Resilience Principles Aim to Change That. *World Resources Institute*, 2019. Disponível em: <https://www.wri.org/blog/2019/10/so-fargreen-bonds-fail-raise-much-money-resilience-climate-resilienceprinciples-aim>. Acesso em: 18 mai. 2020.

LEHR, Amy. et al. *Banks and human rights: a legal analysis*. United Nations Environment Programme Finance Initiative. Disponível em: <https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/BanksandHumanRights.pdf> > Acesso em: 26 set. 2020.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira; CÁNEPA, Eugenio Miguel; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Política ambiental. In: MAY, Peter Herman (Org.). *Economia do meio ambiente: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, 165.

LYNCH, Amanda H.; BRUNNER, Ronald D. Learning from climate variability: adaptive governance and the Pacific ENSO applications center. *Weather, Climate, and Society*, v. 2, n. 4, p. 311-319, out. 2010.

NAKHOODA, Smita; WATSON, Charlene; SCHALATEK, Liane. The global climate finance architecture. *Overseas Development Institute*, 2015. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.634.7698&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

NICOL, M., SHISHLOV, I; COCHRAN, I. *Executive Summary Green Bonds: What Contribution to the Paris Agreement and How to Maximize It?* Institute for Climate Economics (I4CE), Paris, 2017. Disponível em: <https://www.i4ce.org/download/green-bonds-improving-their-contribution/>. Acesso em: 25 set. 2020.

NORDHAUS, William. Climate change: The ultimate challenge for Economics. *American Economic Review*, v. 109, n. 6, p. 1991-2014, 2019.

Oppenheimer M. et al. Emergent risks and key vulnerabilities Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. In: C B Field et al (eds). *Part A: Global and Sectoral Aspects Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, p. 1039–99, 2014.

RAMIREZ-VILLEGAS, Julian et al. Breeding implications of drought stress under future climate for upland rice in Brazil. *Global change biology*, v. 24, n. 5, p. 2035-2050, 2018.

RUHL, J. B. Climate change adaptation and the structural transformation of environmental law. *Envtl. L.*, v. 40, p. 363-431, 2010. p. 377.

STERN, Nicholas; STERN, Nicholas Herbert. *The economics of climate change: the Stern review*. Cambridge: University press, 2007, p.6.

Swiss Re Group. *Global catastrophes caused USD 56 billion insured losses in 2019, estimates Swiss Re Institute*. Disponível em: <https://www.swissre.com/media/news-releases/nr-20191219-global-catastrophes-estimate.html>. Acesso em: 28. set. 2020.

Swiss Re Institute. “*Nature Catastrophes and Man-Made Disasters in 2018: ‘Secondary’ Perils on the Frontline*”. 2019. Disponível em: https://www.swissre.com/dam/jcr:c37eb0e4-c0b9-4a9f-9954-3d0bb4339bfd/sigma2_2019_en.pdf. Acesso em: 26 set. 2020.

- TOLLIVER, Clarence; KEELEY, Alexander Ryota; MANAGI, Shunsuke. Green bonds for the Paris agreement and sustainable development goals. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, p. 064009, mai. 2019.
- TRIANA, Maria Andrea; LAMBERTS, Roberto; SASSI, Paola. Should we consider climate change for Brazilian social housing? Assessment of energy efficiency adaptation measures. *Energy and Buildings*, v. 158, p. 1379-1392, dez. 2017.
- UNEP. PUIG, Daniel et al. *The Adaptation Finance Gap Report*. Nairobi, Kenya, 2016. Disponível em: <https://unepdtu.org/publications/the-adaptation-finance-gap-report/>. Acesso em: 26 set. 2020.
- UNEP. *The Adaptation Gap Finance Report*. United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenya, 2016a. Disponível em: <https://naturalsciences.ch/service/publications/85826-the-adaptation-gap-finance-report-2016>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- UNEP. *The Adaptation Gap Report 2014*. Nairobi, Kenya, 2014. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/adaptation-gap-report-2014>. Acesso em 27 set. 2020.
- UNEP. *The Adaptation Gap Report 2018*. Nairobi, Kenya, 2018. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/adaptation-gap-report>. Acesso em: 26 set. 2020.
- UNFCCC. *Paris Agreement*, 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.
- UNISDR. *Hyogo Framework for 2005–2015: Building the Resilience of Nations and Communities to Disasters*. Disponível em: <http://www.unisdr.org/wcdr/intergover/official-doc/L-docs/Hyogo-framework-for-action-english.pdf>. Acesso em: jun. 2020.
- UNITED NATIONS. *World Population Prospects 2019*. Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/Publications/>. Acesso em: 10 jun. 2010.
- VERISK, M. *How can I tap the sovereign green bond opportunity?* Latest products and reports, 2018. Disponível em: <http://maplecroft.com/portfolio/new-analysis/2018/06/27/how-can-i-tap-sovereign-green-bond-opportunity/>. Acesso em 27 jun. 2020.
- WEITZMAN, Martin L. On modeling and interpreting the economics of catastrophic climate change. *The Review of Economics and Statistics*, v. 91, n. 1, p. 1-19, fev. 2009.
- World Economic Forum. *The Global Risks Report 2020*. National University of Singapore Oxford Martin School, University of Oxford Wharton Risk Management and Decision Processes Center, University of Pennsylvania, 2020. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf. Acesso em: 05 mai. 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Relevância e estratégias para
viabilização da criação de
corredores ecológicos em área
da Mata Atlântica setentrional**

**Relevance and strategies to
enable the creation of ecological
corridors in an area of Brazilian
Northern Atlantic Forest**

Juliana Garcia Vidal Rodrigues

Sueli Aparecida Moreira

Eliza Maria Xavier Freire

Relevância e estratégias para viabilização da criação de corredores ecológicos em área da Mata Atlântica setentrional*

Relevance and strategies to enable the creation of ecological corridors in an area of Brazilian Northern Atlantic Forest

Juliana Garcia Vidal Rodrigues**

Sueli Aparecida Moreira***

Eliza Maria Xavier Freire****

Resumo

A Mata Atlântica brasileira, originalmente com vasta extensão costeira desde o Rio Grande do Norte ao Rio Grande do Sul, está atualmente reduzida ao arquipélago de fragmentos florestais, apesar de constituir *hotspot* mundial em biodiversidade. Essa fragmentação é, ainda, mais crítica na Mata Atlântica setentrional, sendo imprescindível a criação de corredores ecológicos interligando áreas protegidas. A efetiva conservação do meio ambiente depende, também, de mecanismos de proteção da natureza como um todo e não somente o “cerco” como forma de proteger essas áreas. Portanto, uma nova racionalidade — de modo a contemplar os grupos sociais e conciliar interesses para preservar o bem natural comum — é fundamental. Então, elaborou-se o presente artigo cujo objetivo compreendeu a proposição de instrumentos e políticas públicas eficazes em viabilizar a criação de corredores ecológicos em áreas remanescentes da Mata Atlântica setentrional, em consonância com o desenvolvimento sustentável. Realizou-se estudo de natureza qualitativa com abordagem de análise legal e de avaliação *in situ* do Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP), Tibau do Sul, RN, como situação emblema. Por meio de análise argumentativa, os argumentos foram construídos com base em fundamentos socioambientais, desenvolvimento sustentável e princípios jurídico-ambientais. Constatou-se que instrumentos e políticas públicas de incentivo, combinadas à suporte e instrução, constituem-se as melhores formas de coadunar a conservação com desenvolvimento sustentável, proporcionando a efetividade da lei da Mata Atlântica. Quanto aos fundos de recursos, seus gestores devem atentar para a Mata Atlântica setentrional diminuindo as disparidades regionais em investimentos, e os órgãos ambientais devem elaborar projetos para beneficiamento.

Palavras-chave: Mata Atlântica Nordestina. Conexão de fragmentos. Desenvolvimento sustentável. Direito Ambiental. Políticas públicas.

* Recebido em 03/04/2020
Aprovado em 14/12/2020

** Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFRN; Pós-Graduada em Direito Ambiental pela UNP. Professora do Curso de Direito, Advogada e Consultora Jurídico Ambiental. E-mail: julianagarciaivr@gmail.com

*** Doutora em Ecologia Aplicada pelo CENA/USP; Mestre em Saúde, Ciclos de vida e Sociedade pela FSP/USP. Docente do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da UFRRJ. E-mail: suelimoreira@yahoo.com.br

**** Doutora em Ciências Biológicas/Zoologia pela UFRJ. Professora Titular da UFRN, onde atua na Graduação e na Pós-Graduação como Docente permanente nos Programas de Pós-Graduação em Psicobiologia e Desenvolvimento e Meio Ambiente. Líder do Grupo de Pesquisa Sistemática, Ecologia e Conservação da Biodiversidade de Ecossistemas nordestinos (CNPq). E-mail: Elizajuju@ufrnet.br

Abstract

The Brazilian Atlantic Forest, originally with a vast coastal extension from Rio Grande do Norte to Rio Grande do Sul, is currently reduced to islands of forest fragments, although it constitutes a world biodiversity hotspot. This fragmentation is even more critical in the Northern Atlantic Rainforest, making the creation of ecological corridors critical to interconnect the protected areas. The effective conservation depends also on mechanisms for protecting nature as a whole and not only the creation of protected areas. Therefore, a new rationale – favoring social groups and reconciling interests to preserve the natural common good – is critical. Thus, this study aimed to analyze the legal and environmental instruments, and public policies capable of enabling the creation of ecological corridors in remnant areas of the Northern Atlantic Forest, under a sustainable perspective. A qualitative study with a legal based approach was performed, together with an evaluation in situ in the State Park of Mata da Pipa, Tibau do Sul, RN. Using the methodology of argumentative analysis, arguments were constructed based on socioenvironmental bases from socioenvironmental rationales, sustainable development, and legal-environmental principles. Instruments and public policies acting as incentives, combined with support and instruction, represent the best ways to link conservation with sustainable diversity. Regarding the financial funds, the managers should pay attention to the Northern Atlantic Forest, reducing the regional disparities in investments; the environmental agencies should elaborate projects of incentives.

Keywords: Northeastern Atlantic Rainforest. Ecological corridors. Sustainable development. Environmental law. public policies.

1 Introdução

No período compreendido desde a Conferências de Estocolmo (1972)¹ até o das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)², tornaram-se relevantes as temáticas, conservação, preservação e desenvolvimento sustentável.

O cuidado com o meio ambiente tornou-se uma importante pauta global e a preservação/conservação da diversidade biológica passou a ser cobrada e incentivada em especial aos países do hemisfério sul. No caso particular da Mata Atlântica brasileira, mesmo tendo perdido 88,27% da sua cobertura florestal original³, constitui um dos mais ameaçados *hotspots* mundiais em biodiversidade, pois abriga mais de 8.000 espécies endêmicas de plantas vasculares, anfíbios, répteis, aves e mamíferos⁴.

A Constituição Federal – CF de 1988 declarou, em seu art. 225, §4º, a Mata Atlântica patrimônio nacional, cujo uso deverá ser realizado na forma da lei, assegurando sua preservação. Ainda na perspectiva de resguardar esse bioma tão relevante, o Brasil, em parceria com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura – UNESCO, o inseriu no programa Homem e Biosfera da UNESCO como Reserva da Biosfera⁵. Em adição, a Mata Atlântica é o único bioma regido por lei específica (Lei Federal

¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano (Estocolmo)*. Brasília: MMA, 1972. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc Acesso em: 28 mar. 2015.

² BRASIL. *Decreto n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 15 jun. 2016.

³ RIBEIRO, Milton Cezar *et al.* The Brazilian Atlantic Forest: how much is left, and how is the remaining forest distributed? Implications for conservation. *Biological Conservation*, v. 142, n. 6, p. 1141-115, jun. 2009.

⁴ MYERS, Norman *et al.* Biodiversity hotspots for conservation priorities. *Nature*, v. 403, p. 853-858, fev. 2000.

⁵ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

n.º 11.428/2006), que prevê a defesa e utilização da sua vegetação nativa. A referida lei, por seu turno, foi regulamentada pelo Decreto-lei n.º 6.660/2008, tornando a Mata Atlântica o bioma mais tutelado pelo ordenamento jurídico em comparação com os demais existentes no país.

A proteção legal conferida especificamente à Mata Atlântica é oportuna, pois, originalmente com vasta extensão costeira, esse bioma foi reduzido a arquipélagos de fragmentos florestais⁶. Esse fato é grave, considerando-se que a mais séria causa de extinção de espécie é a fragmentação de habitat⁷. De acordo com a Teoria Ecológica Contemporânea, a capacidade de sobrevivência de uma metapopulação normalmente está inversamente relacionada ao seu grau de isolamento⁸. A fragmentação e a alta biodiversidade da Mata Atlântica motivaram a criação do projeto “Corredores Ecológicos das Florestas Tropicais do Brasil,” do qual, da região Nordeste, apenas o Sul da Bahia é integrante como parte do Corredor Central da Mata Atlântica. A exclusão da Mata Atlântica setentrional foi justificada pelo pequeno número de remanescentes e com populações reduzidas, ecologicamente inviáveis; foram incluídos, ainda, outros parâmetros, como endemismo, abundância de espécies e grau de ameaça⁹.

Considerando-se o fato de a Mata Atlântica constituir um bioma em que as características ecológicas diferem de uma região para outra, a concentração de esforços na conservação/preservação em porções específicas resulta na perda de riqueza biológica, com extinção de espécies endêmicas da fauna e da flora¹⁰.

No caso específico da Mata Atlântica setentrional, região biogeográfica das mais ameaçadas do mundo, denominado Centro de Endemismo Pernambuco¹¹ está situado ao norte do Rio São Francisco, o qual constitui barreira de dispersão, pois este é o limite de distribuição de várias espécies para ambos os lados do rio. O “Centro Pernambuco” inclui todas as florestas entre os estados do Rio Grande do Norte e Alagoas, mas é o mais desmatado, o mais desconhecido e o menos protegido¹²

Apesar da expressiva redução e fragmentação da Mata Atlântica setentrional, durante estudo pioneiro sobre a herpetofauna de quatro remanescentes no Estado de Alagoas, realizado entre 1993 e 1996, foram registradas 60 espécies de répteis Squamata e 50 de anfíbios¹³. Dentre essas espécies, seis foram descobertas novas para a ciência, três de serpentes (*Bothrops muriciensis*¹⁴, *Liotyphlops trefauti*¹⁵ e *Dendrophidion atlanticus*¹⁶),

⁶ TABARELLI, Marcelo *et al.* Desafios e oportunidades para a conservação da biodiversidade na Mata Atlântica brasileira. *Megadiversidade*, v. 1, n. 1, p. 132-138, jul. 2005.

⁷ YOUNG, B. E. *et al.* *Joyas que están desapareciendo*: el estado de los anfíbios em el nuevo mundo. Arlington, Virgínia: NatureServe, 2004.

⁸ AYRES, José Marcio. *Os corredores ecológicos das florestas tropicais do Brasil*. Belém, PA: SCM, 2005.

⁹ AYRES, José Marcio. *Os corredores ecológicos das florestas tropicais do Brasil*. Belém, PA: SCM, 2005.

¹⁰ MAY, Peter H. Iniciativas de PSA de Carbono Florestal na Mata Atlântica. In: GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (orgs.). *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica*: lições aprendidas e desafios. Brasília: MMA, 2011. p. 55-121.

¹¹ PRANCE, G. T. Forest refuges: evidences from woody angiosperms. In: PRANCE, G. T. (ed.) *Biological diversification in the tropics*. New York, USA: Columbia University Press, 1982. p. 137-158. BROWN JR., K. Biogeografia e conservação das florestas atlântica e amazônica brasileiras. In: SEMINÁRIO IMPACTO AMBIENTAL EM ÁREAS DE TRÓPICO ÚMIDO: A EXPERIÊNCIA DA CVRD, 1982, Rio de Janeiro. *Anais [...]* RJ: CVDR; 1982, p. 85-92. CARNAVAL, Ana Carolina *et al.* Stability predicts genetic diversity in the Brazilian Atlantic Forest Hotspot. *Science*, v. 323, n. 5915, p. 785-789, fev. 2009.

¹² COIMBRA-FILHO, Ademar Faria; CÂMARA Ibsen de Gusmão. *Os limites originais do Bioma Mata Atlântica na região Nordeste do Brasil*. Rio de Janeiro: FBCN, 1996; SILVA, José Maria Cardoso da; TABARELLI, Marcelo. The future of Atlantic forest in north-eastern Brazil. *Conservation Biology*, v. 15, n. 4, p. 819-820, ago. 2001.

¹³ FREIRE, Eliza Maria Xavier. *Composição, taxonomia, diversidade e considerações zoogeográficas sobre a fauna de lagartos e serpentes de remanescentes da Mata Atlântica do Estado de Alagoas, Brasil*. 2001. Tese (Doutorado em Zoologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

¹⁴ FERRAREZZI, Hebert; FREIRE, Eliza Maria Xavier. New species of *Bothrops* Wagler, 1824 from the Atlantic Forest of Northeastern Brasil (Serpentes, Viperidae, Crotalinae). *Boletim do Museu Nacional*, Rio de Janeiro, n. 440, p. 1-10, fev. 2001.

¹⁵ FREIRE, Eliza Maria Xavier; CARAMASCHI, Ulisses; ARGOLO, Antonio Jorge Suzart. A new species of *Liotyphlops* (Serpentes: Anomalepididae) from the Atlantic Rain Forest of Northeastern Brazil. *Zootaxa*, n. 1393, p. 19-26, jan. 2007.

¹⁶ FREIRE, Eliza Maria Xavier; CARAMASCHI, Ulisses; GONÇALVES, Ubiratan. A new species of *Dendrophidion* (Serpentes: Colubridae) from the Atlantic Rain Forest o Northeastern Brazil. *Zootaxa*, n. 2719, p. 62-68, dez. 2010.

e três de anfíbios anuros (*Chiasmocleis alagoanus*¹⁷, *Phyllodytes edelmoi* e *P. gyrinaetes*¹⁸). Constatou-se, ainda, a existência de um gradiente de variação na composição da fauna de lagartos e serpentes ao longo da Mata Atlântica, o qual indica que a herpetofauna da Mata Atlântica nordestina é notavelmente diferente daquela do sudeste e do sul do Brasil¹⁹. Destacam-se, ainda, mais duas espécies novas de lagartos endêmicas de remanescentes florestais dessa região, *Dryadosaura nordestina*²⁰ e *Coleodactylus natalensis*²¹; esta última, endêmica do Rio Grande do Norte. Apesar de recentemente descobertas, essas espécies, à exceção apenas do lagarto *Dryadosaura nordestina*, já constam da Lista Oficial das Espécies da Fauna Brasileira Ameaçadas de Extinção²². Esses fatos são preocupantes, pois a taxa de desflorestamento é maior na Mata Atlântica nordestina e, portanto, podem ser perdidos não apenas uma biodiversidade única, mas também os processos históricos responsáveis por esta, impedindo o conhecimento sobre os mecanismos subjacentes aos endemismos locais e, conseqüentemente, medidas mais efetivas de conservação²³.

Considerando-se que todas as espécies de anfíbios e répteis acima relacionadas são endêmicas da Mata Atlântica nordestina (setentrional), que toda essa região encontra-se no mais alto nível de fragmentação e que a preservação desta é premente para a proteção de todas essas espécies ameaçadas, o Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Répteis e Anfíbios (RAN) do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) propôs e mantém em andamento o Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica nordestina, tendo como recorte geográfico o espaço entre o norte do Estado do Rio Grande do Norte e o sul da Bahia²⁴. Esse Plano contempla, de 2013 a 2018, ações que busquem a recuperação das populações de anfíbios e répteis ameaçados, tendo como suporte legal a Portaria Conjunta MMA/ICMBio n.º 316/2009. Para o Rio Grande do Norte, estão previstas ações do PAN para criação de Unidades de Conservação – UCs em áreas de ocorrência da espécie endêmica e ameaçada, *Coleodactylus natalensis*²⁵ e inserção de Ação Jurídica para efetivação do Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP).

Face ao cenário de devastação que vem se configurando, a criação e efetivação de áreas protegidas constitui uma das mais importantes formas de conservar/preservar o que resta da Mata Atlântica. Prevalece, na

¹⁷ CRUZ, C. A. G.; CARAMASCHI U.; FREIRE E. M. X. Occurrence of the genus *Chiasmocleis* (Anura: Mycrohylidae) in the State of Alagoas, north-eastern Brazil, with a description of a new species. *Journal Zoology*, London, v. 249, p. 123-126, set. 1999.

¹⁸ PEIXOTO, Oswaldo Luiz; CARAMASCHI, Ulisses; FREIRE, Eliza Maria Xavier. Two new species of *Phyllodytes* (Anura: Hylidae) from the State of Alagoas, Northeastern Brazil. *Herpetologica*, v. 59, n. 2, p. 235-246, jun. 2003.

¹⁹ FREIRE, Eliza Maria Xavier. *Composição, taxonomia, diversidade e considerações zoogeográficas sobre a fauna de lagartos e serpentes de remanescentes da Mata Atlântica do Estado de Alagoas, Brasil*. 2001. Tese (Doutorado em Zoologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

²⁰ RODRIGUES, Miguel Trefaut *et al.* Phylogenetic relationships of a new genus and species of microteiid lizard from the Atlantic forest of northeastern Brazil (Squamata, Gymnophthalmidae). *Zoological Journal of the Linnean Society*, London, v. 144, n. 4, p. 543–557, ago. 2005.

²¹ FREIRE, Eliza Maria Xavier. Espécie nova de *Coleodactylus* Parker, 1926 das dunas de Natal, Rio Grande do Norte, Brasil, com notas sobre suas relações e dicromatismo sexual no gênero (Squamata, Gekkonidae). *Boletim do Museu Nacional*, Rio de Janeiro, n. 399, p. 1-14, maio 1999.

²² BRASIL. Portaria n. 444, de 17 de dezembro de 2014. Lista nacional oficial de espécies da fauna ameaçadas de extinção. Disponível em: portal/biodiversidade/fauna-brasileira/plano-de-acao/2837-plano-de-acao-nacional-para-a-conservacao-da-herpetofauna-do-nordeste.html Acesso em: 22 dez. 2015.

²³ CARNAVAL, Ana Carolina *et al.* Stability predicts genetic diversity in the Brazilian Atlantic Forest Hotspot. *Science*, v. 323, n. 5915, p. 785-789, fev. 2009.

²⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria n. 200, de 01 de julho de 2013. Aprova o Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordeste. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2016/p_icmbio_200_2013_pan_herpetofauna_mataatl%C3%A2ntica_nordestina.pdf Acesso em: 27 jul. 2017.

²⁵ LISBOA, C. M. C. A.; FREIRE, E. M. X. Population Density, Habitat Selection and Conservation of *Coleodactylus natalensis* (Squamata: Sphaerodactylidae) in an urban fragment of Atlantic Forest in Northeastern Brazil. *South American Journal of Herpetology*, v. 7, n. 2, p. 181-190, ago. 2012.; BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria n. 200, de 01 de julho de 2013. Aprova o Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordeste. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2016/p_icmbio_200_2013_pan_herpetofauna_mataatl%C3%A2ntica_nordestina.pdf Acesso em: 27 jul. 2017.

comunidade científica, o entendimento de que as UCs, além de outros espaços territoriais especialmente protegidos, constituem uma das estratégias mais eficientes de proteção da biodiversidade local, tanto que o art. 8º da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) estimula a sua instituição.

As UCs são fontes diretas e/ou indiretas de bens e serviços em benefício da sociedade, tais como manutenção de estoques de carbono, tendo importante papel no desenvolvimento de estratégias para o controle das mudanças climáticas, estabilização de encostas, proteção de comunidades biológicas de polinizadores, uso público para lazer, turismo e outros atributos que oferecem bem estar e suporte socioeconômico para a sociedade²⁶. Além disso, conforme dispõe a Lei n.º 9985/2000, constitui espaço para pesquisas científicas e incentivam formas sustentáveis de exploração dos recursos naturais.

A preservação/conservação compreende a criação de UCs, a devida efetividade e a interligação para o fluxo gênico de espécies²⁷ enquanto não se alcança um modelo ético sustentável na sociedade e na economia. A CDB demonstrou ter consciência de que ilhas de conservação não solucionarão o problema ao estabelecer, durante a 10ª Conferência das Partes, realizada em Nagoya, o Plano Estratégico de Biodiversidade para o período 2011 a 2020. Este contempla 20 metas, acordadas entre os países partes da CDB, dentre as quais a Meta 11 de Aichi, que estipula não somente um percentual de áreas a serem conservadas por sistema de áreas protegidas, como também prevê gestão efetiva e qualitativa, interligação entre áreas e outras medidas espaciais de conservação, e integração em paisagens mais amplas²⁸. O prazo para o alcance das metas termina em 2020 e somente o quantitativo já foi alcançado²⁹; cabe destacar que o cumprimento do aspecto qualitativo da Meta 11 de Aichi possibilitará o alcance da Meta 12 que estipula “Até 2020 a extinção de espécies ameaçadas conhecidas terá sido evitada e sua situação de conservação terá sido melhorada e mantida”³⁰.

A criação de corredores ecológicos é prevista como uma das Ações Prioritárias da Agenda 21 brasileira, promulgada em 2002. Estas ações estão distribuídas em cinco blocos e um total de 21 objetivos, tratando o bloco IV dos recursos naturais estratégicos: água, biodiversidade e florestas, cujo objetivo 16 consiste em: “política florestal, controle do desmatamento e corredores de biodiversidade”³¹. A Agenda 21 constitui-se em um dos mais importantes documentos internacionais em prol do desenvolvimento sustentável, possui natureza programática, consensual. Suas diretrizes possuem autoridade técnica e influenciam/direcionam legislações e políticas públicas no país. Conforme preconiza o documento foi criada uma Agenda 21 Brasileira e outras Agendas 21 locais dentro do país, como um compromisso da sociedade em termos de escolhas de cenários futuros.

Diante do exposto, esta pesquisa tem como objetivo analisar normas ambientais e caso emblemático construindo argumentos de defesa na aplicação de determinadas políticas públicas e instrumentos para a viabilização da criação de corredores ecológicos em áreas protegidas remanescentes da Mata Atlântica Setentrional, em consonância com o desenvolvimento sustentável, apontando fundos de recursos aptos ao alcance da Meta 11 de Aichi e da Ação 1.7 do PAN Mata Atlântica nordestina, especificamente quanto à efetivação do PEMP.

²⁶ PINTO, Luiz Paulo. Status e os novos desafios das unidades de conservação na Amazônia e Mata Atlântica. In: LIMA, G.S.; ALMEIDA, M.P.; RIBEIRO, G.A. (orgs.). *Manejo e conservação de áreas protegidas*. Viçosa-MG: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 41-58.

²⁷ TABARELLI, Marcelo *et al.* Desafios e oportunidades para a conservação da biodiversidade na Mata Atlântica brasileira. *Megadiversidade*, v. 1, n. 1, p. 132-138, jul. 2005.

²⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Metas de Aichi de Biodiversidade*. Decisão adotada pela Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica na sua décima reunião. Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metas_aichi_147.pdf Acesso em: 7 mar. 2020.

²⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *A defesa das unidades de conservação e o MPF*. 2014. Disponível em: http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_artigos&view=artigo&id=72 Acesso em: 21 out. 2014.

³⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Metas de Aichi de Biodiversidade*. Decisão adotada pela Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica na sua décima reunião. Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metas_aichi_147.pdf Acesso em: 7 mar. 2020.

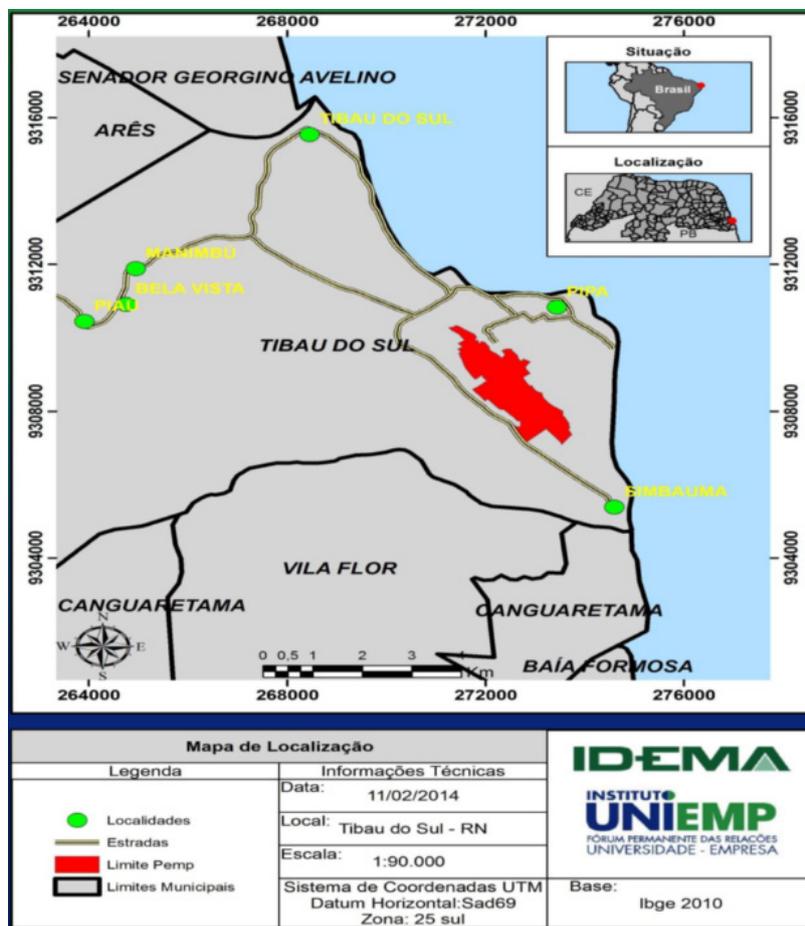
³¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira – Ações Prioritárias*. Brasília, DF: MMA/PNUD, 2002. v. 1.

2 Material e métodos

Foi eleita como área emblema para este estudo o PEMP, Unidade de Conservação – UC localizada no município de Tibau do Sul, estado do Rio Grande do Norte – RN, Brasil, 85 km ao sul da cidade de Natal e próximo ao núcleo urbano da Praia da Pipa.

O PEMP foi criado por meio do Decreto Estadual n.º 19.341, de 12 de setembro de 2006, a partir da transformação de uma parcela territorial da Área de Proteção Ambiental – APA Bonfim-Guaraira. Esse Parque abriga um dos maiores remanescentes da Mata Atlântica do RN, ocupando uma área de 290,88 hectares³² e faz parte do Centro de Endemismo Pernambuco³³

Figura 1 - Mapa de Localização do Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP).



Fonte: Rio Grande do Norte (2014).

Trata-se de estudo de natureza qualitativa com abordagem de análise documental legal que servirá de base à construção de políticas públicas para a conservação da biodiversidade por meio da implementação de corredores ecológicos na Mata Atlântica setentrional, utilizando o PEMP como situação emblema.

³² RIO GRANDE DO NORTE. Decreto Estadual n. 19.341, de 12 de setembro de 2006. Transforma parcela da Unidade de Conservação da Área de Proteção Ambiental – APA Bonfim/Guarairas, criada pelo Decreto Estadual n.º 14.369, de 22 de março de 1999, no Parque Estadual Mata da Pipa - PEMP, no município de Tibau do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/acervo/idema/doc/doc000000000016367.pdf> Acesso em: 4 abr. 2015.

³³ TABARELLI, Marcelo *et al.* Fragmentação e perda de habitat na Mata Atlântica ao norte do Rio São Francisco. In: SIQUEIRA FILHO, José Alves; LEME, Elton M. C. (orgs.). *Fragmentos de Mata Atlântica no Nordeste*. Rio de Janeiro: Andréa Jakobsson Estúdio Editorial LTDA, 2006, p. 81-99; CARNAVAL, Ana Carolina *et al.* Stability predicts genetic diversity in the Brazilian Atlantic Forest Hotspot. *Science*, v. 323, n. 5915, p. 785-789, fev. 2009.

De acordo com o Quadro 1, foram utilizados como instrumento de análise normas jurídicas vigentes, disponíveis no sítio do governo, quais sejam:

Tabela 1 - Principais instrumentos de análise, RN.2017

Norma jurídica	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Norma jurídica	Lei n.º 9985/2000
Assunto	Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm
Norma jurídica	Decreto n.º 4.340/2002
Assunto	Regulamenta artigos da Lei n.º 9.985/00
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm
Norma jurídica	Lei n.º 11.428/2006
Assunto	Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm
Norma jurídica	Decreto n.º 6.660/2008
Assunto	Regulamenta dispositivos da Lei n.º 11.428/06
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm
Norma jurídica	Lei n.º 12.114/2009
Assunto	Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12114.htm
Norma jurídica	Lei n.º 12.512/2011
Assunto	Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm
Norma jurídica	Lei n.º 12.651/2012
Assunto	Código Florestal Brasileiro
Referência	http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm
Norma jurídica	Lei Complementar n.º 59/1991 do Estado do Paraná
Assunto	Regulamentou a Lei Estadual n.º 9.491/1990
Referência	http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8383
Norma jurídica	Lei n.º 5.100/2007 do Estado do Rio de Janeiro
Assunto	Alterou a Lei n.º 2.664/1996
Referência	http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/0/edd5f699377a00078325736b006d4012

Fonte: elaboração própria.

Para a análise dos dados, foi utilizada a metodologia de análise argumentativa proposta por Liakopoulos³⁴, a qual “trata de trazer o argumento para o primeiro plano da pesquisa social sobre debates públicos”. Dessa feita é realizada uma série de afirmações com o intuito de justificar determinada opinião.

Na presente análise, as leis funcionam como dados e os princípios jurídico-ambientais e fundamentos socioambientais como garantia. O uso de informações teóricas como dados está de acordo com a proposta do autor. Em alguns casos uma premissa é usada para defender que os dados são legitimamente empregados para apoiar a proposição. Essa premissa é denominada de garantia.

Garantias são cruciais na determinação da validade do argumento, porque elas justificam explicitamente o passo que se deu dos dados para a proposição e descrevem o processo em termos de porque esse passo a passo pode ser dado³⁵.

³⁴ LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Editora V, 2004. p. 218-242.

³⁵ LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Editora V, 2004. p. 218-242.

Utiliza-se, também, como garantia nesse estudo a exemplificação dos corredores previstos para o PEMP³⁶. Nesse caso, “a garantia é usada na forma tradicional de reforço do processo da lógica, que vai dos dados à proposição, mas sendo independente entre eles”. Funcionando aqui os fatos, expostos no próximo tópico, que fundamentaram a escolha do PEMP como caso emblema, de apoio. Apoio são fatos ou afirmações categóricas, não diferentes dos dados que conduzem inicialmente à proposição. É uma premissa utilizada como meio de ajudar a garantia no argumento.

Para a análise das estratégias para a implementação de corredores, será utilizada a ideia de proposição sugerida por Liokopoulos³⁷: “uma afirmação que contém estrutura e é apresentada como o resultado de um argumento apoiado por fatos”.

A interpretação dos resultados para demonstrar instrumentos e políticas públicas para a criação de corredores ecológicos na Mata Atlântica foram organizados em categorias que compreenderão: Incentivos à agricultura sustentável; fomento a criação de Reservas Particulares do Patrimônio Nacional – RPPNs; Pagamentos por Serviços Ambientais – PSA; aspectos de incentivo ao Crédito de Carbono, a adesão ao ICMS ecológico e fontes de recursos e instrumentos consolidados.

3 Resultados e discussão

3.1 Problematização da situação dos corredores ecológicos: Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP) como caso emblema

A Associação para proteção da Mata Atlântica do Nordeste (AMANE) em parceria com a Sociedade para a Conservação das Aves no Brasil (SAVE Brasil) mapearam os fragmentos florestais de Mata Atlântica na região nordeste. Atenção especial foi dada a duas áreas focais prioritárias, os Complexos Florestais de Murici, em Alagoas, e da Serra do Urubu, em Pernambuco. Essa seleção se deu devido à importância dessas áreas para a conservação de espécies endêmicas e ameaçadas de extinção da avifauna da Mata Atlântica³⁸.

Embora o projeto tenha sido nomeado de Corredor de Biodiversidade da Mata Atlântica do Nordeste, nem todas as áreas mapeadas formam corredores ecológicos, constituindo-se algumas em propostas de ilhas de conservação. Para a proposição das áreas necessárias à conservação — Áreas Importantes para a Conservação das Aves (IBAs) da BirdLife International e SAVE Brasil e para as Áreas Chaves para a Conservação da Biodiversidade (KBAs) da Conservação Internacional —, não se consideraram, somente, as aves, mas também a presença de espécies de vertebrados (aves, mamíferos, anfíbios e répteis) endêmicos e ameaçados.

Foram definidas 13 Áreas Focais de atuação prioritária através do agrupamento de áreas nucleares da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica - RBMA (unidades de conservação federais e estaduais), presença de IBAs e KBAs e remanescentes significativos de Mata Atlântica³⁹.

O mapeamento realizado pela SAVE Brasil e pela AMANE permite identificar as áreas favoráveis à formação de corredores ecológicos. Outra opção é eleger UCs cujos Planos de Manejo contemplem a criação de corredores ecológicos, a exemplo do Parque Estadual Mata da Pipa (PEMP) localizado no Rio Grande

³⁶ RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

³⁷ LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Editora V, 2004. p. 218-242.

³⁸ ASSOCIAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA DO NORDESTE. *Projeto Corredor Mata Atlântica Nordeste*. Recife: AMANE, 2013. Disponível em: <http://www.amane.org.br/o-que-fazemos/publicacoes/> Acesso em: 22 abr. 2015.

³⁹ ASSOCIAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA DO NORDESTE. *Projeto Corredor Mata Atlântica Nordeste*. Recife: AMANE, 2013. Disponível em: <http://www.amane.org.br/o-que-fazemos/publicacoes/> Acesso em: 22 abr. 2015.

do Norte⁴⁰ — contemplado pelo corredor de biodiversidade.

“O Plano de Manejo deve abranger a área da UC, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas,” prevê o art. 27, §1º da Lei n.º 9985/00. Portanto, a criação de possíveis corredores é elemento imprescindível e deve ser observada no desenho dos Planos de Manejo.

O mapeamento de áreas passíveis à criação dos corredores ecológicos ao longo da Mata Atlântica contribui para alcançar um dos principais objetivos do Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordestina no que concerne à criação de corredores ecológicos. Em publicação da lista oficial de espécies da fauna brasileira ameaçadas de extinção, constam 74 espécies de anfíbios e répteis endêmicas da Mata Atlântica nordestina⁴¹.

O PEMP, um dos maiores remanescentes de Mata Atlântica do RN, é uma das três únicas áreas protegidas onde se encontra o lagarto *Coleodactylus natalensis*, espécie endêmica da Mata Atlântica do RN e em risco de extinção; além do PEMP, essa espécie é encontrada somente em dois Parques urbanos, o Parque Estadual das Dunas de Natal e o Parque Municipal Dom Nivaldo Monte. No PEMP se encontram, ainda, espécies de aves e outros animais que constam nas listas nacional e internacional de animais ameaçados⁴². O referido parque é habitat para seis espécies vegetais que apresentam algum grau de ameaça segundo listas oficiais de espécies ameaçadas de extinção, dentre elas espécies endêmicas do RN⁴³; além disso, contém em seus limites, inúmeras nascentes e rios responsáveis pelo abastecimento de água da região. Sua preservação, portanto, trará benefícios diretos à população, apesar de ser uma UC de proteção integral. Esses fatos tornam imprescindível a preservação efetiva do referido Parque, bem como a criação de corredores ecológicos.

A interligação do Parque a outras áreas do bioma é propícia. O PEMP está inserido em uma APA de grande extensão, a Bonfim-Guarairás⁴⁴ e possui ligação direta com o Santuário Ecológico de Pipa, área de conservação particular.

Estudos que embasaram o Plano de Manejo do PEMP preveem a criação de corredores ecológicos interligando o Parque a áreas de extrema importância para a conservação da Mata Atlântica nordestina. No sentido norte e sul, considerando-se as áreas pilotos da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, constata-se o potencial para a instituição de um mosaico de UCs ou Corredores Ecológicos entre o Complexo Lagunar de Nísia Floresta-Papeba-Guarairás (Nísia Floresta, Senador Georgino Avelino, Arês, Goianinha e Tibau do Sul), a Mata da Estrela (Baía Formosa), e a APA Piquiri-Una (Canguaretama e Goianinha, através do Rio Catú), praias, dunas, manguezais, rios e porções florestais desses municípios que possuem excelente estado de conservação. No total, 7 municípios poderiam ser favorecidos com esse projeto⁴⁵.

Apesar da previsão no Plano de Manejo conter instruções técnicas, faltam soluções para implementação e gera questionamentos. Como pode ser viabilizada a criação desses corredores considerando-se a criação de mais UCs de propriedade pública por toda a área em que se fazem necessários à criação de corredores

⁴⁰ RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

⁴¹ BRASIL. *Portaria n. 444, de 17 de dezembro de 2014*. Lista nacional oficial de espécies da fauna ameaçadas de extinção. Disponível em: <portal/biodiversidade/fauna-brasileira/plano-de-acao/2837-plano-de-acao-nacional-para-a-conservacao-da-herpetofauna-donordeste.html> Acesso em: 22 dez. 2015.

⁴² RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

⁴³ RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

⁴⁴ RIO GRANDE DO NORTE. *Decreto Estadual n. 19.341, de 12 de setembro de 2006*. Transforma parcela da Unidade de Conservação da Área de Proteção Ambiental – APA Bonfim/Guarairás, criada pelo Decreto Estadual n.º 14.369, de 22 de março de 1999, no Parque Estadual Mata da Pipa - PEMP, no município de Tibau do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/acervo/idema/doc/doc00000000016367.pdf> Acesso em: 4 abr. 2015.

⁴⁵ RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

ecológicos na Mata Atlântica e no caso particular do PEMP é inviável por questões financeiras e sociais?

O Brasil não destina verbas suficientes para desapropriação, por meio da regularização fundiária, de todas as áreas necessárias⁴⁶; até mesmo a realização da regularização fundiária das UCs já instituídas apresenta-se como problemática. Este se constitui um dos principais entraves para a efetivação de Parques no Brasil⁴⁷, como é o caso justificado para implementação do PEMP (Processo n.º 0000782-74.2007.8.20.0116 e Inquérito Civil – IC n.º 076.2010.000003).

A situação fundiária não solucionada em UCs de Proteção Integral gera problemas organizacionais e legais. Por exemplo, não podem ser integralmente aplicadas as regras do Plano de Manejo⁴⁸ sem que o estado detenha a titularidade da área. Essa limitação advém da CF/88, que veda a expropriação (art. 5º XXII a XXIV, e 184), de forma que a defesa da biodiversidade não pode assumir tal caráter, embora a função socioambiental constitua o próprio conceito de propriedade.

Decorre que o aspecto econômico do direito é abolido com a aplicação do Plano de Manejo em uma área de preservação, em virtude das restrições à utilização e gozo da propriedade. Por conseguinte, a necessidade de realizar desapropriações, com ressarcimentos no valor de mercado, anteriormente à tomada de posse pelo ente instituidor⁴⁹.

Mesmo para a criação de UCs cujas propriedades das terras não sejam do ente que a instituiu há de serem observadas as questões sociais e os conflitos provenientes da incompatibilidade de interesses entre as instituições preservacionistas/conservacionistas e a comunidade local. Isso porque a criação de UC em áreas de domínio particular acaba por acarretar em restrições ao direito de propriedade, ainda que seja apenas nas zonas de amortecimento ou nos corredores ecológicos. O que resulta na colisão de dois princípios positivados, direitos constitucionais fundamentais: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão e o direito de propriedade, direito fundamental de primeira dimensão. ,

Os direitos da pessoa humana (consagrados no plano internacional e interno) têm por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas ao indivíduo, bem como proibir excessos que por ventura sejam cometidos por parte do Estado ou de particulares⁵⁰.

A primeira dimensão dos direitos humanos/fundamentais abarcam os direitos de liberdade — civis e políticos⁵¹. A diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na forma de positivação, quando em declarações e convenções internacionais fala-se em direitos humanos, denominando-se direitos fundamentais quando resguardado pelo ordenamento pátrio⁵². Em termos de regulamentação interna, a Constituição Federal brasileira confere a proteção ao direito de propriedade no art. 5º, XXII. Direito este limitado pelo Princípio da Função Socioambiental da Propriedade, a qual obriga a observância dos interesses da coletividade e a proteção do meio ambiente⁵³.

A terceira dimensão dos direitos humanos/fundamentais resguarda os direitos coletivos *lato sensu*, dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito difuso, transindividual, essencial à sadia

⁴⁶ PADUÁ, Maria Tereza Jorge. Do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: MEDEIROS, Rodrigo; ARAÚJO, Fábio França Silva (orgs.). *Dez anos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro*. Brasília: MMA, 2011. p. 21-36.

⁴⁷ ROCHA, Leonardo; DRUMMOND, José Augusto; GANEM, Roseli Senna. Parques Nacionais brasileiros: problemas fundiários e alternativas para a sua resolução. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 205-226, jun. 2010.

⁴⁸ A efetivação das restrições e normas de manejo é fundamental para que seja alcançada a proteção esperada com a UC. Do contrário, teríamos apenas uma “proteção” formal, sem qualquer efeito concreto para a tutela da biodiversidade, indo de encontro ao previsto na CDB e na CF/88 (art.225, §1º, III).

⁴⁹ Caso a área pertença a outro ente público este também faz jus à indenização pela transferência de domínio da mesma (Lei n.º 9985/2000 – Brasil, 2000).

⁵⁰ GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁵¹ PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁵² GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁵³ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

qualidade de vida e de uso comum do povo⁵⁴.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito formalmente e materialmente fundamental, visto que está previsto no art. 225 da CF e é essencial a sadia qualidade de vida, sem sadia qualidade de vida não há dignidade da pessoa humana, o que torna o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado intrinsecamente ligado ao macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana⁵⁵.

Em caso de conflito entre princípios, estes devem ser solucionados por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes utilizando-se o Princípio da Proporcionalidade. Tendo precedência o conflito com maior peso no caso concreto, visto que abstratamente estão no mesmo nível⁵⁶. Teoria criada pelo filósofo Alemão Robert Alexy e adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Princípios são normas que impõem a realização de algo na maior medida praticável dentre as alternativas jurídicas e fáticas existentes (mandados de otimização), não compreendendo, portanto, um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Em um mesmo sistema, há princípios contraditórios e devem ser harmonizados⁵⁷.

3.2 Princípios jurídico-ambientais atendidos

Os princípios são normas jurídicas responsáveis por fundamentar todo o sistema jurídico, servindo como fundamento as regras, constituem-se, assim, em elemento mais importante do ordenamento jurídico. Apesar de não haver hierarquia entre princípios e regras os primeiros são axiologicamente superiores⁵⁸. Desse modo sua observância quanto elemento de comando abstrato deve ser seguida como imposição de se criar regras bem como políticas públicas que viabilizem sua concretização.

O grande marco do advento do Direito Ambiental no país foi a elaboração da Lei n.º 6.938, em 31 de agosto de 1981, que tratou da Política Nacional do Meio Ambiente⁵⁹, considerando os recursos ambientais de maneira integralizada e holística. Essa lei expõe a preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e com o desenvolvimento sustentável⁶⁰. Desde então o Direito Ambiental passou a se desenvolver e tornar-se um ramo da Ciência Jurídica, dispondo de princípios específicos. A CF/1988 legitimou expressa e implicitamente os mais importantes princípios do Direito Ambiental.

A lei 11.428/2006, que regulamenta o bioma Mata Atlântica, previu inúmeros princípios: da prevenção, precaução, função socioambiental da propriedade, da equidade intergeracional, do usuário pagador, da transparência das informações e atos, da gestão democrática, da celeridade procedimental, da gratuidade dos serviços administrativos prestados ao pequeno produtor rural e às populações tradicionais e do respeito ao direito de propriedade.

No artigo 6º da lei 11.428/2006, notam-se quatro princípios basilares que norteiam a proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica: o Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, da Promoção do Desenvolvimento Sustentável, da Prevenção e da Precaução.

Em relação ao Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, art. 225 da CF, se abstrai que devemos manter o equilíbrio ordinário do meio natural que nos cerca, interferindo o menos possível e da maneira menos lesiva neste meio, de modo a possibilitar o prosseguimento normal do curso da natureza⁶¹.

⁵⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁵⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 5. ed. Verlag, Germany: Suhrkamp, 2006.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 5. ed. Verlag, Germany: Suhrkamp, 2006.

⁵⁸ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

⁵⁹ Regulamentada pelo Decreto n.º 99.274, de 06 de junho de 1990.

⁶⁰ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

⁶¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

Ao se atuar com políticas públicas de incentivo à conservação estar-se-á estimulando atividades econômicas compatíveis com a conservação. O Princípio da Promoção do Desenvolvimento Sustentável (previsão implícita no art. 225, combinado com o art. 170, VI da CF; expressa no Princípio 4 da Declaração do Rio e no art. 4º, I da Lei n.º 6.938/1981) está intimamente ligado ao Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, uma vez que visa a um desenvolvimento harmônico da economia e da ecologia. Sendo função do Estado, regular e controlar a atividade econômica de modo a reduzir a degradação ambiental, todo esse cuidado faz-se necessário, uma vez que os recursos ambientais são esgotáveis⁶². O Princípio do Desenvolvimento Sustentável possui, também, uma acepção social⁶³ consistente na justa repartição das riquezas do mundo, uma vez que não é razoável obrigar que alguém preserve os recursos naturais sem antes disponibilizar as mínimas condições de dignidade da pessoa humana⁶⁴.

Os instrumentos capazes de viabilizar a criação de corredores ecológicos em áreas remanescentes da Mata Atlântica Setentrional a serem apresentados nesta pesquisa atendem, também, ao Princípio da Prevenção, princípio basilar do Direito Ambiental, visto que as medidas propostas, uma vez tomadas, evitam o surgimento de degradações ambientais, reduzindo ou minorando as causas de ações que alteram a qualidade do meio.

Esse princípio está presente no art. 225 da CF, §1º, VII, assim como o Princípio da Precaução. A diferença entre esses princípios é que na prevenção se está diante de um risco conhecido, é o caso da introdução de espécie exótica em área do bioma que necessita ser conservada para funcionar como corredor ecológico. Já quando o risco for desconhecido, esse princípio se desdobra na precaução. Neste se está diante do perigo de dano grave e irreversível, mas que não se tem certeza científica absoluta de que seria o resultado de uma determinada ação⁶⁵, a exemplo da dispensa de licenciamento a atividade que possa vir a causar degradação no entorno de UC. A precaução é anterior à manifestação do perigo. Ela surge quando o risco é alto.

Para a proteção do meio ambiente, os estados devem — segundo suas capacidades — aplicar medidas de prevenção de forma extensiva. Na hipótese de risco de danos graves ou irreversíveis, a falta de certeza não pode ser motivo para diferir a realização de medidas eficazes no combate à degradação do meio ambiente (Princípio 15 da Declaração do Rio⁶⁶).

As políticas públicas propostas no tópico a seguir atendem, ainda, ao Princípio da Solidariedade Intergeracional, da proteção da biodiversidade, da função socioambiental da propriedade e da natureza pública da proteção ambiental. Figurando como estratégias de se efetivar o objetivo para o qual a Lei da Mata Atlântica foi criada, atendendo aos princípios constitucionais que regem ao Direito Ambiental, ao mesmo tempo em que viabilizam a criação de corredores ecológicos salvaguardando espécies endêmicas e em risco de extinção, a exemplo de *C. natalensis*⁶⁷, e tantas outras que habitam esse ecossistema.

Constituem-se, também, em políticas sociais, visto que oferecem instrumentos de incentivos econômicos, suporte à população local no que tange à agricultura sustentável, e abre a possibilidade do turismo ecológico nas RPPNs, as quais podem se revestir em instrumento de educação ambiental.

⁶² SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶³ Art. 3º, II, da Lei Complementar 140/2011.

⁶⁴ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

⁶⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁶⁶ DECLARAÇÃO do Rio. *Estudos Avançados*, n.6, v. 15, p. 153-159, 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf> Acesso em: 2 jul. 2017.

⁶⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portaria n. 200, de 01 de julho de 2013*. Aprova o Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordestina. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2016/p_icmbio_200_2013_pan_herpetofauna_mataatl%C3%A2ntica_nordestina.pdf Acesso em: 27 jul. 2017.

3.3 Instrumentalização de Políticas Públicas para a criação de corredores ecológicos em áreas remanescentes da Mata Atlântica Setentrional

Resta, ainda, a pergunta a ser respondida: como, então, pode ser viabilizada a criação desses corredores ecológicos? É cediço que o Estado tem o poder-dever de zelar pela manutenção da estabilidade do meio ambiente, preservando-o e defendendo-o em corresponsabilidade com o cidadão, conforme prevê o art. 225 da CF. Incumbe ao Poder Público preservar os processos ecológicos essenciais, bem como a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (incisos I e II do §1º do art. 225). Vislumbra-se como melhor caminho que as iniciativas devem partir de políticas públicas, construindo-se mecanismos eficientes de proteção à biodiversidade.

Inicialmente cabe definir o que são políticas públicas; é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso destas, constituindo-se as formulações de políticas públicas no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real⁶⁸.

Para a conservação do meio ambiente, precisa-se propiciar a proteção da natureza como um todo e não apenas espaços cercados. Para que isso se torne possível, é preciso inculcar uma “nova” ética na sociedade, na qual não haja marginalização e ou prejuízos a um grupo social e sim que lhes dê suporte e benefícios para a prática da conduta reta. O que pode ser feito por meio de Políticas Públicas para o desenvolvimento sustentável para suprir a necessidade de corredores ecológicos interligando as áreas de conservação.

Amarthy Sen reconhece as liberdades enquanto fins e meios do desenvolvimento, contemplando a eliminação das fontes de privação de liberdade: pobreza, disparidades sociais e autoritarismo⁶⁹. Ignacy Sachs preconizou o desenvolvimento em oito dimensões a serem consideradas como critérios para a sustentabilidade: social, ambiental, econômica, cultural, ecológica, territorial, política nacional e política internacional. O desenvolvimento sustentável é assim o desenvolvimento com padrões mais justos e com maior respeito pela natureza aonde a política tem um papel importante⁷⁰.

As políticas públicas criadas sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável devem funcionar utilizando-se de mecanismos de incentivo para a proteção. A criação de corredores ecológicos pode ocorrer por meio da parceria entre a sociedade e o Governo para a conservação da biodiversidade da Mata Atlântica.

Essa compreensão de que o papel do ser humano na conservação pode ser positivo, especialmente no que tange às comunidades tradicionais, e/ou habitantes do entorno de áreas protegidas, ganha cada vez mais cientistas adeptos⁷¹. Sendo reconhecido pela CDB que estipulou, na meta 18 de Aichi, que até 2020 os conhecimentos tradicionais, inovações e costumes de Comunidades indígenas e locais importantes à proteção e uso sustentável da biodiversidade — além do emprego consuetudinário de recursos biológicos — serão observados, sob os ditames da legislação pátria e os significativos acordos internacionais, e absolutamente incorporados e refletidos na execução da CDB com a atuação plena e concreta das referidas comunidades em todos os níveis relevantes⁷².

Com base nesse contexto, se mostra necessária uma visão interdisciplinar para a conservação, onde se congreguem aspectos, principalmente, ambientais, sociais e econômicos. O Direito constitui-se como meca-

⁶⁸ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

⁶⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

⁷⁰ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

⁷¹ DIEGUES, Antonio Carlos (org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. São Paulo: Annablume, 2013.

⁷² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Metas de Aichi de Biodiversidade*. Decisão adotada pela Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica na sua décima reunião. Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metas_aichi_147.pdf Acesso em: 7 mar. 2020.

nismo de efetivação — à medida que este precisa se adequar ao tempo e aos conceitos morais da sociedade vigente — e, ao mesmo tempo, funciona como promotor dessa nova ética. Nessa perspectiva, são reconhecidas e sugeridas as seguintes políticas públicas para viabilização de corredores ecológicos na Mata Atlântica setentrional, utilizando o PEMP como modelo.

3.3.1 Incentivos à agricultura tradicional sustentável

A promoção da agricultura sustentável é prevista como estratégia para a sustentabilidade urbana e rural na Agenda 21 brasileira, bloco III, objetivo 12⁷³. Cada vez mais biólogos com sensibilidade social afirmam a necessidade de se incorporar as populações tradicionais nas estratégias de conservação⁷⁴. Precisa-se reconhecer o papel das populações tradicionais na conservação. Os seres humanos, como bem defendem cientistas sociais, fazem parte do ecossistema, juntamente com todos os seres vivos.

Atentou o ecologismo social a uma nova forma de ver a conservação, propondo a participação das comunidades tradicionais no planejamento e gestão das atividades de conservação. Para o novo naturalismo, não é possível compreender a natureza de forma separada das sociedades humanas na medida em que estas estão situadas na natureza que transformam, mas da qual dependem para sobreviver. “A natureza tem uma história que, por sua vez, está cada vez mais interligada com a história das sociedades.” Isso porque quem traz problemas não é o fato, mas a maneira como o homem intervém na natureza⁷⁵.

A agricultura tradicional tem um grande potencial conservacionista aliada ao manejo, figurando como forma positiva de inter-relação homem natureza⁷⁶, e é legalmente estimulada. É dever dos órgãos competentes prestar assistência às populações tradicionais e aos pequenos produtores no manejo e utilização sustentável das espécies de flora nativa; do poder público fomentar o enriquecimento ecológico da vegetação da Mata Atlântica, assim como o plantio e o reflorestamento com espécies nativas, principalmente as iniciativas voluntárias de proprietários rurais (art. 9º parágrafo único, 10 da Lei n.º 11.428/2006 – Lei da Mata Atlântica).

Há, ainda, a previsão de benefícios creditícios entre os quais: prioridade na concessão de crédito agrícola, a serem concedidos ao proprietário ou posseiro que tenha vegetação primária ou secundária em estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica (art. 41, I, da Lei n.º 11.428/2006).

A proteção conferida é de interesse social expressa de forma exemplificativa no art. 3º, VIII, b, “atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área”.

O Código Florestal Brasileiro, instituído pela Lei n.º 12.651 de 25 de maio de 2012, prevê, em seu art. 41, a possibilidade de instituição pelo Poder Executivo Federal de programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente como forma de promoção do desenvolvimento sustentável. No inciso I, estabelece a possibilidade de Pagamentos por Serviços Ambientais – PSA ou incentivos que conforme o § 7º serão prioritariamente concedidos aos agricultores familiares. Em seu inciso II, a, há a previsão de obtenção de crédito agrícola, em todas as suas modalidades, com taxas de juros menores, bem como limites e prazos maiores que os praticados no mercado e na alínea b a contratação do seguro agrícola em condições melhores que as praticadas no mercado, para aqueles que promovam medidas de conservação ambiental necessárias para o cumprimento dos objetivos dessa lei como forma de compensação.

⁷³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira – Ações Prioritárias*. Brasília, DF: MMA/PNUD, 2002. v. 1

⁷⁴ DIEGUES, Antonio Carlos (org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. São Paulo: Annablume, 2013.

⁷⁵ DIEGUES, Antonio Carlos (org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. São Paulo: Annablume, 2013. p.22.

⁷⁶ DIEGUES, Antonio Carlos (org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. São Paulo: Annablume, 2013.

A criação de políticas públicas destinadas à população tradicional/local das áreas contempladas para a criação dos corredores ecológicos e pequenos proprietários que vivem da agricultura é um importante instrumento de conservação da natureza. Tais políticas devem contemplar suporte para a prática ligada ao manejo e a viabilização do recebimento de incentivos creditícios. Subsídios bem dimensionados podem ter um importante papel na promoção de padrões de aproveitamento de recursos sustentáveis⁷⁷.

O suporte pode se dar por meio de parceria com ONGs, que possuam a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP; ou por iniciativa de órgãos públicos, a exemplo do órgão instituidor de UC que será contemplada com a criação dos corredores.

As pessoas jurídicas supramencionadas deverão elaborar projetos e os submeterem ao Governo Federal, conforme os artigos 33, 38, 41 e 46 da Lei n.º 11.428/2006 para beneficiamento pelo Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica.

Antes da elaboração do projeto, deve-se fazer pesquisa juntamente ao proprietário/posseiro da área a ser contemplada quanto a seu interesse na conservação, instruindo-os juridicamente quanto aos benefícios a serem auferidos em caso de anuência, conforme prescreve o art. 9º parágrafo único, 10, 33 e 41, I, da Lei n.º 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica).

Cumprindo, assim, o poder público, sua obrigação em estimular, por meio de incentivos econômicos, a proteção e o uso sustentável da Mata Atlântica (art.33 da Lei n.º 11.428/2006). Áreas que venham a funcionar como conectoras de remanescentes da Mata Atlântica Setentrional atingem os requisitos para a regulamentação dos incentivos discriminadas no §1º do art. 33 frente a: I – importância e representatividade ambientais do ecossistema e da gleba e a II – existência de espécies da fauna e flora ameaçadas de extinção. Podendo vir a atender também os incisos que se seguem.

Ademais são expressamente mencionados como beneficiários dos recursos do Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica os projetos que envolvam conservação de remanescentes de vegetação nativa, pesquisa científica ou áreas a serem restauradas (art.38 da Lei n.º 11.428/2006).

3.3.2 Reservas Particulares do Patrimônio Nacional – RPPNs

RPPN é uma UC de Uso Sustentável, de domínio privado, criada por ato voluntário do proprietário e instituída pelo Poder Público, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica (art. 14, VII e 21 da Lei n.º 9.985/00 e art. 1º do Decreto 5.746/06).

As RPPNs representam um dos primeiros passos para envolver a sociedade civil na conservação da diversidade biológica e, assim, a propriedade privada dá sua contribuição à proteção do meio ambiente e aumenta a possibilidade de se obter um cenário em que haverá muito mais áreas protegidas, tanto em termos de qualidade quanto de quantidade⁷⁸. Além disso, as RPPNs são, frequentemente, melhor protegidas que as unidades federais ou estaduais⁷⁹. Em adição, consideram que, apesar dos tímidos incentivos para a criação das RPPNs, o Brasil conta com número significativo dessas áreas decretadas⁸⁰.

As RPPNs constituem-se em mais da metade das UCs do sistema nacional, sendo 700 mil hectares, dos biomas brasileiros, protegidos pelo setor privado. A Mata Atlântica possui 71% (875) das RPPNs do Brasil,

⁷⁷ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

⁷⁸ MENDONÇA, Eleonora Schlemper. *Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN): o caso da Reserva Natural Menino Deus – Ilha de Santa Catarina*. 2004. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.; MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

⁷⁹ MITTERMEIER, Russel A. *et al.* Uma breve história da conservação da biodiversidade no Brasil. *Megadiversidade*, v. 1, n. 1, p. 14-21, 2005.

⁸⁰ SANTOS, Michele Silva; SCHIAVETTI, Alexandre. Análise da atividade turística na reserva particular do patrimônio natural Salto Apepique, Ilhéus, Bahia. *Gaia Scientia*, Paraíba, v. 2, n. 1, p. 75-82, 2008.

e um dos principais programas de apoio às reservas privadas do mundo⁸¹, representando um importante sistema de proteção da biodiversidade a um custo menor para a sociedade. Devendo ser estimulada por meio de novos incentivos, maior e efetivo apoio aos proprietários das terras.

Nessa perspectiva, o apoio e efetividade às RPPNs podem ocorrer por meio do estabelecimento de parcerias com empresários ou pessoas físicas interessadas. Para tanto se faz necessário apontar vantagens aos eventuais parceiros, por meio da realização de palestras em que o público alvo seja informado a respeito das vantagens da criação de RPPN, e dos incentivos governamentais e instrumentos legais para serem beneficiados pelo Fundo Nacional do Meio Ambiente.

Durante esses encontros, os proprietários das áreas devem ser instruídos, também, juridicamente quanto aos outros benefícios auferidos para a transformação de parte de sua propriedade em RPPN, quais sejam: isenção de pagamento do Imposto Territorial Rural – ITR sobre a área afetada pela preservação; prioridade para angariar recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA⁸²; preferência na análise de pedidos de concessão de crédito agrícola para custeio da área remanescente; possibilidade de exploração econômica da reserva, mediante a implantação de projetos de turismo ecológico (ecoturismo), recreação e educação ambiental; apoio dos órgãos ambientais para fiscalização e proteção contra queimadas, desmatamentos e caça, sendo preservado o Direito de propriedade.

A adesão dos interessados pode ser facilitada por meio de distribuição de cartilhas com o passo a passo para criação da RPPN após as reuniões e com o acompanhamento do proprietário da área no processo de criação e gestão da Unidade de Conservação⁸³.

3.3.3 Pagamento por Serviços Ambientais

O pagamento por serviço ambiental – PSA constitui um negócio voluntário, que envolve determinado serviço ambiental (ou uso da terra que viabiliza a execução desse serviço), realizado entre, pelo menos, um comprador e um provedor, desde que este assegure, necessariamente, (condição) a prestação do serviço. Trata-se, portanto, de um instrumento econômico de incentivo ao ator social que contribui com a preservação e conservação de recursos naturais, compensando, por meio de uma contraprestação econômica, quem adota práticas protecionistas que ultrapassem as exigências já previstas nas legislações⁸⁴. Constitui-se em uma política de conservação e promoção do desenvolvimento sustentável.

São três os tipos comuns desse programa: a) acordo privado entre os produtores do serviço e os beneficiários, dispensando novos arranjos legais e regulatórios; b) troca entre os agentes, geralmente usados a partir da fixação pela autoridade reguladora de um determinado padrão ambiental a ser alcançado através de negociação entre os atores; c) pagamentos realizados pelo setor público — nível de Governo ou instituição pública⁸⁵.

⁸¹ MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. *RPPN da Mata Atlântica: um olhar sobre as Reservas Particulares dos Corredores de Biodiversidade Central e da Serra do Mar*. Belo Horizonte, MG: Conservação Internacional, 2004.

⁸² O FNMA possui linha de financiamento — em caráter de doação — específica para apoiar a gestão das RPPNs. No entanto, o acesso dos proprietários a estes recursos é dificultado pela falta de informação, capacitação e orientação técnica.

⁸³ As UC's do tipo Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre podem, também, ser constituídas de “áreas particulares” (arts. 12, §1º, e 13, §1º, da Lei 9.985/2000). Os empreendedores públicos ou privados poderão ser proprietários e gestores dessas áreas protegidas. A criação deverá ser precedida de estudos técnicos e consulta pública (art. 22, §2º, da Lei n.º 9985/2000). Sua instituição, como a de qualquer UC, dependerá de ato do Poder Público (art. 2º, I, da lei 9985/2000). A criação das UC's supracitadas podem ser um meio direto de realizar a compensação ambiental. Nessa hipótese o órgão ambiental competente atuará fiscalizando a implantação e manutenção da unidade. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

⁸⁴ WUNDER, Sven. *Payments for environmental services: Some nuts and bolts*. Jakarta, Indonesia: CIFOR Occasional Paper n. 42, 2005.

⁸⁵ VEIGA NETO, Fernando Cesar da. *A construção dos mercados de serviços ambientais e suas implicações para o desenvolvimento sustentável no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Existem várias atividades fornecedoras de bens e serviços ambientais, quais sejam, atividades de conservação de solos e água, agroflorestal e agricultura sustentável. Contempla, ainda, reflorestamento, manutenção de bosques e o saneamento básico.

Iniciado em Nova York, o PSA se difundiu no mundo como um instrumento viável de benefícios para os agricultores que prestam algum serviço ambiental. Tais programas se proliferaram na América Latina após o exemplo bem sucedido da Costa Rica que, no ano de 1997, adotou um PSA de âmbito nacional voltado, principalmente, para a proteção das matas ciliares para o manejo das águas⁸⁶.

No Brasil, o PSA surgiu alguns anos depois, quando foram elaborados programas dessa natureza no contexto do Proambiente. Este era um programa que fornecia ajuda técnica e planejamento aos produtores com o fim de estimular a transferência agroecológica em regiões agrícolas limítrofes⁸⁷.

Atualmente, já se tem notícia de inúmeros projetos de PSA espalhados pelo país, Pagiola, Von glehn e Taffarello citam diversos exemplos tais como os Projetos Oásis (São Paulo/SP) e Ecredito (Montes Claros/MG)⁸⁸. Todavia não há um marco regulatório desses programas de nível nacional, o que torna mais difícil o seu controle e eficiência. Por enquanto, existem duas lei federais — a lei do Fundo Clima (Lei n.º 12.114/2009) e a lei do programa Bolsa Verde (Lei n.º 12.512/2011) — que abordam, particularmente, projetos de PSA, indícios de que o Brasil caminha, enfim, para a regulamentação da matéria.

Para criação de políticas públicas de PSA, é aconselhável a proteção da população tradicional e/ou de comunidades locais habitantes do entorno de áreas protegidas para elaboração dos projetos, reconhecendo-os como provedores e beneficiários prioritários. Coadunar políticas sociais e ambientais constitui o melhor caminho para o desenvolvimento evitando consequências negativas como a expulsão de populações de suas terras, perda de biodiversidade, e desvio de recursos.

Existem três iniciativas de PSA da Mata Atlântica: PSA- Carbono; PSA-Água e PSA-Biodiversidade⁸⁹. Esses PSA's podem ser utilizados para a criação de corredores ecológicos, considerando-se que com o estudo de ambas as temáticas (PSA's e corredores ecológicos) em separado nota-se que o objetivo dos PSA's-carbono e dos PSA-Biodiversidade são, também, objetivos e resultados da criação de corredores ecológicos. Bem como a Mata Atlântica garante o abastecimento de água à 123 (cento e vinte e três) milhões de pessoas⁹⁰ — 67% (sessenta e sete por cento) de toda a população brasileira⁹¹.

No caso particular da criação de corredores ecológicos previstos para o PEMP em seu Plano de Manejo, estes poderiam ser contemplados pelos três tipos de PSA supramencionados. Isso porque existem registros relevantes de espécies endêmicas da Mata Atlântica nordestina e animais ameaçados de extinção que constam nas listas nacional e internacional de animais ameaçados⁹², abriga espécie endêmica e em risco de extinção da Mata Atlântica do RN⁹³, com a sua conservação preserva-se e melhora-se a qualidade do ar e essa

⁸⁶ SOUTHGATE, Douglas; WUNDER, Sven. Paying for Watershed Services in Latin America: A Review of Current Initiatives. *Journal of Sustainable Forestry*, v. 28, n. 3-5, p. 497-524, 2009.

⁸⁷ BRITTO, Guilherme Coelho; KATO, Osvaldo Ryohei; HERRERA José Antônio. Prestação de Serviços Ambientais pode ser uma alternativa aos sistemas tradicionais da agricultura familiar no município de Pacajá, Amazônia Paraense – Brasil. *SustDeb*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 159-169, 2012.

⁸⁸ PAGIOLA, Stefano; GLEHN, Helena Carrascosa Von.; TAFFARELLO, Denise (orgs.). *Experiências de pagamentos por serviços ambientais no Brasil*. São Paulo: SEMA/CBRN, 2013.

⁸⁹ GUEDES, F. B.; SEEHUSEN S. E. *Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011.

⁹⁰ Esse número expressivo de habitantes necessita da preservação dos remanescentes de vegetação nativa, dos quais depende o fluxo de mananciais de águas que abastecem pequenas e grandes cidades.

⁹¹ GUEDES, F. B.; SEEHUSEN S. E. *Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011.

⁹² RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

⁹³ LISBOA, C. M. C. A.; FREIRE, E. M. X. Population Density, Habitat Selection and Conservation of *Coleodactylus natalensis* (Squamata: Sphaerodactylidae) in an urban fragment of Atlantic Forest in Northeastern Brazil. *South American Journal of Herpetology*,

área contém, em seus limites, inúmeras nascentes e rios responsáveis pelo abastecimento de água da região⁹⁴.

Entre os projetos de entidades que têm interesse de buscar oportunidades no mercado de carbono, está o Corredor de Biodiversidade do Nordeste, envolvendo os estados de PE, PB, RN e AL, elaborado pela AMANE e pelo CEPAN⁹⁵. A maioria dos projetos de PSA é realizado na região Sudeste e Sul do país, em razão dos obstáculos financeiros, técnicos e organizacionais existentes nas demais regiões⁹⁶.

3.3.4 Crédito de Carbono

Um dos projetos mais utilizados de pagamento por serviços ambientais, o mercado de créditos de carbono, surgiu após a assinatura do Protocolo de Kyoto em 1997, no qual restou estabelecido que os países membros (mormente os desenvolvidos) seguiriam um planejamento que resulta na diminuição da emissão de gases do efeito estufa (no patamar de, pelo menos, 5% em relação aos níveis de emissão da década de 1990, no período de 2008 a 2012)⁹⁷.

Desde o seu advento, os créditos de carbono se tornaram uma das principais ferramentas dentro do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL⁹⁸ para o cumprimento da referida meta, ao lado da RCE (Redução Certificada de emissões de gases de efeito estufa), e consistem na comercialização de créditos advindos de práticas que envolvam uma emissão menor dos gases em questão à atmosfera.

Um determinado país que não tenha conseguido reduzir a sua emissão de poluentes pode adquirir créditos de outro, que tenha alcançado êxito naquele sentido, de modo que ambiental e financeiramente haveria uma justa compensação entre partes.⁹⁹ Além do denominado “mercado regulado” há o mercado voluntário de créditos de carbono, no qual a negociação pode se dar entre instituições, empresas, cidadãos e governos que se prestam a reduzir por conta própria às emissões.

Na busca pela almejada redução, podem ser empregadas variadas formas, desde ações que visem ao plantio e o reflorestamento de áreas desmatadas, a preservação de espaços, até o uso de combustíveis renováveis, por exemplo. Na criação de políticas públicas de PSA como instrumento de combate às mudanças climáticas, as reduções das emissões de carbono podem estar atreladas a medidas de conservação. Isto porque,

v. 7, n. 2, p. 181-190, ago. 2012.

⁹⁴ RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/AC-ERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

⁹⁵ MAY, Peter H. Iniciativas de PSA de Carbono Florestal na Mata Atlântica. In: GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (orgs.). *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica*: lições aprendidas e desafios. Brasília: MMA, 2011. p. 55-121.

⁹⁶ GUEDES, F. B.; SEEHUSEN S. E. *Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica*: lições aprendidas e desafios. Brasília: MMA, 2011.

⁹⁷ Na 18ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática (COP-18), ocorrida em dezembro de 2012, o Protocolo de Kyoto foi prorrogado até 2020, a despeito de alguns países terem se desvinculado do acordo. Em dezembro de 2015 foi adotado por consenso um novo acordo global com o intuito de reduzir as emissões de carbono e refrear os efeitos do aquecimento global. O acordo de Paris ratificado pelas 195 partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima (UNFCCC) e pela União Europeia durante a 21ª Conferência das Nações Unidas sobre o Clima (COP 21), determina que seus países signatários adotem medidas para que o aumento da temperatura média do planeta não ultrapasse a 1,5°C. Destacou-se por ser a primeira vez em que todos os países do mundo se comprometeram a reduzir as emissões de carbono.

⁹⁸ O MDL é um dos chamados “mecanismos de flexibilização” do Protocolo de Quioto, da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima – UNFCCC, e tem por objetivo permitir que países desenvolvidos (listados no Anexo I do Protocolo de Quioto) possam compensar suas emissões por meio da compra de emissões certificadas de redução (ECR) geradas a partir de atividades implementadas por países em desenvolvimento, ou seja, países que não constam no Anexo I do Protocolo de Quioto e, portanto, não possuem metas de redução de emissões.

⁹⁹ O acordo de Paris não estabelece as metas de redução de emissões por país. Cada nação deverá cumprir suas metas nacionais, denominadas de **Intended Nationally Determined Contributions (INDCs)**, definidas em conformidade com o que cada governo considera viável de acordo com a perspectiva social e econômica local. Essa abordagem **bottom-up** é semelhante à utilizada nas metas de Aichi, na qual as partes foram convidadas a definir suas próprias metas a nível nacional ou regional (Meta 17 de Aichi) de acordo com as necessidades e prioridades nacionais e as contribuições do país para o alcance das metas globais.

evitando o desmatamento, se reduzem as emissões de carbono uma vez que as florestas são importantes fontes de absorção de gás carbônico e que o desmatamento ocasionado por queimadas é a principal causa de emissões em alguns países em desenvolvimento.

A conciliação dessas políticas é prevista desde a nona reunião da Conferência das Partes – COP 9 com a proposta da “Redução Compensada de Emissões”. Esse conceito foi a base da discussão da hoje implementada Redução das Emissões de Desmatamento e Degradação florestal (REDD), que consiste em um sistema de créditos de carbono concedidos a projetos que evitem o desflorestamento. A definição de REDD foi ampliada e hoje é denominado como REDD+: o sinal “+” abrange, o papel da conservação, do manejo sustentável e do aumento de estoques de carbono nas florestas, além do desmatamento evitado e recuperação de florestas. Diz respeito à criação de um instrumento, ou uma política, que poderá amparar formas de prover estímulos positivos aos países em desenvolvimento que adotarem ações para a diminuição das mudanças climáticas.

No caso específico da Mata Atlântica, havia 33 projetos de PSA-Carbono na região até 2011, sendo 25% dos projetos localizados no estado de São Paulo. Daquele total, grande parte se dedica ao reflorestamento em terrenos particulares, geralmente em locais onde há passivo ambiental relacionado a não observância de parte ou toda Área de Preservação Ambiental (APP) ou Reserva Legal (RL)¹⁰⁰. Quando esse passivo é constituído por zonas de mata ciliar, bem como locais com nascentes, as atividades realizadas possibilitam o restabelecimento de funções de conectividade atribuídas aos corredores e, ainda, a salvaguarda dos mananciais.

Devem ser conferidos estímulos para que as áreas escolhidas para a compra do crédito de carbono sejam áreas de Mata Atlântica, em especial em sua porção Setentrional, em remanescentes os quais possam vir a contemplarem corredor ecológico. Não basta se atentar para a qualidade do ar, plantando-se espécies exóticas, precisa-se harmonizar a conservação para a qualidade do ar com a conservação do bioma, por meio da conservação das espécies nativas.

Esse estímulo pode vir na forma de incentivos econômicos, que se justificam em razão da necessidade premente da criação de corredores ecológicos na Mata Atlântica nordestina e, por um panorama geral, ser mais difícil que a área escolhida faça parte desse bioma. Isso porque grande parte da Mata Atlântica está em área urbana, sendo menos atrativos pagamentos pela conservação do que em outros biomas com menor pressão imobiliária e turística.

O estímulo poderia ser aplicado à alíquota de compra, sendo este parcialmente subsidiado pelos Governos nacional e internacional interessados na conservação do bioma, para torná-lo mais atrativo ou, ao menos, para igualar o nível de atratividade econômica partindo-se, então, para um trabalho de apelo ético para a escolha.

A conservação que depende somente da ética de responsabilidade ambiental, quando empresários veem seus lucros diminuídos, alcança um número ínfimo de adeptos. Para se promover a substancial conservação, no que tange a grandes empresas, ao menos na mentalidade (senso geral) que temos hoje, fazem-se necessários benefícios econômicos coadunados. O empresário dificilmente vai optar pelo mais custoso. Constatamos isso em exemplos de grandes empresas que instalam suas fábricas em outros países a não ser o seu de origem em busca de leis ambientais menos rígidas e mão de obra barata. Há de se ter a percepção da realidade dos dias atuais para que as criações de políticas públicas que promovam a conservação tenham potenciais de concretização, em consonância à ética na sociedade.

¹⁰⁰ MAY, Peter H. Iniciativas de PSA de Carbono Florestal na Mata Atlântica. In: GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (orgs.). *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011. p. 55-121.

3.3.5 ICMS ecológico

O ICMS Ecológico é uma derivação do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, conforme prevê o art. 155, inciso II, da CF. O legislador constitucional dispôs ainda, no art. 158, inciso IV, que 25% (vinte e cinco por cento) da receita gerada pelo ICMS pertencem aos Municípios, e no parágrafo único do referido artigo foi mais longe: até um quarto desta receita destinada às municipalidades será creditada da maneira que a lei estadual dispuser.

Ante a permissão constitucional, foi editada em 1991, no Paraná, a Lei Complementar n.º 59 (regulamentou a Lei Estadual n.º 9.491/90), que inovou a ordem jurídica pátria ao criar o denominado ICMS Ecológico, destinando uma parcela da arrecadação do imposto à defesa do meio ambiente. Os municípios beneficiários da lei são aqueles que detêm UCs em sua área (ou que sejam influenciados por elas diretamente), bem como os que possuem mananciais de abastecimento público (art. 1º). Em seu art. 2º, a citada lei discrimina as espécies de UCs contempladas, tais como as Estações Ecológicas, Reservas Florestais, Parques, Áreas de Preservação Ambiental etc. Da mesma forma, o art. 3º explicita o caso dos mananciais de abastecimento.

O ICMS Ecológico visa à distribuição de percentuais da receita oriunda da arrecadação desse imposto estadual aos municípios que possuem UCs em seus territórios. Tal imposto tem por base o Princípio Protetor-recebedor (normativizado pelo novo código florestal – Lei n.º 12.727/2012), que recompensa, financeiramente, a pessoa (física ou jurídica) que atua na preservação de um bem natural, servindo como forma de incentivo à prática de tais condutas pela coletividade¹⁰¹.

Quanto ao modo pelo qual se dá o repasse propriamente dito, insta mencionar que a Lei Estadual do Paraná n.º 9.491/90 determina que 5% (cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS reservado aos municípios sejam designados ao ICMS Ecológico. A Lei Complementar Estadual – LCE do Paraná n.º 59/91 em seu art. 4º, por sua vez, veio estabelecer que aquele percentual fosse repartido da seguinte forma: a) 50% (cinquenta por cento) para municípios com mananciais de abastecimento; e b) 50% (cinquenta por cento) para municípios com UCs ambiental, sendo a entidade estadual de gerenciamento dos recursos hídricos e meio ambiente a responsável pelo cálculo e alocação dos recursos (arts. 5º e 6º).

A experiência do imposto no Estado do Paraná foi positiva e tem colaborado no avanço da conservação ambiental na região, inclusive no aumento de áreas de proteção no Paraná, além de incrementar os gastos públicos dos municípios com esta finalidade¹⁰².

Diante do sucesso da iniciativa, vários estados brasileiros já criaram o seu equivalente ao “ICMS Ecológico”: Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia, Pará, Amapá, Acre, Maranhão, Piauí, Paraíba, Pernambuco e Ceará. No estado do Rio de Janeiro, o “ICMS Verde” foi criado em 2007, por meio da Lei Estadual n.º 5.100 que alterou a Lei n.º 2.664/96 (trata da distribuição da parcela de arrecadação do ICMS aos Municípios), incluindo o inciso VI ao art. 1º do referido diploma legal.

O ICMS Verde, diferentemente do seu “irmão paranaense”, define critérios diferenciados de conservação ambiental para a distribuição dos recursos. Assim, considera-se a área de implantação das UCs, das RPPNs e APPs, o índice de qualidade ambiental dos recursos hídricos e a coleta/disposição adequada dos resíduos sólidos, atribuindo os percentuais de 45 (quarenta e cinco), 30 (trinta) e 25% (vinte e cinco por cento) respectivamente. A Secretaria do Meio Ambiente do Estado é a responsável pela integração dos Municípios aos benefícios da Lei (art. 3º, parágrafo único).

¹⁰¹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

¹⁰² LOUREIRO, Wilson. *Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no estado do Paraná*. 2002. Tese (Doutorado em Ciências Florestais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf Acesso em: 15 mar. 2020.

Os repasses são proporcionais às metas alcançadas nessas áreas: quanto melhores os indicadores, mais recursos as prefeituras recebem. A cada ano há o recálculo dos índices, abrindo a possibilidade de aumento na participação no repasse de ICMS para os municípios que aplicaram mais recursos na conservação do meio ambiente.

Tem-se, portanto, que o ICMS Ecológico constitui uma importante ferramenta na implantação de políticas públicas voltadas à preservação ambiental e, conseqüentemente, na criação de corredores ecológicos, uma vez que o aumento da receita dos municípios beneficiários tem proporcionado a melhoria da condição das áreas de conservação existentes e, além do mais, o surgimento de zonas de proteção.

3.4 Fontes de Recursos e instrumentos consolidados

Existem Fundos instituídos por lei, tratados internacionais e associações civis sem fins lucrativos, para o financiamento e incentivo às políticas conservacionistas, bem como destinados à efetivação e criação de UCs, que têm como beneficiário (específico ou não) o bioma Mata Atlântica. Tais Fundos podem ser utilizados como fonte de recurso para a criação de corredores ecológicos na Mata Atlântica Setentrional bem como na efetivação das UCs a serem contempladas por corredores. Esses fundos são oriundos de doações Nacionais e Internacionais, de associações civis sem fins lucrativos e de obrigações legais.

O fundo multilateral mais importante para a biodiversidade é o Global Environment Facility (GEF), constituindo-se em um dos maiores financiadores de projetos ambientais no planeta. A iniciativa de cooperação internacional possui hoje 183 países, e trabalha com instituições internacionais, organizações da sociedade civil e o setor privado.¹⁰³ O fundo estabelece diretrizes, políticas e temas prioritários, e delega às Agências Implementadoras do GEF a execução das regras, a preparação e o monitoramento dos projetos que serão desenvolvidos pelas instituições executoras¹⁰⁴.

O Governo Federal, como estratégia para o cumprimento das obrigações estabelecidas em Convenções ambientais¹⁰⁵ definiu as propostas de projetos que terão prioridade de financiamento com recursos do GEF¹⁰⁶. As doações internacionais acordadas nas Convenções das Partes para a consecução das Metas de Aichi têm como principal mecanismo multilateral para operar e mobilizar recursos o GEF. As referentes ao financiamento climático são o GEF e o Fundo Verde Climático (GCF). No que tange à mobilização de recursos internacionais para a promoção da conservação, uso sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, estabelece a Meta 20 de Aichi que no máximo até 2020, a destinação de recursos financeiros para a efetivação do Plano Estratégico da Biodiversidade 2011-2020, provenientes de todas as fontes e de acordo com o processo estabelecido e firmado na Estratégia de Mobilização de Recursos, deverá ter crescido consideravelmente em referência aos patamares atuais. Tal meta se submeterá a modificações resultantes das avaliações da insuficiência de recursos a serem elaboradas e informadas pelas partes¹⁰⁷.

Esses recursos têm sido direcionados ao Brasil, por meio de fundos multilaterais, recursos de cooperação bilateral, doações privadas, entre outros, e vem crescendo a importância da iniciativa do Projeto Estrutura-

¹⁰³ O GEF foi criado em 1991 como um programa piloto de um bilhão de dólares do Banco Mundial com a função de colaborar com a proteção do meio ambiente global e promover o desenvolvimento sustentável.

¹⁰⁴ Importantes agências implementadoras do GEF: Banco Mundial, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), UNESCO.

¹⁰⁵ CDB, Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), Convenção das Nações Unidas para Combate à Desertificação (UNCCD), Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs) e Convenção de Minamata sobre Mercúrio.

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Temas prioritários para alocação de recursos do gef-6- Por área focal*. 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/publicacoes/temas-prioritarios-para-alocacao-de-recursos-gef6-02-jun2015-vf.pdf/view> Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁰⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Metas de Aichi de Biodiversidade*. Decisão adotada pela Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica na sua décima reunião. Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metas_aichi_147.pdf Acesso em: 7 mar. 2020.

ção do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) – Lifeweb¹⁰⁸.

Life Web Initiative é o Projeto apresentado pela Alemanha durante a nona conferência anual da Convenção da Diversidade Biológica, em Bonn. A iniciativa Life Web dedica-se a ajudar os países a encontrar o apoio financeiro e as parcerias que precisam para implementar o Plano Estratégico para a Biodiversidade 2011-2020, em prol de proteger os meios de subsistência e enfrentar as mudanças climáticas.

No Brasil, o objetivo geral do projeto consiste em administrar de forma eficiente, sustentável e participativa o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e as UCs que o constituem, em prol da preservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos.

No acordo de Paris, sobre a questão do financiamento climático, definiu-se que, a partir de 2020, países desenvolvidos devem fornecer recursos financeiros no valor de US\$ 100 bilhões por ano para auxiliar países em desenvolvimento com relação a medidas de combate à mudança do clima. Tanto o financiamento quanto a meta de redução terão de ser revistos **de cinco em cinco anos**.

O Fundo brasileiro para a biodiversidade (FUNBIO) se destaca como Fundo gerido por associação civil sem fins lucrativos. É a 15ª Agência GEF no mundo e a primeira agência nacional na América Latina. É uma instituição independente que faz a gestão financeira e executa projetos. O Fundo Social do BNDES, formado por parte dos lucros da instituição bancária financiou, em 2015, R\$ 20 milhões para projetos de recuperação da Mata Atlântica.

Dentre os fundos instituídos por lei, destaca-se o Fundo advindo da compensação ambiental, o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) e o Fundo de Restauração do bioma Mata Atlântica.

O FNMA foi o primeiro Fundo com destinação exclusivamente ambiental criado na América Latina; é uma unidade do Ministério do Meio Ambiente (MMA), criado pela lei n.º 7.797/1989, com o objetivo de colaborar, como agente financiador, por meio da participação social, para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA. O FNMA é regulamentado pelo Decreto n.º 3.524/00.

Integram recursos do FNMA: I - dotações orçamentárias da União; II - recursos resultantes de doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de pessoas físicas e jurídicas; III - rendimentos de qualquer natureza, que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio; IV - outros, destinados por lei (art. 2º da lei n.º 7.797/1989). Estabelece o art. 13 do Decreto 6.514/2008, com redação dada pelo Decreto n.º 6.686/2008, que “reverterão ao FNMA vinte por cento dos valores arrecadados em pagamento de multas aplicadas pela União, podendo o referido percentual ser alterado, a critério dos órgãos arrecadadores”.

O FNMA destina seus recursos ao desenvolvimento de projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental para elevar a qualidade de vida da população brasileira (art. 1º da lei n.º 7.797/1989).

O apoio do FNMA a projetos se dá através de duas modalidades: Demanda Espontânea e Demanda Induzida. Possui aplicativo, o Façaprojeto, disponível para baixar no site do Ministério do Meio Ambiente, para auxiliar na elaboração e apresentação de projetos.

O FDD está previsto na Lei n.º 7.347/1985 e regulamentado pela Lei n.º 9008/1995, que fundou o Conselho Federal Gestor dos Direitos Difusos (CFDD), especificando sua atuação.

Conforme o art. 1º, §2º da Lei n.º 9.008/1995, constituem recursos do FDD o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei n.º 7.347/1985; II - Revogado pela Lei n.º 13.146/2015; III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu

¹⁰⁸ WEIGAND JR., Ronaldo; SILVA, Danielle Calandino da; SILVA, Daniela de Oliveira e. *Metas de Aichi*: situação atual no Brasil. Brasília: IUCN/ WWF-Brasil/IPE, 2011.

parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078/1990; IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei nº 7.913/1989; V - das multas referidas no art. 84 da Lei nº 8.884/1994; VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.

O FDD tem como objetivo a defesa e a recomposição de danos causados a direitos difusos e coletivos, sendo um dos eixos temáticos de destinação de sua verba projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, com previsão expressa a implementação de espaços territoriais especialmente protegidos relacionados à conectividade¹⁰⁹

O FDD emite editais periodicamente para a seleção de projetos a serem beneficiados pelo Fundo, nos quais são elencados todos os entes que podem participar, valores dos projetos que podem vir a serem beneficiados e sua duração bem como outras especificidades. Após o recebimento das propostas, o CFDD seleciona os melhores projetos, de acordo com os critérios definidos no edital e divulgados pelo conselho em suas atas¹¹⁰.

O Fundo de Restauração do bioma Mata Atlântica, instituído pela Lei n.º 11.428/2006, estimula com incentivos econômicos, a proteção e o uso sustentável do bioma, em áreas com existência de espécies ameaçadas de extinção, relevância de recursos hídricos e de valor paisagístico e turístico. Prioriza-se o apoio aos projetos destinados à conservação e recuperação de áreas do entorno de UC, RPPNs, APPs e RLs (art. 33, inc. I a IV e art.38, § 1º da Lei n.º 11.428/2006), perfil no qual se enquadra a Mata Atlântica setentrional/PEMP. Um dos critérios do Fundo em questão é a exigência de que o Município tenha plano municipal de conservação e recuperação da Mata Atlântica, devidamente aprovado pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente (art.38 da Lei n.º 11.428/2006).

Constituirão recursos do Fundo de restauração da Mata Atlântica, que ainda não foi implantado, e do FNMA: dotações orçamentárias da União, doações, rendimentos de qualquer natureza que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio e outros destinados em lei (Lei n.º 11.428/2006, art. 37; Lei n.º 7.797/1989, art. 2º). A implementação do Fundo de Restauração do bioma Mata Atlântica se constituirá em importante instrumento para se avançar na busca da efetiva restauração deste bioma.

Segundo o Governo brasileiro, os recursos crescem de modo desproporcional às responsabilidades, pois houve grande expansão na instituição de UCs nos últimos anos. De 2001 a 2008, a porção do orçamento do MMA destinada às UCs federais aumentou 16,35%, enquanto que estas áreas aumentaram geograficamente 78,46%¹¹¹. Nesse sentido, deverá haver consenso entre atores governamentais, privados e da sociedade civil para a conservação e uso sustentável em diversos setores, diálogos devem ser abertos quanto a opções práticas para aumentar o financiamento e auxiliar na integração dos objetivos de conservação e uso sustentável.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Eixos temáticos definidos pelo CFDD*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/eixos> Acesso em: 16 dez. 2020.

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *O que é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/institucional> Acesso em: 15 dez. 2020.

¹¹¹ WEIGAND JR., Ronaldo; SILVA, Danielle Calandino da; SILVA, Daniela de Oliveira e. *Metas de Aichi: situação atual no Brasil*. Brasília: IUCN/ WWF-Brasil/IPE, 2011.

3.4.1 Compensação ambiental na Lei n° 9985/2000112

A Compensação Ambiental¹¹³ é um instrumento importante para a conservação da biodiversidade, que se realiza por meio da obrigação ao empreendedor de apoiar à implantação e manutenção de UCs (Art. 36 da Lei n. 9985/2000), sendo utilizado para contrabalancear impactos que virão a ser sofridos pelo meio ambiente que não possam ser evitados ou mitigados¹¹⁴ (Decreto n.º 4.340/2002). Tal mecanismo é de caráter obrigatório nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental¹¹⁵, negativo¹¹⁶, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA¹¹⁷ (Art. 36 da Lei n.º 9985/2000). O instituto da compensação ambiental está fundamentado no princípio do poluidor-pagador, segundo o qual o empreendedor deve arcar com as externalidades negativas do seu negócio, ou seja, com os custos do impacto produzido.

A natureza jurídica da compensação ambiental é polêmica. Parte da doutrina a qualifica como tributária ou de preço público. A corrente mais aceita assevera constituir-se de uma espécie de indenização ambiental, em decorrência do princípio do Poluidor-pagador e Usuário-pagador, uma reparação de danos ambientais futuros; posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 3.378/2008.

A ADI n.º 3.378/2008, que declarou a validade da indenização ambiental, invalidou o piso de 0,5% dos custos totais do empreendimento para apoiar a manutenção de UCs de proteção integral trazido pelo art. 36 da Lei n.º 9.985/2000. O Decreto Federal n.º 6.848/2009, que alterou e acrescentou dispositivos ao Decreto n.º 4.340/2002 que regulamenta alguns dispositivos da Lei n.º 9985/00, ao tratar do art. 36, prevê que o grau de impacto variará de 0 a 0,5% dos custos totais do empreendimento, o que representa um retrocesso ambiental¹¹⁸. Segundo esse mesmo autor, o valor deverá ser proporcional ao dano causado dentro ou fora de UCs.

A avaliação dos impactos ambientais em áreas no entorno de UCs ou dentro dela¹¹⁹ não é trivial e requer uma análise mais profunda e abrangente das disposições legais que dão o contorno jurídico da UC, bem como das condições sociais e econômicas confrontadas com a preservação dos atributos ecológicos inerente a estes ambientes.

A compensação ambiental atua de forma a compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ecológica, funcionando como um instrumento para o desenvolvimento sustentável. Os recursos advindos da compensação ambiental prevista na Lei n.º 9985/2000 são direcionados às UCs para a consolidação do SNUC.

¹¹² O subtópico aborda a compensação referente a antecipação de reparação de danos previstos no EIA-RIMA de atividade causadora de significativo impacto ambiental, e não, a compensação atinente a obrigação de fazer posterior a ocorrência do dano, possível de ser arbitrada frente a impossibilidade de restauração integral do meio ambiente afetado.

¹¹³ A compensação ambiental, regulada pelo art. 36 do SNUC, tem sua origem histórica nas Resoluções CONAMA n.º 10/87 e 02/96. A expressão compensação ambiental surgiu com a Lei n.º 9985/2000. O termo só foi inserido com o Decreto n.º 4.340/2002, regulamentador da Lei do SNUC. Este Decreto teve alterações em 2005 (revogado) e 2009.

¹¹⁴ Para haver a aplicação da compensação ambiental é necessário que o impacto negativo causado pela atividade/empreendimento esteja em conformidade com o princípio do limite ou controle, ou seja, não ultrapasse os padrões máximos permitidos pelas Resoluções do CONAMA e nomas do órgão ambiental responsável pelo licenciamento (danos toleráveis social e ecologicamente); além de não ser possível a eliminação ou mitigação desses impactos, devido à ausência de tecnologia, instrumentos ou procedimentos adequados.

¹¹⁵ A Resolução CONAMA n.º 001 de 1986 define o que é impacto ambiental.

¹¹⁶ Apenas potencial de vir a ocorrer o impacto em bem cuja titularidade é difusa (Decreto n.º 4.340/2002).

¹¹⁷ A realização do EIA-RIMA é imprescindível aos empreendimentos e atividades impactantes citados no segundo artigo da Resolução CONAMA 001/86.

¹¹⁸ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

¹¹⁹ O entendimento doutrinário é que a compensação ambiental só será possível em casos de atividade que causem significativo impacto ambiental dentro de UCs quando estas forem de uso sustentável. Sendo incompatível com o regime de proteção integral. Entretanto, na prática, em casos de UCs de proteção integral na qual ainda não foi realizada a regularização fundiária, proprietários de terras em seu interior tem feito uso do instituto devido a uma lacuna na lei.

Em âmbito federal a execução dos valores pode ocorrer na modalidade de execução direta, a partir de demandas elaboradas pelo ICMBIO, ou na modalidade de execução via Fundo de Compensação Ambiental¹²⁰.

Tais recursos eram destinados a um fundo gerido pela Caixa Econômica Federal criado em 2006, investidos de acordo com a orientação da Câmara Federal de Compensações Ambientais. O Fundo era administrado por uma parceria entre o IBAMA e a Caixa Econômica Federal e, em 2008, já contava com R\$350 milhões em conta. Tendo como destinação primordial a implantação e regularização fundiária de UCs de proteção integral das três esferas governamentais¹²¹.

Em 2018, foi promulgada a Lei n.º 13.668, cujo um dos objetivos é dispor sobre a destinação e a aplicação dos recursos de compensação ambiental. Em seu artigo 1º acrescenta dispositivos na Lei n.º 11.516/2007, entre eles o art. 14-A *caput* que autoriza o ICMBIO¹²² a selecionar instituição financeira oficial para criar e administrar fundo privado a ser integralizado com recursos advindos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei n.º 9.985/2000, destinados às unidades de conservação instituídas pela União. Foi registrado em cartório em dezembro de 2018 pela Caixa Econômica Federal (instituição financeira escolhida) o Fundo de Compensação Ambiental (FCA)¹²³.

Os recursos do FCA são destinados às UC instituídas pela União, no âmbito do licenciamento ambiental estadual, municipal ou distrital¹²⁴, e deverão ser separados em subcontas identificáveis por empreendimento, unidade de conservação beneficiária e ação específica, propiciando o melhor controle e fiscalização¹²⁵.

A instrução normativa n.º 7/2020 regulamenta os procedimentos administrativos para a celebração de termo de compromisso para cumprimento das obrigações relacionadas à compensação ambiental, a forma como se dará a execução dos recursos, no âmbito das Unidades de Conservação instituídas pela União e dá outras providências.

Quanto ao beneficiamento de UC estadual ou municipal há confusão na aplicação da compensação ambiental pelos estados do Brasil no que tange à legislação a ser seguida.¹²⁶ A fixação do valor a ser pago pelo empreendedor e a definição das unidades de conservação beneficiárias compete ao órgão licenciador, a partir do grau de impacto do empreendimento e de critérios técnicos próprios para definição das unidades elegíveis.

Com o advento do novo Código Florestal, os proprietários de áreas localizadas nas zonas de amortecimento de UC de Proteção Integral entraram no rol de beneficiários, podendo receber apoio técnico-financeiro da compensação ambiental, com o objetivo de recuperar e manter áreas prioritárias para a gestão da UC. Nota-se que por interpretação extensiva, os proprietários das áreas previstas para formarem corredores ecológicos podem ser beneficiados pelo Fundo, e por interpretação literal parte deles.

¹²⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Compensação ambiental*. Disponível em: <https://www.gov.br/icmbio/pt-br/assuntos/compensacao-ambiental>. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹²¹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

¹²² Desde 2007 foi criado o ICMBIO pela lei 11.516, responsável pelas UCs Federais que até então eram de competência do IBAMA.

¹²³ INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Fundo de Compensação Ambiental é registrado*. 2018. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/10160-fundo-de-compensacao-ambiental-e-registrado-em-cartorio> Acesso em: 15 dez. 2020.

¹²⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Instrução normativa n. 7, de 10 de junho de 2020*. Regulamenta os procedimentos administrativos referentes a compensação ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-7-de-10-de-junho-de-2020-262147360> Acesso em: 15 dez. 2020.

¹²⁵ Compensação ambiental não se confunde com indenização pecuniária. INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Fundo de Compensação Ambiental é registrado*. 2018. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/10160-fundo-de-compensacao-ambiental-e-registrado-em-cartorio> Acesso em: 15 dez. 2020.

¹²⁶ GALVÃO, Laís Pereira; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. Compensação ambiental na lei n.º 9.985/2000: reflexões do instituto como um instrumento para promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 6, p. 1285-1328, 2019.

É incumbência do órgão ambiental licenciador estipular as UCs a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA-RIMA e ouvido o empreendedor, podendo até mesmo ser contemplada a criação de novas UCs¹²⁷. Assim, uma vez estipulada a área a servir de corredor, deve o órgão ambiental dar prioridade a destinar os benefícios à efetividade das UCs a serem interligadas, no caso do PEMP como situação emblema, o órgão ambiental estadual do Rio Grande do Norte¹²⁸, bem como a políticas conservacionistas nas áreas que venham a funcionar como corredores.

Determina o art. 46 da Lei da Mata Atlântica ser função dos órgãos competentes a adoção das providências necessárias para o rigoroso e fiel cumprimento desta Lei, bem como estimular estudos técnicos e científicos visando à conservação e ao manejo racional do Bioma Mata Atlântica e de sua biodiversidade.

Quando a compensação ambiental se der em razão do corte e supressão do bioma Mata Atlântica, o art. 17 da Lei 11.428/2006 condiciona a destinação de área equivalente a área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica. Em se tratando de corte e supressão autorizada em áreas urbanas ou regiões metropolitanas a compensação deverá ser realizada em áreas localizadas no mesmo Município ou Região Metropolitana¹²⁹.

A despeito do quantum em caixa para viabilizar a criação e efetividade de UCs de proteção integral e projetos conservacionistas em seu entorno, o que se constatam são as UCs não serem efetivadas por falta de verbas, justificativa utilizada pelo Órgão ambiental estadual para a não efetivação do PEMP, criado oficialmente há 11 anos (**Decreto Estadual n.º 19.341/2006**). Portanto, devem-se concentrar esforços na criação de projetos para que a verba de Compensação Ambiental, bem como de outros fundos ambientais tais como os elencados nesse estudo, sejam disponibilizadas.

4 Considerações finais

A criação de corredores ecológicos se faz premente na Mata Atlântica Setentrional, devido ao fato de esse recorte do bioma estar bastante fragmentado, constituído por arquipélago de remanescentes, ser rico em espécies endêmicas e/ou sob risco de extinção. A análise documental jurídica, a bibliografia científica e a avaliação *in situ* da área emblema demonstraram que a melhor estratégia para viabilizar a criação de corredores ecológicos na Mata Atlântica Setentrional é por meio de Políticas Públicas de promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que além da criação de novas UCs ser inviável por motivos econômicos e sociais, a gestão eficiente das já existentes é de prioridade superior.

A promoção do desenvolvimento sustentável como forma de conservação da Mata Atlântica é o cerne da lei que rege o bioma — única com regime jurídico específico. É imprescindível a criação de políticas públicas que confirmem efetividade aos comandos legais, impedindo que seus dispositivos sejam apenas formais ou que ocorra modificação da sua finalidade quando da utilização das suas regras, de forma a obstar a sucessão do quadro de degradação deste bioma e, notadamente, possibilitar o incremento do seu percentual existente, interconectando seus fragmentos.

As seguintes políticas públicas são aptas a viabilizar a criação de corredores ecológicos em áreas remanescentes da Mata Atlântica Setentrional Incentivos à agricultura sustentável; fomento a criação de Reservas Particulares do Patrimônio Nacional – RPPNs; Pagamentos por Serviços Ambientais – PSA; aspectos de incentivo ao Crédito de Carbono, a adesão ao ICMS ecológico.

¹²⁷ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.

¹²⁸ Denominado de Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente (IDEMA).

¹²⁹ O objetivo é que a compensação se efetue em área do mesmo bioma e com as mesmas características ecológicas.

As políticas públicas existentes para conservação da Mata Atlântica concentram seus esforços na sua porção sul e sudeste. Atenção e Projetos semelhantes devem ser implantados/adaptados à região nordeste, considerando o alto número de endemismos; novas políticas públicas também devem ser implementadas, tais como as propostas nesse estudo, para a concretização dos comandos das leis ambientais, com base no desenvolvimento sustentável e em princípios jurídico-ambientais e éticos. Subsídios bem dimensionados podem ter um relevante papel para a promoção de padrões de aproveitamento de recursos sustentáveis.

Para a implantação de políticas públicas conservacionistas nas áreas previstas a se formarem corredores ecológicos, existem fundos de recursos e seus gestores devem atentar para a situação da Mata Atlântica Setentrional, possibilitando a diminuição das disparidades regionais em investimentos. Em adição, os órgãos ambientais devem estimular estudos nessa região para a elaboração de projetos para beneficiamento pelos respectivos fundos de investimentos. Não obstante a legislação ambiental brasileira ser considerada uma das melhores do mundo, a sua efetividade depende da governança. É premente coadunar o social e o natural como premissas para a conservação da Mata Atlântica.

Referências

- ALEX, Robert. *Theorie der Gendrecht*. 5. ed. Verlag, Germany: Suhrkamp, 2006.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense/ Método, 2016.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. *A defesa das unidades de conservação e o MPF*. 2014. Disponível em: http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_artigos&view=artigo&id=72 Acesso em: 21 out. 2014.
- ASSOCIAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA DO NORDESTE. *Projeto Corredor Mata Atlântica Nordeste*. Recife: AMANE, 2013. Disponível em: <http://www.amane.org.br/o-que-fazemos/publicacoes/> Acesso em: 22 abr. 2015.
- AYRES, José Marcio. *Os corredores ecológicos das florestas tropicais do Brasil*. Belém, PA: SCM, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 05 ago. 2015.
- BRASIL. *Decreto n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 15 jun. 2016.
- BRASIL. *Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002*. Regulamenta artigos da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=374> Acesso em: 15 maio 2016.
- BRASIL. *Decreto n. 5.746, de 5 de abril de 2006*. Regulamenta o art. 21 da lei nº 9985/2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5746.htm Acesso em: 7 Abr. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 6.686, de 10 de dezembro de 2008*. Altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6686.htm Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6.848, de 14 de maio de 2009*. Altera e acrescenta dispositivos ao Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, para regulamentar a compensação ambiental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6848.htm Acesso em: 9 abr. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 99.274, de 06 de junho de 1990*. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm Acesso em: 5 ago. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei n. 6.660, de 21 de novembro de 2008*. Regulamenta dispositivos da Lei no 11.428, de 22 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6660.htm Acesso em: 1 abr. 2015.

BRASIL. *Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.428/2006, de 22 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm Acesso em: 1 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007*. Dispõe sobre a criação do ICMBIO. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cma/images/stories/Legislacao/Leis/Lei_Criacao_Chico_Mendes_-_Cria%C3%A7%C3%A3o_do_Chico_Mendes.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009*. Cria o Fundo nacional sobre mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112114.htm Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012*. Institui o Novo Código Florestal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.668, de 28 de maio de 2018*. Altera as Leis nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, 7.957, de 20 de dezembro de 1989, e 9.985, de 18 de julho de 2000 para dispor sobre a destinação e a aplicação dos recursos de compensação ambiental e sobre a contratação de pessoal por tempo determinado pelo IBAMA e pelo ICMBIO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13668.htm Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 6.383, de 7 de setembro de 1976*. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm Acesso em: 5 ago. 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.797, de 10 de julho de 1989*. Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7797.htm Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995*. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9008.htm#:~:text=Cria%2C%20na%20estrutura%20organizacional%20do,1990%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm Acesso em: 5 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Eixos temáticos definidos pelo CFDD*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/eixos> Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *O que é o Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/institucional> Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira: ações prioritárias*. Brasília, DF: MMA/PNUD, 2002. v. 1.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano (Estocolmo)*. Brasília: MMA, 1972. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc Acesso em: 28 mar. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Instrução normativa n. 7, de 10 de junho de 2020*. Regulamenta os procedimentos administrativos referentes a compensação ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-7-de-10-de-junho-de-2020-262147360> Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Metas de Aichi de Biodiversidade*. Decisão adotada pela Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica na sua décima reunião. Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/metatas_aichi_147.pdf Acesso em: 7 mar. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portaria conjunta MMA – Ministério do Meio Ambiente/Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO n.º 316, de 9 de setembro de 2009*. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2009/p_mma_icmbio_316_2009_politicanacionalbiodiversidadeespeciesameacadasextincao.pdf Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portaria n. 200, de 01 de julho de 2013*. Aprova o Plano de Ação Nacional (PAN) para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordestina. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2016/p_icmbio_200_2013_pan_herpetofauna_mataatl%C3%A2ntica_nordestina.pdf Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portaria n. 38, de 03 de maio de 2016*. Atualiza e aprova o Plano de Ação Nacional para Conservação da Herpetofauna Ameaçada da Mata Atlântica Nordestina. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2016/p_icmbio_200_2013_pan_herpetofauna_mataatl%C3%A2ntica_nordestina.pdf Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Temas prioritários para alocação de recursos do gef-6- Por área focal*. 2015. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/assuntos-internacionais/publicacoes/temas-prioritarios-para-alocacao-de-recursos-gef6-02-jun2015-vf.pdf/view> Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Portaria n. 444, de 17 de dezembro de 2014. Lista nacional oficial de espécies da fauna ameaçadas de extinção. Disponível em: portal/biodiversidade/fauna-brasileira/plano-de-acao/2837-plano-de-acao-nacional-para-a-conservacao-da-herpetofauna-do-nordeste.html Acesso em: 22 dez. 2015.

BRITTO, Guilherme Coelho; KATO, Osvaldo Ryohei; HERRERA José Antônio. Prestação de Serviços Ambientais pode ser uma alternativa aos sistemas tradicionais da agricultura familiar no município de Pacajá, Amazônia Paraense – Brasil. *SustDeb*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 159-169, 2012.

BROWN JR., K. Biogeografia e conservação das florestas atlântica e amazônica brasileiras. In: SEMINÁRIO IMPACTO AMBIENTAL EM ÁREAS DE TRÓPICO ÚMIDO: A EXPERIÊNCIA DA CVRD, 1982, Rio de Janeiro. *Anais [...] RJ: CVDR*; 1982, p. 85-92.

CARNAVAL, Ana Carolina *et al.* Stability predicts genetic diversity in the Brazilian Atlantic Forest Hotspot. *Science*, v. 323, n. 5915, p. 785-789, fev. 2009.

COIMBRA-FILHO, Ademar Faria; CÂMARA Ibsen de Gusmão. *Os limites originais do Bioma Mata Atlântica na região Nordeste do Brasil*. Rio de Janeiro: FBCN, 1996.

CORRÊA, Carine. *Água para 123 milhões de brasileiros depende da Mata Atlântica*. Brasília, out. 2010. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/6635-agua-para-123-milhoes-de-brasileiros-depende-da-mata-atlantica> Acesso em: 2 jul. 2017.

CRUZ, C. A. G.; CARAMASCHI U.; FREIRE E. M. X. Occurrence of the genus Chiasmocleis (Anura: Mycrohylidae) in the State of Alagoas, north-eastern Brazil, with a description of a new species. *Journal Zoology*, London, v. 249, p. 123-126, set. 1999.

DECLARAÇÃO do Rio. *Estudos Avançados*, n.6, v. 15, p. 153-159, 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf> Acesso em: 2 jul. 2017.

DIEGUES, Antonio Carlos (org.). *Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos*. São Paulo: Annablume, 2013.

FERRAREZZI, Hebert; FREIRE, Eliza Maria Xavier. New species of Bothrops Wagler, 1824 from the Atlantic Forest of Northeastern Brasil (Serpentes, Viperidae, Crotalinae). *Boletim do Museu Nacional*, Rio de Janeiro, n. 440, p. 1-10, fev. 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FREIRE, Eliza Maria Xavier. *Composição, taxonomia, diversidade e considerações zoogeográficas sobre a fauna de lagartos e serpentes de remanescentes da Mata Atlântica do Estado de Alagoas, Brasil*. 2001. Tese (Doutorado em Zoologia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

FREIRE, Eliza Maria Xavier. Espécie nova de Coleodactylus Parker, 1926 das dunas de Natal, Rio Grande do Norte, Brasil, com notas sobre suas relações e dicromatismo sexual no gênero (Squamata, Gekkonidae). *Boletim do Museu Nacional*, Rio de Janeiro, n. 399, p. 1-14, maio 1999.

FREIRE, Eliza Maria Xavier; CARAMASCHI, Ulisses; ARGOLLO, Antonio Jorge Suzart. A new species of Liotyphlops (Serpentes: Anomalepididae) from the Atlantic Rain Forest of Northeastern Brazil. *Zootaxa*, n. 1393, p. 19-26, jan. 2007.

FREIRE, Eliza Maria Xavier; CARAMASCHI, Ulisses; GONÇALVES, Ubiratan. A new species of Dendrophidion (Serpentes: Colubridae) from the Atlantic Rain Forest o Northeastern Brazil. *Zootaxa*, n. 2719, p. 62-68, dez. 2010.

GALVÃO, Laís Pereira; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel. Compensação ambiental na lei nº 9.985/2000: reflexões do instituto como um instrumento para promoção do desenvolvimento sustentável. *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 6, p. 1285-1328, 2019.

GUEDES, F. B.; SEEHUSEN S. E. *Pagamentos por serviços ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Fundo de Compensação Ambiental é registrado*. 2018. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/portal/ultimas-noticias/20-geral/10160-fundo-de-compensacao-ambiental-e-registrado-em-cartorio> Acesso em: 15 dez. 2020.

LIAKOPOULOS, Miltos. Análise argumentativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Editora V, 2004. p. 218-242.

LISBOA, C. M. C. A; FREIRE, E. M. X. Population Density, Habitat Selection and Conservation of *Coleodactylus natalensis* (Squamata: Sphaerodactylidae) in an urban fragmente of Atlantic Forest in Northeastern Brazil. *South American Journal of Herpetology*, v. 7, n. 2, p. 181-190, ago. 2012.

LOUREIRO, Wilson. *Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no estado do Paraná*. 2002. Tese (Doutorado em Ciências Florestais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf Acesso em: 15 mar. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MAY, Peter H. Iniciativas de PSA de Carbono Florestal na Mata Atlântica. In: GUEDES, Fátima Becker; SEEHUSEN, Susan Edda (orgs.). *Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios*. Brasília: MMA, 2011. p. 55-121.

MENDONÇA, Eleonora Schlemper. *Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN): o caso da Reserva Natural Menino Deus – Ilha de Santa Catarina*. 2004. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

MESQUITA, Carlos Alberto Bernardo. *RPPN da Mata Atlântica: um olhar sobre as Reservas Particulares dos Corredores de Biodiversidade Central e da Serra do Mar*. Belo Horizonte, MG: Conservação Internacional, 2004.

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

MITTERMEIER, Russel A. *et al.* Uma breve história da conservação da biodiversidade no Brasil. *Megadiversidade*, v. 1, n. 1, p. 14-21, 2005.

MYERS, Norman et al. Biodiversity hotspots for conservation priorities. *Nature*, v. 403, p. 853-858, fev. 2000.

PADUÁ, Maria Tereza Jorge. Do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: MEDEIROS, Rodrigo; ARAÚJO, Fábio França Silva (orgs.). *Dez anos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: lições do passado, realizações presentes e perspectivas para o futuro*. Brasília: MMA, 2011. p. 21-36.

PAGIOLA, Stefano; GLEHN, Helena Carrascosa Von.; TAFFARELLO, Denise (orgs.). *Experiências de pagamentos por serviços ambientais no Brasil*. São Paulo: SEMA/CBRN, 2013.

PARANÁ. *Lei Complementar n. 59, de 01 de outubro de 1991*. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art.2º da Lei 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. Disponível em: http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_estadual/LEIS/LEI_COMPLEMENTAR_59_1991.pdf Acesso em: 5 abr. 2016.

PEIXOTO, Oswaldo Luiz; CARAMASCHI, Ulisses; FREIRE, Eliza Maria Xavier. Two new species of Phyllodytes (Anura: Hylidae) from the State of Alagoas, Northeastern Brazil. *Herpetologica*, v. 59, n. 2, p. 235-246, jun. 2003.

PINTO, Luiz Paulo. Status e os novos desafios das unidades de conservação na Amazônia e Mata Atlântica. In: LIMA, G.S.; ALMEIDA, M.P.; RIBEIRO, G.A. (orgs.). *Manejo e conservação de áreas protegidas*. Viçosa-MG: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 41-58.

PIOSEVAN, Flávia. *Direitos Humanos e direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRANCE, G. T. Forest refuges: evidences from woody angiosperms. In: PRANCE, G. T. (ed.) *Biological diversification in the tropics*. New York, USA: Columbia University Press, 1982. p. 137-158.

RESERVA DA BIOSFERA DA MATA ATLÂNTICA. *Texto síntese*. 2016. Disponível em: http://www.rbma.org.br/rbma/rbma_1_textosintese.asp Acesso em: 13 mar. 2016.

RIBEIRO, Milton Cezar *et al.* The Brazilian Atlantic Forest: how much is left, and how is the remaining forest distributed? Implications for conservation. *Biological Conservation*, v. 142, n. 6, p. 1141-115, jun. 2009.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 5.100, de 08 de outubro de 2007*. Altera a lei n.º 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/edd5f699377a00078325736b006d4012?OpenDocument> Acesso em: 5 abr. 2016.

RIO GRANDE DO NORTE. *Decreto Estadual n. 19.341, de 12 de setembro de 2006*. Transforma parcela da Unidade de Conservação da Área de Proteção Ambiental – APA Bonfim/Guarairas, criada pelo Decreto Estadual n.º 14.369, de 22 de março de 1999, no Parque Estadual Mata da Pipa - PEMP, no município de Tibau do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/acervo/idema/doc/doc00000000016367.pdf> Acesso em: 4 abr. 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. Ministério Público do Rio Grande do Norte. Promotoria de Justiça da Comarca de Goianinha. *Inquérito Civil n. 076.2010.000003, parte: CAOP – Meio Ambiente, 2 de fevereiro de 2015*.

RIO GRANDE DO NORTE. *Plano de Manejo Parque Estadual Mata da Pipa*. 2014. Disponível em: <http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/idema/DOC/DOC00000000076124.PDF> Acesso em: 3 maio 2015.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte Vara Única – Goianinha. *Ação Civil Pública n. 0000782-74.2007.8.20.0116*, autor: MPRN, réu: IDEMA, 17 de maio de 2007.

ROCHA, Leonardo; DRUMMOND, José Augusto; GANEM, Roseli Senna. Parques Nacionais brasileiros: problemas fundiários e alternativas para a sua resolução. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 205-226, jun. 2010.

RODRIGUES, Miguel Trefaut *et al.* Phylogenetic relationships of a new genus and species of microteiid lizard from the Atlantic forest of northeastern Brazil (Squamata, Gymnophthalmidae). *Zoological Journal of the Linnean Society*, London, v. 144, n. 4, p. 543–557, ago. 2005.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTOS, Michele Silva; SCHIAVETTI, Alexandre. Análise da atividade turística na reserva particular do patrimônio natural Salto Apepique, Ilhéus, Bahia. *Gaia Scientia*, Paraíba, v. 2, n. 1, p. 75-82, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Maria Cardoso da; TABARELLI, Marcelo. The future of Atlantic forest in northeastern Brazil. *Conservation Biology*, v. 15, n. 4, p. 819-820, ago. 2001.

- SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SOUTHGATE, Douglas; WUNDER, Sven. Paying for Watershed Services in Latin America: A Review of Current Initiatives. *Journal of Sustainable Forestry*, v. 28, n. 3-5, p. 497-524, 2009.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.
- TABARELLI, Marcelo *et al.* Desafios e oportunidades para a conservação da biodiversidade na Mata Atlântica brasileira. *Megadiversidade*, v. 1, n. 1, p. 132-138, jul. 2005.
- TABARELLI, Marcelo *et al.* Fragmentação e perda de hábitat na Mata Atlântica ao norte do Rio São Francisco. In: SIQUEIRA FILHO, José Alves; LEME, Elton M. C. (orgs.). *Fragmentos de Mata Atlântica no Nordeste*. Rio de Janeiro: Andréa Jakobsson Estúdio Editorial LTDA, 2006. p. 81-99.
- VEIGA NETO, Fernando Cesar da. *A construção dos mercados de serviços ambientais e suas implicações para o desenvolvimento sustentável no Brasil*. 2008. Tese (Doutorado em Ciências no Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade – CPDA) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- WEIGAND JR., Ronaldo; SILVA, Danielle Calandino da; SILVA, Daniela de Oliveira e. *Metas de Aichi: situação atual no Brasil*. Brasília: IUCN/ WWF-Brasil/IPE, 2011.
- WUNDER, Sven. *Payments for environmental services: Some nuts and bolts*. Jakarta, Indonesia: CIFOR Occasional Paper n. 42, 2005.
- YOUNG, B. E. *et al.* *Joyas que están desapareciendo: el estado de los anfibios em el nuevo mundo*. Arlington, Virgínia: NatureServe, 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Agrotóxicos, dominação e fronteiras: significação, relação e perspectivas sobre o pacote tecnológico agrícola e a Amazônia brasileira

Pesticides, domination and borders: signification, relations and perspectives on the agricultural technological package and the Brazilian Amazon

Giovanni Martins de Araújo
Mascarenhas

José Antônio Tietzmann e Silva

Luciane Martins de Araújo

Agrotóxicos, dominação e fronteiras: significação, relação e perspectivas sobre o pacote tecnológico agrícola e a Amazônia brasileira*

Pesticides, domination and borders: signification, relations and perspectives on the agricultural technological package and the Brazilian Amazon

Giovanni Martins de Araújo Mascarenhas**

José Antônio Tietzmann e Silva***

Luciane Martins de Araújo****

Resumo

Este artigo estabelece uma relação entre o pacote tecnológico agropecuário e a expansão da fronteira agrícola, em especial na Amazônia Legal. Para fazê-lo, faz-se uma revisão bibliográfica e histórica do contexto de expansão da fronteira agrícola intensificado com a inserção do pacote tecnológico agropecuário no Brasil e Lei n.º 13.465/2017. A utilização de agrotóxicos — termo genérico — se insere em um contexto histórico e em uma realidade econômica. Assim, o presente artigo versa, inicialmente, sobre o surgimento dos agrotóxicos, o que se faz por meio da abordagem do contexto histórico no qual surgiram e da função para a qual surgiram, com atenção às críticas relacionadas aos impactos socioambientais de sua utilização. Posteriormente, contextualiza-se a utilização de agrotóxicos em uma realidade mercadológica contemporânea, o que se faz por meio da compreensão sobre a produção de *commodities* inseridas em um mercado global e os regimes alimentares, ferramenta de análise desse mercado global de grãos. Por fim, o artigo traz a realidade mercadológica globalizada para o cenário brasileiro e associa a produção de *commodities* ao avanço de atos normativos que regulamentam a utilização da Amazônia Legal. Assim, o artigo conclui pela existência de um vínculo de causalidade entre o mercado globalizado de *commodities* e as medidas constantes da Lei 13.465/2017, que alterou as regras para a regularização fundiária rural em terras públicas na Amazônia Legal. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método analítico dedutivo ao associar a realidade global ao contexto observado atualmente na Amazônia brasileira.

Palavras-chave: Regimes Agrícolas. Lei 13.465/2017. Comércio internacional. Agrotóxicos. Direito agrário.

* Recebido em 22/09/2020
Aprovado em 25/01/2021

** Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, advogado inscrito na OAB/GO sob o n.º 55.785, pesquisador de questões ambientais, agroterritoriais climáticas e políticas.
E-mail: giovannimascarenhas@gmail.com.

*** Doutor em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade de Limoges/CRIDEAU, Mestre em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade de Limoges/CRIDEAU, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Internacional da Andaluzia, Professor e pesquisador na UFG (PPGIDH) e PUC Goiás. Pesquisador associado ao CRIDEAU-OMIJ. Professor convidado da Universidade de Limoges (França) e Universidade Nacional do Litoral (Argentina). Advogado inscrito na OAB/GO sob o n.º 17.819. E-mail: joseantonio@redegaia.com.br.

**** Doutora em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás, Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, Especialista em Processo Civil, professora da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Advogada inscrita na OAB/GO sob o n.º 10.714. E-mail: luciane@redegaia.com.br.

Abstract

This article aims to establish a relation between the agricultural technological package and the expansion of the agricultural frontier, especially in the Legal Amazon. To do so, it's developed a bibliographic and historical review of the context of expansion of the agricultural frontier intensified by the insertion of the agricultural technological package in Brazil and Law nº 13,465/2017. The use of biocides - a generic term - is inserted in a historical context and an economic reality. Thus, the present article deals initially with the emergence of biocides, which is done by approaching the historical context in which they arose and the function for which they are designed, with attention to the critics related to the socio-environmental impacts of their use. Afterwards, the use of biocides is contextualized in a contemporary market reality, which is done through the understanding of the production of commodities inserted in a global market and food regimes, an analysis tool destined to the global food and grain market. Finally, the article brings the globalized market reality to the Brazilian scenario and associates the production of commodities with the advance of normative acts that regulate the use of the Legal Amazon. Thus, the article concludes that there is a causal link between the globalized commodities market and the measures contained in Law 13.465 / 2017, which changed the rules for rural land regularization in public lands in the Legal Amazon. Bibliographic research and the deductive analytical method were used to associate the global reality with the context currently observed in the Brazilian Amazon.

Keywords: Food regimes. Law 13.465/2017. International trade. Pesticide. Agrarian Law.

1 Introdução

Os agroquímicos — agrotóxicos e fertilizantes —, juntamente ao maquinário especializado, são parte integrante da estratégia trazida a lume pela Revolução Verde nas décadas de 1960 e 1970 que teve por objetivo promoção e o avanço da agropecuária, principalmente nas áreas ainda pouco cultivadas do Brasil. Fazem parte de um *pacote tecnológico* que dita a produção agrícola na atualidade também com as sementes geneticamente modificadas e a propriedade intelectual que as envolve.

Por certo, poucas e globais são as empresas que atuam no setor de cultivares e de agroquímicos,¹ fato que leva a uma concentração de poder e, mesmo, de capacidade de influenciar as normas e políticas dos Estados nacionais, abrindo caminho e/ou consolidando o modelo de produção alimentar (e de biocombustíveis) baseado nesse *pacote tecnológico* cujos impactos socioambientais não são adequadamente considerados. Em especial, à luz da alardeada pujança do agronegócio e, mesmo, do apelo que reiteradamente é utilizado quanto à necessidade de se produzir mais alimentos, a um menor custo.²

Daí, especificamente no caso dos agrotóxicos, apesar de seus possíveis efeitos à saúde humana e ao meio ambiente serem objeto de análise de diversos estudos, ainda não se vislumbra uma perspectiva clara quanto à mudança de rumo desse modelo produtivo, que foi abraçado pelo agronegócio brasileiro, na esteira do que fora implementado também noutros países.

¹ Dentre as quais se destacam, com os respectivos países de origem e faturamento para 2018: Basf (Alemanha, UDS 6,8 bilhões), Yara International (Noruega, USD 12,9 bilhões) Syngenta (Suíça, USD 13,5 bilhões), Nutrien (Canadá, USD 19,6 bilhões), Bayer AG (Alemanha, USD 46,7 bilhões) e DowDuPont (EUA, USD 85,97 bilhões). SEKULICH, Tony. *Top ten agribusiness companies in the world*. 2019. Disponível em: <https://www.tharawat-magazine.com/facts/top-ten-agribusiness-companies/> Acesso em: 24 jul. 2020.

² Nesse sentido, Moraes demonstra que “tal como ocorre em outras áreas e outros países, grupos de interesse procuram avançar agendas nesta área, buscando influenciar a criação de regulações e a execução das leis. De um lado, alguns enfatizam a riqueza gerada pela produção agrícola, as muitas restrições existentes, e os custos que isto acarreta ao produtor.” MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 39. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020.

Considerada essa realidade, busca-se, no presente artigo, situar a utilização dos agrotóxicos no atual cenário de economia globalizada e analisar os efeitos gerados pelo *regime alimentar corporativo* e o comércio internacional de *commodities* — unido ao pacote de insumos tecnológicos que o acompanha — sobre o avanço das ocupações irregulares e do desmatamento no Brasil, com foco na Amazônia Legal.

A presente pesquisa foi realizada por meio de análise bibliográfica, correlacionando dados e informações já existentes sobre agrotóxicos e desmatamento na Amazônia Legal para, em seguida, traçar um nexo causal que é muitas vezes ignorado: o de que esse modelo traz impactos socioambientais deletérios e perenes, afetando, inclusive, os benefícios econômicos advindos das atividades do agronegócio.

Para que se faça possível estabelecer essa relação, a análise foi dividida em três momentos.

Assim, o foco se volta primeiramente aos agrotóxicos, apresentando-se os elementos que os caracterizam, como sua inserção no atual processo produtivo de alimentos. O intuito é o de compreender com maior propriedade a que se destina sua utilização.

Em seguida, a partir de uma análise da Teoria dos Regimes Alimentares de Philip McMichael³ e a transformação de alimentos em *commodities* destinadas a um mercado globalizado, busca-se compreender a realidade contemporânea quanto à utilização dos agrotóxicos e da tecnologia na agricultura, elementos geradores de uma verdadeira dependência para o agricultor.

Por fim objetiva-se, na terceira parte, relacionar esse mercado globalizado de *commodities* oriundas do setor agropecuário ao avanço do desmatamento e das ocupações irregulares de terras na Amazônia Legal, inclusive ensejando que as políticas e regras em vigor se curvem a esse movimento, ao invés de combatê-lo em nome da garantia de direitos fundamentais — dentre os quais está o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 Os agrotóxicos: origens e funções

Como ponto de partida para a abordagem proposta, é necessário discorrer sobre o surgimento dos agrotóxicos e entender a que se destinam, ou seja, que papel têm no processo de produção de alimentos. Trata-se de estabelecer uma das bases que servirão de sustentáculo ao presente estudo, permitindo analisar o peso dos agrotóxicos na atual economia globalizada, com especial atenção aos regimes alimentares, considerando o avanço na utilização desses produtos na produção de alimentos e de biocombustível.

2.1 O surgimento dos agroquímicos, agentes biocidas

No tocante à nomenclatura adotada — “agrotóxicos”, é termo que se refere a uma generalidade de produtos e substâncias químicas que têm sua utilização destinada às lavouras e que são caracterizados pelo sufixo “cida” — que significa “matar”. É o caso dos fungicidas, dos herbicidas, dos inseticidas, dos pesticidas, dentre outros, como descreve Garvey⁴.

É diante disso que Carson expõe, de maneira pertinente, na sua clássica obra “A primavera silenciosa”, que esses produtos deveriam ser nominados *biocidas*, já que não se limitam a provocar a morte, por exemplo, de insetos nocivos à agricultura, pois esse “bombardeio de venenos na superfície da Terra [a torna] imprópria para toda a vida [...]”.⁵

³ MCMICHAEL, Philip. Reframing development: global peasant movements and the new agrarian question. *Canadian Journal of Development Studies*, v. 27, n. 4, p. 471-483, 2006

⁴ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017.

⁵ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010. p. 24.

A Humanidade se serviu, ao longo dos séculos, de distintas substâncias para afastar e/ou neutralizar animais e plantas. É o caso do sal, do enxofre, de óleos minerais, de compostos obtidos a partir de raízes, cascas, flores, flores ou frutos de determinadas plantas, dentre outros.⁶

Foi assim até meados do século XX, quando “Entre 1940 e 1950, as indústrias químicas da América do Norte e da Europa Ocidental produziram grandes quantidades de agrotóxicos, especialmente inseticidas”, notadamente à base de organoclorados, compostos de “toxicidade relativamente alta para insetos e seres humanos”⁷.

A massificação da produção e do uso de agrotóxicos se deu a partir da invenção do DDT,⁸ por Paul Müller. Esse composto, que foi largamente utilizado durante a Segunda Guerra Mundial para o combate às doenças tropicais — como a malária, a febre amarela ou o tifo — levou seu inventor a receber o prêmio Nobel de Medicina, em 1948, já que permitiu, mesmo depois do conflito, que milhares de vidas fossem salvas desses males.

O uso do DDT no pós-guerra se intensificou no cenário agrícola, remetendo à melhoria nos índices de produtividade, ainda que os efeitos deletérios para a saúde e o ambiente não tivessem sido ainda plenamente estudados⁹.

Todavia, diante da progressiva resistência dos insetos ao produto, exigindo a aplicação de quantidades cada vez maiores de químicos, passaram a se evidenciar seus efeitos deletérios para o Homem e o meio ambiente — em especial para os pássaros, que se alimentavam de insetos infectados — o que fora denunciado pela já mencionada *Primavera Silenciosa*, de Rachel Carson.

Com efeito, as características do DDT levam à sua persistência nos seres vivos, alojando-se nos tecidos adiposos, trazendo riscos de câncer e mutações genéticas. A partir da década de 1970, várias restrições passaram a ser impostas ao uso desse composto, que está, hoje, banido em mais de 80 países e, no Brasil, o uso agrícola do DDT está proibido desde 1985, por meio da Portaria n.º 329 do Ministério da Agricultura¹⁰.

Nota-se clara conexão entre os atuais agroquímicos e a indústria da guerra, já que, na década de 1930, com o início da Segunda Guerra Mundial, se fizeram investimentos em pesquisas voltadas ao setor químico, o que levou ao incremento na produção de substâncias artificiais, dotadas de propriedades inseticidas¹¹ e desfolhantes:¹²

⁶ Para uma visão histórica mais detalhada, vide JARDIM, Isabel Cristina Sales Fontes; ANDRADE, Juliano de Almeida; QUEIROZ, Sonia Claudia do Nascimento. Resíduos de agrotóxicos em alimentos: uma preocupação ambiental global - Um enfoque às maçãs. *Química Nova*, São Paulo, v. 32, n. 4, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000400031&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 24 jul. 2020.

⁷ JARDIM, Isabel Cristina Sales Fontes; ANDRADE, Juliano de Almeida; QUEIROZ, Sonia Claudia do Nascimento. Resíduos de agrotóxicos em alimentos: uma preocupação ambiental global - Um enfoque às maçãs. *Química Nova*, São Paulo, v. 32, n. 4, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000400031&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 24 jul. 2020.

⁸ O DDT é o composto denominado 1,1,1-tricloro-2,2-bis (4-clorofenil) etano, de fórmula molecular C₁₄H₉Cl₅. JARDIM, Isabel Cristina Sales Fontes; ANDRADE, Juliano de Almeida; QUEIROZ, Sonia Claudia do Nascimento. Resíduos de agrotóxicos em alimentos: uma preocupação ambiental global - Um enfoque às maçãs. *Química Nova*, São Paulo, v. 32, n. 4, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000400031&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 24 jul. 2020.

⁹ PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

¹⁰ JARDIM, Isabel Cristina Sales Fontes; ANDRADE, Juliano de Almeida; QUEIROZ, Sonia Claudia do Nascimento. Resíduos de agrotóxicos em alimentos: uma preocupação ambiental global - Um enfoque às maçãs. *Química Nova*, São Paulo, v. 32, n. 4, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000400031&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 24 jul. 2020.

¹¹ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010. p. 30.

¹² A definição de *agrotóxicos e afins*, no artigo 1º, IV, do Decreto n.º 4.074/2002, demonstra a amplitude de seus usos: “produtos e agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou plantadas, e de outros ecossistemas e de ambientes

Vários produtos biocidas foram desenvolvidos pela indústria química alemã e americana, durante o período da Segunda Guerra Mundial. Entre os gases de guerra produzidos pela indústria alemã, estavam alguns derivados do ácido fosfórico, os quais posteriormente deram origem aos inseticidas do grupo parathion. Os técnicos da indústria química de guerra americana trabalharam intensamente no desenvolvimento de substâncias que pudessem ser aplicadas na destruição, por via aérea, das áreas de colheita dos inimigos¹³.

Os estudos e o desenvolvimento de químicos, dessa forma, tinham como pano de fundo um cenário de guerra mundial, na qual seus agentes buscavam desenvolver armas capazes de lhes fornecer vantagens e matar a maior quantidade possível de inimigos.

Na chamada “Guerra do Vietnã”, o governo norte-americano autorizou, em meados dos anos 1960, o uso do chamado “agente laranja”. Trata-se de substância química que tem como um de seus principais componentes o 2,4-diclorofenoxiacético (2,4-D), utilizado no agrotóxico herbicida contemporâneo “Enlist”, produzido pela Dow AgroSciences¹⁴.

Assim, como destaca Carson¹⁵, os agrotóxicos de hoje são, em verdade, frutos das guerras de outrora.

Especificamente no Brasil, onde o uso de agrotóxicos se difundiu na década de 1940, os primeiros registros de compostos de “hidrocarbonetos clorados” (um dos maiores grupos de substâncias químicas) e de inseticidas datam de 1946.

Alguns anos depois, entre os anos de 1954 e 1960, intensificou-se o registro de novos compostos químicos, de forma que, apenas nesse período, foram registrados 2.045 produtos¹⁶. O País havia aderido à chamada *Revolução Verde*, que buscou incrementar os níveis de produtividade no campo:

No Brasil, [...] este modelo assumiu — em particular nos anos 1960 e 1970 — ferramentas como o subsídio de créditos agrícolas, as esferas agroindustriais, as empresas de maquinários (tratores) e de agroquímicos (agrotóxicos e fertilizantes químicos) e a consolidação de uma agricultura de exportação¹⁷.

De forma a permitir uma maior produção de agroquímicos no País, adotou-se em 1975 o Programa Nacional de Defensivos Agrícolas, no qual, segundo Porto e Soares, “o governo federal investiu mais de US\$ 200 milhões na implantação e no desenvolvimento das indústrias, provocando profundas transformações no parque industrial do país”¹⁸.

Além disso, o crédito rural passou a ser atrelado ao uso desses produtos nas lavouras e, por fim, que a carga tributária sobre os produtos químicos mereceu tratamento distinto, menos oneroso. Esses elementos, aliados à expansão da fronteira agrícola nacional e a uma série de outros fatores — como a estabilização da moeda, nos anos 1990 —, levaram o País a se tornar um grande consumidor de agrotóxicos no plano global.

urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos, bem como as substâncias e produtos empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento”. BRASIL. *Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002*. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074compilado.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

¹³ ALVES FILHO, José Prado. *Uso de agrotóxicos no Brasil: controle social e interesses corporativos*. São Paulo: Annablume, 2002. p. 24.

¹⁴ THOMPSON, Helen. War on weeds loses ground. *Nature*, v. 485, n. 7399, 2012. p. 430.

¹⁵ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010. p.29.

¹⁶ ALVES FILHO, José Prado. *Uso de agrotóxicos no Brasil: controle social e interesses corporativos*. São Paulo: Annablume, 2002. p. 25.

¹⁷ PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

¹⁸ PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

Moraes¹⁹ informa que o Brasil “consumia em 1991 cerca de sete vezes menos agrotóxicos que os Estados Unidos, enquanto em 2015 as quantidades no Brasil e nos Estados Unidos foram próximas, cada um respondendo por cerca de 10% do consumo mundial.” E, segundo a Embrapa, entre os anos de 2002 e 2012, a comercialização de agrotóxicos no Brasil passou de três para sete quilos por hectare. São também dados da Embrapa que demonstram um aumento de 78% na área plantada entre os anos de 1976 e 2016, ao passo que o consumo de agrotóxicos cresceu num patamar de 700%²⁰.

Há de se destacar que, nesse período, houve a promulgação da Lei 11.105/2005, que aprovou a utilização de organismos geneticamente modificados (OGM) no Brasil. A partir de então, ao invés da redução na utilização de agrotóxicos, como era seu discurso inicial, houve, nos dez anos seguintes, um aumento no consumo de 190%, o dobro da média mundial²¹.

Moraes demonstra, ainda, que

No início de 2019, existiam no Brasil cerca de 13.300 registros de agrotóxicos [...]. Em termos de ingredientes ativos, em 2017, havia 517 cujo uso era autorizado no Brasil e 97 que haviam sido banidos [...]. Dentre os autorizados, dez ingredientes responderam por cerca de 70% do total consumido [...].²²

Em 2019, a agropecuária passou a responder por 5,9% do Produto Interno Bruto (PIB), com uma participação de R\$ 322 bilhões, o que representou um aumento de 1,3% em relação ao ano anterior²³. No mesmo ano, foram registrados 474 novos agrotóxicos — o maior número em 14 anos — e, dentre os 96 ingredientes ativos que compunham esses produtos, parte considerável foi barrada ou teve sua utilização drasticamente limitada noutros países.²⁴

2.2 Qual é a função dos agrotóxicos?

Sem querer ignorar as especificidades de cada tipo de produto ou componente, é de se notar que os biocidas visam à melhoria da produtividade no campo, reforçando os ganhos da atividade agrária — além de garantir a segurança alimentar.

Assim, “a utilização de agrotóxicos tenderia a maximizar a eficiência econômica através de ganhos de produtividade”²⁵.

Com efeito, considerandose os agrotóxicos como “compostos que possuem uma grande variedade de substâncias químicas ou produtos biológicos e que foram desenvolvidos de forma a potencializar uma ação biocida, ou seja, são desenvolvidos para matar”²⁶, seriam os produtos que, em princípio, melhor se desti-

¹⁹ MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 19. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020. p. 19.

²⁰ EMBRAPA. *Controle biológico: ciência a serviço da sustentabilidade*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-controle-biologico/sobre-o-tema> Acesso em: 3 jul. 2020.

²¹ LUSTOSA, Marina Machado; ARAÚJO, Luciane Martins de. Os impactos ambientais da utilização de agrotóxicos: o desenvolvimento sustentável e a Lei 7.802/89. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 91, ano 23, p. 295-313, jul./set. 2018.

²² MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 23. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Especialistas estimam desmatamento de 15 mil Km2 na Amazônia em 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/669492-especialistas-estimam-desmatamento-de-15-mil-km2-na-amazonia-em-2020> Acesso em: 31 jul. 2020.

²⁴ Segundo reportagem da Folha de São Paulo “28 dos 96 ingredientes são barrados na União Europeia, 36 na Austrália, 30 na Índia e 18 no Canadá” MOREIRA, Matheus. Número de agrotóxicos liberados no Brasil em 2019 é o maior dos últimos 14 anos. *Folha de São Paulo*, dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/12/numero-de-agrotoxicos-liberados-no-brasil-em-2019-e-o-maior-dos-ultimos-14-anos.shtml> Acesso em: 3 jul. 2020.

²⁵ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 145.

²⁶ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152,

nariam a alcançar a almejada eficiência econômica do setor agrícola. Isso porque permitem que se exerça o controle do aparecimento de doenças e a compensação da eventual perda de produtividade do solo.

A ação biocida nem sempre é a única presente num produto ou composto, já que, conforme mencionado anteriormente, a definição legal de agrotóxicos e afins remete a uma variedade de usos que contempla, por certo, a aniquilação dos agentes considerados como patógenos para a produção agrícola — animais e plantas — como também o estímulo ao crescimento das cultivares (por meio dos fertilizantes químicos).

Num caso como noutro, a busca de uma maior eficiência, de uma produtividade crescente, se apresenta como objetivo mor da aplicação desses produtos, ainda que não se possa considerar, numa visão parcial sobre a funcionalidade dos químicos, que os sistemas produtivos rurais “só se sustentariam devido à utilização de agrotóxicos para compensar sua perda de produtividade”²⁷.

Vale dizer, a viabilidade desses sistemas, pelo aumento da produtividade — elemento essencial para a garantia de lucros crescentes — se apresenta como o objetivo maior associado ao uso dos agrotóxicos nas plantações. O que não considera, ao final, os impactos socioambientais advindos dessa prática.

2.3 Os impactos socioambientais do uso de agrotóxicos

Há, no mundo, uma grande variedade de produtos sintéticos desenvolvida pela indústria química, com diversas variações comerciais difundidas no mercado internacional, enquanto insumos para a produção agrícola²⁸.

Essas numerosas variações e o crescente número de agrotóxicos são explicados, em parte, pela necessidade de biocidas cada vez mais poderosos, capazes de combater as “pragas” que sobreviveram aos agrotóxicos anteriores, desenvolveram resistência e se proliferaram, de forma que “a guerra química jamais é vencida, e toda a vida é capturada em seu violento fogo cruzado”²⁹.

No tocante à resistência das “pragas” aos agrotóxicos, vale notar a análise realizada por Moraes, em que se demonstra que leva, inclusive, a perdas econômicas, capazes de levar ao questionamento sobre o custo-benefício da utilização desses produtos, já que:

[...] para cada unidade adicional de agrotóxicos, os retornos em termos de valor da produção agrícola cresceram a taxas decrescentes. Além disso, houve variação entre estados na razão entre o uso de agrotóxicos e o VBPA [valor bruto da produção agrícola]: como exemplo, a intensificação do uso de agrotóxicos em Mato Grosso foi menos “eficiente” do que em Goiás e no Mato Grosso do Sul. Em outras palavras, a taxa de crescimento do VBPA em relação ao uso de agrotóxicos em Mato Grosso cresceu a um ritmo inferior ao de outros estados. Em 2001, era necessário aplicar 1,2 kg de agrotóxicos para se obter R\$ 1 mil de produção agrícola no Mato Grosso, enquanto o mesmo VBPA era obtido com 1,3 kg em Goiás. Em 2016, contudo, foi necessário aplicar 2,4 kg de agrotóxicos para se obter R\$ 1 mil de produção agrícola no Mato Grosso, enquanto o mesmo foi obtido com 1,9 kg em Goiás. Chama a atenção também o padrão de utilização de agrotóxicos na região do Matopiba, em que o uso cresceu a um ritmo bastante superior ao do VBPA.³⁰

Porto e Soares vão na mesma linha, ao tecerem considerações sobre o rendimento na produção agrícola com o uso de químicos:

2007. p. 146.

²⁷ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 148.

²⁸ ALVES FILHO, José Prado. *Uso de agrotóxicos no Brasil: controle social e interesses corporativos*. São Paulo: Annablume, 2002. p.24-25.

²⁹ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010. p. 24.

³⁰ MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 27. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020.

O discurso da produtividade vem sendo utilizado para mascarar os impactos negativos deste modelo, como os danos associados à saúde dos trabalhadores rurais, uma vez que os efeitos dos agrotóxicos na saúde humana, em especial os crônicos, não têm sido caracterizados de forma adequada. Diferentemente de décadas passadas, hoje os ganhos de produtividade são cada vez mais tímidos e os efeitos nocivos dessas substâncias, tanto para o meio ambiente quanto para a saúde humana, tornam-se mais perceptíveis e debatidos publicamente. O menor retorno sobre o rendimento médio das culturas e os custos crescentes com os insumos químicos, somados aos problemas ambientais e de saúde, trazem à tona o debate a respeito da visibilidade dos impactos socioambientais e à saúde, bem como acerca da transição para modelos mais justos e ambientalmente sustentáveis³¹.

No Brasil, o uso de agrotóxicos tem se propagado, denotando um ritmo de crescimento mais intenso que noutros países, mesmo se considerados os integrantes do Mercosul.

Contudo, não se pode ignorar o reverso da moeda, como afirma Marcelo Veiga, ao apontar uma desconexão entre os atores sociais que se beneficiam e os que se prejudicam com o uso de agrotóxicos. Indica, nesse sentido, que “os maiores penalizados, a princípio, seriam os trabalhadores rurais [... e...] Dentre os maiores beneficiários, estariam a indústria química, os produtores rurais e os consumidores finais”³².

O entendimento do autor se respalda na compreensão de que os produtores rurais (pelo aumento da produção), os consumidores finais (pela redução no preço dos produtos a serem ofertados) e a indústria química (pelo seu papel como fornecedora de agrotóxicos) seriam os grandes beneficiados pelo uso dos agroquímicos, ao passo que os trabalhadores rurais seriam os maiores penalizados (pelo contato direto e perene com esses produtos).

Destaca, assim, que, conforme essa lógica *meramente econômica*, haveria uma relação de custo e benefício favorável, desde que “a utilização de agrotóxicos [seja] feita de maneira adequada, prudente e racional”³³.

A referida análise denota que o uso de agrotóxicos tem um potencial danoso, pois coloca o trabalhador rural como o principal prejudicado, no campo dos impactos sociais, além dos incontáveis impactos sobre o meio ambiente e a saúde.

Esses elementos evidenciam que a indústria química e o *mercado* são os sujeitos que mais se beneficiam nessa relação — onde há claramente uma internalização dos benefícios, de uma parte, e a socialização dos custos, de outra parte — representados pelos impactos socioambientais decorrentes do uso massivo desses produtos. Nesse sentido, aduzem Porto e Soares:

Quando se trata de intoxicação aguda, de uma forma geral, os fatores de risco encontrados estão mais associados à pequena propriedade, pois é onde se vê o maior emprego de equipamentos costais de aplicação, o não respeito dos prazos de carência, a não utilização do receituário agrônomo e de equipamento de proteção individual (EPI), a venda direta por vendedores, dentre outros fatores³⁴.

No mesmo sentido, Moraes ressalta que:

Muito embora o crescimento do uso de pesticidas no Brasil tenha lhe conferido uma vantagem competitiva, a fraca regulação que permaneceu por longo tempo ocasionou impactos ambientais e humanos que ainda estão sendo descobertos. O uso do ingrediente ativo clordano, por exemplo, trouxe ganhos de produtividade, mas a um custo alto, pois aumentou a probabilidade de incidência de câncer

³¹ PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

³² VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 148.

³³ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva* 12 (2007): VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 148.

³⁴ PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

de mama e próstata em pessoas a ele expostas, um problema agravado pela sua permanência no solo. [...] A literatura também demonstra como o uso de agrotóxicos está associado à elevação das taxas de suicídio na população rural [...], ao aumento de resíduos em sistemas hídricos [...] e a várias formas de contaminação de trabalhadores rurais e do meio ambiente [...]. Ademais, em análises realizadas no âmbito do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos — Para [...], constatou-se que, em percentual elevado de alimentos consumidos no Brasil, os limites de resíduos de agrotóxicos estavam acima do permitido³⁵.

Some-se a essa figura o fato de que tem se utilizado, cada vez mais, produtos e substâncias altamente nocivas ao meio natural:

[...] o crescimento do uso de produtos de alta ou muita periculosidade [ambiental] foi proporcionalmente maior: em 2016, o seu uso era 183% maior do que em 2010 (sempre considerando as médias móveis), enquanto o uso de produtos perigosos ou de pouca periculosidade cresceu 156%. Atualmente, cerca de um terço dos agrotóxicos consumidos no país são de alta ou muita periculosidade³⁶.

O uso massivo dos biocidas, portanto, além de não mais representar certeza de ganho em produtividade, traz impactos graves ao meio ambiente e à saúde (ademais da perda de biodiversidade), ensejando que seu real custo/benefício seja questionado, notadamente pelo fato de que esses produtos têm contaminado as pessoas, as águas, os solos, animais e plantas, de maneira persistente e com possíveis impactos carcinogênicos.

3 O avanço mercadológico da utilização de agrotóxicos: a produção de *commodities* e seus efeitos

Verificou-se, no item anterior, que os agrotóxicos possuem um principal papel: o de aumentar a produtividade³⁷. Dessa forma, destinam-se a colaborar com a produção agrícola, ao passo que reduzem a incidência de insetos, ervas daninhas e outros organismos considerados como prejudiciais às lavouras.

Dessa forma, considerando-se que o uso dos químicos se vincula à produtividade, para que se possa compreender o aumento da utilização de agrotóxicos e a vinculação com as ocupações e desmatamento na Amazônia, é necessário entender a realidade mercadológica na qual se insere a produção de alimentos, grãos e *commodities*. Isso diz respeito ao fato de que, para além de questões já citadas e que acarretam um aumento na utilização de agrotóxicos — como a criação de resistência nos agentes que se busca combater³⁸ —, faz-se necessário contextualizar o agrotóxico dentro de um mercado capitalista global ao qual se destina a produção agrícola.

Aponta-se, nesse sentido, que a atual perspectiva de mundialização da agricultura, com avanço de culturas capitalistas, faz com que a terra deixe de “dar a luz” a alimentos. No lugar desse arquétipo feminino de “dar a luz” a alimentos, surge um arquétipo masculino no qual o alimento é transformado em *commodity* e em fomento para mais *commodities* e energia³⁹.

Para que melhor se entenda a distinção feita entre alimentos e *commodities*, volta-se o foco, primeiramente, para a conceituação de *commodities* e, após, para a produção brasileira de produtos de base. Dessa forma, em

³⁵ MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 35. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020. p. 35.

³⁶ MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. p. 33. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020.

³⁷ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 145.

³⁸ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010. p. 24.

³⁹ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017. p. 19.

atenção ao conceito adotado por Bombardi, tem-se como principal elemento das *commodities* o fato de que são produtos de base (matérias-primas) e que possuem cotação e negociabilidade globais com a utilização de bolsas de mercadorias⁴⁰.

Ao versar sobre essa conceituação, destaca-se que a negociabilidade global por meio das bolsas de mercadorias traduz o deslocamento do conceito de “alimento” para a compreensão de “*commodity*”. Dessa forma, a agricultura, inserida no mercado capitalista global, passou a ter sua estrutura baseada em três pilares, quais sejam, a produção de *commodities*, as bolsas de mercadorias e os monopólios mundiais⁴¹.

Compreende-se, nesse contexto, que o primeiro desses pilares, a produção de *commodities*, tornou-se o objetivo principal da produção de alimentos, de forma que a produção é destinada àquele que tiver poder de compra, e não ao abastecimento de alimentos. O segundo diz respeito aos monopólios mundiais, que são provenientes do processo de globalização do capital, de forma que os monopólios deixaram de ser internacionais para serem multinacionais, de forma que “não importa mais se de origem estrangeira ou nacional a um país determinado”⁴².

No presente trabalho, que se propõe a versar sobre o avanço mercadológico da utilização de agrotóxicos e o mercado globalizado, com atenção à Teoria dos Regimes Alimentares, dois desses pilares são especialmente importantes (sem prejuízo do outro, sem o qual não haveria tanta eficácia dos demais, em um cenário em que funcionam como bases de um sistema). O primeiro, diz respeito às *commodities* e à compreensão do deslocamento do sentido do alimento, que deixa de ser alimento para se tornar *commodity*⁴³, ao passo que o segundo diz respeito aos monopólios mundiais.

É exatamente sobre esse citado processo de globalização do capital e sobre o papel dos monopólios que insta tratar sobre a Teoria dos Regimes alimentares desenvolvida por Philip McMichael. O cenário em que os alimentos perdem o caráter de alimentos para serem tratados e negociados como *commodities* e no qual há a efetivação de monopólios globais se relaciona, de forma indissociável, com o aumento na utilização de agrotóxicos. Esse cenário é um dos regimes alimentares descritos por McMichael, sobre os quais se passa a versar.

A Teoria dos Regimes Alimentares é uma ferramenta utilizada para análise de questões agrárias e como elas se relacionam com o sistema mundial de alimentos, trata-se, então, de uma metodologia voltada a especificar as relações entre a ordem mundial e o comércio agroalimentar⁴⁴ de forma que tem como objeto “o modo como a cadeia alimentar interliga e transforma diversas culturas mundiais”⁴⁵. Essa teoria distingue diferentes regimes alimentares inseridos no mercado mundial capitalista de alimentos e *commodities*, e destaca que “o conceito de regime alimentar invoca a *commodity* como relação (em vez de objeto), com conexões geopolíticas, financeiras, sociais, ecológicas e nutricionais definidas em momentos históricos significativos”⁴⁶. Assim, busca-se a compreensão não apenas sobre os alimentos (que se tornaram *commodities*, de acordo com Bombardi), mas sobre a inserção geopolítica e suas ramificações dentro de um determinado momento histórico.

Com essa compreensão, identificam-se três regimes alimentares estabelecidos em escala global. O primeiro, denominado *regime alimentar imperial*, toma lugar entre as décadas de 1870 e 1930 e é determinado pela Grã-Bretanha; o segundo, denominado *regime alimentar intensivo*, é situado entre as décadas de 1950 e 1970 e

⁴⁰ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017. p. 23.

⁴¹ OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. *Os agrocombustíveis e a produção de alimentos*. 2009. p. 6. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaagricola/25.pdf> Acesso em: 3 jul. 2020. p. 6.

⁴² OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. *Os agrocombustíveis e a produção de alimentos*. 2009. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaagricola/25.pdf> Acesso em: 3 jul. 2020. p. 6.

⁴³ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017. p. 23.

⁴⁴ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 15.

⁴⁵ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 13.

⁴⁶ MCMICHAEL, Philip. Reframing development: global peasant movements and the new agrarian question. *Canadian Journal of Development Studies*, v. 27, n. 4, p. 471-483, 2006. p. 117.

é centrado nos Estados Unidos. Por fim, o terceiro, denominado *regime alimentar corporativo*, toma lugar entre as décadas de 1980 e 2000 e, diferentemente dos antecessores, que são fixados em países, é dirigido pelas corporações, não por alguma nação⁴⁷.

A distinção entre o *regime alimentar imperial* e o *regime alimentar intensivo* está no papel da instrumentalização do alimento com o escopo de assegurar uma determinada hegemonia global. No primeiro, centrado na Grã-Bretanha, o projeto britânico de “workshop of the world” tratava de conectar a riqueza de um capitalismo industrial emergente às zonas de abastecimento de alimentação barata em expansão no mundo; no segundo, centrado nos Estados Unidos, o Estado americano tratou de lançar ajuda alimentar, por meio de alimentos de baixo custo, como forma de criar alianças, mercados e oportunidades para um modelo agroindustrial intensivo⁴⁸.

O terceiro regime alimentar, mais recente, ganha destaque na presente análise. Enquanto os dois regimes anteriores eram centrados em projetos de Estados, é a hegemonia de mercado que define o *regime alimentar corporativo* e seu papel inserido em um projeto neoliberal “dedicado a assegurar rotas transnacionais de capital e *commodities* [...] transformando pequenos agricultores em uma força de trabalho global informal em prol do capital”⁴⁹.

Como expoente do *regime alimentar corporativo*, destaca-se o complexo brasileiro de exportação de soja que revela o surgimento de um regime privatizado de agronegócio com o objetivo de fazer avançar as agendas de livre comércio em um nexo que une as corporações aos Estados⁵⁰. Trata-se, nesse sentido, da “primeira vez que os agricultores se confrontaram universalmente com um preço de mercado mundial”⁵¹.

Tem-se, assim, um modelo no qual Estados não mais regem mercados, mas no qual Estados servem a mercados. Nesse cenário, os regimes alimentares, previamente regidos por nações, passam a ter como expoente as corporações⁵².

Versa-se, assim, sobre um sistema de endividamento que acompanha o *regime alimentar corporativo*, de forma que países em desenvolvimento deixaram regimes agroalimentares no qual contavam com o controle das exportações para adotar um regime dominado por corporações, inclusive com o aprofundamento da dependência de importação de grãos. Esses mesmos grãos são produzidos para serem resistentes aos agrotóxicos, de forma a atrelar de forma indissociável os dois produtos^{53,54}. O aprofundamento dessa dependência diz respeito ao aumento dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento, acompanhado da organização do setor de melhoramento genético de plantas e que deu margem à formação de conglomerados de desenvolvimento de cultivos industriais⁵⁵.

Verifica-se, assim, uma confrontação entre a importação de grãos — fruto de manipulações genéticas — que são patenteados e o conhecimento tradicional de comunidades que praticam a agricultura. Trata-se de um conhecimento produzido em laboratórios de grandes empresas (que dão nome ao *regime alimentar corporativo*) e que é passível de apropriação privada⁵⁶.

⁴⁷ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 2.

⁴⁸ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 15.

⁴⁹ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 15-16.

⁵⁰ PEINE, Emilie Kaye. Corporate mobilization on the soybean frontier of Mato Grosso, Brazil. In: MCMICHAEL, Philip. *Contesting development: critical struggles for social change*. Londres: Routledge, 2009. p. 132-149.

⁵¹ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 69.

⁵² MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 70.

⁵³ FRIEDMANN, Harriet. Discussion: moving food regimes forward: reflections on symposium essays. *Agriculture and Human Values*, v. 26, n. 4, 2009.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁵⁵ PISTORIUS, Robin *et al.* The exploitation of plant genetic information: political strategies in crop development. *Experimental Agriculture*, v. 36, n. 4, 1999. p. 51.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

Na produção agrícola contemporânea, as sementes, fertilizantes e agrotóxicos — que compõe o pacote tecnológico da produção — passam a ter importante papel na produtividade e também nos preços. A utilização desse pacote tecnológico demanda capital, de forma que os produtores rurais que não dispõem de recursos acabam por se submeter à cadeia produtivista de *commodities* do *regime alimentar corporativo*, que acaba por gerar a espoliação de pequenos proprietários de terras e sua conversão em trabalhadores informais em escala mundial⁵⁷. Destaca-se, nesse sentido:

A produtividade entre o mais avançado segmento capitalista da agricultura mundial e o mais pobre, que estava [na razão] em torno de 10 para 1 antes de 1940, está agora a aproximar-se dos 2.000 para 1! Isto significa que a produtividade progrediu muito mais desigualmente na área da agricultura e da produção alimentar do que em quaisquer outras áreas. Esta evolução conduziu simultaneamente à redução dos preços relativos dos produtos alimentares (em relação a outros produtos industriais e de serviços) a um quinto do que era há cinquenta anos atrás. A nova questão agrária resulta deste desenvolvimento desigual⁵⁸.

A regência corporativa sobre a agricultura teve como resultado, como demonstrado, o avanço da desigualdade e a espoliação do pequeno proprietário de terras. Ocorre que, não suficiente, esses não foram os únicos efeitos gerados pelo *regime alimentar corporativo* e pelo avanço da dependência tecnológica na agricultura (que envolve agrotóxicos e sementes desenvolvidas nesse mesmo contexto).

Ao confrontar-se o conhecimento patentado pelas grandes corporações com o conhecimento tradicional dos produtores — com a imposição de uma barreira de acesso calcada na propriedade intelectual —, traz-se o debate sobre a dependência e outros custos gerados por essa forma de cultivo⁵⁹. A maior produtividade de regiões temperadas — como a região na qual se situa o Brasil — é acompanhada de um alto custo ecológico, cultural e político, uma vez que a extrema especialização, tanto no sentido da monocultura como da dependência de alguns poucos cultivares, torna os agroecossistemas vulneráveis não somente a pragas e às variações climáticas como, também, os tornam “extremamente dependentes de insumos externos, como adubos, agrotóxicos e energia vindos de outras regiões”⁶⁰.

Assim, o mercado mundializado de *commodities* impõe à agricultura um elevado padrão tecnológico que a torna dependente do capital “bastando observar que, excluída a terra, são os fertilizantes, herbicidas, inseticidas, praguicidas, sementes e as máquinas os itens que mais pesam na estrutura de custos totais por hectare”⁶¹. Os elevados custos do padrão tecnológico fazem com que o preço da terra e do trabalho sejam diferenciais à lucratividade do agricultor, de forma que a expansão do cultivo em um mercado globalizado dependente de agrotóxicos é acompanhada “(1) por um aumento da concentração fundiária, (2) por novas tecnologias que diminuam os custos do trabalho [...] e (3) a disponibilidade de terras acaba se constituindo num fator decisivo para o desenvolvimento desse modelo agrário-agrícola”⁶².

Há, assim, uma relação direta e imediata entre a implementação de um pacote tecnológico agrícola (agrotóxicos, sementes patenteadas e maquinário) e o aumento das extensões de plantações. Ademais, o aumento da área cultivada retroalimenta o aumento no consumo do pacote de insumos tecnológicos pela necessidade de utilização desses insumos (agrotóxicos, sementes e fertilizantes) também nas novas áreas plantadas. Busca-se a expansão das áreas cultivadas e uma maximização dos rendimentos, de forma que a existência

⁵⁷ MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. p. 69.

⁵⁸ AMIN, Samir. *O capitalismo e a nova questão agrária*. 2003. Disponível em: http://resistir.info/samir/pobreza_mundial.html Acesso em: 16 jul. 2020.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶² GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

de “terras baratas à frente” a serem exploradas minimiza a necessidade de proteção do fundo de fertilidade natural da terra e serve de convite à exploração⁶³. Nesse sentido, destaca-se:

Afinal, cada novo hectare necessita de igual quantidade física de adubos, fertilizantes, sementes e, assim, quanto mais terras cultivadas, maior o consumo desses insumos numa espiral ascendente que se nutre de terras baratas à frente e, na retaguarda, não raro terras são abandonadas pela erosão dado o uso intensivo. Afinal, terras baratas à frente são um convite a que não se invista na manutenção do fundo de fertilidade natural da terra⁶⁴.

A extensão de áreas cultiváveis para a aplicação do pacote tecnológico de insumos se depara, no Brasil, com a região Amazônica. Verifica-se, assim, uma nova fase de desmatamento e fragmentação da floresta ombrófila densa na Amazônia, o que põe “em risco toda a riqueza em diversidade biológica e cultural”⁶⁵ pela devastação de áreas e aplicação de biocidas em uma região que detém 1/3 do estoque genético planetário, com cerca de 60.000 espécies de plantas, 2,5 milhões de espécies de artrópodes, 2.000 espécies de peixes e 300 espécies de mamíferos⁶⁶.

Considerando-se o objeto do presente artigo, que busca correlacionar perspectivas atuais sobre a utilização de agrotóxicos e a expansão do desmatamento na Amazônia, passa-se a uma análise específica sobre a realidade da expansão agrícola na Amazônia Legal. Destaca-se, ademais, que essa proposta se realiza especialmente por meio da análise jurídico-política da Lei 13.465/2017.

4 Terras baratas à frente: ocupações e desmatamento na Amazônia Legal

O terceiro regime alimentar, regido por grandes corporações, é marcado pela transformação do alimento em *commodities* destinadas a um mercado global e pela relação de dependência gerada no cultivo, que fica sujeito ao pacote tecnológico, composto por agrotóxicos, fertilizantes e maquinário^{67, 68, 69}. Essa realidade contemporânea faz com que, além de depender do pacote tecnológico, a produção tenha de arcar com seus custos. A maximização dos rendimentos é, assim, atrelada à existência de “terras baratas à frente”⁷⁰.

Uma importante fronteira de expansão para aumento do tamanho das áreas cultivadas é, atualmente, a região Amazônica⁷¹. Trata-se de uma região que, conforme exposto, detém 1/3 do estoque genético planetário, ou seja, de uma região rica e diversa em *vida*⁷².

Considerando-se a complexidade de uma região tão amplamente biodiversa, a retirada da floresta nativa para o plantio de monoculturas altera o equilíbrio havido no sistema, de forma que a eficiência da região é prejudicada. A submissão de áreas assim aos ditames com complexo de dependência ditado pelo comércio globalizado de *commodities* regido por corporações traz, assim, graves riscos às regiões e a toda humanidade,

⁶³ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶⁶ ALBAGLI, Sarita. Amazônia: fronteira geopolítica da biodiversidade. *Parcerias estratégicas*, v. 6, n. 12, p. 06, 2010.

⁶⁷ PISTORIUS, Robin *et al.* The exploitation of plant genetic information: political strategies in crop development. *Experimental Agriculture*, v. 36, n. 4, 1999. p. 51.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁶⁹ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017. p. 23.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷² ALBAGLI, Sarita. Amazônia: fronteira geopolítica da biodiversidade. *Parcerias estratégicas*, v. 6, n. 12, p. 06, 2010.

uma vez que “regiões altamente complexas dependem de um sistema complexo para sua manutenção”⁷³.

Esse complexo e biodiverso sistema do qual a floresta depende para sua manutenção é ameaçado pela retirada da floresta nativa (que compõe o equilíbrio do sistema) para a expansão de monoculturas. Ademais, essas monoculturas, inseridas no contexto de comércio globalizado de *commodities*, dependem de um pacote tecnológico que insere em um sistema, que até então estava em equilíbrio, agrotóxicos e sementes OTM^{74,75}.

No que tange à inserção de OTM nesses sistemas, o risco se agrava pela contaminação, pelos organismos transgênicos, de orgânicos. Assim,

A questão da possibilidade de se separar ou não os *organismos transgeneticamente modificados* do fluxo de matéria e energia natural e culturalmente existente se coloca como de extrema relevância de imediato, aqui e agora [...]⁷⁶.

Esses OTM, ademais, são acompanhados pelos agrotóxicos, “compostos que possuem uma grande variedade de substâncias químicas ou produtos biológicos e que foram desenvolvidos de forma a potencializar uma ação biocida, ou seja, são desenvolvidos para matar” e que são inseridos em nesse sistema que comporta grande parte do material genético do planeta^{77, 78}.

Sem prejuízo dos riscos da expansão da fronteira agrícola para a região Amazônica, a Amazônia Legal é, atualmente, alvo de desmatamento e de ocupações que são diretamente atreladas à produção agrícola inserida no mercado globalizado⁷⁹. Passa-se, então, a versar sobre aspectos políticos e legais que envolvem a exploração da Amazônia nesse contexto.

4.1 Lei 13.465/2017: regularização e reconhecimento de ocupações irregulares na Amazônia Legal

A Lei 11.952/2009 “dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal”⁸⁰. Versa, assim, sobre quais as ocupações existentes em território da União na Amazônia Legal serão reconhecidas e regularizadas, ou seja, será dado o título de propriedade ao ocupante.

A referida lei, que versa sobre a regularização fundiária das ocupações, parte do pressuposto de que as ocupações que serão beneficiadas são *irregulares*, razão pela qual necessitam da regularização. Importa ressaltar que várias dessas ocupações ocorreram como estratégia governamental de expansão da fronteira agrícola — como a proposta de ocupação da Amazônia em resposta à seca nordestina de 1970 feita pelo Programa de Integração Nacional⁸¹.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷⁴ Gonçalves pondera que modificações genéticas são naturais ao longo da história, mas que foi rompida a barreira natural de produzir organismos *geneticamente* modificados para uma fase atual de produção de organismos *transgeneticamente* modificados (OTM). GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁷⁷ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 146.

⁷⁸ ALBAGLI, Sarita. Amazônia: fronteira geopolítica da biodiversidade. *Parcerias estratégicas*, v. 6, n. 12, p. 06, 2010.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁸⁰ BRASIL. *Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸¹ MARTINE, George. Expansão e retração do emprego na fronteira agrícola. *Revista de Economia Política*, v. 2, n. 3, p. 53-76, 1982.

Nesse sentido, a Lei trata, por meio de seu artigo 5º, de versar sobre os requisitos que devem ser preenchidos para a regularização fundiária em áreas rurais da União na Amazônia Legal⁸². Alguns requisitos fixados pela Lei 11.952/2009 são, por exemplo, a prática de cultura efetiva (inciso III) e a comprovação de exploração direta (inciso IV) e de que a ocupação é anterior a 1º de dezembro de 2004 (inciso IV)⁸³.

Ocorre, todavia, que inserida em um contexto globalizado de agricultura extensiva e de monoculturas de *commodities* no qual a busca por novas terras para cultivo ganha maior importância, a Lei 11.952/2009 é alvo de discussão legislativa e política. Busca-se, aqui, estabelecer uma correlação entre o *regime alimentar corporativo* e os custos do pacote tecnológico, que preme pela busca de novas terras para cultura, e alterações promovidas na Lei 11.952/2009 pela Lei 13.465/2017.

Destaca-se, nesse sentido, que a Lei 13.465/2017 alterou o §1º do artigo 6º da Lei 11.952/2009, que previa a possibilidade regularização de áreas “não superiores a 1.500ha (mil e quinhentos hectares)”⁸⁴. O novo texto aumentou em 66,67% o limite de área máxima anteriormente previsto e passou a admitir a regularização de áreas até o limite de 2.500ha (dois mil e quinhentos hectares)⁸⁵. Considerando-se que o valor da terra e a extensão da área cultivada são diferenciais em uma agricultura regida por pacotes tecnológicos, o aumento das áreas regularizáveis coaduna com as necessidades (leia-se interesses) do mercado global de *commodities*.

Ademais, outras alterações promovidas pela Lei 13.465/2017 na Lei 11.952/2009 têm o mesmo sentido.

O requisito de prática de cultura efetiva (inciso III) foi mantido, mas sua significação foi amplamente alterada. O inciso V do artigo 2º da Lei 11.952/2009 classificava “cultura efetiva” como a “exploração agropecuária, agroindustrial, extrativa, florestal, pesqueira ou outra atividade similar, mantida no imóvel rural e com o objetivo de prover subsistência dos ocupantes, por meio da produção e da geração de renda”, de forma que vinculava o exercício da atividade ao seu objetivo de prover a subsistência dos ocupantes⁸⁶. Esse requisito foi alterado para que seja exigida “exploração agropecuária, agroindustrial, extrativa, florestal, pesqueira, de turismo ou outra atividade similar que envolva a exploração do solo”. Dessa forma, retirou-se a vinculação da atividade à necessidade de prover subsistência do ocupante para viabilizar *qualquer* atividade similar, desde que envolva a exploração do solo⁸⁷. Evidenciou-se, assim, o interesse na exploração — tida com conotações econômicas e atrelada ao agronegócio — e não mais no objetivo de prover subsistência e moradia ao ocupante, com o escopo de diminuição das desigualdades, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em conformidade com o previsto no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal⁸⁸.

Não suficiente, similar ocorreu com o conceito de “exploração direta”. Apesar de o requisito ser mantido, as exigências que implicam foram drasticamente alteradas. Inicialmente, tinha-se como “exploração

⁸² BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸³ BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸⁴ BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸⁶ BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸⁷ BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁸⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

direta” a “atividade econômica exercida em imóvel rural, praticada diretamente pelo ocupante com o auxílio de seus familiares ou com a ajuda de terceiros, ainda que assalariados”⁸⁹. Com a alteração promovida pela Lei 13.465/2017, o requisito passou a compreender a “atividade econômica exercida em imóvel rural e gerenciada diretamente pelo ocupante com auxílio de seus familiares, de terceiros, ainda que assalariados, ou por meio de pessoa jurídica de cujo capital social ele seja titular majoritário ou integral”⁹⁰. Dessa forma, apesar de manter-se o nome do requisito, passou-se a admitir que o beneficiário da regularização sequer precise estar presencialmente na terra cuja regularização requer (e de onde deveria retirar sua subsistência, de acordo com o requisito de “cultura efetiva” previsto na Lei 11.952/2009). Passa a ser suficiente que o “ocupante”, que não precisa ocupar fisicamente a terra, exerça a *gerência* da área, mesmo que *por meio de pessoa jurídica*, de forma que se evidencia que a área a ser regularizada se destina não a uma pessoa, mas a um fim comercial em uma agricultura sem agricultores⁹¹.

Não suficiente, foi alterado o marco histórico que possibilita a regularização da ocupação irregular. Anteriormente fixado aos 1º de dezembro de 2004⁹², a Lei 13.465/2017 passou a possibilitar a regularização de ocupações havidas até 22 de julho de 2008⁹³, ou seja, além de alterar a área e os requisitos a serem cumpridos, passou-se a admitir a regularização de quase quatro anos a mais de ocupações irregulares⁹⁴. A nova data, todavia, não foi fixada ao acaso.

O dia 22 de julho de 2008 foi a data em que foi sancionado o Decreto 6.514, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas relacionadas ao meio ambiente (BRASIL, 2008). Mais importante que isso, todavia, é que a data desse decreto foi a data escolhida pelo artigo 61-A da Lei Florestal n.º 12.651/2012 para a criação das Áreas Rurais Consolidadas⁹⁵. Dessa forma, aquele que ocupou a terra da União situada na Amazônia Legal até o dia 22 de julho de 2008, desde que atendidos os requisitos específicos, passa a fazer jus à regularização de sua ocupação irregular (inciso IV do artigo 5º da Lei 13.465/2017) bem como poderá permanecer a fazer uso das áreas irregularmente desmatadas em Áreas de Preservação Permanente (APP) ou Reservas Legais (RL) para fins rurais (artigo 61-A da Lei 12.651/2012).

Nesse sentido, o requisito aberto de exercício de “outra atividade similar”, disposto no inciso V do artigo 2º, pela redação dada pela Lei 13.465/2017, abre a possibilidade de entender-se que o desmatamento, aqui

⁸⁹ BRASIL. *Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹⁰ BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹¹ O conceito de agricultura sem agricultores é trabalhado por Carlos Porto Gonçalves e é associado à regência da agricultura global pelas corporações, em conformidade com o que versa Philip McMichael ao tratar da espoliação de pequenos proprietários de terras e sua conversão em trabalhadores informais em escala mundial. GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004. p. 24; MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016. P. 69.

⁹² BRASIL. *Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹³ Insta destacar, ainda, que o governo sinalizou, por meio da Medida Provisória (MP) n.º 910 a intenção de estender o período de ocupações regularizáveis. Nesse sentido, a MP n.º 910 previa a possibilidade de regularização de ocupações anteriores a 5 de maio de 2014 BRASIL. *Medida provisória n. 910, de 10 de dezembro de 2019*. Altera a Lei n.º 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv910.htm Acesso em: 17 jul. 2020.

⁹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹⁵ Áreas Rurais Consolidadas são áreas inseridas em Áreas de Preservação Permanente ou Reserva Legal que tiveram a vegetação irregular/ilegalmente suprimidas até 22 de julho de 2008 e que, seguidos os requisitos previstos na Lei 12.651/2012, poderão ter sua destinação rural mantida, com suspensão da punibilidade pelos ilícitos cometidos. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Legislação florestal (Lei 12.651/2012), competência e licenciamento ambiental (Lei Complementar 140/2011)*. São Paulo: Malheiros, 2012.

compreendido como supressão de vegetação nativa, seja suficiente para cumprimento de um dos requisitos necessários para que se possa beneficiar da regularização fundiária rural em terras da União na Amazônia Legal. Esse desmatamento, além de servir como preenchimento de um requisito, também pode configurar uma destinação agrária da área — mesmo que desmatado de forma ilegal em APP ou RL — e evidenciar a ocupação. Reforça-se, dessa forma, o escopo produtivista da regularização, que visa atender às demandas do mercado globalizado de *commodities*, regido por corporações, e não necessariamente os interesses ou os objetivos da República, fixados no texto constitucional.

Além dos requisitos que versam sobre a possibilidade de regularização e sobre a utilização das terras, importa destacar o preço pago pelas terras pelo ocupante que deseja ter sua situação regularizada. Trata-se do fato de que, em uma realidade de economia globalizada, a maximização dos rendimentos é atrelada à existência de terras *baratas* à frente⁹⁶.

Sobre o tema, destacam-se, especialmente, as alterações promovidas pela Lei 13.465/2017 no artigo 12 da Lei 11.952/2009. O referido artigo, em seu *caput* destaca que os imóveis de área superior a 1 módulo rural até o limite de 2.500 hectares serão regularizados de forma onerosa⁹⁷. Fixa-se, pelo §1º do referido artigo, que o preço do imóvel considerará o tamanho da área e deverá ser estabelecido entre 10% (dez por cento) e 50% (cinquenta por cento) do valor mínimo da pauta de valores da terra nua para fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra, com base nos valores de imóveis avaliados para reforma agrária⁹⁸.

Foi alterada, então, a regra prevista pela Lei 11.952/2009, que determinava que a avaliação do imóvel terá como base o valor mínimo estabelecido em planilha referencial de preços, sobre o qual incidirão índices que considerem os critérios de ancianidade da ocupação, especificidades de cada região em que se situar a respectiva ocupação e dimensão da área⁹⁹. Dessa forma, o valor mínimo de planilha referencial de preços, que servia como base, foi substituído pelo valor mínimo da pauta de valores para fins de titulação e regularização fundiária elaborada pelo Incra, sendo que esse valor mínimo não será cobrado: o patamar da cobrança será entre 10% e 50% do valor mínimo fixado¹⁰⁰.

Efeitos dos valores cobrados para fins de regularização fundiária — em patamar inferior ao mínimo estabelecido em planilha elaborada pelo Incra — são evidenciados no estudo *Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon*¹⁰¹. O referido estudo apresenta que os preços praticados pela Lei 13.465/2017 representam, em média, entre 1,8% a 42%¹⁰² do preço de mercado da terra e estima que, a longo prazo, pela regularização de 28.2 milhões de hectares, a Lei 13.465/2017 representaria a perda de receita

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁹⁷ BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

⁹⁹ BRASIL. *Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

¹⁰¹ BRITO, Brenda *et al.* Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, 2019.

¹⁰² Essa variação é baseada no desconto total aplicado em cada cenário e se os preços mínimos, médios ou máximos fixados pelo governo serão aplicados, em conformidade com a legislação. Deixa claro, ademais, que a aplicação do preço máximo não alcançaria sequer metade do valor de mercado da terra, ao passo que a aplicação do preço mínimo pode representar o pagamento de menos de 2% do valor de mercado da área. BRITO, Brenda *et al.* Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, 2019. p. 4.

de U\$ 32 bilhões (trinta e dois bilhões de dólares) dos cofres públicos¹⁰³. Destaca-se:

Nossos resultados demonstram que mesmo cenários de aplicação dos valores governamentais médio e mais elevado são vantajosos para o comprador. Por exemplo, ao pagar 25% ou 33% do valor de mercado (o valor médio de terras governamental nos cenários futuro e a curto prazo, respectivamente), o beneficiário do título elimina o risco de perder a propriedade se deixar de cumprir com as exigências sociais e ambientais e pode facilmente lucrar ao vender a terra pelo preço de mercado¹⁰⁴.

Dessa forma, o governo fomenta diretamente — pela redução de preços entre 1,8% a 42% dos valores de mercado — a aquisição de terras na Amazônia Legal. Essas “terras baratas” servem de diferencial de rendimentos em um regime de produção e comércio global de *commodities* que depende de pacotes tecnológicos¹⁰⁵.

O fomento político — representado aqui pela Lei 13.465/2017 — evidencia uma disposição governamental de atender às demandas desse mercado globalizado de *commodities*. Retira-se a vegetação nativa, que compõe a harmonia do complexo sistema da Amazônia para que sejam plantadas monoculturas¹⁰⁶, introduz-se e fomenta a utilização de agrotóxicos, biocidas, em uma região que carrega 1/3 do material genético do planeta^{107, 108} e de OTM, que, sem serem estudados dentro daquele sistema complexo, representam um risco imediato¹⁰⁹.

5 Considerações finais

O presente artigo, dividido em momentos que acompanham a evolução histórica e o afunilamento da pesquisa, tratou de traçar paralelos e relações entre a utilização de agrotóxicos, a dominação do comércio globalizado de *commodities* por corporações e a fronteira amazônica. Para tanto, tratou de situar a utilização de agrotóxicos no atual cenário de econômica globalizada e analisar os efeitos gerados pelo *regime alimentar corporativo* e o comércio de *commodities* sobre ocupações irregulares e desmatamento na região Amazônica.

A primeira parte da pesquisa trouxe um cenário de surgimento dos agrotóxicos com a indústria química da segunda guerra mundial, nos anos 1930. Trouxe, ainda, parte da evolução da utilização de agrotóxicos no mundo e no Brasil, de forma a contextualizar o avanço recente, principalmente no Brasil, do uso de biocidas.

A segunda parte tratou de trazer explicações, por meio da análise do *regime alimentar corporativo*, sobre o avanço do uso de agrotóxicos, abordado na primeira seção. Tratou, assim, de situar a utilização de agrotóxicos dentro de um mercado globalizado no qual a produção de alimentos se torna produção de *commodities* destinadas às mais diversas e distantes partes do globo.

Evidenciou-se que essa produção de *commodities* depende de um pacote tecnológico, que envolve a utilização de conhecimentos patenteados, como agroquímicos e sementes OTM. Esses conhecimentos, muitas vezes relacionados e mantidos nas mãos das corporações, representam um elevado custo para a produção

¹⁰³ BRITO, Brenda *et al.* Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, 2019. p. 4.

¹⁰⁴ BRITO, Brenda *et al.* Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, 2019. p. 4.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

¹⁰⁷ VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007. p. 146.

¹⁰⁸ ALBAGLI, Sarita. Amazônia: fronteira geopolítica da biodiversidade. *Parcerias estratégicas*, v. 6, n. 12, p. 06, 2010.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

agrícola, de forma que os custos de mão de obra e da terra se tornam diferenciais.

Dessa forma, a existência de “terras baratas à frente” se torna um atrativo para a expansão da agricultura, voltada ao comércio globalizado de *commodities*. Analisou-se, então, a expansão da agricultura para a Amazônia Legal, o que se fez por meio da Lei 13.465/2017, que trata das ocupações irregulares na região.

Verificou-se, dessa forma, que a Lei 13.465/2017, por meio das alterações que promoveu na Lei 11.952/2009 viabilizou e forneceu fomentos às ocupações irregulares havidas em terras da União na Amazônia Legal. Trata-se, nesse sentido, da possibilidade de mera *administração* da ocupação pelo beneficiário, até mesmo por meio de pessoa jurídica, da possibilidade de requerimento de regularização de ocupações existentes até 22 de julho de 2008 por meio da demonstração de qualquer utilização da terra com fomentos econômicos que fazem com que a variação do valor da terra corresponda a 1,8% a 42% do valor de mercado da terra.

Esses fomentos têm o condão de introduzir, cada vez mais, o pacote tecnológico da agricultura de *commodities* na Amazônia. Trata-se, dessa forma, do desmatamento de áreas ocupadas¹¹⁰, com a supressão de vegetação que compunha um complexo e harmônico sistema. Na realidade da produção agrícola, a vegetação nativa é substituída por monoculturas e pelos pacotes tecnológicos, que introduzem biocidas a uma área que detém 1/3 do material genético do planeta e OTMs sem estudos sobre a integração desses transgênicos no complexo sistema da Amazônia.

Por fim, cumpre destacar que os grãos — *commodities* — frutos dessas monoculturas são destinados a um mercado global de forma que, ao mesmo tempo em que o Brasil é o maior exportador de cana e trigo e o segundo maior exportador de milho, o país depende da importação de alimentos que compõe a cesta básica (alimentos efetivamente destinados à alimentação humana)¹¹¹. Evidente, assim, que a utilização de agrotóxicos e do pacote tecnológico destinado à produtividade não se destina à alimentação, mas ao mercado.

Referências

- ALBAGLI, Sarita. Amazônia: fronteira geopolítica da biodiversidade. *Parcerias estratégicas*, v. 6, n. 12, p. 5-19, 2010.
- ALVES FILHO, José Prado. *Uso de agrotóxicos no Brasil: controle social e interesses corporativos*. São Paulo: Annablume, 2002.
- AMIN, Samir. *O capitalismo e a nova questão agrária*. 2003. Disponível em: http://resistir.info/samir/pobreza_mundial.html Acesso em: 16 jul. 2020.
- BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017.

¹¹⁰ Entre janeiro e março de 2020, os alertas de desmatamento na Amazônia aumentaram em 51,45% com relação ao mesmo período de 2019. OLIVEIRA, Elida; MATOS, Thais. Alertas de desmatamento na Amazônia batem recorde no primeiro trimestre de 2020, mostram dados do Inpe. *GT*, abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/04/13/alertas-de-desmatamento-na-amazonia-crescem-5145percent-no-primeiro-trimestre-mostram-dados-do-inpe.ghtml> Acesso em: 17 jul. 2020. Em 2019 foi registrado o desmatamento de 9.762 km² de floresta, a maior marca desde 2008. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. *A estimativa da taxa de desmatamento por corte raso para a Amazônia Legal em 2019 é de 9.762 km²*. 2019. Disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5294 Acesso em: 17 jul. 2020. A estimativa, infelizmente, é de seu crescimento em 2020, ou seja, 15 mil Km². BRASIL. Câmara dos Deputados. *Especialistas estimam desmatamento de 15 mil Km² na Amazônia em 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/669492-especialistas-estimam-desmatamento-de-15-mil-km%C2%B2-na-amazonia-em-2020> Acesso em: 31 jul. 2020.

¹¹¹ BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH, 2017. p. 24-27.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Especialistas estimam desmatamento de 15 mil Km² na Amazônia em 2020*. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/669492-especialistas-estimam-desmatamento-de-15-mil-km%C2%B2-na-amazonia-em-2020> Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008*. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514compilado.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002*. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074compilado.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Medida provisória n. 910, de 10 de dezembro de 2019*. Altera a Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv910.htm Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *PIB do setor agropecuário cresceu 1,3% em 2019*. Disponível em: <http://antigo.agricultura.gov.br/noticias/pib-do-setor-agropecuario-cresceu-1-3-em-2019> Acesso em: 3 jul. 2020.

BRITO, Brenda *et al.* Stimulus for land grabbing and deforestation in the Brazilian Amazon. *Environmental Research Letters*, v. 14, n. 6, 2019.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Gaia, 2010.

EMBRAPA. *Controle biológico: ciência a serviço da sustentabilidade*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/tema-controle-biologico/sobre-o-tema> Acesso em: 3 jul. 2020.

FRIEDMANN, Harriet. Discussion: moving food regimes forward: reflections on symposium essays. *Agriculture and Human Values*, v. 26, n. 4, 2009.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Geografia da riqueza, fome e meio ambiente: pequena contribuição crítica ao atual modelo agrário/agrícola de uso dos recursos naturais. *Revista internacional interdisciplinar INTERthesis*, v. 1, n. 1, p. 1-55, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. *A estimativa da taxa de desmatamento por corte raso para a Amazônia Legal em 2019 é de 9.762 km²*. 2019. Disponível em: http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5294 Acesso em: 17 jul. 2020.

JARDIM, Isabel Cristina Sales Fontes; ANDRADE, Juliano de Almeida; QUEIROZ, Sonia Cláudia do

Nascimento. Resíduos de agrotóxicos em alimentos: uma preocupação ambiental global: um enfoque às maçãs. *Química Nova*, São Paulo, v. 32, n. 4, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000400031&lng=en&nrm=iso&tlng=pt Acesso em: 24 jul. 2020.

LUSTOSA, Marina Machado; ARAÚJO, Luciane Martins de. Os impactos ambientais da utilização de agrotóxicos: o desenvolvimento sustentável e a Lei 7.802/89. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 91, ano 23, p. 295-313, jul./set. 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Legislação florestal (Lei 12.651/2012), competência e licenciamento ambiental (Lei Complementar 140/2011)*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINE, George. Expansão e retração do emprego na fronteira agrícola. *Revista de Economia Política*, v. 2, n. 3, p. 53-76, 1982.

MCMICHAEL, Philip. Reframing development: global peasant movements and the new agrarian question. *Canadian Journal of Development Studies*, v. 27, n. 4, p. 471-483, 2006.

MCMICHAEL, Philip. *Regimes alimentares e questões agrárias*. São Paulo; Porto Alegre: Unesp; UFRGS, 2016.

MORAES, Rodrigo Fracalossi. *Agrotóxicos no Brasil: padrões de uso, política da regulação e prevenção da captura regulatória*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9371/1/td_2506.pdf Acesso em: 22 jul. 2020.

MOREIRA, Matheus. Número de agrotóxicos liberados no Brasil em 2019 é o maior dos últimos 14 anos. *Folha de São Paulo*, dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/12/numero-de-agrotoxicos-liberados-no-brasil-em-2019-e-o-maior-dos-ultimos-14-anos.shtml> Acesso em: 3 jul. 2020.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. *Os agrocombustíveis e a produção de alimentos*. 2009. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal12/Geografiasocioeconomica/Geografiaagricola/25.pdf> Acesso em: 3 jul. 2020.

OLIVEIRA, Elida; MATOS, Thais. Alertas de desmatamento na Amazônia batem recorde no primeiro trimestre de 2020, mostram dados do Inpe. *G1*, abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/04/13/alertas-de-desmatamento-na-amazonia-crescem-5145percent-no-primeiro-trimestre-mostram-dados-do-inpe.ghtml> Acesso em: 17 jul. 2020.

PEINE, Emilie Kaye. Corporate mobilization on the soybean frontier of Mato Grosso, Brazil. In: MCMICHAEL, Philip. *Contesting development: critical struggles for social change*. Londres: Routledge, 2009. p. 132-149.

PISTORIUS, Robin *et al.* The exploitation of plant genetic information: political strategies in crop development. *Experimental Agriculture*, v. 36, n. 4, 1999.

PORTO, Marcelo Firpo; SOARES, Wagner Lopes. Modelo de desenvolvimento, agrotóxicos e saúde: um panorama da realidade agrícola brasileira e propostas para uma agenda de pesquisa inovadora. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 37, n. 125, p. 17-50, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v37n125/a04v37n125.pdf> Acesso em: 22 jul. 2020.

SEKULICH, Tony. *Top ten agribusiness companies in the world*. 2019. Disponível em: <https://www.tharawat-magazine.com/facts/top-ten-agribusiness-companies/> Acesso em: 24 jul. 2020.

THOMPSON, Helen. War on weeds loses ground. *Nature*, v. 485, n. 7399, 2012.

VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 145-152, 2007.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Será o saneamento básico uma espécie de serviço público de interesse local? Um estudo à luz da teoria das capacidades estatais aplicada aos municípios brasileiros
Are basic sanitation services a kind of public utility of local interest? A study in light of the of state capacity theory as applied to brazilian municipalities

Tháís de Bessa Gontijo de Oliveira

Fabiana de Menezes Soares

Será o saneamento básico uma espécie de serviço público de interesse local? Um estudo à luz da teoria das capacidades estatais aplicada aos municípios brasileiros*

Are basic sanitation services a kind of public utility of local interest? A study in light of the of state capacity theory as applied to brazilian municipalities

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira**

Fabiana de Menezes Soares***

Resumo

Este artigo retoma a discussão da titularidade dos Serviços de Saneamento Básico (SSB). O objetivo é verificar, dentro da técnica de repartição de competências instituída pela Constituição de 1988, de qual ente federativo seria a titularidade. Primeiramente, foi feita uma análise do esquema de repartição de competências, com base no texto legal e literatura, com aprofundamento dos elementos caracterizadores do conceito de “interesse local”. Verificou-se que a análise unidisciplinar (jurídica) foi insuficiente para identificar o titular. Assim, passou-se à análise dos Municípios brasileiros (com base nos dados do IBGE), relacionando-os com os dados do Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico de 2018. Verificou-se que 76,17% dos Municípios brasileiros possuem menos de 20.000 habitantes, podendo ser considerados como Municípios pequenos. Os dados do SNIS revelam que 83,73% da população está atendida com água (média nacional). Verifica-se que esse índice varia conforme o tamanho dos Municípios: nos Municípios até 20.000 habitantes, a população atendida é de 65,93% (índice bem abaixo da média nacional); nos Municípios entre 20.000 e 100.000, a população atendida é de 74,98%; nos Municípios com mais de 100.000 habitantes, a população atendida é de 91,98% (bem acima da média nacional). Os dados sugerem que os Municípios menores (com até 20.000 habitantes) apresentam maior dificuldade para universalizar os SSB. Empregando-se a Teoria da Capacidade Estatal, conclui-se que, dado o perfil da maioria dos Municípios brasileiros, bem como as particularidades dos SSB (necessidade de planejamento, ganho de escala, modicidade tarifária, entre outros), o “interesse local” constitucionalmente exigido não está mais presente, de modo que, em todo o país, os SSB são de titularidade estadual (na competência remanescente).

Palavras-chave: Saneamento básico. Federalismo. Municípios. Interesse local municipal. Competências residuais estaduais.

* Recebido em 02/09/2020
Aprovado em 11/12/2020

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014). Pós-graduação em Advocacia Empresarial e Compliance da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (em andamento). Pós-graduação em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, realizada em parceria com a Universidade de Coimbra (Portugal) (2012). Especialização em Direito Constitucional pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Advogada. Membro do Observatório para a Qualidade da Lei.
E-mail: thais.bgo@gmail.com

*** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Fundadora e Coordenadora do Observatório para a Qualidade da Lei. Pesquisadora Visitante na Universidade LAVAL, Universidade de Genebra, IEAT/ UFMG Instituto de Estudos Avançados e Transdisciplinares. Doutora e Mestre em Direito pela Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Doutorado pela Université de Genève, UNIGE, Suíça (2008-2009). Mãe de dois filhos.
E-mail: fbmzsoares@gmail.com

Abstract

This article takes up the discussion of the entitlement of basic sanitation services (SSB). The objective is to verify, within the power sharing rules established by the 1988 Constitution, which federative entity would be the holder. Firstly, we put forth an analysis of the power allocation scheme, based on the legal text and literature, deepening the characterizing elements the concept of “matters of local interest”. We show that the unidisciplinary (legal) analysis was insufficient to identify the holder. Afterwards, we present an analysis of Brazilian Municipalities (based on data from IBGE), relating these data from IBGE with data from the 2018 National Basic Sanitation Information System (SNIS). We find that 76.17% of Brazilian Municipalities have less than 20,000 inhabitants, and can be considered as small Municipalities. SNIS data show that 83.73% of the population is served with water (national average). It appears that the coverage index varies according to the size of the Municipalities: in Municipalities with up to 20,000 inhabitants, the population served is 65.93% (an index well below the national average); in Municipalities between 20,000 and 100,000, the population served is 74.98%; in Municipalities with more than 100,000 inhabitants, the population served is 91.98% (well above the national average). The data suggests that smaller Municipalities (with up to 20,000 inhabitants) have greater difficulty in universalizing basic sanitation services. Using the State Capacity Theory, we conclude that, given the profile of the majority of Brazilian Municipalities, as well as the particularities of basic sanitation services (including the need for planning, scale gain, low tariffs, among others), the constitutionally required “matter of local interest” is no longer present, so that, across the country, basic sanitation services fall within the states powers (in the remaining jurisdiction).

Keywords: Basic sanitation. Federalism. Municipalities. Municipal public interest. State’s remaining powers.

Água: tudo é simples diante de um copo de água.

Carlos Drummond de Andrade

1 Introdução

Enquanto a humanidade tenta ultrapassar os desafios do isolamento social provocado pelo novo coronavírus, o aforismo do poeta Carlos Drummond de Andrade, epígrafe deste artigo, se apresenta como um convite lúdico à reflexão sobre um problema já antigo, que ganhou novas proporções: a existência de pessoas que ainda hoje estão sem acesso à água segura, seja para saciar a sede, seja para lavar as mãos durante tempos de pandemia. Se uma boa parte da população sequer se preocupa com isso (o acesso à água é simplesmente um pressuposto da vida, que não merece um segundo de reflexão), para muitas pessoas, o acesso à água ainda é um desafio diário. Nesse contexto, a falta de acesso a soluções de esgotamento sanitário permanece invisibilizada.

Revisitando estatísticas bem conhecidas, apenas 83,6% da população é atendida com água, e 53,2% é atendida com esgoto. Estes são dados do Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento (SNIS).¹

¹ Dados de 2018, publicados em 2019. É preciso destacar, todavia, que os dados não são totalmente fidedignos e a quantidade de pessoas sem acesso aos serviços pode ser maior. Isso porque esses dados são informados pelos próprios prestadores e não são sujeitos a qualquer auditoria ou validação (a partir da Lei n. 14.026/2020, a função de auditar e certificar será da agência reguladora que supervisiona o prestador). Além disso, não é desprezível a quantidade de prestadores que simplesmente não enviam os dados, estando inadimplentes com o SNIS. A adimplência é condição para acessar recursos de investimentos oriundos do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), por meio da Secretaria Nacional de Saneamento (SNS). Assim, a respeito dos 5.570 Municípios existentes, 424 não enviaram informações referentes à água, e 1.505 não enviaram informações sobre esgoto. Vale ressaltar, ainda, que 10 Municípios informaram que não possuem sistema público de abastecimento de água (ou seja, possuem somente soluções alternativas de água, como poço ou nascente, chafariz, carro-pipa etc.), e 1.546 não possuem sistema público de esgotamento sanitário (ou seja, possuem apenas soluções alternativas de esgoto, como fossa séptica, fossa rudimentar, vala a céu aberto, lançamento

Não obstante, o próprio nome dos serviços já esclarece: são serviços básicos, embora estejam longe da universalização.

Segundo transparece da Justificativa que acompanhou o Projeto de Lei que deu origem ao novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020),² a grande esperança que inspirou o impulso legislativo é a busca pelos investimentos para ampliação e melhoria dos serviços, que, espera-se, venham o capital privado.

No entanto, a universalização demanda muito mais que edição de novas leis. É preciso perceber, com Heller e Castro,³ que a superação desse desafio exigirá uma sinergia entre os campos tecnológico-científico e das Ciências Sociais significativamente maior que a atualmente existente, com a soma de abordagens tecnológicas e técnicas, na busca pelo planejamento, concepção, construção e operação adequados de unidades de serviço e sistemas. Por sua vez, o saneamento também está na esfera de política pública, em que existem as atividades de planejamento, avaliação, organização institucional e tomada de decisões políticas, que são operadas na interface do saneamento, gestão de recursos hídricos, política social e saúde pública. Trata-se de problema interdisciplinar. Portanto, o desafio da universalização necessita de uma abordagem integrada, que reúna dimensões tecnológica e de política pública. No entanto, ainda segundo os autores, são raros os trabalhos que se aprofundam no entrelaçamento da tecnologia com a política pública, sendo mais comuns trabalhos que abordem o tema dentro dos contornos disciplinares (disciplinas como Administração, Demografia, Economia, Engenharia etc.).

O artigo singulariza uma variável que, embora já bem explorada pela literatura jurídica, é revisitada dentro dessa abordagem integrada: a questão da titularidade dos serviços de saneamento básico (SSB). Para tanto, são essenciais os conceitos operacionais de “titularidade de serviços públicos” e “competências constitucionais”.

O ineditismo da proposta vem da busca por essa abordagem integrada recomendada por Heller e Castro, que ajusta a análise jurídica já bem conhecida às análises de outras disciplinas, notadamente a Geografia (com os dados de população do IBGE) e a Ciência Política (com o conceito operacional de “capacidade estatal”). O objetivo, então, é responder à pergunta: respeitando-se as regras de divisão de competências tais como estão atualmente na Constituição de 1988, e considerando a realidade fática dos entes federativos brasileiros (suas capacidades e limitações), quem é o titular dos serviços públicos de abastecimento de água

em cursos d'água etc.). BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. 24º *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: www.snis.gov.br/diagnosticos Acesso em: 10 mar. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população residente nos municípios brasileiros com data de referência em 1º de julho de 2019*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.xls. Acesso em: 02 jan. 2020.

² GUEDES, Paulo Roberto Nunes; CÁNUTO, Gustavo Henrique Rigodanzo. *Justificativa*. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C35CB7EDD21027D34ACA1E4D9E6A825.proposicoesWebExterno2?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019. Acesso em: 07 mar. 2020.

³ Dados de 2018, publicados em 2019. É preciso destacar, todavia, que os dados não são totalmente fidedignos e a quantidade de pessoas sem acesso aos serviços pode ser maior. Isso porque esses dados são informados pelos próprios prestadores e não são sujeitos a qualquer auditoria ou validação (a partir da Lei n. 14.026/2020, a função de auditar e certificar será da agência reguladora que supervisiona o prestador). Além disso, não é desprezível a quantidade de prestadores que simplesmente não enviam os dados, estando inadimplentes com o SNIS. A adimplência é condição para acessar recursos de investimentos oriundos do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), por meio da Secretaria Nacional de Saneamento (SNS). Assim, dos 5.570 Municípios existentes, 424 não enviaram informações as informações referentes à água, e 1.505 não enviaram informações sobre esgoto. Vale ressaltar, ainda, que 10 Municípios informaram que não possuem sistema público de abastecimento de água (ou seja, possuem somente soluções alternativas de água, como poço ou nascente, chafariz, carro-pipa etc.), e 1.546 não possuem sistema público de esgotamento sanitário (ou seja, possuem apenas soluções alternativas de esgoto, como fossa séptica, fossa rudimentar, vala a céu aberto, lançamento em cursos d'água etc.). BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. 24º *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: www.snis.gov.br/diagnosticos Acesso em: 10 mar. 2020.

HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 525-541.

e esgotamento sanitário? A resposta a essa pergunta passa por dois momentos.

O primeiro (apresentado na seção 1 e 2) é uma análise eminentemente jurídica, retornando à questão: a Constituição da República realmente atribui a titularidade dos SSB aos Municípios? A resposta a essa pergunta é subdividida em duas etapas, dentro de uma abordagem jurídico-descritiva, ou seja, aquela que se utiliza do método analítico para expor os diversos aspectos de um problema jurídico, estabelecendo relações e níveis que ofereçam uma imagem de funcionamento de uma norma ou instituição.⁴

Na seção 1, volta-se às regras de organização do Estado federativo, na compreensão de que “a Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências”⁵. Assim, é feita uma consulta ao texto normativo em busca dessa resposta, como fonte formal ou direta da pesquisa jurídica, apresentando-se uma análise unidisciplinar e interna ao campo do Direito.⁶ Na seção 2, o conteúdo do conceito de “interesse local” é aprofundado, com mais detalhe do que normalmente se vê nos trabalhos dessa natureza. Juntas, as duas primeiras seções (excluída esta Introdução) apresentam de um estudo dogmático-formalista, destacando aspectos conceituais do Direito.⁷ Queremos crer que a pesquisa apresentada nessas duas seções é útil para todos aqueles que precisem compreender melhor as competências municipais, e o correto dimensionamento do conceito de interesse local, inclusive quando da análise de outros serviços tidos como de competência municipal, como os serviços funerários.

No entanto, como é evidenciado na primeira parte deste trabalho, a investigação unidisciplinar (jurídico-normativa) não é suficiente para responder a pergunta. Passa-se, então, ao segundo momento da análise (seção 3), em que se contextualiza a análise jurídico-normativa em relação a outros dados, da Geografia e Estatística, interpretados à luz da Ciência Política, especificamente, à luz do conceito de capacidade estatal, que significa a capacidade de decidir, formular e implementar políticas públicas.⁸ Para tanto, são analisados dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e SNIS.

Ao final, espera-se demonstrar que a titularidade municipal dos serviços de saneamento não somente é um resquício histórico ultrapassado, como possivelmente um dos maiores obstáculos institucionais à universalização dos serviços. Dessa conclusão, emerge outra: a de que os SSB são de titularidade estadual, enquadrados nas competências residuais (ou remanescentes) dos Estados-membros.

Não deveria ser nem necessário justificar a retomada do tema saneamento básico. Com estatísticas tão vergonhosas, todas as áreas do conhecimento deveriam estar maciçamente mobilizadas em diagnósticos e proposição de soluções. Não obstante, singulariza-se, apenas, uma justificativa, com dados publicados pelo Instituto Trata Brasil:⁹ Em nosso país, uma em cada quatro mulheres não tem acesso adequado à água tratada (não estão ligadas à rede pública, ou não recebem água com regularidade), coleta e tratamento dos esgotos. A universalização dos serviços tiraria imediatamente 630 mil mulheres da pobreza, aumentando o número de horas que podem ser despendidas em descanso, lazer, trabalho e educação, o que afetaria de forma decisiva produtividade e renda. A falta de acesso à água e esgoto não é um problema do pobre, mas sim um problema de toda a sociedade. Para além das tragédias individuais, emerge uma tragédia social.

⁴ WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas: 1985.

⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 14.

⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁷ WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas: 1985.

⁸ SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine et al. (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁹ BRK AMBIENTAL; TRATA BRASIL. *Mulheres & Saneamento*. 2018. Disponível em: tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/brk-ambiental-presents_women-and-sanitation_PT.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

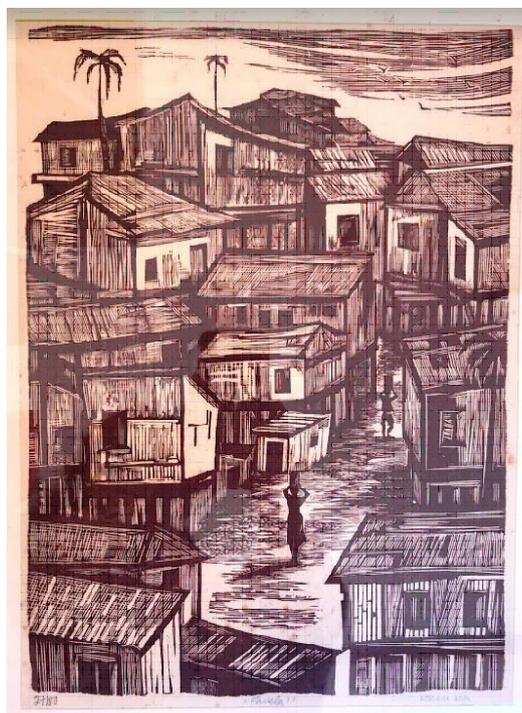


Figura 1 – Litografia de Renina Katz, da série “Favela” (1950)

A gravura acima foi elaborada pela artista carioca Renina Katz na década de 1950, em uma coleção chamada “Favela”. Que tenhamos visto, quase 70 anos depois, pessoas saindo de suas casas localizadas no coração das maiores e mais ricas cidades brasileiras carregando potes que serão encheidos de água destinada à lavagem das mãos, rotina indispensável nesta época de pandemia, é simplesmente inaceitável.

Antes de prosseguir, são necessárias duas advertências. O conceito operacional de saneamento básico neste artigo não coincide com o conceito legal.¹⁰ Para este artigo, saneamento básico limita-se aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.¹¹

A segunda advertência diz respeito à discussão que cerca regiões metropolitanas. É praticamente impossível tratar da questão da titularidade sem avançar sobre as discussões sobre as competências dos Estados-membros, notadamente aquela que atribui a esses entes federativos a competência para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º, CR/1988). No entanto, é exatamente esta a metodologia empregada aqui. Sem descuidar da importância socioeconômica das regiões metropolitanas, além do incremento de complexidade que a conurbação urbana representa, a discussão da titularidade municipal pode ser feita de forma independente, sem perder de vista que a questão do saneamento exige ações governamentais concertadas e espera-se que isso fique claro ao final do artigo. Não obstante, se comprovada a hipótese proposta neste artigo, certamente serão necessários estudos e instrumental adequados à prestação dos serviços de saneamento básico não só regiões metropolitanas, mas em todo o Brasil.

¹⁰ O conceito legal de saneamento básico possui quatro componentes: abastecimento de água; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (art. 2º da Lei 11.445/2007).

¹¹ O próprio SNIS organiza os quatro componentes em três Diagnósticos, agrupando abastecimento de água e esgotamento sanitário, justamente porque esses dois componentes fecham um ciclo. Muito embora a Lei tenha amalgamado os quatro componentes em um conceito único — o conceito legal saneamento básico, art. 3º, Lei n. 11.445/2007 —, na prática trata-se de serviços diferentes, cada um com sua particularidade, frequentemente prestados por atores distintos. A questão do lixo e a questão das águas pluviais não são, portanto, objeto de análise, demandando estudos futuros.

2 A titularidade dos serviços públicos na CR/88

A discussão que se segue ocupa-se do federalismo brasileiro. Nesse recorte disciplinar, é comum a lembrança da esperança manifestada em nossa Constituição, de viabilizar o federalismo de cooperação. A CR/88 instituiu vários mecanismos para possibilitar essa cooperação. Essa esperança constitucional não nos oferece alento: quando se pensa em titular de um serviço público, embora os entes federativos possam colaborar na prestação de um serviço público, é indiscutível que o titular é um só, e a ele cabem decisões importantes, de certa maneira discricionárias (são decisões como prestar diretamente ou serviço, ou descentralizá-lo, mantendo a posição de poder concedente).

Em caso de delegação do serviço público, forma-se uma relação quadrilateral, que envolve quatro atores: o concedente, o concessionário, o regulador e o usuário.¹² Essa conformação enfatiza, mais ainda, o fato de que o titular ou poder concedente é um só, podendo o titular receber as contribuições que os demais entes federativos são constitucionalmente obrigados a fornecer. Não há a possibilidade de concessionário de serviço público responder a vários entes federados funcionando como poder concedente, tampouco há a possibilidade de o usuário perder-se em meio a essas relações federativas, sem saber a quem deve demandar. O titular de um serviço público é único, individual e identificável.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer o conceito de **titularidade**.

A titularidade de serviço público, quando atribuída pela Constituição, é um tipo de competência constitucional não-legislativa, também chamadas competências materiais, gerais ou de execução, ou seja, aquelas que credenciam cada unidade federativa ao desempenho de diferentes tarefas ou serviços¹³ — serviços como o saneamento básico. Tais competências se contrapõem, portanto, às chamadas competências legislativas - donde competências não-legislativas —, mas serão doravante chamadas apenas de “competências executivas”.

Quando um ente federativo (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) é titular de um serviço público,¹⁴ ele é o sujeito que detém a senhoria sobre eles, ou seja, é o ente com a obrigação de disciplinar esse serviço público e promover-lhe a prestação.¹⁵ Além disso, “**Titularidade dos serviços**” e “**titularidade da prestação do serviço**” são conceitos distintos. A segunda é o que ocorre quando o ente-titular transfere a prestação para ente estranho ao seu aparelho administrativo, ou seja, entes da Administração Indireta ou para os particulares, por meio da delegação dos serviços públicos. Neste caso, este terceiro presta o serviço público por delegação, seguindo os termos e condições fixados pelo titular.

Resta, assim, identificar quem é o titular dos SSB, que é o escopo deste trabalho. Inicia-se com o ciclo de decisão estipulado pelas regras dispostas pela Constituição de 1988, bem típicas do federalismo, simplificada-mente ilustrado abaixo:

¹² Segundo Marcos Juruena Villela Souto, “o concedente deve não só defender a suta titularidade sobre o direito de firmar contratos de concessão, como, especialmente, deve defender a sua legitimidade para fazer e, acima de tudo, poder continuar a fazer contratos de concessão, o que significa poder continuar a obter a confiança do administrado de que aquilo que foi objeto de um contrato vai ser cumprido conforme pactuado. Essa é a regra elementar da teoria geral das obrigações, de que o contrato faz lei entre as partes, Quer que seja o Governo, e qualquer que seja o mandato, haverá alguém responsável pelo controle e pela defesa da legalidade desses atos”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 61.

¹³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁴ Sem desconhecer da ampla discussão que cerca o conceito de serviço público, a discussão sobre o enquadramento dos SSB como serviços públicos será considerada como superada, inclusive porque as ações de saneamento básico estão listadas entre as competências comuns de todos os entes federativos (art. 23, IX, CR/88). Além disso, a edição da Lei 11.445/2007 consagrou a natureza dos SSB como serviços públicos, ao enumerar diversos princípios do serviço público, inclusive direitos dos usuários. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 101-144.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

Figura 2 – ciclo de decisão: regras constitucionais para atribuição de competências administrativas ou executivas.



Fonte: elaboração própria.

A literatura jurídica é clara na explicação do ciclo.

A lista de serviços públicos de titularidade da União é taxativa (em rol *numerus clausus*). Isso significa que, se o serviço público não está, expressamente, atribuído à União, a ela não compete.¹⁶ A competência da União é, portanto, expressa e específica.¹⁷ Assim, por exemplo, a Constituição atribui, expressamente, à União a titularidade dos serviços de energia elétrica (art. 21, XII, “b”).

Existem, também, as competências expressas e específicas de outros entes federativos, como a atribuição dos serviços locais de gás canalizado aos Estados-membros (art. 25, § 2º), e atribuição aos Municípios do serviço de transporte coletivo (art. 30, V). Nesses casos (e em alguns outros), nenhum esforço além da simples leitura do dispositivo é exigido na identificação do titular dos serviços.

Este **não** é o caso dos serviços de saneamento básico, ao qual a CR/88 **não** atribui expressamente um titular dos serviços.

Em matéria de saneamento básico, a Constituição atribui à União a seguinte competência privativa: “Art. 21. Compete à União: [...] XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;”¹⁸

Curiosamente, tal dispositivo se encontra entre as competências **materiais** da União, e não entre as competências legislativas. Assim, trata-se de competência administrativa e geral, que se deduz de matérias cujo

¹⁶ Em contrário, em posição minoritária, Fernanda Marinela: reconhecendo que o rol de serviços públicos mencionados pela Constituição de 1988 é apenas exemplificativo, a autora defende que, “para serviços não numerados na Constituição, a competência deve ser definida de acordo com o âmbito de interesse: tratando-se de serviço de interesse nacional, a competência é da União; sendo de interesse regional, é competente o Estado e, por fim, representando interesse local, a competência é dos Municípios. A autora admite, portanto, a existência de serviços públicos não enumerados de titularidade da União. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 601.

¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação dos serviços de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 239-252.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 7 jul. 2020.

interesse seja, predominantemente, geral, nacional,¹⁹ conforme escolha feita pelo constituinte.

A ideia de diretriz se contrapõe à ideia de regulamento: diretrizes são linhas gerais que orientam um projeto. Já os regulamentos são normas ou mecanismos que limitam, guiam ou de alguma forma controlam o comportamento social. Assim, a atribuição à União da competência para instituição de diretrizes parece semelhante à forma como se organizam as competências legislativas concorrentes (art. 24, CR): a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, as quais podem ser suplementadas pelos Estados (art. 24, §§ 1º e 2º, CR), bem como por legislação municipal (art. 30, II, CR).

Os dois marcos legais (Lei 11.445/2007 e Lei 14.026/2020) materializam essa competência material da União. Entretanto, de forma alguma, essa competência para instituir diretrizes pode ser interpretada como alocação de titularidade sobre o serviço público. A instituição de regras gerais sobre um setor pode impactar serviços públicos de outros entes federativos, sem que haja deslocamento de competências. A título de exemplo, o mesmo dispositivo (art. 21, XX, CR) menciona os transportes urbanos, que nem por isso deixam de ser de titularidade municipal. Assim, a competência material federal para instituir diretrizes sobre um determinado serviço público não pode ser confundida com a atribuição de titularidade à União sobre aquele serviço público.

Além disso, a Constituição aloca o saneamento básico entre as competências comuns dos entes federativos:

Art. 23. É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;²⁰

Isso significa que todos os três níveis são constitucionalmente obrigados a contribuir para melhorias no setor. A Constituição dispõe ainda que as normas para cooperação serão fixadas em leis complementares, considerando-se o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único, CR).²¹

A existência dessas competências comuns são marcas do chamado Federalismo de Cooperação. No entanto, é bem conhecida a carência de iniciativas que tenham como objetivo integrar não só os dois planos atualmente atribuídos aos Municípios (o Plano Municipal de Saneamento Básico e o Plano Diretor), como também harmonizar essas duas competências com a dupla dominialidade sobre os recursos hídricos (que é da União, ou dos Estados-membros). Embora da maior importância, essa coordenação federativa ainda não se realizou plenamente.²²

¹⁹ DELGADO, José Augusto. Da Organização do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 7 jul. 2020.

²¹ Vale destacar, todavia, coordenação não é sinônimo de simultaneidade. Segundo já julgado pelo Supremo Tribunal Federal: “Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. Lei estadual 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul confere aos Municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e **a consequente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável**. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23, CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v., sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a Lei 3.924/1961), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.544*. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 28 de junho de 2006.

²² GRANZIERA, Luiza Machado; JEREZ, Daniela Malheiros. Implementação de Políticas Públicas: desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 231-248,

No entanto, é preciso frisar: quando se fala em serviços públicos, especialmente os delegáveis, sem prejuízo da obrigação cooperar, coordenar e articular, o titular dos serviços é um único ente federativo, identificável e certo, a quem competem decisões importantes, como a que diz respeito a prestar diretamente os serviços, ou delegá-lo a terceiros mantendo a condição de Poder Concedente. Ou seja, o titular de um serviço público dessa natureza é um só. Diferentemente do que ocorreu com outros serviços públicos, a CR/88 não identificou esse titular expressamente.

2.1 Interesse local municipal ou competência residual dos Estados-membros?

Diante da omissão constitucional em realizar uma expressa atribuição, é preciso, então, averiguar se os SSB são de interesse local, de competência dos Municípios, ou se, ausentes os elementos caracterizadores do interesse local, eles são de interesse regional, enquadrados na competência residual dos Estados-membros.

Na técnica empregada pela Constituição, as competências municipais também são expressas, mas, genéricas, ou seja, são dependentes da configuração do interesse local (à exceção do transporte coletivo de passageiros dentro do limite territorial do Município, que é expressa e específica). Essa constatação se alinha às conclusões de Fernanda Dias Menezes de Almeida, para quem qualquer competência não expressamente prevista no texto constitucional pode ser considerada como municipal, **desde que se harmonize com a cláusula geral do interesse local**.^{23 24}

Por sua vez, a competência dos Estados-membros é, a princípio, residual (também chamada competência remanescente²⁵), já que são reservadas aos Estados-membros as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (art. 25, § 1º, CR).²⁶

Na prática, isso significa que cabe aos Estados-membros prestar os serviços públicos que não sejam de competência da União, nem de interesse local dos Municípios. Na explicação de Hely Lopes Meirelles,

[n]ão se pode relacionar exaustivamente os serviços da alçada estadual, porque variam segundo as possibilidades do Governo e as necessidades de suas populações. Por exclusão, pertencem ao Estado-membro todos os serviços públicos não reservados à União nem atribuídos ao Município pelo critério de interesse local. Nesse sentido, cabem ao Estado os serviços e obras que ultrapassam as divisas de um Município ou afetam interesses regionais. Pela mesma razão, compete ao Estado-membro a realização de serviços de interesse geral, ou de grupos ou categorias de habitantes disseminados pelo seu território, e em relação aos quais não haja predominância do interesse local sobre o estadual.²⁷

Se, à primeira vista, a competência residual parece imensurável (como é característico do federalismo norte-americano), por outro lado, a Constituição de 1988 possui alto nível de detalhe na descrição de competências da União, o que deixa pouco espaço para o exercício da competência residual estadual.²⁸

dez. 2019.

²³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

²⁴ Um exemplo de serviço público não enumerado pela Constituição, mas normalmente considerado como de interesse local, são os serviços funerários. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

²⁵ MORAES, Alexandre de. A necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros na Federação Brasileira. In: RAMOS, Dirceu Torrecillas (coord.) *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 157-174.

²⁶ Segundo Quintiliano, a Constituição impôs às competências estaduais três limites, sendo dois rígidos e um móvel. Entre os rígidos, estão não estabelecer normas gerais, e nem adentrar em assuntos de interesse local. Já o limite móvel permite aos Estados-membros exercerem plena competência ainda não exercida pela União, nos limites necessários para atender sua necessidade normativa. QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso: em 20 abr. 2020.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁸ SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005; MINHOTO, Antonio Celso Batista. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 52-64, 2013.

Além disso, a CR/88 reconheceu os Municípios como entes federados de terceiro nível, atribuindo-lhes as competências de interesse local. O agigantamento das competências expressas atribuídas à União, somado à elasticidade do conceito de interesse local, fez com que o Estado-membro, esse ente fundamental na dinâmica federativa, ficasse espremido entre União e Municípios.^{29 30}

Feitas as explicações inaugurais sobre o sistema de divisão de competências na CR/88, é preciso agora enquadrar os SSB.

A literatura jurídica considera esses serviços como predominantemente de interesse local, configurando-se a titularidade municipal.³¹

No entanto, lembrando-se a Figura 2, a titularidade atualmente atribuída aos Municípios o é não por expressa determinação constitucional, como ocorre com outros serviços públicos, mas por uma construção doutrinária e jurisprudencial, elaborada em torno da interpretação da expressão “interesse local” contida no art. 30, V, CR/1988:

Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **os serviços públicos de interesse local**, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;³²

Que os SSB sejam de interesse local, de tão repetido, tornou-se verdade incontroversa. Não é que esse entendimento esteja equivocado; possivelmente, ele foi correto por muito tempo. No entanto, pretende-se demonstrar que esse entendimento é fruto de um momento histórico ultrapassado.³³ Só porque os SSB foram um dia de interesse local, não significa que continuem sendo, sobretudo diante da realidade a demonstrar como a geografia do problema necessita de ações governamentais concertadas.

Ademais, não é possível confundir a exigência de uma Constituição escrita, rígida, com uma rígida atribuição de competências. Martins, por exemplo, defendeu que “o federalismo pressupõe o estabelecimento numa Constituição rígida de uma divisão de competências entre as entidades federativas”.³⁴ No entanto, embora dotada de regras rígidas, a engenhosidade do esquema federalista de repartição de competências possui o mérito de fornecer um mecanismo institucional de plasticidade, de dinamismo. A título de exemplo, e lembrando as palavras de Meirelles, é impossível relacionar exaustivamente as competências estaduais,³⁵ quicá engessá-las.

Para corretamente operacionalizar o esquema de repartição de competências, é de suma importância o dimensionamento do que seja o interesse local. Segue-se, então, essa exploração.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125.

³⁰ Segundo Quintiliano, dada a exaustividade da competência enumerada da União, e o princípios da subsidiariedade, implicitamente consagrado na previsão de competências municipais para dispor sobre assuntos de interesse local, os Estados-membros são os entes federativos com menor competência governamental. QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso: em 20 abr. 2020.

³¹ Como já mencionado, há controvérsia somente em relação aos Municípios integrantes de regiões metropolitanas, onde a Constituição vê nascer um interesse comum (art. 25, § 3º, CR). CAMMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação dos serviços de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 239-252.

³² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 7 jul. 2020.

³³ Para uma revisão sobre o posicionamento da doutrina jurídica e jurisprudência (com as divergências que, embora presentes, não alteram o reconhecimento da titularidade municipal), conferir: OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Competências constitucionais em projetos de saneamento básico: o mito do interesse local nos votos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Ambiental*, v. 68, p. 75-102, 2012.

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 253-293.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

3 O interesse local de competência municipal

Primeiramente, é preciso esclarecer que “interesse local” deve considerar uma dimensão geográfica, que considere a noção de **fato geográfico**:

Deve ter uma preocupação locacional, toponímica, que identifique espacialmente os fenômenos sociais, conferindo a ele um critério espacial. O que importa para sua compreensão não seria a concepção de espaço e de seus recursos em si, mas a maneira como esses elementos são conscientizados e, em seguida, planejados pela sociedade [...].³⁶

O adequado dimensionamento sobre o que vem a ser local e peculiar aos Municípios exige um tipo de análise que delimite o campo normativo ou soma de dados reais normativamente pertinentes³⁷. Fabiana de Menezes Soares elenca os aspectos que deveriam ser considerados para a definição do “local”:

O primeiro aspecto que emerge é o território do município. A comunidade se assenta num espaço físico que condiciona o tipo de trabalho dos que ali vivem, os modos de ocupação do solo, a concentração ou dispersão habitacional, etc. [...] O segundo aspecto diz respeito à grande possibilidade de conflitos de interesses sociais, coletivos e difusos de certos municípios em função das suas atividades geradoras de riqueza. Desse modo, tais municípios são portadores de maiores reivindicações e abrigam uma gama de reivindicações, exemplos: municípios mineradores, siderúrgicos, com parque industrial instalado com sindicatos fortes, municípios turísticos.³⁸

Esse modelo, aplicado ao problema complexo e multifatorial dos SSB, coloca em evidência os limites factuais dos Municípios no tratamento do tema.

Não ajuda que “interesse local” seja um conceito jurídico indeterminado.³⁹ No entanto, como explicam García de Enterría e Fernandez, não há significação indeterminação do conceito, tampouco um indiferente jurídico ou discricionariedade, mas uma solução justa em cada caso concreto.

A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. [...] Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concreta não admite mais que uma solução: **ou se dá ou não se dá o conceito**.⁴⁰

Na mesma linha, Odete Medauar defende que “a impossibilidade de identificar *a priori* todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato se enquadram no conceito, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem”.⁴¹

Também, para evitar que a análise da configuração do interesse local seja contaminada pela vontade (= desejo) do aplicador ou intérprete, apresentam-se os elementos característicos do conceito,⁴² como forma

³⁶ UGEDA, Luiz. *Direito Administrativo Geográfico: fundamentos na geografia e na cartografia oficial do Brasil*. Brasília: Geodireito, 2017. p. 348.

³⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Número de Vereadores da Câmaras Municipais. Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, controle e critérios). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, p. 315-325, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/285/r135-35.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2020.

³⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. Número de Vereadores da Câmaras Municipais. Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, controle e critérios). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, p. 315-325, 1997. p. 324. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/285/r135-35.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 324.

³⁹ Existe vasta literatura dentro do Direito Administrativo sobre as diferenças entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade, questão sensível quando se analisam os limites de liberdade do gestor da coisa pública. Sem desconhecer da riqueza desse debate, que já inspirou vasta literatura, serão citadas duas referências, apenas como referências para prosseguimento do debate sobre o interesse local.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 393.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 105.

⁴² OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Federalismo, saneamento básico e municípios: o interesse local e sua competência constitucional*.

de balizar a análise. Surpreendentemente, são poucos os autores que se lançam a essas reflexões, bastando, para a grande maioria de comentadores, afirmar que os SSB são prestados de forma local.

Os conceitos indeterminados são mais facilmente determináveis em seus extremos⁴³: especificamente nessa matéria de competências federativas, parece claro que o controle da inflação é matéria de interesse nacional (mesmo que seja sentido em cada mercado da esquina), ao passo que o calçamento de ruas é de interesse local. Infelizmente, dadas as particularidades (em especial as assimetrias de fato) dos Municípios brasileiros, bem como as características dos SSB, não existem conclusões fáceis.

Primeiramente, é preciso esclarecer o seguinte: o princípio geral que norteia a repartição de competências entre os entes federativos é o da predominância do interesse⁴⁴ (salvo, evidentemente, as atribuições expressas e específicas). Portanto, é preciso esclarecer que a noção de predominância, assim empregada, contrapõe-se a noção de privatividade (ou exclusividade).

A ideia de que o interesse local é marcado pela predominância de interesses é consolidada dentro da literatura de Direito Constitucional. Em 1928, Sampaio Doria já a defendia. Posteriormente, em 1953, o ex-Ministro do STF Victor Nunes Leal, “se contenta em que seja o assunto essencialmente, ou principalmente, do interesse do município, para considerá-lo incluído na sua competência privativa”.⁴⁵

Mais recentemente, a formulação sempre lembrada em pesquisas sobre interesse local foi elaborada por Hely Lopes Meirelles, para quem

a aferição [...] da competência municipal sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da predominância do interesse, e não o da exclusividade, **em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidade dos serviços**.⁴⁶

Também Celso Bastos adverte que “qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional”, já que “sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo”.⁴⁷

O que seria, então, os elementos distintivos do “interesse predominantemente local”?

3.1 Elementos característicos do interesse local

Dessa literatura, depreende-se que, mesmo quando configurado o interesse local, ainda assim há relevância da questão em esfera regional e nacional. E, mesmo realizando-se os interesses nacionais e regionais, impacta-se o cidadão residente no Município. Assim, **o impacto local no cidadão não determina o interesse local, porque sejam as ações locais, regionais e nacionais, elas produzem impacto local.**

Para Quintiliano, “predominará o interesse local quando ele for exclusivo ou quando atender ao princípio

2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

⁴³ QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso: em 20 abr. 2020.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. A necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros na Federação Brasileira. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.) *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 157-174.

⁴⁵ LEAL, Vitor Nunes. Parecer de 13/06/1953, solicitado pelo Dr. Nereu Ramos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 33, jul./set. 1953; LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 403.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

da subsidiariedade,⁴⁸ sem imposição de ônus desproporcional aos demais entes federativos”.⁴⁹ Assim, nenhuma competência é atribuída à esfera de poder superior, se puder ser **satisfatoriamente** desempenhada pela esfera inferior.⁵⁰

Em Estados federativos, a avaliação da predominância do interesse geral a cargo da União é feita no próprio texto constitucional, que elenca uma lista de competências taxativa, *numerus clausus*; tal lista somente pode ser ampliada pela alteração do texto constitucional.⁵¹

Por sua vez, Vinícius Marques de Carvalho⁵² indica que, à exceção da atribuição expressa dos serviços de transporte coletivo municipal, a absorção de serviços pelos Municípios (ou seja, a configuração do interesse local) depende de considerações históricas e geográficas. Históricas, quando a prestação de um serviço, por longo tempo, pelo Município consolida a sua titularidade. No caso de vários entes prestarem o mesmo serviço, a questão se resolveria caso a caso, de forma indutiva: a verificação da própria realidade definiria a titularidade. E geográficas, quando a configuração do interesse local decorre da circunscrição dos serviços aos limites do território municipal. Esse tipo de consideração de natureza histórica também foi levantado por João Paulo Pellegrini Saker, que sugeriu a possibilidade de uma chamada afetação histórica ou administrativa dos serviços de saneamento básico.⁵³

No entanto, a tese da afetação histórica não pode prevalecer, justamente porque ela não encontra amparo no texto constitucional. Na engenhosa fórmula do federalismo, não existe vácuo: ou o serviço é, por sua particular configuração, situado geográfica e historicamente, de interesse local, ou ele é enquadrado dentro da competência residual dos Estados-membros. Resquícios históricos não entram nessa fórmula.

Inclusive, isso foi o que ocorreu com a energia elétrica, como lembrado por David A. M. Waltenberg:⁵⁴ à míngua de determinações constitucionais, no início da exploração de energia elétrica no Brasil (período entre 1889-1934), esse serviço público era considerado de interesse local e, portanto, ficava a cargo dos Municípios. Nessa atribuição, foram verificadas as próprias características do serviço, ou seja, a baixa demanda por energia elétrica, pouca urbanização, e economia dependente de um produto que não demandava energia elétrica para sua produção (o café).

Em razão da fórmula constitucional, não há nenhuma atividade, serviço ou obra que seja, por natureza intrínseca e atemporal, de interesse local. Segundo Caffé Alves, “o mesmo serviço, conforme o enfoque, o lugar, o modo e as circunstâncias de sua prestação, será objeto de interesse local ou regional, dependendo do caso”,⁵⁵ e completa afirmando que “o maior ou menor grau de repercussão do problema para alguém ou além dos limites do Município e o modo de solucioná-lo é que determinam, casuisticamente, a sua qualificação de ser local ou não”.⁵⁶

⁴⁸ Sem desconhecer de controvérsias sobre o princípio da subsidiariedade, entende-se que essa discussão foge ao escopo do artigo. FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *O Município na Federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010. p. 241. Disponível em: http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3146. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁴⁹ QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 244. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁵⁰ ANDERSON, George. *Federalism: an introduction*. Ontario: Oxford University Press, 2008.

⁵¹ Como já mencionado, em contrário, conferir: MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

⁵² CARVALHO, Vinícius Marques de. Cooperação e planejamento na gestão dos serviços de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (coord). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 53-88. CARVALHO, Vinícius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁵³ SAKER, João Paulo Pellegrini. *Serviços públicos e saneamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 63.

⁵⁴ WALTENBERG, David Antonio Monteiro. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 352-377.

⁵⁵ ALVES, Alair Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 21, ano 6, p. 57-82, jan./mar. 2001. p. 68.

⁵⁶ ALVES, Alair Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da or-

Também Luís Roberto Barroso defendeu que “determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional e até mesmo federal”.⁵⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, após realizar revisão de literatura, elabora uma lista útil de elementos para identificar o interesse local dos Municípios:

1. predominância do local (Sampaio Dória).
2. interno às cidades e vila (Black).
3. que se pode isolar (Bonnard).
4. territorialmente limitado ao município (Borsi).
5. sem repercussão externa ao município (Mouskheli).
6. próprio das relações de vizinhança (Jellinek).
7. simultaneamente oposto a regional e nacional (legal).
8. dinâmico (Dallari).⁵⁸

Além de todos esses elementos, Quintiliano (2013) defende que

A expressão “interesse local” deve ser entendida como o interesse da coletividade municipal ou submunicipal que predomina sobre o interesse dos demais entes federativos. Isso se dará de dois modos: ou quando o interesse for exclusivo do Município, por dizer respeito apenas ao seu aparato, ou quando atender ao princípio da subsidiariedade. Em ambos os casos, a competência municipal não pode gerar externalidades negativas desproporcionais.⁵⁹

Assim, a produção de externalidades negativas desproporcionais é uma contribuição de Quintiliano à lista que baliza o correto dimensionamento do que seja interesse local.

Às considerações desse autor, somamos outra. Na próxima seção, ganhará relevo o conceito de “capacidade estatal”, ou seja, a capacidade de decidir, formular e implementar políticas públicas. Sem antecipar discussões que serão detalhadas adiante, adianta-se que a disponibilidade de um corpo administrativo profissional e dotado dos recursos e dos instrumentos necessários para realização de uma competência constitucional deveria ser um elemento relevante na análise.

Diante dessas considerações, à lista de Moreira Neto, acrescentaríamos dois outros elementos, consolidando-a da seguinte maneira:

1. predominância do local (Sampaio Dória);
2. interno às cidades e vila (Black);
3. que se pode isolar (Bonnard);
4. territorialmente limitado ao município (Borsi);
5. sem repercussão externa ao município (Mouskheli);

ganização do Estado Brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 21, ano 6, p. 57-82, jan./mar. 2001. p. 69.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* (REDAE), Salvador, n. 11, ago./set./out., 2007. p. 11. Disponível em: <http://www.fulviofaria.adv.br/acp/AnexoII%E2%80%933TextoComplementarSaneamentob%C3%A1sico.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder concedente para o abastecimento de água. *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, p. 23-33, jul./set. 1999. p. 26. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47196/45392. Acesso em: 14 fev. 2020.

⁵⁹ QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 286. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

6. próprio das relações de vizinhança (Jelinek);
7. simultaneamente oposto a regional e nacional (legal);
8. dinâmico (Dallari);
9. ausência de externalidades negativas desproporcionais (Quintiliano);
10. dentro da capacidade estatal dos Municípios.

Na Introdução deste Artigo, procuramos deixar clara a pergunta norteadora deste estudo: a Constituição da República realmente atribui a titularidade dos serviços de saneamento básico aos Municípios? Com a conclusão da pesquisa jurídico-normativa nesta seção, verifica-se que a resposta, que passa pela análise normativa (seção 1) e dimensionamento do conceito de “interesse local” (seção 2), não é encontrada, apenas, no estudo já feito, por mais rigorosa que seja a metodologia em pesquisa jurídica adotada. Em especial, a análise da produção de externalidades⁶⁰ (item 9) e da capacidade estatal (item 10) não se faz dentro dos domínios normativos estritos da Ciência Jurídica. É necessário avançar por outros terrenos.

Assim, na próxima seção, é apresentada a análise do elemento “capacidade estatal dos Municípios”, que é um convite para enfrentar a realidade que grande parte da literatura jurídica apenas menciona brevemente: a enorme assimetria *de facto* existente entre os Municípios brasileiros.⁶¹

4 A capacidade estatal dos municípios brasileiros

Não obstante os melhores esforços dos juristas em identificar a configuração do interesse local por meio de análise estrita do conjunto normativo vigente,⁶² isso simplesmente não é possível. É vã essa atividade em abstrato e aprioristicamente. A metodologia exclusivamente normativa sequestra e oculta as discussões mais amplas, e, no caso específico desta pesquisa, distrai para o fato o interesse local, no caso dos SSB, se desconfigurou. Ora, a identificação do “interesse local” somente pode ser feita concretamente, casuisticamente, “diante de cada serviço analisado, pois o interesse é único em determinada região e dependendo da época”⁶³ — tal é a tarefa desta seção.

O conceito de “capacidade estatal” é bastante usado para compreender quais características deve possuir o Estado para uma ação (aqui em sentido macro, na linguagem deste trabalho, o Estado federativo), ou seja,

⁶⁰ Em relação à produção de externalidades negativas, pelo escopo do artigo, nos limitaremos a mencionar que a forma como um Município presta os serviços pode tornar excessivamente onerosa, ou até mesmo inviabilizar por completo, os serviços de um vizinho confrontante. Isso porque, se o Município polui a água, e essa água poluída segue para o outro Município, que vai precisar tratá-la antes de fornecê-la à sua respectiva população, estamos diante de externalidades negativas desproporcionais. No entanto, o foco deste artigo não é em questões ambientais (em que os recursos naturais necessários para a prestação são considerados), mas sim na análise de capacidade estatal. Para a análise da questão das externalidades, considerando-se o aspecto ambiental, são necessários estudos subsequentes.

⁶¹ A ideia de simetria/assimetria, em um sistema federativo, será abordada mais adiante; no entanto, neste momento, basta esclarecer que essa teoria descreve os meios pelos quais um ente federativo se relaciona com o sistema como um todo, com a autoridade federal (União) e com cada outro ente federativo. A simetria/assimetria entre os entes federativos poderia ser *de jure* (de direito), ou seja, o relacionamento constitucional (normativo) entre eles, ou poderia ser *de facto* (de fato), quando se analisam os aspectos cultural, social, econômico e político. RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; RAMOS, Dircêo Torrecillas. O federalismo assimétrico: unidade na diversidade. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.) *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 121-140.

⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 253-293.

⁶³ DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (org.) *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 45. No mesmo sentido, conferir: TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

as competências e as habilidades necessárias para promover dinâmicas de desenvolvimento econômico e social em um conjunto de dimensões e setores considerados estratégicos.⁶⁴ Embora seja uma metodologia mais frequentemente usada para análises de políticas públicas nacionais, nada impede que ela seja usada, também, para avaliar a capacidade estatal de um ente federativo, no exercício de uma competência constitucional, até mesmo porque, no Brasil, governos subnacionais são importantes implementadores de políticas públicas.⁶⁵ Assim, também os Municípios devem ser avaliados quanto à sua capacidade para definir legitimamente objetivos coletivos e implementá-los em relacionamento com a sociedade civil - objetivos como a universalização dos SSB.

O conceito de capacidade estatal, embora muito útil para a presente análise, é um conceito abrangente e multidimensional (ou seja, que envolve, componentes políticos, institucionais, administrativos e técnicos), e que requer operacionalização por meio de desagregações.⁶⁶ Seguiremos esse caminho de desagregação proposto pela literatura, afunilando o conceito de modo a permitir a análise do objeto de estudo (os SSB).

Primeiramente, conforme lembram Souza e Fontanelli, o conceito de capacidade estatal convida a uma pergunta: a capacidade para fazer o quê?

Uma forma de buscar essa resposta seria desagregar o conceito em dimensões. Souza e Fontanelli explicam que “[a]s respostas mais usuais [à pergunta acima] são cobrar tributos, prover bens e serviços, administrar conflitos internos e externos, fazer cumprir contratos e proteger direitos”,⁶⁷ em que são incorporadas tanto a dimensão burocrática quanto a de alcance territorial. Como tal, o conceito pode ser expresso em três grandes objetos:

capacidade extrativa, isto é, instituir e cobrar tributos; capacidade coercitiva, isto é, impor a lei e a ordem; e **capacidade administrativa, isto é, formular e implementar políticas públicas através de uma burocracia profissionalizada.**⁶⁸

Para o propósito deste trabalho, ganha relevo a capacidade administrativa, ou seja, aquela que descreve e analisa o potencial de implementação das políticas públicas, considerando-se, como condição necessária para seu exercício, a existência de um corpo administrativo profissional e dotado dos recursos e dos instrumentos necessários.⁶⁹

⁶⁴ GOMIDE, Alexandre de Ávila. Capacidades estatais para políticas públicas em países emergentes: (des)vantagens comparativas do Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; BOSCHI, Renato Raul (org.). *Capacidades estatais em países emergentes: o Brasil em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_capacidades.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁶⁵ A título de exemplo, Celia Souza e Flavio Fontanelli relatam algumas — poucas — iniciativas que empregam a metodologia de avaliação de capacidade legislativa na esfera estadual, o que demonstra a viabilidade da proposta deste artigo para avaliação da capacidade estatal municipal. SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine et al. (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020

⁶⁶ SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine et al. (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁶⁷ SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine et al. (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. p. 48. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁶⁸ SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine; RIBEIRO, Vanda Mendes; LOTTI, Gabriela; BONAMINO, Alicia; CARVALHO, Cynthia Paes de (Org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Cap. 2, p. 45-69. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 47, grifos acrescentados.

⁶⁹ GOMIDE, Alexandre de Ávila. Capacidades estatais para políticas públicas em países emergentes: (des)vantagens comparativas do Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; BOSCHI, Renato Raul (org.). *Capacidades estatais em países emergentes: o Brasil em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/>

É, portanto, a partir desse conceito de capacidade estatal que refletiremos sobre os Municípios brasileiros, esse ente federativo de terceiro nível, com autonomia constitucionalmente reconhecida, a quem a literatura jurídica e jurisprudência tradicionalmente atribuem a competência para organizar e prestar os SSB — e existem 5.570 deles.

4.1 A prevalência dos Municípios de pequeno porte e as assimetrias federativas

Quando se fala em Municípios, nem mesmo sua quantidade exata ou sua população são estáveis.⁷⁰ Por exemplo, o Diagnóstico de Água e Esgoto apresentado pelo SNIS já justifica os números de população atendida apresentados no Diagnóstico podem não ser consistentes com os dados oficiais da população total do Município fornecidos pelo IBGE, em função da adoção de diferentes metodologias de cálculo. Aqui, aparecem as primeiras dificuldades quando pretende-se realizar uma avaliação dos Municípios: dois órgãos do governo federal não trabalham com a mesma metodologia para quantificar a população brasileira.⁷¹ Não obstante, considerando-se que são estes os dados disponíveis, e mesmo diante de possíveis fragilidades, neste Artigo integram-se os dois dados, inclusive porque também o Diagnóstico consolidado emprega essa metodologia.

Tais dados são essenciais para a pesquisa proposta. Assim, utilizam-se as Tabelas de Estimativas Populacionais divulgadas pelo IBGE, com data de referência de 01.07.2019, em que são listados 5.570 Municípios, e suas respectivas populações,⁷² organizadas em faixas populacionais. São utilizados também os dados do SNIS, com informações referentes ao ano de 2018, publicadas em 2019.⁷³

A existência de Municípios pequenos demais não é novidade. Marcos Juruena Villela Souto menciona que a excessiva criação de Municípios (e até mesmo Estados) que vivem de transferências governamentais cria um arremedo de Federação.⁷⁴ Ricardo Marcondes Martins chama tais Municípios de “entidades aberrantes”, e conclui que a “[e]ntidade federativa que não tem a mínima condição de cumprir sua missão constitucional não deve ser substituída por outra, deve ser extinta”.⁷⁵

Ferrari Filho defende a necessidade de propor a exigência de uma população mínima na faixa de 10 mil habitantes para criação de novos Municípios, que acredita evitar as consequências negativas de sua existência, “especialmente a perda da eficiência do gasto público (com maior alocação de recursos para atividade-meio, em detrimento da atividade-fim) e as distorções dos critérios de rateio dos fundos redistributivos”.⁷⁶

Sugere, ainda, que, caso os Micromunicípios (estes, com menos de 10 mil habitantes) não sejam extintos, seria necessária a quebra na simetria *de jure*, para que os Micromunicípios sejam tratados conforme suas limi-

livro_capacidades.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁷⁰ Considerando que a população indicada pelo IBGE é determinante para divisão do Fundo, várias vezes os Municípios questionam a metodologia adotada pelo Governo Federal para estimar a população em cada um deles. A título de exemplo, conferir esse processo citado como fonte na Estimativa de População divulgada pelo Governo Federal: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). *Procedimento comum nº 5012452-12.2018.4.04.7005/PR*. Autor: Município de Santa Tereza do Oeste/PR. Réu: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Juiz: Vitor Marques Lento, 29 de dezembro de 2018.

⁷¹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. 24º *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: www.snis.gov.br/diagnosticos Acesso em: 10 mar. 2020.

⁷² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população residente nos municípios brasileiros com data de referência em 1º de julho de 2019*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.xls. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁷³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. 24º *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: www.snis.gov.br/diagnosticos Acesso em: 10 mar. 2020.

⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

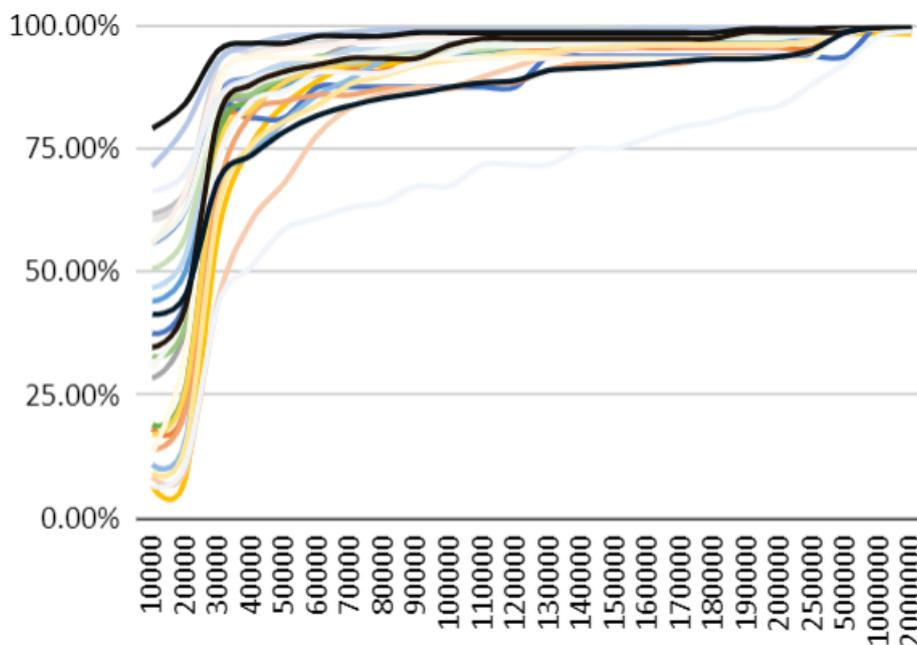
⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 253-293. p. 290.

⁷⁶ FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *O Município na Federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010. p. 241. Disponível em: http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3146. Acesso em: 14 abr. 2020.

tações, ou seja, com competências restritas a matérias em que há menos economia de escala, como conservação de logradouros, trânsito, e ordenação do espaço urbano.⁷⁷ Nessa proposta dura do autor, certamente os Micromunicípios não manteriam a titularidade de inúmeros serviços públicos municipais. Quantos seriam esses Micromunicípios, de até 10 mil habitantes?

Abaixo, apresenta-se um gráfico de população, mostrando a população por Município, por faixa acumulada, organizados por Estado-membro.⁷⁸

Gráfico 1 – número de habitantes por Município, por Unidade da Federação, em curvas acumuladas (números proporcionais)



Fonte: Elaboração própria.

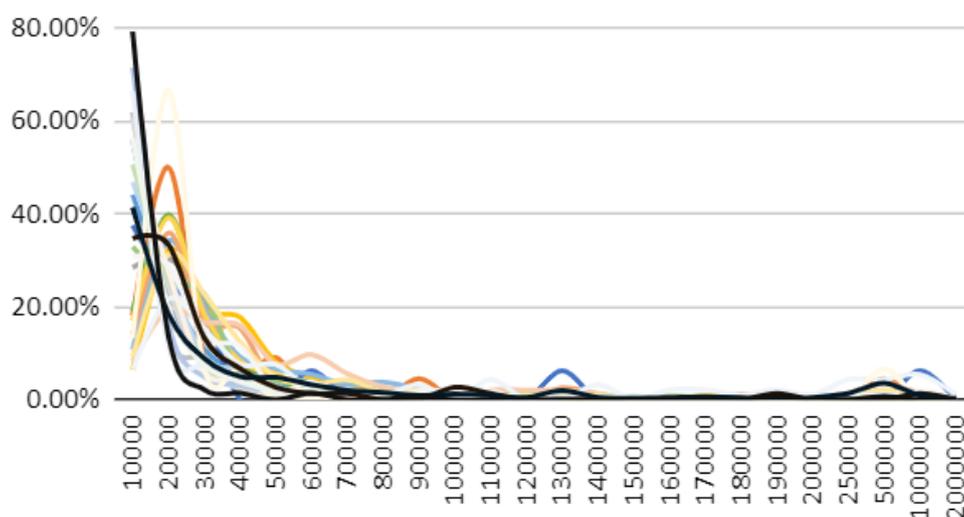
Os Micromunicípios conceituados por Ferrari Filho são 2.452 dos 5.570 Municípios brasileiros, ou 44,2% deles. Não obstante o marco de 10 mil, é preciso destacar que metade dos Municípios brasileiros possui menos de 11.635 habitantes.

Mesmo em relação à primeira faixa (de até 10 mil habitantes), a assimetria entre os Estados-membros já se mostra: no Amazonas, apenas 6,42% dos Municípios têm menos de 10 mil habitantes, ao passo que no Tocantins, eles são 79,14%. Não obstante, na faixa dos 30 mil habitantes, pode-se observar uma convergência: muitos Estados-membros concentram Municípios nessa faixa. De fato, 79,01% dos Municípios brasileiros têm menos de 30 mil habitantes. Essa convergência pode ser observada no Gráfico abaixo:

⁷⁷ FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *O Município na Federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010. p. 241. Disponível em: http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3146. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁷⁸ Os dados brutos, em faixas simplificadas em virtude da leitura,

Gráfico 2 – número de habitantes por Município, por Unidade da Federação, por faixa (números proporcionais)



Fonte: Elaboração própria.

As duas representações dos dados não deixam dúvidas: a maior parte dos Municípios brasileiros é de pequeno porte. O achatamento no eixo horizontal ilustra claramente que, dos 5.570 Município, apenas 323 possuem mais de 100 mil habitantes (ou, em termos proporcionais, 5,82% deles). E o marco de 100 mil também é arbitrário. Para que haja segundo turno municipal, por exemplo, a Constituição exigiu que o Município tenha 200 mil eleitores (frise-se: eleitores, não habitantes).

Também o marco de 10 mil habitantes para conceituar Micromunicípios é arbitrário. O novo Marco Legal de Saneamento, por exemplo, usa o corte de 20 mil habitantes para desincumbir Municípios de elaborar o Plano Completo de Saneamento Básico, bastando que eles elaborem uma versão simplificada, sem, contudo, detalhar o que seria esse mínimo do mínimo (art. 19, § 9º, Lei n. 11.445/2007, com redação da Lei n. 14.026/2020). Esse dispositivo, que chamaremos de “desoneração legal”, pode ser interpretado como o reconhecimento legal de que os Municípios com menos de 20 mil habitantes não possuem capacidade estatal para elaboração do plano completo. No entanto, o legislador parece não se atentar para o fato de que os Municípios com menos de 20 mil habitantes representam 76,17% dos Municípios brasileiros. Ou seja, a desoneração legal atinge 76,17% dos atuais titulares, o que atinge 31.778.318 pessoas (14% da população brasileira).

Parece importante ressaltar que os achados nesta pesquisa (os dados populacionais) são usados como *proxies*⁷⁹ da capacidade estatal dos Municípios. Ou seja, nessa análise, parte-se do pressuposto que Municípios com menor população terão menos capacidade para formular e implementar ações que levem à universalização dos SSB, não dispondo um corpo administrativo profissional e dotado dos recursos e dos instrumentos necessários para tanto. Aliás, ainda está por ser construído um arcabouço teórico e metodológico da cons-

⁷⁹ Segundo Souza e Fontanelli, “os achados de pesquisas baseadas no conceito de capacidade do Estado se constituem em proxies para se chegar a conclusões sobre uma ou algumas das inúmeras dimensões de capacidade” SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine *et al.* (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. p. 48. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020. Não há provas absolutas e irrefutáveis do argumento proposto neste artigo, de modo que as hipóteses são mais afeitas a noções de probabilidade e da plausibilidade. É possível que, em meio a estes pequenos Município, encontre-se um com um Plano de Saneamento exemplo, e índices satisfatórios de prestação de serviço. Não é porque exista um (ou alguns) que o argumento proposto aqui é falseado.

trução de indicadores (que não sejam apenas quantitativos) para efetivamente avaliar as políticas públicas de saneamento no Brasil.⁸⁰

No entanto, é possível fazer um teste relacional, com os dados do SNIS. É possível verificar se nos Municípios pequenos, menor percentual da população tem acesso aos serviços de água. Assim, relacionamos os dados populacionais acima aos dados do SNIS, especificamente o índice de população atendida. O teste pode ser observado na tabela abaixo:

Tabela 1 – relação entre Municípios (por faixa populacional) e os índices de população atendida com rede de água

Faixa populacional do Município	Até 20 mil hab. ¹	De 20 a 100 mil hab.	Acima de 100 mil hab.
População que vive na faixa ²	31.778.318,00 hab.	57.477.308,00 hab.	120.704.450,00 hab.
População conhecida ³	29.131.579,00 hab.	53.889.635,00 hab.	120.383.891,00 hab.
População atendida ⁴	19.207.129,84 hab.	40.356.081 hab.	110.728.739,04
Percentual de população atendida (%) ⁵	65,93%	74,89%	91,98%
População não atendida ⁶	9.924.449 hab.	13.533.553 hab.	9.655.151 hab.
Percentual de população não atendida ⁷	34,09%	25,11%	8,02%
População desconhecida ⁸	2.646.739 hab.	3.587.673,00 hab.	320.559 hab.
Percentual de população desconhecida ⁹	8,33%	6,24%	0,27%

1 O limite até 20 mil habitantes foi escolhido para espelhar o limite do art. 19, § 9º, Lei 11.445/2007, com redação da Lei 14.026/2020).

2 População que vive no Município por faixa, segundo dados do IBGE (2019).

3 Nem todos os Municípios enviaram os dados ao SNIS, de modo que existe uma parte da população que não é “vista” pelo Diagnóstico. Essa linha refere-se à população “vista”, da qual se conhece a situação, ou seja, a população (segundo dados do IBGE, 2019) dos Municípios que enviaram os dados ao SNIS (2019), chamada de “população conhecida”.

4 “População conhecida” que está atendida por sistemas públicos de abastecimento de água, segundo dados do SNIS (2019), em números absolutos.

5 “População conhecida” que está atendida por sistemas públicos de abastecimento de água, segundo dados do SNIS (2019), em números proporcionais.

6 “População conhecida” que está não atendida por sistemas públicos de abastecimento de água, segundo dados do SNIS (2019), em números absolutos.

7 “População conhecida” que está não atendida por sistemas públicos de abastecimento de água, segundo dados do SNIS (2019), em números proporcionais.

8 População residente em Municípios que não enviaram os dados ao SNIS, cuja situação é desconhecida, chamada aqui de “população desconhecida”, em números absolutos.

9 População residente em Municípios que não enviaram os dados ao SNIS, cuja situação é desconhecida, chamada aqui de “população desconhecida”, em números proporcionais.

Na Tabela 1, mostra-se a precariedade dos SSB nos Municípios de até 20 mil habitantes: considerando que a média nacional de atendimento é 83,72% da população atendida por sistema público de abastecimento de água, nos Municípios com até 20 mil habitantes, esse índice despenca para 65,93%. E isso diz respeito à população conhecida.

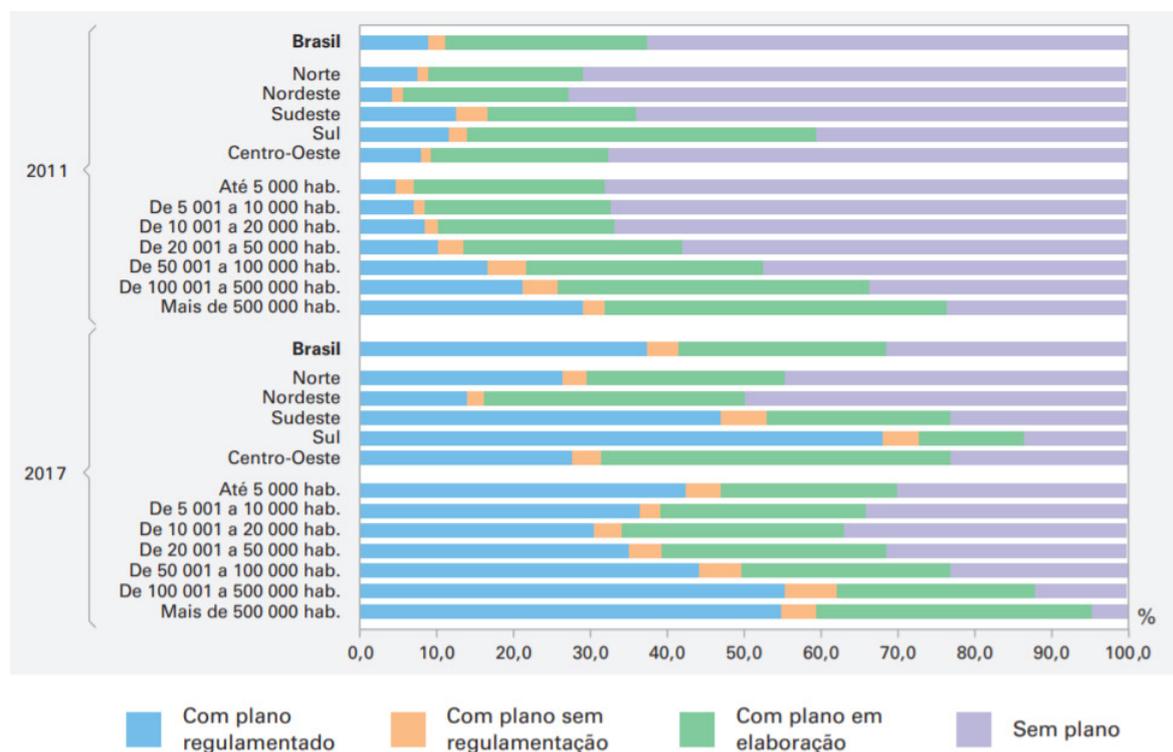
O SNIS reconhece a existência de Municípios que não enviaram as informações, cuja situação da população é desconhecida. Proporcionalmente, a população desconhecida nos Municípios de até 20 mil habitantes é bem superior à população desconhecida nas demais.

⁸⁰ BORJA, Patrícia Campos; BERNARDES, Ricardo Silveira. Avaliação de políticas públicas de saneamento no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 525-541.

Os dados sugerem que quanto maior a população do Município maior a proporção da população atendida por sistemas públicos de abastecimento de água, bem como melhor é o diagnóstico da situação.

Além disso, um estudo do IBGE verificou que, entre os Municípios com até 20 mil habitantes, é menor a possibilidade de que haja um Plano de Saneamento feito, regulamentado e implementado.

Gráfico 3 – proporção de municípios por situação do Plano Municipal de Saneamento Básico, segundo as Grandes Regiões e as classes de tamanho da população dos municípios – 2011/2017



Fonte: BRASIL, 2018⁸¹

Segundo o IBGE, a existência de Plano Municipal de Saneamento Básico tende a ser mais frequente naqueles Municípios mais populosos. Mais grave que isso: a proporção de Municípios com Plano, regulamentado ou não, somente ultrapassa 60% naqueles cuja população é maior do que 100 mil habitantes.

4.2 A elaboração do Plano Municipal de Saneamento: um desafio para além da capacidade de grande parte dos Municípios

A elaboração do Plano Municipal de Saneamento não é trivial. Em geral, esses planos são elaborados pelos Municípios com apoio de empresas, embora possam ser elaborados pelos quadros técnicos do próprio Município, desde que haja qualificação para sua elaboração.⁸² Obviamente, o dimensionamento da equipe depende do tamanho do Município, da complexidade dos sistemas de saneamento, bem como dos recursos técnicos e financeiros disponíveis.

⁸¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil dos Municípios Brasileiros: saneamento básico: Aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico - 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: www.tratabrasil.org.br/uploads/Munic2017-Saneamento-Aspectosgestao.pdf. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸² LIMA NETO, Iran Eduardo; SANTOS, André Bezerra dos. Planos de Saneamento básico. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro (coord.). *Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Barueri: Manole, 2012. p. 57-79.

A equipe, necessariamente, será integrada por profissionais de diversas qualificações técnicas, a saber:⁸³ engenheiro sênior, com experiência em coordenação de planos de saneamento básico ou similares; engenheiro civil, ambiental ou sanitarista, com experiência em serviços de saneamento básico; economista, com experiência em serviços relacionados aos tratamento de questões econômicas e financeiras em empresas públicas ou privadas; profissional de nível superior, com experiência em comunicação social, capacitação massiva, autogestão, gestão compartilhada ou participativa; técnico ou tecnólogo, com experiência em serviços de saneamento básico.

Os requisitos legais mínimos exigidos por lei (art. 19, Lei n. 12.445/2007) são os seguintes:

Tabela 1 – requisitos mínimos do conteúdo dos Planos de Saneamento definidos na Lei n. 11.445/2007

Requisito 1	diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas
Requisito 2	objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais
Requisito 3	programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento
Requisito 4	ações para emergências e contingências
Requisito 5	mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas

Fonte: LIMA NETO; SANTOS⁸⁴

A elaboração do Plano é uma empreitada complexa. Assim, não surpreende que a proporção de Municípios com Plano ultrapasse 60% apenas na faixa de Municípios com mais de 100 mil habitantes. É preciso pessoal qualificado para elaborar esse Plano e, na ausência desses profissionais em seus próprios quadros, são precisos recursos financeiros para contratar assessoria especializada.

Um estudo com pequena amostra de 15 Municípios (todos com menos de 100 mil habitantes, e 9 dos quais com menos de 20 mil habitantes) procurou identificar dificuldades para elaborar os Planos de Saneamento.⁸⁵ Para tanto, foram entrevistados gestores ligados às 15 autarquias municipais, questionando-os a respeito das dificuldades que têm impedido o início da elaboração do Plano.

As principais dificuldades identificadas são a indisponibilidade de recursos financeiros e a limitação quanto à qualificação profissional e capacidade técnica municipal. Os gestores consideraram que a falta de profissionais pode ser resolvida recursos financeiros (financiamento externo, já que os Municípios não conseguem mobilizar recursos para isso). Ou seja, a falta de capacidade estatal já é reconhecida pelos próprios gestores dessa amostra, bem como a dependência de recursos externos.

⁸³ LIMA NETO, Iran Eduardo; SANTOS, André Bezerra dos. Planos de Saneamento básico. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro (coord.). *Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Barueri: Manole, 2012. p. 57-79.

⁸⁴ LIMA NETO, Iran Eduardo; SANTOS, André Bezerra dos. Planos de Saneamento básico. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro (coord.). *Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Barueri: Manole, 2012. p. 57-79.

⁸⁵ LISBOA; Severina Sarah; HELLER, Léo; SILVEIRA, Rogério Braga. Desafios do planejamento municipal de saneamento básico em municípios de pequeno porte: a percepção dos gestores. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 18, n. 4, p. 341-348, out./dez. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Leo_Heller/publication/262626168_Challenges_of_municipal_planning_for_basic_sanitation_in_small_size_municipalities_The_managers_perception/links/0046353a80f0e75112000000/Challenges-of-municipal-planning-for-basic-sanitation-in-small-size-municipalities-The-managers-perception.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

A Lei n. 11.445/2007 também autoriza a delegação das funções regulatórias, que, na redação de 2007, era de maneira mais genérica, e, a partir do novo Marco de 2020, a entidade delegatária deve ter natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira (art. 21, com redação pela Lei n. 14.026/2020). A exigência da dimensão autárquica certamente obrigará muitos Municípios que vinham exercendo essa função a delegar a função regulatória para outros entes. Vale destacar que, até 2019, já havia 57 agências reguladoras, sendo 24 estaduais, 4 intermunicipais, 28 municipais e 1 distrital.⁸⁶ Essa realidade sugere uma regulação fragmentada, que foi um dos problemas que o novo Marco tentou solucionar. Inclusive, esse foi um dos problemas expressamente mencionado pela Justificativa que acompanhou o Projeto de Lei:

[a] grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços. A Constituição Federal atribui a titularidade dos serviços de saneamento básico aos municípios, atribuição acolhida pela Lei n. 11.445/2007, que faculta aos titulares regular diretamente ou delegar a regulação desse setor. Esse arranjo explicitou as diferentes capacidades regulatórias dos diferentes titulares, resultando numa miríade de situações.⁸⁷

A solução do novo Marco foi, então, atribuir à Agência Nacional de Águas diversas competências regulatórias, a saber: a) instituição de diretrizes sobre dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, às quais a entidade reguladora é obrigada a observar (art. 23), e b) a instituição de normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente (art. 25-A). Assim, o titular (seja ele municipal ou, como defende-se aqui, estadual) vê tolhida sua autonomia constitucional, diante de uma regulação federal.

O deslocamento de competências regulatórias a uma agência federal sugere o reconhecimento implícito da incapacidade dos atuais titulares em exercerem sua competência, ou ainda a necessidade de que a regulamentação seja feita não na esfera local. No primeiro caso, à luz da Teoria das Capacidades Estatais, verifica-se que a maior parte dos Municípios não é capaz de exercer a missão constitucional de prover SSB. Isso desconfigura o interesse local e, pelo Princípio da Subsidiariedade, faz emergir a competência residual do Estado-membro.

A necessidade de se combater a regulamentação fragmentada, mencionada na Justificativa, sugere que o “interesse local”, como requisito constitucional, já não está presente. No entanto, nem em caso de titularidade municipal, nem em caso da titularidade estadual, emerge uma competência federal, da União, já que os SSB não fazem parte da lista de serviços que a União organiza, mas sim da lista de serviços sobre os quais a União deve colaborar com o titular. Isto é: colaborar, mas não usurpar. Análises mais aprofundadas do novo Marco escapam ao escopo deste artigo. Ele é mencionado apenas por mencionar expressamente um dos principais problemas tratados aqui: a fragmentação da formulação e implementação das políticas públicas de saneamento (o que leva à fragmentação da atividade de regulação) é um dos principais obstáculos à universalização.

Além da fragmentação, o exercício da titularidade pressupõe uma série de atividades que a maior parte dos Municípios parece incapaz de exercer. Não obstante, mesmo ao delegar a função regulatória, o titular retém a responsabilidade de supervisionar a entidade reguladora (até porque existe um cardápio delas para se escolher), bem como supervisionar a prestação dos serviços. Isso pressupõe um corpo burocrático mínimo permanente, com capacidade para fazer esse acompanhamento.

⁸⁶ OLIVA, Gustavo Martins de. *Regulação e governança participativa no Brasil: processos, práticas e atores nas agências reguladoras de saneamento básico*. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/13131/Oliva%2c%20G.M.%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20governan%C3%A7a%20participativa%20no%20Brasil%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁸⁷ GUEDES, Paulo Roberto Nunes; CANUTO, Gustavo Henrique Rigodanzo. *Justificativa*. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C35CB7EDD21027D34ACA1E4D9E6A825.proposicoesWebExterno2?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019. Acesso em: 07 mar. 2020.

O reconhecimento de que existem Municípios sem capacidade para gerir os SSB também não é novidade. Camila Pezzino Ballaniu Dantas sugeriu, por exemplo, uma técnica de deslocamento, por violação a direitos fundamentais, do interesse envolvido à esfera estadual, no caso de Municípios muito pobres, sem condição de prestar os serviços e sem vizinhos interessados em compartilhar a estrutura.⁸⁸ No entanto, isso levaria a uma rodada de diagnóstico de milhares de Municípios, não resolveria a fragmentação regulatória, tampouco levaria à segurança jurídica, item absolutamente essencial quando se buscam investimentos privados. Além disso, chegando-se à conclusão de que a maior parte dos Municípios não tem essa capacidade (como acredita-se que foi feito aqui), mais correto que deslocar a competência ao Estado-membro um a um seria o reconhecimento da competência estadual, como defendida neste trabalho.

5 Considerações finais: a titularidade municipal dos serviços de saneamento como resquício histórico

“O estudo da Federação em nosso país não tem merecido uma atenção condizente com os problemas nela envolvidos” — este é o comentário de Celso Bastos, em artigo publicado no *Jornal da Tarde* em 1987, antes da promulgação da atual Constituição.⁸⁹ Passados 30 anos, Luís Roberto Barroso ecoa tais reflexões, ao afirmar que o reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor.⁹⁰ O ostracismo em que se encontra o tema federalismo os serviços de saneamento básico vêm sendo prestados, parcialmente causada por conflitos federativos, é um triste exemplo. Muito tempo é perdido nessa discussão sobre a titularidade, ocultando o fato vergonhoso de que milhões de brasileiros ainda não têm acesso à água potável. Independentemente do arranjo institucional adotado, a universalização é urgente.

Não existe qualquer pretensão encerrar a discussão da titularidade com esta pesquisa. Muito ao contrário, se a hipótese da titularidade dos Estados-membros for confirmada (ou se for adotada como balizador futuro), serão necessários muitos outros estudos para modular os efeitos dessa transferência dos Municípios (que vinham exercendo a titularidade) aos Estados-membros, honrando contratos, e principalmente garantindo a continuidade dos serviços. Ou seja, a titularidade estadual apresentará outros desafios.

Mais ainda, é possível que a edição do Novo Marco Legal do Saneamento (Lei 14.026/2020) reacenda o interesse dos juristas por esse tema tão negligenciado. Em uma lista preliminar de estudos subsequentes, que foi possível apenas tangenciar embora estivessem diretamente relacionado ao tema proposto neste artigo, são necessárias pesquisas sobre as semelhanças entre o Novo Marco Legal do Saneamento (Lei 14.026/2020) e o PLANASA; sobre as tendências centralizadoras do novo Marco (em detrimento, mais uma vez, das competências estaduais); sobre o federalismo cooperativo como realmente operacionalizado (para além as esperanças positivadas na Constituição e na lei); sobre a capacidade da Agência Nacional de Águas, uma agência federal, para instituir normas de referência para a regulação da prestação dos SSB que considere todas as suas dimensões (não só a dimensão da água), e suas relações com os titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras; sobre ações necessárias para corrigir a própria existência de pequenas vilas que foram alçadas à condição de unidades federativas; sobre a necessidade urgente de se recuperarem as competências dos Estados-membros, redimensionando as agigantadas competências federais, inclusive as competências tributárias (a capacidade arrecadatória), na busca pelo almejado equilíbrio federativo; sobre os

⁸⁸ DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (org.) *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 45.

⁸⁹ BASTOS, Celso. Por uma federação renovada. *Jornal da Tarde*, São Paulo, n. 6494, p. 6, jan. 1987. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/116780/1987_%2020%20a%2030%20DE%20JANEIRO_113.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 14 abr. 2020.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 75. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 270.

modelos de prestação (prestação direta, contratos de programa, concessões etc.); sobre a gestão dos serviços nas condições únicas das regiões metropolitanas, à luz do que foi decidido pelo STF; sobre a relação entre poder concedente, agência reguladora e prestador — para citar apenas alguns.

O objetivo deste trabalho é restrito a revisitar o tema da titularidade municipal, colocando-a em cheque. Primeiramente (e diferentemente de outros trabalhos), grande esforço foi empregado para a exploração do que significa o conceito de “interesse local” (mencionado pelo art. 30, V, CR/1988 para identificar os serviços públicos de titularidade municipal), que, na maioria dos trabalhos, é mencionada brevemente, pressupondo, erroneamente, um consenso de que saneamento básico é local. Nesse esforço, parece claro que, se presentes os elementos distintivos do interesse local, o serviço é municipal; se não, o serviço de saneamento básico é enquadrado como competência residual a cargo dos Estados-membros, ente federativo da maior importância dentro do Estado federal, que, no Brasil, acabou achatado entre as competências da União e as interpretações ingênuas da competência municipal.

Posteriormente, foi feita uma contextualização dos serviços de saneamento básico do ponto de vista da capacidade estatal do titular. Considerando-se as atividades que se esperam do titular, é de se esperar que a vasta maioria dos Municípios brasileiros não está em condições de exercer a missão constitucional. Isso significa que o interesse local se desconfigurou, o que faz emergir a titularidade dos Estados-membros, no exercício de sua competência remanescente.

O presente estudo procura localizar-se dentro de uma matriz de estudos empíricos e analiticamente orientados, buscando causas e consequências das multidimensionais desigualdades brasileiras.⁹¹ Os problemas diagnosticados não foram abordados pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico, tampouco superados, a saber: a baixa capacidade municipal para provisionar bens e serviços, bem como sua baixa capacidade para uma cooperação federativa legítima. Ao que parece, o Marco apresentou propostas centralizadoras que não corrigem assimetrias federativas. Aliás, em um primeiro e breve comentário sobre o novo Marco, podemos afirmar isto: o novo marco instituiu mais um obstáculo à universalização dos SSB, ao desincumbir Municípios com menos de 20 mil habitantes de fazer o mínimo que se espera de qualquer titular de serviços públicos: planejar. Esse desafio de fazer com que os Municípios planejem, tornado protagonista desde a edição da Lei 11.445/2007, parece, portanto, ter sido enterrado de vez com o novo Marco. Como, então, universalizar às cegas?

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALVES, Alair Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 21, ano 6, p. 57-82, jan./mar. 2001.
- ANDERSON, George. *Federalism: an introduction*. Ontario: Oxford University Press, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 75. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 11, ago./set./out., 2007.

⁹¹ BICHER, Renata. Para além da “fracassomania”: estudos brasileiros sobre implementação de políticas públicas. In: MELLO, Janine et al. (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.

Disponível em: <http://www.fulviofaria.adv.br/acp/AnexoII%E2%80%9333TextoComplementarSaneamentob%C3%A1sico.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso. Por uma federação renovada. *Jornal da Tarde*, São Paulo, n. 6494, p. 6, jan. 1987. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/116780/1987_%2020%20a%2030%20DE%20JANEIRO_113.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 14 abr. 2020.

BICHR, Renata. Para além da “fracassomania”: estudos brasileiros sobre implementação de políticas públicas. In: MELLO, Janine *et al.* (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.

BORJA, Patrícia Campos; BERNARDES, Ricardo Silveira. Avaliação de políticas públicas de saneamento no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban (org.). *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 525-541.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018*. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: www.snis.gov.br/diagnosticos Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.544*. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 28 de junho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 0097221-93.2020.1.00.0000*. Reclamante: Funerária Nossa Senhora de Lourdes - EPP. Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de julho de 2020. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343666549&ext=.pdf. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). *Procedimento comum nº 5012452-12.2018.4.04.7005/PR*. Autor: Município de Santa Tereza do Oeste/PR. Réu: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Juiz: Vitor Marques Lento, 29 de dezembro de 2018.

CAMMAROSANO, Márcio. A divisão constitucional de competências e a cooperação federativa na prestação dos serviços de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 239-252.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Cooperação e planejamento na gestão dos serviços de saneamento básico. In: MOTA, Carolina (coord). *Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *O direito do saneamento básico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (org.) *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DORIA, A. de Sampaio. Autonomia dos Municípios. *Revista de Direito da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 24, p. 419-432, 1928. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdsp/article/download/65229/67834> Acesso em: 14 abr. 2020.

FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *O Município na Federação brasileira: limites e possibilidades de uma organi-*

zação assimétrica. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2010. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3146. Acesso em: 14 abr. 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. Capacidades estatais para políticas públicas em países emergentes: (des)vantagens comparativas do Brasil. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; BOSCHI, Renato Raul (org.). *Capacidades estatais em países emergentes: o Brasil em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_capacidades.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.

GRANZIERA, Luiza Machado; JEREZ, Daniela Malheiros. Implementação de Políticas Públicas: desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 231-248, dez. 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução jurídica do serviço público de saneamento básico. In: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 101-144.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes; CANUTO, Gustavo Henrique Rigodanzo. *Justificativa*. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C35CB7EDD21027D34ACA1E4D9E6A825.proposicoesWebExterno2?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019. Acesso em: 07 mar. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. *Política pública e gestão de serviços de saneamento*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população residente nos municípios brasileiros com data de referência em 1º de julho de 2019*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.xls. Acesso em: 02 jan. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil dos Municípios Brasileiros: saneamento básico: Aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico - 2017*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: www.tratabrasil.org.br/uploads/Munic2017-Saneamento-Aspectosgestao.pdf. Acesso em: 02 jan. 2020.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEAL, Vitor Nunes. Parecer de 13/06/1953, solicitado pelo Dr. Nereu Ramos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 33, jul./set. 1953.

LIMA NETO, Iran Eduardo; SANTOS, André Bezerra dos. Planos de Saneamento básico. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro (coord.). *Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário*. Barueri: Manole, 2012. p. 57-79.

LISBOA; Severina Sarah; HELLER, Léo; SILVEIRA, Rogério Braga. Desafios do planejamento municipal de saneamento básico em municípios de pequeno porte: a percepção dos gestores. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 18, n. 4, p. 341-348, out./dez. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Leo_Heller/publication/262626168_Challenges_of_municipal_planning_for_basic_sanitation_in_small_size_municipalities_The_managers'_perception/links/0046353a80f0e75112000000/Challenges-of-municipal

pal-planning-for-basic-sanitation-in-small-size-municipalities-The-managers-perception.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MARQUES, José. Empresa descarta racionamento de água na Grande Belo Horizonte. *Folha de São Paulo*, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1666934-empresa-descarta-acionamento-de-agua-na-grande-belo-horizonte.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. *In*: POZZO, Augusto Neves Dal; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 253-293.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

MINHOTO, Antonio Celso Batista. Federalismo, estado federalista e a revalorização do município: um novo caminho para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 52-64, 2013.

MORAES, Alexandre de. A necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros na Federação Brasileira. *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas (coord.) *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 157-174.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder concedente para o abastecimento de água. *Revista de Direito Administrativo*, n. 213, p. 23-33, jul./set. 1999. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47196/45392. Acesso em: 14 fev. 2020.

OLIVA, Gustavo Martins de. *Regulação e governança participativa no Brasil: processos, práticas e atores nas agências reguladoras de saneamento básico*. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/13131/Oliva%20G.M.%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20governan%C3%A7a%20participativa%20no%20Brasil%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2020.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. Competências constitucionais em projetos de saneamento básico: o mito do interesse local nos votos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Ambiental*, v. 68, p. 75-102, 2012.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Federalismo, saneamento básico e municípios: o interesse local e sua competência constitucional*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Gabinete da Presidência). *Suspensão de Liminar n. 0030012-78.2020.8.16.0000*. Requerente: Município de Curitiba/PR. Requerida: Funerária Nossa Senhora de Lourdes - EPP. Relator: Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 19 de junho de 2020.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26082013-162030/publico/TESE_LEONARDO_DAVID_QUINTILIANO_CORRIGIDA.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. O federalismo assimétrico: unidade na diversidade. *In*: RAMOS, Dircêo Torre-

- cillas (coord.) *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 121-140.
- REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *O saneamento no Brasil: políticas e interfaces*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- RODRIGUES, Artur; BRENHA, Heloisa. São Paulo tem 2,1 milhões de pessoas sob racionamento. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1498512-sao-paulo-tem-21-milhoes-de-pessoas-sob-rationamento.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- SAKER, João Paulo Pellegrini. *Serviços públicos e saneamento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- SANEPAR adota rodízio no abastecimento de água a cada 36 horas em Curitiba e Região a partir de sexta-feira (14). *G1*, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/11/sanepar-adota-rodizio-no-abastecimento-de-agua-a-cada-36-horas-em-curitiba-e-regiao-a-partir-de-sexta-feira-14.ghtml>. Acesso em: 11 ago 2020.
- SANTOS, Ruth; MENEZES, Renata. A necessidade de realização de políticas públicas para a universalização do direito ao saneamento básico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 257-271, out. 2016.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Número de Vereadores da Câmaras Municipais. Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, controle e critérios). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 134, p. 315-325, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/285/r135-35.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.
- SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. Capacidade estatal e burocrática: sobre conceitos dimensões e medidas. In: MELLO, Janine *et al.* (org.). *Implementação de políticas e atuação de gestores públicos: experiências recentes das políticas de redução das desigualdades*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35427&Itemid=444. Acesso em: 14 abr. 2020.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- UGEDA, Luiz. *Direito administrativo geográfico: fundamentos na geografia e na cartografia oficial do Brasil*. Brasília: Geodireito, 2017.
- WALTENBERG, David Antonio Monteiro. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 352-377.
- WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodologicas y tecnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas: 1985.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Impasses da adoção da técnica de dessalinização: benefícios para a saúde pública e danos para o meio ambiente

Impasses of the adoption of the desalination technique: benefits for public health and damage to the environment

Ivone Rosana Fedel

André Studart Leitão

Gerardo Clésio Maia Arruda

Impasses da adoção da técnica de dessalinização: benefícios para a saúde pública e danos para o meio ambiente*

Impasses of the adoption of the desalination technique: benefits for public health and damage to the environment

Ivone Rosana Fedel**

André Studart Leitão***

Gerardo Clésio Maia Arruda****

Resumo

O aumento da demanda de água e a diminuição do suprimento de água estão exacerbando a escassez de água na maioria das regiões do mundo. A dessalinização pode mudar essa realidade, tornando abundante esse recurso. Este artigo analisa se a tecnologia da dessalinização das águas salinas e salobras é utilizada a serviço da saúde ou a desserviço do meio ambiente, em virtude do impacto ambiental causado pelo descarte do rejeito. Explica-se o processo de dessalinização, contextualizando seu histórico, sua utilização no mundo, no Brasil e no Ceará. Em seguida, discorre-se sobre o dano ambiental decorrente do processo de dessalinização, em especial o relacionado ao descarte do rejeito. Na sequência, abordam-se custos e benefícios da dessalinização e examina-se a viabilidade técnica e econômica do procedimento. Por fim, faz-se uma análise para verificar se a dessalinização é um meio de tornar a água um recurso abundante, ou se o dano ambiental decorrente das várias etapas do processamento ocasionará a escassez do meio ambiente. Para elaboração do artigo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, orientadas por uma metodologia qualitativa e descritiva. O estudo aponta a necessidade de estudos de impacto ambiental por ocasião da implantação dos projetos de dessalinização, bem como a atuação dos órgãos de controle interno e externo para fiscalizar a adequação dos sistemas de dessalinização, de modo a viabilizar a sustentabilidade e a conservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Dessalinização. Tecnologia. Saúde. Meio ambiente.

Abstract

The increase in water demand and the decrease in water supply are exacerbating water scarcity in most regions of the world. Desalination can change this reality by making this resource abundant. This article analyzes whether the technology of desalination of saline and brackish waters is used in the service of health or in the disservice of the environment, due to the environmental impact caused by the disposal of waste. The desalination process

* Recebido em 22/01/2020

Aprovado em 11/06/2020

** Mestranda em Direito pela UNICHRISTUS, Fortaleza-CE. Especialista em Legislação, Perícia e Auditoria Ambiental pelo Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual do Ceará. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4504-7606>
E-mail: ivonefedel@yahoo.com.br.

*** Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Unichristus. Professor titular do Centro Universitário Farias Brito. Procurador Federal. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9681-943X>. E-mail: andrestudart@hotmail.com.

**** Doutor e Mestre em Sociologia, Especialista em Geografia e Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da UNICHRISTUS. Professor titular da UNIFOR.
E-mail: andrestudart@hotmail.com.

is explained, contextualizing its history, its use in the world, in Brazil and in Ceará. Then, we discuss the environmental damage resulting from the desalination process, especially that related to the disposal of waste. Then, it discusses the costs and benefits of desalination and examines the technical and economic feasibility of this procedure. Finally, an analysis is carried out to verify whether desalination is a means of making water an abundant resource or whether the environmental damage resulting from the various stages of processing will cause scarcity of the environment. To prepare the article, bibliographic and documentary research was used, guided by a qualitative and descriptive methodology. The studies indicate the need to require environmental impact studies in the implementation of desalination projects, as well as for action by internal and external control bodies to inspect the adequacy of desalination systems installed, in order to ensure the correct sustainability and conservation of the environment.

Keywords: Desalination. Technology. Health. Environment.

1 Introdução

A Organização das Nações Unidas (ONU)¹ estima que, atualmente, um bilhão de pessoas não possui acesso a um abastecimento de água suficiente para suas necessidades, ou seja, de um fornecimento de 20 litros por pessoa por dia disponível numa distância não superior a mil metros. Apesar de se tratar de um dos recursos mais abundantes da Terra, aproximadamente, 95% da água disponível no planeta é imprópria para o consumo humano. Com efeito, vastas extensões geográficas não dispõem de água doce acessível e em quantidade suficiente para uso da população. Têm-se, como alternativa para suprir essa carência, a adoção de tecnologias de tratamento de água com alta concentração de sais, quer seja ela proveniente de aquíferos subterrâneos, como no Nordeste do Brasil, quer seja a água do mar.

O Relatório Mundial das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento de Recursos Hídricos², publicado em 2014, aponta que estudos feitos, em 2013, pela ONU/UNICEF indicam que, aproximadamente, 768 milhões de pessoas permanecem sem acesso à água tratada. Nesse relatório³, consta ainda que existem 2 (dois) bilhões de pessoas sem acesso à água potável e um total estimado de 3,5 bilhões atendidos de forma insuficiente no direito à água.

Este artigo está consubstanciado na ideia de que a abundância deve ser produzida no intuito de proporcionar condições viáveis de subsistência aos habitantes. Assim como Diamandis e Kotler⁴ defendem, quando explicitam um modelo de pirâmide da abundância formada por três níveis, em que a base é constituída do fornecimento das necessidades fisiológicas simples, quais sejam: água, alimento e abrigo suficiente. Outrossim, esses pesquisadores demonstram que a abundância ocorre quando cada pessoa dispõe de três a cinco litros de água potável por dia e mais 25 litros de água para banho, cozinha e limpeza.

A Agência Nacional das Águas (ANA)⁵ sublinha que cerca de 1,1 bilhão de pessoas, em todo o mundo, não têm acesso à água potável. Além disso, nos países em desenvolvimento, esse problema aparece relacio-

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e a água*. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/agua/>. Acesso em: 25 maio 2019.

² UNITED NATIONS WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME. *The United Nations World Water Development Report 2014: Water and Energy*. 2014. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1714Water%20Development%20Report%202014.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.

³ UNITED NATIONS WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME. *The United Nations World Water Development Report 2014: Water and Energy*. 2014. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1714Water%20Development%20Report%202014.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.

⁴ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Falta de água potável no mundo aparece relacionada a 80% das mortes e doenças*. 2019. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/noticias-antigas/falta-de-a-gua-pota-vel-no-mundo-aparece.2019-03-14.1777251782>. Acesso em: 25 maio 2019.

nado a 80% das mortes e enfermidades. Tais dados corroboram as assertivas de Diamandis e Kotler⁶, que afirmam ser a ausência de água de boa qualidade o fator responsável pela metade das hospitalizações no mundo.

Ainda da análise da pirâmide da abundância de Diamandis e Kotler⁷, é possível perceber que toda sua base é afetada por questões de hidrologia, já que o acesso a todos os itens que a compõem depende de água. Dessa forma, como fazer para suprir a necessidade de água num mundo em que esse recurso está cada vez mais escasso? A resposta para essa questão está na adoção da tecnologia com o fim de gerar abundância. Uma solução tecnológica que vem sendo largamente usada nos últimos anos é a dessalinização, em suma, um processo físico-químico que retira o sal da água, tornando-a doce e ideal para o consumo.

Contudo, segundo informações veiculadas pela ONU⁸, para cada litro de água potável produzido por meio do processo de dessalinização, é gerado, aproximadamente, 1,5 litro de líquidos poluídos com cloro e cobre. Assim, a água salobra tóxica retorna para o oceano, provoca a diminuição do volume de oxigênio na água do mar e impacta os organismos ao longo da cadeia alimentar. Estudos realizados pelas Nações Unidas⁹, em 2018, demonstram que existem, atualmente, quase 16 mil usinas de dessalinização operando em 177 países. Essas instalações produzem um volume de água doce equivalente a quase metade do fluxo médio que corre nas Cataratas do Niágara.

Diante disso, deve-se ponderar até que ponto há vantagens no uso do processo de dessalinização para prover abundância de água para o planeta. Isto porque é extremamente elevado o potencial de contaminação decorrente da água residual, descartada no meio ambiente, gerada nesse processo. É nessa perspectiva que se traz para o debate, neste artigo, se a tecnologia da dessalinização é adequada para ser utilizada como serviço em prol da saúde ou se trata de um desserviço para o meio ambiente.

A consecução deste artigo está assentada em pesquisa bibliográfica e documental, orientadas por uma metodologia qualitativa e descritiva. Para atender aos objetivos perquiridos, divide-se o trabalho em três seções. Na primeira, apresenta-se a base legal que visa assegurar a disponibilidade de água de qualidade às gerações presentes e futuras e promover uma utilização racional e integrada dos recursos hídricos. Na segunda, expõe-se a tecnologia da dessalinização. Enfim, na terceira, descrevem-se os impactos ambientais decorrentes do processo de dessalinização e descreve-se o potencial de custos e benefícios.

2 Dessalinização: algumas iniciativas e aspectos legais

A Dessalinização é compreendida como o processo de remoção de sais da água, quer seja ela do mar, esgotos ou de reservatórios subterrâneos. O Glossário Internacional de Hidrologia¹⁰ define dessalinização como o processo pelo qual o teor de sal da água é reduzido o suficiente para tornar a água adequada para usos específicos.

Há séculos a humanidade realiza o processo de dessalinização da água, de sorte que o primeiro registro

⁶ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

⁷ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU alerta contra impactos ambientais da dessalinização para fornecimento de água doce*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-contra-impactos-ambientais-da-dessalinizacao-para-fornecimento-de-agua-doce/> Acesso em: 25 maio 2019.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU alerta contra impactos ambientais da dessalinização para fornecimento de água doce*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-contra-impactos-ambientais-da-dessalinizacao-para-fornecimento-de-agua-doce/> Acesso em: 25 maio 2019.

¹⁰ WORLD METEOROLOGICAL ORGANISATION; UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION. *International Glossary of Hydrology*. 2012. Disponível em: http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/publications/international_glossary/385_IGH_2012.pdf Acesso em: 25 maio 2019.

dessa técnica remonta aos escritos de Aristóteles em 320 AC¹¹. Ehrenman¹² afirma que a primeira planta de dessalinização que transformava a água do mar em potável foi instalada, em 1861, na Florida (Estados Unidos da América). Já Pereira¹³ informa que, “em 1928, foi instalada em Curaçao a primeira planta de dessalinização, com a tecnologia que conhecemos hoje, que produzia 50 m³ de água potável pelo processo de destilação artificial.” No Brasil, segundo Torri¹⁴, o processo se iniciou em 1970, por meio de experiência realizada pelo Instituto Tecnológico da Aeronáutica – ITA.

Existem diversas técnicas de dessalinização e as principais são: osmose reversa, dessalinização térmica¹⁵, deionização capacitiva¹⁶ e óxido de grafeno¹⁷. Aqui será destacada a técnica de osmose reversa que é a mais utilizada atualmente e está em implementação no Brasil. A primeira utilização da osmose reversa teve por objetivo dessalinizar a água do mar. No período entre 1960 e 1970, o processo passou, também, a ser utilizado na indústria de alimentos, sendo a indústria leiteira a primeira a utilizar o sistema¹⁸. Nos dias atuais, encontra-se a utilização dessa técnica, também, para a dessalinização de águas subterrâneas salobras, principalmente no nordeste brasileiro.

Andrade¹⁹ descreve osmose reversa como o processo segundo o qual a água do mar passa sob alta pressão por membranas poliméricas, com minúsculos orifícios, no qual ficam retidos os sais existentes no líquido, sendo esse o processo mais usado no mundo. Essa técnica é, também, conhecida como hiperfiltração e ocorre quando uma pressão mecânica, maior que a pressão osmótica, é aplicada na parte que se encontra a solução mais concentrada. Dessa forma, inverte-se o sentido do fluxo de soluto que atravessa a membrana. O produto obtido é a água purificada isenta de sais, vírus, bactérias e fungos²⁰.

Gaio²¹ descreve, de forma bastante didática, o processo de osmose inversa, utilizando a sigla RO para fazer referência ao método, nos seguintes termos:

O processo RO utiliza uma membrana semipermeável que possui um elevado grau de permeabilidade à água, mas é uma barreira impenetrável aos sais. Esta membrana separa as duas soluções com

¹¹ HENTHORNE apud TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

¹² EHRENMANN apud TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

¹³ PEREIRA apud TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

¹⁴ TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

¹⁵ Dessalinização térmica – nesse processo a água salgada é aquecida e evapora, acumulando-se na parte interna do tanque. Em outro compartimento, o vapor é resfriado, condensa-se e transforma-se novamente em água. Técnica tem elevado gasto energético.

¹⁶ Deionização capacitiva – nesse processo eletroquímico, o líquido passa entre dois eletrodos porosos de carbono eletricamente carregados que fazem a retenção dos íons de sódio e cloro presentes na água salgada. O método ainda está em desenvolvimento.

¹⁷ Óxido de grafeno – nesse sistema de osmose reversa, a filtragem é realizada por membranas feitas de óxido de grafeno. Elas deixam passar as moléculas de água, mas retêm os íons de cloro e sódio (sais). O processo não é comercial.

¹⁸ FERRARO, Ronaldo José Silva. *Sistema de Osmose Reversa*. 2008. Monografia (Bacharelado em Engenharia Mecânica) – Universidade São Francisco, Campinas, 2008.

¹⁹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

²⁰ MOURA, J.P. et al. Aplicações do processo de osmose reversa para o aproveitamento de água salobra do semi-árido nordestino. *Revista Águas Subterrâneas*, 2008. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/23343>. Acesso em: 26 maio 2019.

²¹ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

concentrações diferentes. [...] O processo de RO não se dá de uma forma natural: para se obter um fluxo de água fresca é necessário aplicar uma pressão de forma a contrariar o processo natural. O caudal de água fresca que se obtém é proporcional ao diferencial de pressão (pressão que se aplica) que excede o diferencial de pressão osmótica em equilíbrio.

A dessalinização de águas do mar e de águas salobras é usual em países desérticos ou com pouca disponibilidade de água potável, como no Oriente Médio e na África. Embora seja um processo ainda muito caro, a dessalinização é um método cada vez mais disseminado no mundo. Conforme a Associação Internacional de Dessalinização (IDA), a tecnologia de dessalinização já é utilizada em 150 (cento e cinquenta) países, como Austrália, Estados Unidos, Espanha e Japão²².

Desde a década de 90, diversos sistemas de dessalinização foram implementados no semiárido do Brasil. Contudo, em virtude da ausência dos devidos cuidados técnicos, sociais e ambientais, muitos deixaram de operar. Ocorre que a água subterrânea muitas vezes é a única fonte disponível para as comunidades dessa região brasileira, e cerca de 70% dos poços nessa localidade apresentam águas salobras ou salinas. Nesse sentido, o Governo Federal, por meio do Ministério do Meio Ambiente decidiu estruturar uma metodologia para que essa tecnologia tivesse mais sucesso em sua implantação, e as comunidades recebessem, de forma permanente, uma água segura para beber²³.

Em 2004, foi lançado no Brasil o Programa Água Doce (PAD), uma ação do Governo Federal, coordenada pelo Ministério do Meio Ambiente em parceria com instituições federais, estaduais, municipais e sociedade civil. O objetivo do programa era estabelecer uma política pública permanente de acesso à água de qualidade para o consumo humano, por meio de recuperação e gestão de sistemas de dessalinização de águas salobras e salinas. A meta do programa era instalar e gerir 1.206 (um mil, duzentos e seis) sistemas de dessalinização até 2018, nos estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe²⁴.

Contudo, até a data da realização desse trabalho, do total de sistemas de dessalinização previsto (1206), estavam finalizados somente 692 (seiscentos e noventa e dois) sistemas, dos quais 87 (oitenta e sete) estavam parados. Havia, até o momento, 83 (oitenta e três) obras em execução, mas restam, ainda, 431 (quatrocentos e trinta e uma) obras a iniciar, conforme Quadro 1²⁵.

Quadro 1 – Sistemas de dessalinização do Programa Água Doce (2019)

Estados	Obras a iniciar	Obras em execução	Obras finalizadas e Sistemas parados	Obras finalizadas e Sistemas funcionando	Meta
Alagoas	20	0	24	57	101
Bahia	69	66	16	145	296
Ceará	2	0	7	239	248
Maranhão	30	0	0	0	30
Minas Gerais	69	0	0	0	69
Paraíba	0	11	27	55	93

²² BRASIL. Senado Federal. Dessalinizar a água é cada vez mais viável. *Em discussão*, ano 5, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/escassez-de-agua> Acesso em: 26 maio 2019.

²³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Programa Água Doce*: Documento base. 2012. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivos/agua/agua_doce/2018/ANEXO_I_-_PAD_-_Documento_Base_Final_2012.pdf. Acesso em: 26 maio 2018.

²⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Programa Água Doce*: Documento base. 2012. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivos/agua/agua_doce/2018/ANEXO_I_-_PAD_-_Documento_Base_Final_2012.pdf. Acesso em: 26 maio 2018.

²⁵ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Programa Água Doce*: Documento base. 2012. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivos/agua/agua_doce/2018/ANEXO_I_-_PAD_-_Documento_Base_Final_2012.pdf. Acesso em: 26 maio 2018.

Estados	Obras a iniciar	Obras em execução	Obras finalizadas e Sistemas parados	Obras finalizadas e Sistemas funcionando	Meta
Pernambuco	170	0	0	0	170
Piauí	36	6	13	12	67
Rio Grande do Norte	35	0	0	68	103
Sergipe	0	0	0	29	29
TOTAL	431	83	87	605	1206

Fonte: elaboração própria, a partir de dados coletados no Programa Água Doce.

O sistema de dessalinização do Programa Água Doce utiliza o processo de osmose reversa e os principais componentes do sistema são: poço tubular profundo, bomba do poço, reservatório para água bruta (água do poço), abrigo de alvenaria, dessalinizador, reservatório para o permeado, chafariz para distribuição da água potável (água dessalinizada clorada), reservatório e tanque de contenção para o concentrado (água concentrada em sais), chafariz para distribuição da água bruta e do concentrado e bebedouro para os animais (cocho).

No estado do Ceará, além dos sistemas de dessalinização instaladas por meio do Programa Água Doce, também existem Estações Móveis de Tratamento de Água que realizam o processo de dessalinização por osmose reversa, descontaminação e purificação da água. As estações são provenientes de Israel, adquiridas pelo Governo do Ceará por meio de convênio. Cada equipamento poderá produzir até 75 mil litros de água tratada, considerando um funcionamento de 15 horas por dia. Esse volume de água é suficiente para abastecer sete cisternas com uma média de 8 mil litros cada uma²⁶. Cada sistema móvel de tratamento de água acompanha três carros pipas, com capacidade total de 26 mil litros, além de uma caminhonete tracionada para rebocar a Estação de Tratamento de Água – ETA e apoiar a operação e acessórios necessários ao funcionamento, como caixa d'água e material de análise²⁷.

Além disso, na Região Metropolitana de Fortaleza, está prevista a construção de uma usina de Dessalinização de Água Marinha por osmose reversa. Ainda em fase de licitação, a previsão é que usina de dessalinização do Ceará seja a maior do país. Contudo, essa não será a primeira a operar no Brasil²⁸. A ilha de Fernando de Noronha, que não dispõe de recursos hídricos naturais suficientes para prover água potável para população, possui, há quase duas décadas, um pequeno sistema de dessalinização capaz de produzir cerca de 720 m³ de água por dia²⁹. A produção responde por 40% da demanda hídrica do arquipélago³⁰.

A usina a ser construída no Ceará, prevista para começar a operar em 2022, terá capacidade de produção de 1 m³/s (um metro cúbico por segundo), o que equivale a mil litros de água. Essa produção pode elevar

²⁶ FILGUEIRAS, Marina. *Estações móveis de tratamento levam água potável para comunidades rurais*. Disponível em: <http://saladeimprensa.ceara.gov.br/todospelaagua/?p=27227> Acesso em: 13 jan. 2020.

²⁷ FILGUEIRAS, Marina. *Estações móveis de tratamento levam água potável para comunidades rurais*. Disponível em: <http://saladeimprensa.ceara.gov.br/todospelaagua/?p=27227> Acesso em: 13 jan. 2020.

²⁸ CEARÁ. *Governo do Ceará publica edital de dessalinização de água marinha para a Região Metropolitana de Fortaleza*. 2019. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2019/02/08/governo-do-ceara-publica-edital-de-dessalinizacao-de-agua-marinha-para-a-regiao-metropolitana-de-fortaleza/>. Acesso em: 26 maio 2019.

²⁹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

³⁰ ILHA DE NORONHA. A ilha. Ilha de Noronha: o site do arquipélago [site], [201?]. Disponível em: http://www.ilhadenoronha.com.br/ailha/saneamento_em_noronha.php. Acesso em: 31 maio 2019.

em 12% a oferta de água e beneficiar cerca de 720 mil pessoas³¹. A previsão é ser edificada no bairro Muricipe, próximo à região da Praia Mansa, por ser o local mais indicado para obter a captação da água e pela facilidade de devolução dos rejeitos³².

Em relação à questão da dessalinização enquanto política pública direcionada à prevenção, manutenção e recuperação da saúde, Pontes e Schramm³³ indicam que cabe ao Estado, enquanto ente promotor da saúde pública, desenvolver mecanismos que proporcionem o acesso à água em qualidade satisfatória e em quantidade suficiente para o atendimento das necessidades básicas da população. Os autores entendem que o desafio para a solução dos problemas de acesso à água potável abrange dois níveis de resolução, quais sejam: (i) considerar o caráter universal, garantindo a cada pessoa o acesso à sistemas públicos de abastecimento de água; e (ii) priorizar a solução dos problemas de infraestrutura das residências, de forma a compensar as desvantagens dos menos favorecidos, que não possuem condições de armazenagem e manejo apropriado da água em seus domicílios.

A edição da Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997, também conhecida como Lei das Águas, teve por objetivo cumprir o papel do Estado enquanto garantidor da saúde pública, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh). Segundo essa lei, a Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se em seis fundamentos, dentre os quais, a água que é considerada um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico.

A Lei prevê que a gestão dos recursos hídricos deve proporcionar os usos múltiplos das águas, de forma descentralizada, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. Também determina que, em situações de escassez, o uso prioritário da água deve se destinar ao consumo humano e para a dessedentação de animais. O artigo 2º da referida Lei estabelece os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, dentre eles, o de assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos e a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Em março de 2019, foi publicada a Portaria n.º 888, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que instituiu o Programa de Apresentação de Unidades de Dessalinização e Purificação de Águas Salobras e Salinas para teste e análise de desempenho. Objetiva-se, com esse instrumento, reunir as diversas soluções tecnológicas de dessalinização e purificação de águas salobras e salinas existentes e criar um cadastro único que sistematize informações das diversas tecnologias existentes. Essa medida governamental intenciona alargar o escopo das ações direcionadas para a convivência da população do semiárido brasileiro com as severas condições climáticas e de recursos hídricos da região. Tais informações servirão para auxiliar o MCTIC a identificar todas as soluções tecnológicas disponíveis para dessalinização e purificação de água e as melhores aplicações de cada uma para, em momento futuro, aplicá-las na gestão de políticas públicas correlatas ao acesso à água potável.

Essa iniciativa demonstra que é necessário convergir às ações de Estado, das Instituições de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e da Iniciativa Privada no intuito de obter os melhores resultados com foco nos programas de acesso à água potável. Assim, não basta desenvolver as melhores tecnologias, é necessário mobilizar a sociedade e envolver os diversos setores em âmbito regional e local para juntos encontrarem a melhor forma de proporcionar a disponibilização abundante de água potável para população.

³¹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

³² CAVALCANTE, Irna. *Contrato da usina de dessalinização é de R\$ 3 bilhões*. 2019. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/economia/2019/02/30680-contrato-da-usina-de-dessalinizacao-e-de-r--3-bilhoes.html>. Acesso em: 13 jan. 2020.

³³ PONTES, C. A. A.; SCHRAMM, F. R. I. Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 1319-1327, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n5/26.pdf>. Acesso em: 6 out. 2019.

3 A tecnologia da dessalinização: abundância ou escassez

A importância da água para a manutenção da vida e de todas as espécies do planeta é indiscutível. Basta lembrar que esse recurso natural cobre, aproximadamente, 70% da superfície terrestre, dos quais apenas 3% desse volume corresponde à água doce. Contudo, do total de água disponível no planeta, 97% corresponde à água salgada, 2%, água doce congelada e temos, apenas, 1% de água doce disponível para os mais diversos consumos³⁴.

Segundo a Organização Mundial da Saúde³⁵, a quantidade de água por pessoa por dia é de, aproximadamente, 50 litros, de forma a garantir o suprimento das necessidades mais básicas, mantendo-se em patamar de baixo riscos para a saúde pública. Considerando-se que a população mundial girava em torno de 7,7 bilhões, em 2018, e deverá chegar, aproximadamente, ao total de 11 bilhões, em 2100, segundo dados publicados pela ONU, a quantidade de água existente no planeta não será suficiente para a sobrevivência da humanidade³⁶.

Dados do Relatório das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos³⁷, de 2019, já demonstram que mais de 2 bilhões de pessoas vivem em países que sofrem de grave escassez de água, e cerca de 4 bilhões de pessoas sofrem de grave escassez de água por, pelo menos, um mês por ano. Se a população mundial, em 2019, gira em torno de 8 bilhões, esses valores representam, respectivamente, 25% (um quarto) e 50% (metade) do universo. Dessa forma, em 2100, o crescimento exponencial da população, aliado à diminuição da disponibilidade de água e a crescente poluição das fontes potáveis de água, provocará um colapso dos recursos hídricos disponíveis, se não ocorrer uma mudança radical, com grande dose de inovação para que toda população tenha acesso à água.

Diamandis e Kotler³⁸ afirmam que a escassez é um problema mundial desde que a vida surgiu no planeta e o crescimento exponencial da população ocasionará um colapso na vida terrestre se não forem ampliados os recursos consumidos pela população. Apesar dos indicadores de escassez, os autores acreditam que a abundância está ao alcance de todos se tecnologias forem usadas para desenvolver novas formas de obtenção de alimentos, energia, água, saúde etc.

Os autores³⁹ enfatizam que todos os fatores que proporcionarão abundância para a humanidade estão afetados pela temática hidrológica. Pesquisas apresentadas pelos autores demonstram que a educação é prejudicada em virtude dos dias de aulas perdidos decorrentes de doenças relacionadas à água; a tecnologia, que pode proporcionar abundância de informação, depende da água para se desenvolver, assim como a energia requer água em todas as etapas de sua cadeia de produção. Demonstra-se que a escassez de água provoca guerras e há dados que comprovam que na África os conflitos diminuem quando as chuvas aumentam. Além disso, 3,5 milhões de pessoas morrem por anos em virtude de doenças ligadas à água.

Nada obstante, segundo a Teoria de Diamandis e Kotler⁴⁰, o avanço da tecnologia será capaz de trans-

³⁴ A ÁGUA no planeta. *Só Biologia* [site], 2008. Disponível em: <https://www.sobiologia.com.br/conteudos/Agua/>. Acesso em: 30 maio 2019.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Informe Mundial de Nações Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019*: no dejara nadie atrás. 2019. p.37. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367304> Acesso em 30 maio 2019.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *População mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/> Acesso em: 9 jan. 2019.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2019*: não deixar ninguém para trás, fatos e dados. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367276_por?posInSet=2&queryId=fa5e9bfb-2f91-44ad-8dab-065598a7cadf. Acesso em: 9 jan. 2020.

³⁸ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

³⁹ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

⁴⁰ DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

formar a escassez em abundância e o aumento da velocidade dessas mudanças atingirá um novo nível em 25 anos. Portanto, disponibilizar água consumível é a única forma de preservar e manter vivo o planeta terra, já que todos os aspectos da vida do planeta têm relação com a água. A água é necessária para viver, para plantar, para comer, para limpar e produzir. O mercado dispõe de diversas soluções tecnológicas para purificar a água e, entre as opções existentes, a dessalinização da água do mar e da água altamente salobra é uma das mais viáveis economicamente para atender, principalmente, às necessidades domésticas e industriais. “O tratamento da água através da dessalinização permite o acesso em abundância a água própria para consumo e permite um crescimento econômico e social da região”⁴¹.

Segundo informações disponíveis na Bluevision⁴², até o fim de 2018 existiam mais de 20 mil usinas de dessalinização espalhadas pelo mundo. A produção total diária de água tratada de todas essas usinas era de, aproximadamente, 105 milhões de metros cúbicos de água, o que corresponde a 105 bilhões de litros de água. Essa quantidade de água utilizável é capaz de suprir as necessidades de 950 milhões de pessoas diariamente, tanto para consumo humano, como para utilização na agricultura, indústria etc. Estima-se que a produção de água potável por esse método cresça cerca de 9% ao ano até 2022.

Pesquisas realizadas, em 2019, por Jones *et al.*⁴³, indicam que existem 15.906 usinas de dessalinização operacionais que produzem cerca de 95 milhões de m³/dia de água dessalinizada para uso humano. A vantagem dessa tecnologia de dessalinização é poder fornecer água potável em áreas onde não há qualquer fonte de água, como a Ilha de Curaçao, Caribe, onde não existe nenhum rio ou lago e, desde 1928, a população utiliza da dessalinização para obter quase toda a água potável da ilha⁴⁴.

Outro exemplo é a Arábia Saudita que, com uma população estimada de cerca de 25 milhões de pessoas, crescimento populacional anual de 3% e com uma área de 2,15 milhões de metros quadrados, tem o maior mercado de dessalinização do mundo e obtém 70%⁴⁵ de sua água doce por meio da dessalinização⁴⁶. Mesmo em países onde a água doce é abundante, as usinas de dessalinização podem fornecer água para áreas mais secas ou em épocas de seca. Os Estados Unidos, por exemplo, usam 6,5% do suprimento mundial de água dessalinizada. Verifica-se que, por meio da tecnologia da dessalinização, é possível tornar a água um recurso abundante para a população terrestre. Contudo, o processo de dessalinização envolve uma série de fatores que podem causar dano ao meio ambiente, que vai desde a fase da construção da usina de dessalinização, perpassa pela própria captação da água, chegando ao produto que resulta em água potável e água salobra contendo, além do próprio sal, diversos produtos químicos.

Segundo Gaio⁴⁷, os impactos estão relacionados à: fase de construção, fase de operação e manutenção

⁴¹ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

⁴² BLUEVISION BRASKEM. *Dessalinização da água é a melhor resposta para a crise hídrica?* 2019. Disponível em: <https://bluevision-braskem.com/inovacao/dessalinizacao-da-agua-e-a-melhor-resposta-para-a-crise-hidrica/> Acesso em: 31 maio 2019.

⁴³ JONES, Edward *et al.* The state of desalination and brine production: a global outlook. *Science of the Total Environment*. v. 657, p. 1343–1356, mar. 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969718349167?via%3Dihub> Acesso em: 31 maio 2019.

⁴⁴ ILHA no mar do caribe sem rios ou lagos usa água do mar dessalinizada. *G1 Globo*, abr. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/04/ilha-no-mar-do-caribe-sem-rios-ou-lagos-usa-agua-do-mar-dessalinizada.html> Acesso em: 13 jan. 2020.

⁴⁵ ARAIA, Eduardo. Dessalinização: você ainda vai beber dessa água. *Planeta*, n. 455, ago. 2010. Disponível em: <https://www.revistaplaneta.com.br/dessalinizacao-voce-ainda-vai-beber-dessa-agua/>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁴⁶ BAHLAS apud GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

⁴⁷ MILLER *et al.* apud GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

e fatores socioeconômicos. Os aspectos negativos relacionados aos fatores socioeconômicos referem-se à sensação de acessibilidade fácil da água, dando a sensação de que há disponibilidade imediata e farta da água, o que pode provocar um uso incorreto desse recurso. Já os impactos da fase de construção provêm das obras civis que envolvem alterações no solo, devido ao uso de máquinas pesadas, construção de infraestruturas de apoio, como estrada, linha de energia etc.

Na fase de operação e manutenção, os impactos envolvem a captação da água, descarga dos produtos químicos e de concentração e o uso de energia e qualidade do ar. Miller, citado por Gaio⁴⁸, assevera que, no caso da captação de águas marinhas,

Um dos principais problemas na captação de água de zonas costeiras é o arrastamento, colisão e aprisionamento de organismos aquáticos para além de sólidos em suspensão [...] este processo tem um potencial impacto na fauna e na flora marinha da zona.

Já no caso de águas oriundas de aquíferos ou poços, não há problemas relacionados a estes, mas sim à sustentabilidade física e qualidade desses recursos, deve-se avaliar o recurso hídrico e analisar a quantidade de água que pode ser dessalinizada assegurando a sustentabilidade e renovação desse recurso⁴⁹.

Outro problema relacionado à fase de operação e manutenção decorre da necessidade de utilização de energia para funcionamento do sistema. A fonte de energia pode ser de diversas formas, rede local, existem aqueles que produzem sua própria energia, mas o maior impacto ambiental é quando se utiliza energia proveniente da queima de combustíveis fósseis. Nesse sistema há emissão de gases que poluem a atmosfera, o que causa grande impacto ambiental. A mitigação desse problema pode se dar, por exemplo, por meio da substituição da energia convencional por energia renovável⁵⁰.

Porém, o maior impacto ambiental do processo de dessalinização decorre das descargas de produtos químicos e de concentrados, relacionados à fase de operação. Conforme supracitado, mediante osmose reversa se tem a água dessalinizada como produto, mas também um subproduto, ou seja, o rejeito. Nesse processo, a cada dois mil litros de água salobra que entram no sistema, produzem-se mil litros de água potável e outros mil litros de água muito salgada (salmora), que é o rejeito⁵¹. A salmoura é um líquido com altíssima concentração de sais, além de produtos químicos decorrentes da dessalinização, que provocam grande impacto ambiental.

A água é a essência da vida. A água potável e o saneamento são reconhecidos como direitos humanos básicos, uma vez que são essenciais para sustentar meios de subsistência saudáveis e são fundamentais para manter a dignidade de todos os seres humanos.⁵²

Os direitos humanos à água e ao saneamento estão inextricavelmente ligados à gestão dos recursos hídricos e ao meio ambiente como um todo. Alicerçada nessa ideia, a Agenda 2030 da ONU tem como compromisso “não deixar ninguém para trás” e está centrada no Desenvolvimento Sustentável, que visa

⁴⁸ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade económica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

⁴⁹ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade económica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

⁵⁰ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade económica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

⁵¹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Informe Mundial de Nações Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: no dejara nadie atrás*. 2019. p.37. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367304> Acesso em 30 maio 2019.

permitir que todas as pessoas em todos os países se beneficiem do desenvolvimento socioeconômico e alcancem a plena realização dos direitos humanos, sem discriminação com base em gênero, idade, raça, idioma, religião, opiniões políticas (ou outras), origem nacional ou social, propriedade, deficiência, status de residência (incluindo cidadania, residência, imigração, refugiado, apatridia etc.) ou qualquer outro estado social, econômico ou político

Assim, apesar de a dessalinização estar associada à abundância, também está vinculada a impactos ambientais negativos. O desafio, portanto, é conciliar o benefício proporcionado por essa tecnologia com o impacto do descarte dos subprodutos produzido que podem danificar o meio ambiente e tornar escassos outros recursos ambientais como o solo para agricultura, o oxigênio na água do mar, dentre outros.

Estudos feitos por Jones *et al.*⁵³ revelam que, atualmente, a produção de salmoura gira em torno de 142 milhões de m³/dia, uma quantidade, aproximadamente, 50% maior que as quantificações anteriores. Segundo as pesquisas realizadas pelos autores, a produção de salmoura na Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Kuwait e Catar correspondem a 55% do total da participação global.

Em geral, nos países desenvolvidos, o rejeito está sendo transportado para os oceanos ou injetados em poços de grande profundidade; todavia, outras alternativas estão sendo estudadas, como: bacias de evaporação, redução de volume do rejeito por plantas aquáticas, bacias de percolação e irrigação de plantas halófitas^{54 55}.

Em declaração à revista da Agência EFE, edição Brasil, o doutor Manzoor Qadir, vice-diretor do UNU-INWEH, afirmou que “é necessário transformar um problema ambiental em uma oportunidade econômica. Isto é particularmente importante em países que produzem grandes quantidades de salmoura, como Arábia Saudita, EAU, Kuwait e Qatar”⁵⁶. Dessa forma, com base na necessidade de utilizar a tecnologia em prol da abundância, deve-se procurar estratégias de manejo da salmoura para diminuir os impactos ambientais e reduzir o custo econômico do descarte, de forma a estimular a ampliação nas instalações de mecanismos de dessalinização das águas salgadas e salobras para proteger o abastecimento de água para as atuais e futuras gerações.

Há estudos que demonstram que o manejo da salmoura, apesar de tecnicamente difícil, é economicamente rentável. A utilização da água do rejeito da dessalinização tem como principal enfoque a redução dos riscos ambientais. Dentre as utilizações que se comprovou a utilização viável dos rejeitos da dessalinização, pode-se citar: uso para produção de alimentos como na criação de tilápia e camarão, na agricultura para irrigação de plantas tolerantes à salinidade e geração de eletricidade.

O vice-diretor do UNU-INWEH destacou que, por exemplo, a salmoura já foi utilizada em aquicultura para aumentar a biomassa de peixes em até 300%, e para cultivar o suplemento alimentar espirulina, que é produzido a partir de algas azuis⁵⁷. Amorim *et al.*, citado por Soares *et al.*⁵⁸, afirmam que na Califórnia há

⁵³ JONES, Edward *et al.* The state of desalination and brine production: a global outlook. *Science of the Total Environment*. v. 657, p. 1343–1356, mar. 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969718349167?via%3Dihub> Acesso em: 31 maio 2019.

⁵⁴ PORTO, Everaldo Rocha; BRITO, Luiza Teixeira de Lima; SOARES, José Monteiro. Influência no solo da salinidade do rejeito da dessalinização usado para irrigação. In: EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. Embrapa Semiárido. [S.l.]: [S.n.], 2004. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/154247/influencia-no-solo-da-salinidade-do-rejeito-da-dessalinizacao-usado-para-irrigacao>. Acesso em: 27 maio 2019.

⁵⁵ SOARES, Tales M. *et al.* Destinação de águas residuárias provenientes do processo de dessalinização por osmose reversa. *Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental*, v. 10, n. 3, p. 730–737, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbeaa/v10n3/v10n3a28.pdf> Acesso em: 25 maio 2019.

⁵⁶ AGÊNCIA EFE. *Estudo adverte para ameaça ambiental de usinas de dessalinização de água*. 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/patrocinada/estudo-adverte-para-amea-a-ambiental-de-usinas-dessaliniza-o-agua/50000251-3866809>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁵⁷ AGÊNCIA EFE. *Estudo adverte para ameaça ambiental de usinas de dessalinização de água*. 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/patrocinada/estudo-adverte-para-amea-a-ambiental-de-usinas-dessaliniza-o-agua/50000251-3866809>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁵⁸ SOARES, Tales M. *et al.* Destinação de águas residuárias provenientes do processo de dessalinização por osmose reversa. *Revista*

pesquisas para analisar o uso de rejeito em sistemas construídos para serem o habitat de pássaros, peixes e plantas. Águas hipersalinas (> 40.000 mg L⁻¹) são usadas para irrigar, com sucesso, plantas halófitas, segundo Glenn *et al.*, citado por Soares *et al.*⁵⁹. Dados comprovam que a irrigação com água salgada pode desenvolver agricultura de plantas halófitas, em especial a *Atriplex nummularia*, de 50 milhões de hectares.

O jornal Estadão divulgou, em outubro de 2003, que pesquisas realizadas pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA, na busca por uma utilização adequada para os rejeitos do processo de dessalinização, desenvolveram um sistema integrado de produção de peixes e caprinos. Nesse processo, utilizaram a erva sal (*Atriplex nummularia*), planta originária da Austrália, que é uma planta halófitas⁶⁰ e foi introduzida no sertão nordestino na década de 30 como forrageira, por sua resistência à seca. Esta planta chega a um teor de proteína de até 24%, semelhante à alfafa, uma das melhores forrageiras para o gado. Como resultado da pesquisa, obteve-se que o rejeito de um dessalinizador abastece dois tanques de peixes de 330 m³, cada, que irrigam um hectare de erva-sal, que por sua vez alimenta de 60 a 80 caprinos. Além disso, a erva-sal, ainda, pode ser armazenada como feno, alimentando os caprinos em plena época seca.

Percebe-se, portanto, que, apesar do grande dano ambiental decorrente do processo de dessalinização, há meios de mitigar o impacto ambiental, transformando os rejeitos resultantes da dessalinização em fontes de recursos para agricultura e pecuária, e tornando rentáveis o produto que seria descartado, causando dano ambiental. Contudo, apesar de demonstrado que o produto que causa dano ambiental pode se tornar uma fonte econômica rentável, ainda há sistemas de dessalinização que descarta o rejeito no meio ambiente sem qualquer critério. Para tanto, faz-se necessário que os agentes de controle interno e externo realizem fiscalizações nas usinas de dessalinização no sentido de garantir a correta destinação dos dejetos.

O Tribunal de Contas da União – TCU, por meio de Auditoria de Natureza Operacional realizado, em 2000, no Programa Implantação de Dessalinizadores de Água em Poços Tubulares no Semiárido Nordeste, constatou que, na maioria dos locais examinados, o rejeito estava apenas sendo jogado no solo, sem qualquer tratamento ou utilização. Verificou que os efeitos da salinização do solo ocorriam em médio e longo prazo, provocando a esterilização das terras e a salinização dos mananciais de água, situação que poderia levar à desertificação da região em longo prazo⁶¹.

Contudo, nos locais onde o TCU constatou a utilização do rejeito para criação de peixe, mesmo que de forma improvisada, bem como onde a água era dada para o gado beber, os resultados se mostravam positivos. Verificou-se, ainda, que em regiões onde o rejeito foi utilizado para irrigar, o capim estava mais verde e as frutíferas irrigadas com esse produto produziam bons frutos. A constatação final da auditoria apontou pela necessidade de realizar a disseminação das técnicas de reaproveitamento do rejeito em todas as localidades onde existiam dessalinizadores, para que elas fossem implementadas, diminuindo o impacto do rejeito sobre o solo e proporcionando o aproveitamento econômico do material⁶².

Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental, v. 10, n. 3, p. 730–737, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbeaa/v10n3/v10n3a28.pdf> Acesso em: 25 maio 2019.

⁵⁹ SOARES, Tales M. *et al.* Destinação de águas residuárias provenientes do processo de dessalinização por osmose reversa. *Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental*, v. 10, n. 3, p. 730–737, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbeaa/v10n3/v10n3a28.pdf> Acesso em: 25 maio 2019.

⁶⁰ São plantas que suportam viver em locais de alta concentração de sal no solo e que acumulam significativas quantidades em seus tecidos, sem sofrer nenhum tipo de dano. Essas plantas absorvem, entre outros sais, o cloreto de sódio em altas taxas, acumulando-o em suas folhas, ao mesmo tempo em que realizam a extração dos íons tóxicos presentes no solo e aumentam a concentração de cálcio no solo. ALVES, Ananda Crisóstomo; BONILLA, Oriol Herrera; CHAVES, Bruno Edson. *Potencialidade das plantas halófitas*. 2015. Disponível em: <http://www.oestadoce.com.br/cadernos/oev/potencialidades-das-plantas-halofitas>. Acesso em: 01 jun. 2019.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. *Processo nº 014.990/2000-9*. Número da ata 17/2001 – Plenário. Relator: Valmir Campelo, 02 de maio de 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1499020009.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520?uuiid=283f8d70-3a5b-11ea-af2e-87077d8c6d21> Acesso em: 01 jun. 2019.

⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. *Processo nº 014.990/2000-9*. Número da ata 17/2001 – Plenário. Relator: Valmir Campelo, 02 de maio de 2001. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1499020009.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520>

Em 2009, o Tribunal de Contas da União – TCU, em uma auditoria operacional sobre políticas públicas e mudanças climáticas, identificou o Programa como uma iniciativa a ser ampliada, pelo amplo e destacado viés de melhorias da qualidade de vida da população da região do Semiárido. Contudo, já se passaram 10 anos desse procedimento e não se evidenciou, durante a realização desses estudos, nenhum outro processo de fiscalização por parte desse órgão de controle e nem pelos órgãos estaduais ou municipais de controle interno e externos. Dessa forma, não foi possível dimensionar o impacto que o descarte do rejeito está provocando nas regiões onde estão instalados equipamentos de dessalinização no Brasil, o que é preocupante e evidencia a necessidade de atuação dos órgãos de controle e de envolvimento da sociedade no combate aos danos ambientais.

Assim, no caso do Ceará, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE) estabeleceu competência para a Gerência de Fiscalização de Obras de Engenharia e Meio Ambiente para realizar auditorias e inspeções relacionadas à gestão ambiental. Nesse sentido, faz-se necessária a atuação efetiva desse órgão de controle externo, com a finalidade de fiscalizar as 239 usinas de dessalinização já instaladas e em funcionamento no Ceará, no que diz respeito à correta destinação do rejeito da dessalinização, sob pena de estarmos usando a tecnologia em desfavor do meio ambiente em contraponto do seu uso em benefício da saúde.

4 Custos, benefícios e danos ao meio ambiente

O alto custo da produção da água dessalinizada vem diminuindo com os avanços tecnológicos e com o aumento da quantidade de equipamentos instalados no mundo. Santos⁶³ afirma que, enquanto o custo de dessalinização por osmose reversa está diminuindo, o de produção de água convencional está aumentando em virtude da crescente poluição e do difícil acesso à água. A EOS Organização e Sistemas Ltda.⁶⁴ divulgou que o valor estimado do m³ de água dessalinizada nos Estados Unidos, por osmose reversa, varia entre US\$ 0,75 a US\$ 1,50.

Em relação às técnicas existentes para o processo de retirada do sal da água, a osmose reversa é a mais econômica, segundo estudos técnicos e econômicos realizados na região semiárida mexicana. Esse fato é decorrente das novas tecnologias que permitem menor custo de energia e utilização de membrana mais moderna e econômica. Os estudos apontam que os valores chegam a US\$ 0,32/m³ de água tratada a partir de água salobra. Contudo, o investimento inicial, ainda, é alto em virtude de necessitar de pessoal capacitado e dos gastos para manutenção das membranas⁶⁵.

Estudos realizados no sertão nordestino apontam que o custo médio para instalação de dessalinizadores é de R\$ 278 mil por unidade, enquanto o valor anual de manutenção do equipamento é de aproximadamente R\$ 18 mil. Ressalte-se que cada equipamento produz 4 m³ de água tratada, quantidade suficiente para atender 400 pessoas⁶⁶.

?uuid=283f8d70-3a5b-11ea-af2e-87077d8c6d21 Acesso em: 01 jun. 2019.

⁶³ SANTOS, Aristides Antônio Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁶⁴ EOS Organização e Sistemas Ltda é uma empresa especializada em desenvolvimento de software de gestão, que atua nos segmentos de Saneamento Básico e Meio Ambiente. In: EOS. Os custos da dessalinização da água. EOS [blog], Postado em: 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.eosconsultores.com.br/os-custos-da-dessalinizacao-da-agua/>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁶⁵ DIAZ; GONZÁLEZ apud PORTO, Everaldo Rocha *et al.* *Influência no solo da salinidade do rejeito da dessalinização usado para irrigação*. 2004. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/154247/influencia-no-solo-da-salinidade-do-rejeito-da-dessalinizacao-usado-para-irrigacao>. Acesso em: 27 maio 2019.

⁶⁶ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.

Cabe destacar que o conceito de custo do valor da água dessalinizada é relativo e depende do referencial adotado. Por exemplo, para países do Médio Oriente, os conceitos de preço não são aplicáveis, em virtude da escassez de água que assola a região, assim, a dessalinização é a única maneira de garantir sustentabilidade da vida e das indústrias nesse local⁶⁷.

Para Torri⁶⁸, além do custo da energia e do preço da membrana, diversos outros fatores influenciam o valor da água tratada por meio desse processo, tais como: tamanho e tipo de planta de dessalinização, fonte e qualidade da água de alimentação, necessidade ou não de pré-tratamento, automação e controle do sistema, localização do equipamento, condições do lugar, qualidade do laboratório e vida útil do equipamento. Segundo Gaio⁶⁹, o avanço tecnológico permitiu uma diminuição do consumo de energia utilizada no sistema de osmose inversa de 3 kWh/m³, em 2000, para 2 kWh/m³ em 2010. O gasto energético desse processo chega a 4 quilowatts-hora (kWh) por m³ de água purificada.

No estudo sobre dessalinização realizado por Santos⁷⁰, por ocasião de sua dissertação de mestrado que tratou do tema, o mestre em engenharia civil concluiu que, nas duas últimas décadas, a redução dos custos no processo de dessalinização por osmose reversa decorreu dos avanços tecnológicos, especialmente devido à significativa melhora no desempenho da membrana Seawater Reverse Osmosis (SWRO) utilizada no processo e a redução do preço desse produto, bem como no progresso da capacidade de recuperação da energia. Segundo Ghaffour⁷¹, “o custo da água dessalinizada atinge valores inferiores a 0,5 US\$/m³ para instalações de SWRO de grande capacidade”.

Segundo Torri⁷², “o custo para a dessalinização da água salobra é tipicamente um terço do custo para dessalinizar água do mar”. Em comparação à dessalinização de água salobra, cujo custo é de 0,32 US\$/m³, esse valor, ainda, é alto e está estimado em 1,50 US\$/m³. Contudo, levando em consideração que, nos dias de hoje, os sistemas de tratamento convencionais produzem água ao custo total de 0,50 US\$/m³, o valor do tratamento de águas salobras ou marítimas mostra-se viável para resolver o problema da escassez de água no mundo⁷³.

pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

⁶⁷ SANTOS, Aristides António Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁶⁸ TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

⁶⁹ GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. 90f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf. Acesso em: 26 maio 2019.

⁷⁰ SANTOS, Aristides António Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁷¹ GHAFfour apud SANTOS, Aristides António Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁷² TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

⁷³ MOLINA, Verónica García; CASANAS, Antonio apud GOUVEA, Carlos Alberto Klimeck; BERRETTA-HURTADO, Ana Lucia; BORZIO, Rivelino; FOLLETTTO, Marchiel Augusto. Uso de água tratada por osmose reversa para a Geração de vapor em indústria de tabaco. *Revista Produção Online*, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 522-536, jun. 2012. ISSN 16761901. Disponível em: <https://www.producaoonline.org.br/rpo/article/view/941>. Acesso em: 25 mai. 2019. doi:<https://doi.org/10.14488/1676-1901.v12i2.941>.

Ghaffour⁷⁴ apresenta os custos comparativos entre os processos de dessalinização por osmose reversa para água do mar e para água salobra, onde fica claro que transformar água salobra em potável tem custo bem inferior comparado ao tratamento da água do mar, conforme apresentado no quadro abaixo:

Quadro 2 – consumo de energia e custo de água dessalinizada em grande escala

Processo de dessalinização	Energia Elétrica (Kwh/m ³)	Custo Investimento (U\$S/m ³ /dia)	Custo Total da Água (U\$S/m ³ /dia)
Água do mar	3 – 4	900 – 2500	0,5 – 1,2
Água salobra	0,5 – 2,5	300 – 1200	0,2 – 0,4

Fonte: Ghaffour⁷⁵.

No Ceará, o “Programa Água Doce tem como meta a implantação, recuperação e gestão de 277 sistemas de dessalinização, o que beneficiará cerca de 100 mil pessoas, com investimentos no valor de R\$ 47.087.618,07”⁷⁶.

As principais vantagens referentes à utilização do processo de osmose reversa para dessalinização de água do mar destinados ao abastecimento são: aumento da oferta hídrica, diminuição da demanda dos reservatórios de água e produção de água com qualidade superior ao produzido em sistemas convencionais de tratamento de água⁷⁷.

A técnica de dessalinização da água pode ser considerada como benéfica para a saúde, quando se tem a noção de que a água obtida por meio desse sistema é a única fonte segura para a continuidade do fornecimento de água potável em comunidades que vivem em regiões desérticas, assoladas pela seca ou cujas águas existentes são salobras. Nesses locais, além da água potável, o rejeito é utilizado para a irrigação de plantas, a criação de peixes e a dessedentação animal, contribuindo para o desenvolvimento da atividade produtiva da região. Nessas comunidades, o processo de dessalinização da água com a utilização sustentável do rejeito promove o benefício social com a ocorrência de sustentabilidade sob as perspectivas ambiental e econômica, o que oportunizará autonomia e liberdade para o desenvolvimento da população, contribuindo, conseqüentemente, para a saúde⁷⁸.

Andrade⁷⁹ assevera, apoiado na fala do cientista de alimentos Ângelo Paggi Matos, do Departamento de Ciência e Tecnologia de Alimentos, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que 2 mil litros de

⁷⁴ GHAFfour apud SANTOS, Aristides Antônio Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁷⁵ GHAFfour apud SANTOS, Aristides Antônio Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

⁷⁶ CEARÁ. Secretaria dos Recursos Hídricos. *Programa água doce*. SRH entrega sistemas de dessalinização na zona rural de Caridade. 2018. Disponível em: <https://www.srh.ce.gov.br/programa-agua-doce-srh-entrega-sistemas-de-dessalinizacao-na-zona-rural-de-caridade/> Acesso em: 28 maio 2019.

⁷⁷ BARROS, Natanael. *Dessalinização da água do mar e a crise hídrica no Ceará*. 2016. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/pode-dessaliniza%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1gua-do-mar-ser-solu%C3%A7%C3%A3o-para-crise-barros>. Acesso em: 31 maio 2019.

⁷⁸ PINHEIRO, L. G. *et al.* Avaliação da sustentabilidade do processo de dessalinização de água no semiárido potiguar: estudo da comunidade Caatinga Grande. *Revista Sociedade & Natureza*, v. 30, n. 1, p. 132-157, jul. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14393/SN-v30n1-2018-6-X> Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadennatureza/article/view/37175> Acesso em 16 jun. 2020.

⁷⁹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

água salobra dessalinizadas produzem mil litros de água potável e mil litros de água salgada, que é o rejeito. Por isto, o pesquisador é peremptório na sua afirmação de que o descarte é um dos problemas associados à dessalinização no país.

Importa observar que o meio ambiente está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um dos direitos de terceira geração, caracterizada por sua indisponibilidade, de modo que deve este ser garantido pelo Estado, assegurando aos cidadãos o gozo do meio ambiente sustentável e protegido. Nesse sentido, é necessário assegurar que a tecnologia utilizada para dessalinização da água mantenha o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No sistema de dessalinização por meio de osmose reversa, além do produto obtido de água limpa e potável, há a produção do rejeito, que é uma água residuária do processo e que tem concentração iônica majorada. Nesse processo, 25% do total da água é considerada rejeito, sendo os outros 75% da água (já dessalinizada) utilizada para consumo⁸⁰.

Soares *et. al*⁸¹ afirmam que, apesar de essa tecnologia oferecer o bem-estar das populações pobres do Nordeste, proporcionando o desenvolvimento da região, deve-se ponderar pela dualidade do benefício da dessalinização por osmose reversa, tendo em vista o potencial de contaminação da água residuária gerada. Quando a dessalinização é da água do mar, o rejeito, ou concentrado salino, é devolvido ao oceano. No caso das unidades que purificam as águas salobras do semiárido, o descarte inadequado do rejeito compromete a qualidade do solo, tornando-o improdutivo, caso não seja tratado antes⁸².

Não há dúvida de que a água é um insumo fundamental para o desenvolvimento. Contudo, o processo de purificação ocasiona risco à natureza em decorrência das etapas que envolvem a geração do rejeito decorrente do processo. A utilização indevida do rejeito ou seu despejo inadequado acarreta impactos negativos ao meio ambiente. Estudos apontam que, em quase todos os sistemas de dessalinização, os rejeitos são despejados no solo sem qualquer tipo de cuidado, modificando a estrutura do terreno e gerando erosão. Além disso, a alta concentração de sais causa aumento do potencial osmótico e provoca a retenção de água no solo. Dependendo do nível de salinidade, as plantas perdem água e sofrem com a toxicidade causada pela concentração salina, na medida em que íons cloreto, sódio, boro e nitrato prejudicam o desenvolvimento e desordens fisiológicas em algumas espécies vegetais. Tais fatores favorecem a aceleração do processo de desertificação e reduz a produtividade das plantas submetidas à alta concentração salina⁸³.

Os rejeitos descartados nas águas do mar também causam dano ambiental. Conforme divulgado em janeiro de 2019, pela revista da Agência EFE, estudo realizado pelo *Institute for Water, Environment and Health* – UNU-INWEH⁸⁴ em parceria com pesquisadores da Universidade de *Wageningen* (Holanda) e do Instituto

⁸⁰ RODRIGUES, Alyson da Luz Pereira *et al*. Proposta de recuperação da água proveniente do processo de dessalinização por osmose reversa: um estudo de caso em uma indústria de papel e celulose. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO – ENEGEP, 26., João Pessoa, 2016. *Anais* [...]. João Pessoa: ABEPRO, 2016. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/TN_STP_234_366_29996.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

⁸¹ SOARES, Tales M. *et al*. Destinação de águas residuárias provenientes do processo de dessalinização por osmose reversa. *Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental*, v. 10, n. 3, p. 730–737, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbeaa/v10n3/v10n3a28.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

⁸² ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

⁸³ BEZERRA, Vanessa Rosales *et al*. Reutilização de rejeito de dessalinização na Paraíba. *Revista MIX Sustentável*, v. 5, n. 1, p. 105–116, mar-jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.29183/2447-3073.MIX2019.v5.n1.105-116>. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/mixsustentavel>. Acesso em: 18 jun. 2020.

⁸⁴ O *Institute for Water, Environment and Health* – UNU-INWEH atua como o “*Think Tank* da ONU na Água” e contribui para a resolução do desafio global da água através de um programa único de pesquisa aplicada e educação. Ele concebe, desenvolve e gerencia iniciativas hídricas que ajudam os países em desenvolvimento a construir sua capacidade de melhorias duradouras na saúde humana e dos ecossistemas e na redução geral da pobreza. UNITED NATIONS UNIVERSITY. *Who we are*. 2019. Disponível em: <https://inweh.unu.edu/who-we-are/>. Acesso em: 28 maio 2019.

Gwangju de Ciência e Tecnologia (Coreia do Sul), as mais de 16 mil usinas de dessalinização de água que funcionam no mundo produzem 142 milhões de metros cúbicos de salmoura por dia, quantidade que representa 50% a mais que a quantia estimada em estudo anterior⁸⁵. Segundo o estudo, essa quantia de salmoura é suficiente para cobrir o estado da Flórida com 30,5 centímetros de espessura desse rejeito.

Segundo Qadir⁸⁶, um dos autores do estudo realizado e vice-diretor do UNU-INWEH, “o impacto potencial da salmoura é muito grande. Ela aumenta a temperatura da água do mar e reduz sua quantidade de oxigênio na mesma, o que causa graves danos à vida aquática”. O referido autor afirmou, ainda, que, além desse dano, a salmoura provoca outros impactos negativos ao meio ambiente marítimo, quais sejam: o aumento da temperatura da água do mar; a redução da quantidade de oxigênio; e a eliminação de muitos animais marítimos no processo de captação da água do mar, os quais são apanhados nas redes para evitar que sejam sugados pelas bombas de sucção.

Contudo, há regras para se realizar o descarte de efluentes no meio ambiente, as quais se obedecidas podem eliminar ou minimizar os impactos ambientais. No Brasil, a Resolução CONAMA n.º 430, de 13 de maio de 2011, regulamenta as condições padrões para lançamento de efluentes no meio ambiente. Nesse sentido, o art. 16 do referido normativo estabelece parâmetros admissíveis de temperatura, PH e matérias sedimentáveis existentes na água para que possa ser lançada diretamente no corpo receptor. Assim, para que a ampla disponibilidade de água seja uma realidade no mundo e possa contribuir para um ambiente de abundância, é necessário que os responsáveis pelo descarte dos rejeitos cumpram a legislação vigente, bem como haja efetividade para a fiscalização dos órgãos de controle.

5 Considerações finais

A importância da água para a sobrevivência do planeta é incontestável, basta considerar-se que ela compõe 70% da superfície terrestre, mas, apenas, 1% é de água doce e nem sempre está apropriada para as necessidades dos homens. A adoção da tecnologia visando soluções para tornar a água potável é a solução para tornar abundante esse recurso e proporcionar uma vida de possibilidade em larga escala.

Neste artigo, estudaram-se as tecnologias disponíveis para dessalinização da água e as principais técnicas de retirada do sal da água: osmose reversa, dessalinização térmica, deionização capacitiva e óxido de grafeno. Sublinhou-se que a mais utilizada, em virtude da viabilidade técnica e econômica é a osmose reversa, substituída das seguintes variações, osmose inversa e hiperfiltração.

Constatou-se que a dessalinização da água é única forma de prover água à alguns países que não dispõe de nenhuma fonte hídrica, bem como para regiões semiáridas do Brasil e alhures, onde esse recurso é escasso e, quando extraído por meio de poços profundos, a água produzida é salobra. Evidenciou-se que, até o fim de 2018, existiam mais de 20 mil usinas de dessalinização por osmose reversa espalhadas pelo mundo e a produção total diária de água tratada era de aproximadamente 105 bilhões de litros. Essa quantidade é capaz de suprir as necessidades de 950 milhões de pessoas diariamente, tanto para consumo humano como para utilização na agricultura, indústria etc. Há estimativas de que a produção de água potável por esse método cresça cerca de 9% ao ano até 2022.

O custo para a dessalinização da água salobra por osmose inversa é, aproximadamente, um terço do valor para dessalinizar água do mar. Enquanto o tratamento da água salobra importa, aproximadamente, 0,32

⁸⁵ AGÊNCIA EFE. *Estudo adverte para ameaça ambiental de usinas de dessalinização de água*. 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/patrocinada/estudo-adverte-para-amea-a-ambiental-de-usinas-dessaliniza-o-agua/50000251-3866809>. Acesso em: 28 maio 2019.

⁸⁶ AGÊNCIA EFE. *Estudo adverte para ameaça ambiental de usinas de dessalinização de água*. 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/patrocinada/estudo-adverte-para-amea-a-ambiental-de-usinas-dessaliniza-o-agua/50000251-3866809>. Acesso em: 28 maio 2019.

US\$/m³, a dessalinização da água do mar alcança 1,50 US\$/m³. O processo de dessalinização, ainda, é caro se comparado com o método tradicional de tratamento da água que, nos dias de hoje, produz água ao custo total de 0,50 US\$/m³. Apesar dos custos ainda elevados, o tratamento de águas salobras e marítimas mostram-se viáveis, uma vez que, essa tecnologia permitirá resolver o problema da escassez de água no mundo. Ressalte-se que o avanço tecnológico e o aumento do uso dessa tecnologia têm contribuído para diminuir os custos desse procedimento. Entretanto, ainda se trata de um procedimento pouco dispendioso se tomado como referência diversas regiões, tais como o Médio Oriente, em que a dessalinização é a única maneira de garantir a sustentabilidade da vida humana e das indústrias.

A dessalinização da água pode ser considerada benéfica para a saúde. Por meio dela, garante-se uma fonte segura de água potável em comunidades instaladas em regiões desérticas ou assoladas pela seca. O benefício à saúde também é percebido se considerado que o rejeito pode ser utilizado para a irrigação de plantas, criação de peixes e dessedentação animal, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e econômico que oportunizará autonomia, liberdade e prosperidade da população.

Outrossim, o processo de dessalinização gera, além de água potável, uma grande quantidade de rejeito. Por meio desse processo, a cada dois mil litros de água salobra que entram no sistema, obtêm-se mil litros de água potável e outros mil litros de água muito salgada (salmora), que é o rejeito. Estudos comprovam que as 16 mil usinas de dessalinização de água existentes no mundo, em 2019, produzem 142 milhões de metros cúbicos de salmoura por dia, volume esse que é suficiente para cobrir o estado da Flórida com 30,5 centímetros de espessura desse rejeito.

Assim, se o descarte do rejeito não for realizado corretamente, provocará graves danos ambientais. Dentre as lesões ocasionadas ao ecossistema, pode-se citar: erosão do solo; maior retenção de água no solo e menor disponibilidade de água para a planta; toxicidade nas plantas, decorrente da alta concentração de íons cloreto, sódio, boro e nitrato. Por outro, se descartado bruto no mar, o rejeito ocasiona aumento da temperatura da água do mar e reduz a quantidade de oxigênio, causando danos à vida aquática.

Além do dano decorrente do descarte do rejeito, há aqueles resultantes das demais etapas do processo de dessalinização. A captação da água do mar provoca a eliminação de muitos animais marítimos, os quais são capturados por meio de redes para evitar que sejam sugados pelas bombas de sucção. Há aspectos negativos relacionados aos fatores socioeconômicos decorrentes de uma falsa percepção de fartura de água que tem como consequência o consumo incorreto desse recurso.

Destarte, a tecnologia que deveria ser utilizada para proporcionar abundância pode estar causando um desserviço ao meio ambiente. Não há evidências de mudanças no cenário atual, de sorte que não se observou dados de mensuração do dano ambiental ocasionado pelos mecanismos de dessalinização existente nos diversos países em que há equipamentos instalados. No Brasil, somente em 2000, foi realizada auditoria operacional no Programa Implantação de Dessalinizadores de Água em Poços Tubulares no Semiárido Nordeste; e, em 2009, procedeu-se auditoria operacional concernente às políticas públicas e às mudanças climáticas. Contudo, já se passaram mais de dez anos desses procedimentos e nenhuma outra atuação de controle foi realizada, quer seja por parte dos órgãos de controle externo, quer seja pelos controles internos. Tanto na auditoria realizada em 2000, como na realizada em 2009, foi constatado o descarte inadequado dos rejeitos da dessalinização.

A ausência de instrumentos de mensuração dos impactos ambientais, bem como a completa falta de atuação dos órgãos de controle, interno e externo, denunciam o descaso no tratamento desse assunto, atualmente, no Brasil. Nesse sentido, é imprescindível a necessidade de atuação dos órgãos fiscalizadores do país, visando à exigência da sistematização e publicação de dados relativos ao impacto ambiental, bem como determinando o correto descarte dos dejetos da dessalinização.

Também é indispensável que a implementação de sistemas de dessalinização seja precedida por estudos de impacto ambiental que demonstrem a viabilidade técnica, econômica e sustentável do mecanismo utiliza-

do. Impõe-se, outrossim, a demonstração social dos benefícios proporcionados em contraponto aos danos causados, por meio de audiências públicas que envolvam a sociedade em todo o processo de elaboração e implementação do sistema de dessalinização.

Referências

A ÁGUA no planeta. *Só Biologia* [site], 2008. Disponível em: <https://www.sobiologia.com.br/conteudos/Agua/>. Acesso em: 30 maio 2019.

AGÊNCIA EFE. *Estudo adverte para ameaça ambiental de usinas de dessalinização de água*. 2019. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/patrocinada/estudo-adverte-para-amea-a-ambiental-de-usinas-dessaliniza-o-agua/50000251-3866809>. Acesso em: 28 maio 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Falta de água potável no mundo aparece relacionada a 80% das mortes e doenças*. 2019. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/noticias-antigas/falta-de-a-gua-potavel-no-mundo-aparece.2019-03-14.1777251782>. Acesso em: 25 maio 2019.

ALVES, Ananda Crisóstomo; BONILLA, Oriel Herrera; CHAVES, Bruno Edson. *Potencialidade das plantas halófitas*. 2015. Disponível em: <http://www.oestadoce.com.br/cadernos/oev/potencialidades-das-plantas-halofitas>. Acesso em: 01 jun. 2019.

ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Para tirar o sal da água. Ceará planeja construir primeira grande usina de dessalinização do país; novas tecnologias são pesquisadas no Brasil e no exterior para reduzir o custo do processo. *Revista pesquisa FAPESP*, n. 279, maio 2019. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2019/05/064-068_Dessaliniza%C3%A7%C3%A3o_279.pdf. Acesso em: 25 maio 2019.

ARAIÁ, Eduardo. Dessalinização: você ainda vai beber dessa água. *Planeta*, n. 455, ago. 2010. Disponível em: <https://www.revistaplaneta.com.br/dessalinizacao-voce-ainda-vai-beber-dessa-agua/>. Acesso em: 31 maio 2019.

BARROS, Natanael. *Dessalinização da água do mar e a crise hídrica no Ceará*. 2016. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/pode-dessaliniza%C3%A7%C3%A3o-da-%C3%A1gua-do-mar-ser-solu%C3%A7%C3%A3o-para-crise-barros>. Acesso em: 31 maio 2019.

BEZERRA, Vanessa Rosales *et al.* Reutilização de rejeito de dessalinização na Paraíba. *Revista MIX Sustentável*, v. 5, n. 1, p. 105-116, mar-jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.29183/2447-3073.MIX2019.v5.n1.105-116>. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/mixsustentavel> Acesso em: 18 jun. 2020.

BLUEVISION BRASKEM. *Dessalinização da água é a melhor resposta para a crise hídrica?* 2019. Disponível em: <https://bluevisionbraskem.com/inovacao/dessalinizacao-da-agua-e-a-melhor-resposta-para-a-crise-hidrica/> Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Programa Água Doce*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/agua/agua-doce>. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Programa Água Doce*. Documento base. 2012. Disponível em: https://www.mma.gov.br/images/arquivos/agua/agua_doce/2018/ANEXO_I_-_PAD_-_Documento_Base_Final_2012.pdf. Acesso em: 26 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. Dessalinizar a água é cada vez mais viável. *Em discussão*, ano 5, n. 23, dez. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/escassez-de-agua> Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. *Processo nº 014.990/2000-9*. Número da ata 17/2001 – Plenário. Relator: Valmir Campelo, 02 de maio de 2001. Disponível em: <https://pesquisa>.

apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1499020009.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%25-20desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520?uuiid=283f8d70-3a5b-11ea-af2e-87077d8c6d21 Acesso em: 01 jun. 2019.

CAVALCANTE, Irna. *Contrato da usina de dessalinização é de R\$ 3 bilhões*. 2019. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/economia/2019/02/30680-contrato-da-usina-de-dessalinizacao-e-de-r--3-bilhoes.html> Acesso em: 13 jan. 2020.

CEARÁ. *Governo do Ceará publica edital de dessalinização de água marinha para a Região Metropolitana de Fortaleza*. 2019. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2019/02/08/governo-do-ceara-publica-edital-de-dessalinizacao-de-agua-marinha-para-a-regiao-metropolitana-de-fortaleza/>. Acesso em: 26 maio 2019.

CEARÁ. Secretaria dos Recursos Hídricos. *Programa água doce*: SRH entrega sistemas de dessalinização na zona rural de Caridade. 2018. Disponível em: <https://www.srh.ce.gov.br/programa-agua-doce-srh-entrega-sistemas-de-dessalinizacao-na-zona-rural-de-caridade/> Acesso em: 28 maio 2019.

DIAMANDI, Peter H.; KOTLER, Steven. *Abundância: o futuro é melhor do que você imagina*. São Paulo: HSM, 2012.

FERRARO, Ronaldo José Silva. *Sistema de Osmose Reversa*. 2008. Monografia (Bacharelado em Engenharia Mecânica) – Universidade São Francisco, Campinas, 2008.

FILGUEIRAS, Marina. *Estações móveis de tratamento levam água potável para comunidades rurais*. Disponível em: <http://saladeimprensa.ceara.gov.br/todospelaagua/?p=27227> Acesso em: 13 jan. 2020.

GAIO, Susana Sofia Marques. *Produção de água potável por dessalinização: tecnologias, mercado e análise de viabilidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/26066/1/ulfc120740_tm_Susana_Gaio.pdf Acesso em: 26 maio 2019.

ILHA no mar do caribe sem rios ou lagos usa água do mar dessalinizada. *G1 Globo*, abr. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/04/ilha-no-mar-do-caribe-sem-rios-ou-lagos-usa-agua-do-mar-dessalinizada.html> Acesso em: 13 jan. 2020.

JONES, Edward *et al.* The state of desalination and brine production: a global outlook. *Science of the Total Environment*. v. 657, p. 1343–1356, mar. 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969718349167?via%3Dihub> Acesso em: 31 maio 2019.

MOURA, J.P. *et al.* Aplicações do processo de osmose reversa para o aproveitamento de água salobra do semi-árido nordestino. *Revista Águas Subterrâneas*, 2008. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/23343>. Acesso *Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los* em: 26 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Recursos Hídricos 2019: no dejara nadie atrás*. Paris: UNESCO, 2019. p. 41. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367304>. Acesso em: 30 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2019: não deixar ninguém para trás, fatos e dados*. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367276_por?posInSet=2&queryId=fa5e9bfb-2f91-44ad-8dab-065598a7cadf. Acesso em: 9 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: no dejara nadie atrás*. 2019. p.37. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367304> Acesso em 30 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e a água*. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>.

org/acao/agua/. Acesso em: 25 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU alerta contra impactos ambientais da dessalinização para fornecimento de água doce*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-alerta-contra-impactos-ambientais-da-dessalinizacao-para-fornecimento-de-agua-doce/> Acesso em: 25 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *População mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/> Acesso em: 9 jan. 2019.

PINHEIRO, L. G. *et al.* Avaliação da sustentabilidade do processo de dessalinização de água no semiárido potiguar: estudo da comunidade Caatinga Grande. *Revista Sociedade & Natureza*, v. 30, n. 1, p. 132-157, jul. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14393/SN-v30n1-2018-6-X> Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadnatureza/article/view/37175> Acesso em 16 jun. 2020.

PONTES, C. A. A.; SCHRAMM, F. R. I. Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 1319-1327, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n5/26.pdf>. Acesso em: 6 out. 2019.

PORTO, Everaldo Rocha *et al.* *Influência no solo da salinidade do rejeito da dessalinização usado para irrigação*. 2004. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/154247/influencia-no-solo-da-salinidade-do-rejeito-da-dessalinizacao-usado-para-irrigacao>. Acesso em: 27 maio 2019.

RODRIGUES, Alyson da Luz Pereira *et al.* Proposta de recuperação da água proveniente do processo de dessalinização por osmose reversa: um estudo de caso em uma indústria de papel e celulose. *In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO – ENEGEP*, 26., João Pessoa, 2016. *Anais [...]*. João Pessoa: ABEPRO, 2016. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/TN_STP_234_366_29996.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

SANTOS, Aristides António Monteiro. *Análise custo/benefício do processo da dessalinização da água do mar*. 2013. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil – Construções Cíveis) – Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, Leiria, 2013. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/2036/1/Aristides%20Ant%C3%B3nio%20Monteiro%20Santos.pdf> Acesso em: 29 maio 2019.

SOARES, Tales M. *et al.* Destinação de águas residuárias provenientes do processo de dessalinização por osmose reversa. *Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental*, v. 10, n. 3, p. 730–737, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbeaa/v10n3/v10n3a28.pdf> Acesso em: 25 maio 2019.

TORRI, Júlia Betina. *Dessalinização de água salobra e/ou salgada: métodos, custos e aplicações*. 2015. Monografia (Diplomação em Engenharia Química) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/127799/000970356.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 28 maio 2019.

UNITED NATIONS UNIVERSITY. *Who we are*. 2019. Disponível em: <https://inweh.unu.edu/who-we-are/> Acesso em: 28 maio 2019.

UNITED NATIONS WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME. *The United Nations World Water Development Report 2014: Water and Energy*. 2014. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1714Water%20Development%20Report%202014.pdf> Acesso em: 13 jan. 2019.

WORLD METEOROLOGICAL ORGANISATION; UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION. *International Glossary of Hydrology*. 2012. Disponível em: http://www.wmo.int/pages/prog/hwarp/publications/international_glossary/385_IGH_2012.pdf Acesso em: 25 maio 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As contratações públicas sustentáveis e a implementação da meta 12.7 dos objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS) no Brasil: avanços e retrocessos

Sustainable public procurement and implementation of goal 12.7 of sustainable development goals (SDGs) in Brazil: advances and backwards

Lucas Campos Jereissati

Álison José Maia Melo

As contratações públicas sustentáveis e a implementação da meta 12.7 dos objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS) no Brasil: avanços e retrocessos*

Sustainable public procurement and implementation of goal 12.7 of sustainable development goals (SDGs) in Brazil: advances and backwards

Lucas Campos Jereissati**

Álison José Maia Melo***

Resumo

O desenvolvimento sustentável é um paradigma internacional intensamente debatido em vários documentos e conferências. Em 2015, foi aprovada a Agenda 2030 e os 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, os quais contam com inúmeras metas de implementação. Dentre elas, a meta 12.7, referente à efetivação de compras públicas sustentáveis como forma de promover o referido tipo de desenvolvimento, pois este tipo de aquisição apresenta imenso impacto econômico, de modo a poder influenciar condutas de vários tipos de agentes. O presente trabalho analisa a situação da União Federal em face da citada meta, passando por debates acerca de desenvolvimento sustentável e contratações públicas brasileiras. Traz, portanto, os contornos brasileiros atuais deste importante instrumento de indução do desenvolvimento sustentável utilizando, para tanto, de uma revisão bibliográfica e análise documental, em um método de abordagem dedutiva. Encontrou-se que, o Brasil, em âmbito federal, apesar de possuir um bom arcabouço normativo acerca do tema em tela, ainda tem bastante dificuldade em implementar efetivamente contratações públicas sustentáveis, assim como não apresenta dados e monitoramento sólidos, o que dificultou um maior adensamento da pesquisa, devendo muito ainda ser feito para que melhor implemente a meta 12.7.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Contratações Públicas Sustentáveis. Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS). Governo federal.

Abstract

Sustainable development is an international paradigm intensely debated in various documents and conferences. In 2015, the 2030 Agenda and the 17 Sustainable Development Goals were approved, which have numerous implementation goals. Among them, Goal 12.7, referring to the realization of

* Recebido em 01/10/2020

Aprovado em 01/02/2021

** Lucas Jereissati - Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduado em Direito Processual pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Especialista em Direito Contratual pela CERS/Estácio.

E-mail: lucasjereissati@hotmail.com

*** Álison José Maia Melo - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Professor Titular de Direito Empresarial do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Ceará.

E-mail: alisson.melo@gmail.com

sustainable public purchases as a way to promote this type of development, as this type of acquisition has an immense economic impact, in order to influence the conduct of various types of agents. This work analyzes the situation of the Brazilian federal government in view of the aforementioned goal, going through debates about sustainable development and Brazilian public contracts. Therefore, it brings the current Brazilian outlines of this important instrument for inducing sustainable development using, for that, a bibliographic review and document analysis, in a deductive approach method. It was found that Brazil, at the federal level, despite having a good normative framework on the topic at hand, still has enough difficulty in effectively implementing sustainable public procurement, as well as not presenting solid data and monitoring, which hindered a greater densification of the research, much still needs to be done to better implement goal 12.7.

Keywords: Sustainable Development. Sustainable Public Procurement. Sustainable Development Goals (SDG). Brazilian federal government.

1 Introdução

Tempestades fora de época¹, mudanças climáticas², poluição atmosférica³, oceanos cheios de plásticos⁴, aumento das desigualdades sociais e da concentração de renda⁵. Certamente essas expressões fazem parte do cotidiano de qualquer pessoa que tenha acesso aos principais noticiários da mídia mundial e são uma característica marcante do Antropoceno, período definido pela intensa intervenção humana nos fluxos biológicos do planeta⁶.

Ao mesmo tempo em que a intervenção humana na natureza levou a avanços inquestionáveis, como aumento da expectativa de vida, redução da fome e cura de doenças, ela também ameaça como nunca a sobrevivência e, até mesmo, a existência de várias espécies, entre elas, a humana, pois essa interferência vem tornando inabitável várias regiões do globo, além de prejudicar inúmeros outros aspectos relacionados à interação dos seres com o ambiente⁷.

Os dados impressionam e falam por si: segundo a World Wildlife Fund (WWF)⁸, em média, as populações de mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes foram reduzidas em 60% entre os anos de 1970 e 2014; a média global de emissões de carbono na atmosfera também alcançou um recorde no ano de 2019 (409.8 partes por milhão)⁹, o que contribui imensamente para o aquecimento do planeta, causando efeitos como elevação do nível dos oceanos, incêndios florestais, enchentes e desertificação, fenômenos que afetam principalmente às populações mais pobres e vulneráveis, gerando grandes desigualdades¹⁰.

Quanto a este último ponto, no recente Relatório Social Mundial 2020, elaborado pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, é afirmado que, em termos relativos, a desigualdade de

¹ VASQUES, Valdeniza. Porque tantos temporais fora de época no Amazonas? *Em tempo*, Manaus, Clima, 19 set. 2019.

² DAMASIO, Kevin. Brasil já sente impactos das mudanças climáticas e situação pode se agravar. *National Geographic*, São Paulo, Mudanças Climáticas, 13 fev. 2020.

³ FABRO, Nathalia. Falta de monitoramento prejudica o combate à poluição do ar no Brasil. *Revista Galileu*, São Paulo, Meio Ambiente, 5 jun. 2019.

⁴ GANDRA, Alana. Plástico nos oceanos pode chegar a 600 milhões de toneladas em 2040. *Agência Brasil*, Brasília, Geral, 31 jul. 2020.

⁵ CEE-FIOCRUZ. Brasil tem a segunda maior concentração de renda do mundo, diz relatório da ONU. *Centro de Estudos Estratégicos da Fio Cruz: Pesquisa Política e Ação em Saúde Pública*, Rio de Janeiro, Saúde e Sustentabilidade, 10 dez. 2019.

⁶ CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da; AFONSO, Henrique Weil. Rumo a futuros distópicos? História do direito, pós-colonialidade e crítica no Antropoceno. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 187-213, set./dez. 2017, p. 192.

⁷ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. L&PM, 2015, cap. 20.

⁸ WWF (World Wildlife Fund). *Living Planet Report 2018: aiming higher*. Gland, WWF, 2018.

⁹ LINDSEY, Rebecca. Climate Change: Atmospheric Carbon Dioxide. *NOAA Climate.gov*, Maryland, News and Features, Understanding Climate, 14 aug. 2020.

¹⁰ WALLACE-WELLS, David. *A Terra Inabitável: uma história do futuro*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

renda entre países tem diminuído, apesar de, em termos absolutos, ser ainda imensa, sendo a renda média de um habitante da União Europeia 11 vezes maior em relação a de um morador da África Subsaariana. O mesmo estudo afirma, ainda, que houve aumento, em geral, da desigualdade dentro dos países, especialmente nos países desenvolvidos e naqueles de renda média. Entretanto, apesar dos avanços, as regiões da América Latina e da África continuam sendo as mais desiguais do mundo¹¹.

O Brasil, por exemplo, depois de décadas reduzindo a desigualdade, parou, a partir de 2015 — com as medidas de austeridade fiscal e a crise econômica —, de apresentar melhorias neste quesito, assim como também demonstrou um aumento no nível de pobreza¹².

Apesar de ser normalizada por vários economistas, ao afirmarem que ela tende a diminuir quando os países alcançam o status de desenvolvido, o que não é visto na prática, essa desigualdade traz inúmeros problemas para a humanidade, como: uma menor velocidade do crescimento econômico e da redução da pobreza; limitada possibilidade de ascensão socioeconômica; captura do processo político pelas elites econômicas; falta de confiança nas instituições, podendo, tudo isso, gerar crises democráticas e conflitos violentos¹³.

Desta forma, são vários os problemas a serem enfrentados pelos países na busca da proteção ambiental e melhoria das condições socioeconômicas de suas populações, pautas estas que são entrelaçadas, não são recentes e chamam a atenção da comunidade internacional para o debate há várias décadas.

A Organização das Nações Unidas (ONU), como não poderia deixar de ser, pauta substancialmente este debate, especialmente dentro do paradigma do desenvolvimento sustentável, aquele que tem por interligadas as dimensões ambientais, sociais e econômicas, havendo reflexos mútuos, diretos e indiretos, entre elas. Mais recentemente, em 2015, a ONU aprovou a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, “um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade”, reconhecendo a erradicação da pobreza, em todas as suas formas, como o maior desafio global na busca pelo desenvolvimento sustentável¹⁴.

Foram, então, elaborados 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificados em 169 metas para estimular a ação das nações para o desenvolvimento sustentável até o ano de 2030, podendo cada país fazer as adaptações necessárias a sua realidade, justificando, no entanto, o porquê da contingência dessas alterações.

O presente artigo analisa justamente uma das metas previstas na Agenda 2030, especificamente no ODS 12, que visa assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis. No caso em tela, a análise feita refere-se à meta 12.7, consistente na promoção de prática de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e realidades nacionais. Trata-se, portanto, da atuação estatal, a qual, através de seu poder de compra e suas contratações, fomenta o desenvolvimento de atividades e produtos voltados positivamente para o desenvolvimento sustentável.

Este fato decorre do grande poder de influência das contratações estatais nos mercados, de modo a fomentar (ou não) comportamentos de vários agentes econômicos para a adequação as necessidades de contratação dos governos, muitas vezes de grande vulto e com garantias financeiras sólidas. O Estado brasileiro absorve uma grande fatia dos resultados econômicos do mercado nacional: na última década, a carga tributária bruta brasileira, envolvendo todos os entes federativos, permaneceu com índices acima de 32% do PIB¹⁵. Nas despesas, afora os gastos com pagamento de pessoal próprio e seguridade social, considerável porção é revertida em contratos públicos.

¹¹ UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). *World Social Report 2020: inequality in a rapidly changing world*. New York: UNDESA, 2020.

¹² UNDESA, *World Social Report 2020*, 2020, p. 28.

¹³ UNDESA, *World Social Report 2020*, 2020.

¹⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015.

¹⁵ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional (Coordenação Geral de Estudos Econômico-Fiscais). *Estimativa da carga tributária bruta no Brasil — 2019*. Brasília: CESEF/STN, 2020.

No Brasil, como é de amplo conhecimento, a União é o ente federado possuidor de maiores recursos, assim como é o maior comprador de bens e contratador de serviços, tendo, nas palavras de Abreu¹⁶, maior poder de fomento a práticas sustentáveis. Deste modo, a presente análise adstringe-se unicamente a este ente e a legislação federal a respeito do tema, não havendo, portanto, remissão a legislações estaduais e municipais, mesmo tendo-se em mente algumas ótimas práticas relativas às compras e contratações sustentáveis por esses outros entes¹⁷.

Assim, o presente trabalho pretende analisar a situação do Brasil em relação à meta 12.7, ou seja, qual o atual cenário das contratações públicas sustentáveis no país e sua relação de conformidade ou não com a referida meta do ODS 12.

Para tanto, o artigo inicia com um debate acerca do desenvolvimento sustentável, desdobrando seu conceito e apresentando o debate ideológico envolvendo a apropriação do termo, e passa por uma exposição da Agenda 2030 e dos ODS, fechando no ODS 12 e, mais especificamente na meta 12.7 e em questões globais acerca das contratações públicas sustentáveis. A seguir, o debate é trazido para o âmbito nacional ao analisar a presença do princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável no Brasil, discutindo-se a adaptação da meta 12.7 ao cenário interno e a legislação Federal relativa às contratações públicas sustentáveis, com foco nas licitações. Ao fim, discute-se a atual situação das licitações públicas sustentáveis da União em face da referida meta.

Trata-se de pesquisa que adota o método dedutivo como padrão de abordagem¹⁸, sem prejuízo de se tratar de uma pesquisa pragmática, com evidentes coletas de dados secundários oriundos de relatórios. Para tanto, o presente trabalho utiliza-se de uma revisão bibliográfica, baseando-se em ferramentas de pesquisas nos sítios eletrônicos *Web of Science* e *Google Scholar*, utilização de obras referenciadas na área, documentos de organizações internacionais, além de dados internacionais e do Governo Brasileiro.

2 O tortuoso caminho do desenvolvimento sustentável até a era dos ODS

Pode-se falar que a ideia de desenvolvimento sustentável é algo relativamente recente, pois, apesar da eterna necessidade de utilização de recursos naturais e dos impactos da produção econômica na área social, através de externalidades positivas e negativas, a visão geral era de autonomia do processo econômico em relação às dimensões ambientais e sociais¹⁹.

A partir dos anos 1960, entretanto, cresce o debate acerca dos limites do crescimento econômico baseado na exploração de recursos naturais. A discussão se intensifica com a elaboração de um estudo chamado *Os Limites do Crescimento*, de 1972, feito pelo Clube de Roma, trazendo como argumento principal o fato de que vários minérios e outras *commodities* se esgotariam em algumas décadas, podendo gerar inúmeras crises econômicas e sociais. Sachs²⁰ afirma que o referido estudo não acertou em suas previsões, pois ainda não se sabia a extensão completa das reservas de *commodities*, mas seu fundamento, de que os recursos do planeta são infinitos, estava, e ainda está, correto.

Também em 1972, foi realizada pela ONU a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio

¹⁶ ABREU, José Augusto A. K. Pinto de. Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil. *Projeto Sustainable Public Procurement and Ecolabelling (SPPEL)*. Rio de Janeiro: PNUMA, 2016, p. 30.

¹⁷ MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. *Licitações sustentáveis: os parâmetros do desenvolvimento nacional e o controle das compras públicas verdes*. Porto Alegre: Fi, 2018, p. 185 e ss.

¹⁸ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65-68.

¹⁹ MIGUEL, Luciano Costa. Desenvolvimento sustentável: uma visão conciliadora para a concretização de um direito fundamental e um princípio da ordem econômica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 141-156, jul./dez. 2012, p. 145.

²⁰ SACHS, Jeffrey. *A era do desenvolvimento sustentável*. Leya, 2018.

Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo). Neste evento, foi adotada a Declaração de Estocolmo, contendo vários princípios acerca da proteção ambiental, como a necessidade de cautela no uso dos recursos não renováveis, preservação de recursos para as gerações futuras; o dever de melhorar as capacidades dos biomas, sempre que possível, entre outros²¹.

Dando seguimento a temática, em 1983 a ONU estabelece a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida por Comissão Brundtland, em homenagem à ex-Primeira-Ministra da Noruega encarregada da coordenação da equipe de trabalho da Comissão, cujo objetivo era analisar as implicações do desenvolvimento econômico em relação ao meio ambiente natural e buscar soluções inovadoras para os desafios e problemas encontrados nesta interação²².

O resultado da Comissão Brundtland, denominado de “Nosso Futuro Comum”, foi entregue em 1987 e chamava atenção para o fato de que as dimensões ambientais, econômicas e sociais estavam interligadas e deveriam ser trabalhadas em conjunto para que fosse possível um desenvolvimento capaz de gerar maiores benefícios para a humanidade e preservar o suficiente para as futuras gerações. O referido estudo trouxe à tona o conceito de desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”²³. De acordo com o Relatório Brundtland, este conceito tem dois pontos chaves:

O conceito de ‘necessidades’, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; [...] a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.²⁴

Em outra passagem, o Relatório Brundtland afirma que todos os países precisam observar a sustentabilidade na definição de seus objetivos de desenvolvimento econômico e social, o que pode levar a várias interpretações, “mas todas elas terão característica comuns e devem derivar de um consenso quanto ao conceito básico de desenvolvimento sustentável e quanto a uma série de estratégias necessárias para sua consecução”²⁵. Eis aqui, então, um problema que atinge a noção desenvolvimento sustentável até os dias atuais.

Explica-se: a partir da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92), passou-se a ter o desenvolvimento sustentável como uma composição tridimensional — ambiental, social e econômica —, tendo cada dimensão igual importância apriorística, fato que levou a necessidade de uma maior especificação acerca do real conteúdo do referido conceito, causando uma maior disputa ideológica em busca da apropriação desta terminologia²⁶. A despeito da existência de respeitáveis entendimentos quanto à multiplicação das dimensões do desenvolvimento sustentável, como a ética e a jurídica²⁷, entende-se que na verdade estas são aspectos transversais às três dimensões originais.

Alguns autores, como Caradonna²⁸, afirmam que o termo “desenvolvimento sustentável” é tão vago que algumas empresas acabam por se denominarem sustentáveis, mesmo sem adotarem qualquer prática neste

²¹ UNITED NATIONS. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. In: _____. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5-16 June 1972. A/CONF.48/14/Rev.1, Part One, Chapter I, p. 3-5.

²² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUERRA, Isabella Franco. 30 anos do relatório Brundtland: nosso futuro comum e o desenvolvimento sustentável como diretriz constitucional brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1884-1901, out./dez. 2017, p. 1889.

²³ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

²⁴ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*, 1991, p. 46.

²⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*, 1991, p. 46.

²⁶ SUGAHARA, Cibele Roberta; RODRIGUES, Eduardo Luiz. Desenvolvimento Sustentável: um discurso em disputa. *Desenvolvimento em Questão*, Ijuí, v. 17, n. 49, p. 30-43, out./dez. 2019, p. 38-40.

²⁷ GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2018.

²⁸ CARADONNA, J. L. *Sustainability: A History*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 6-7.

sentido, fato conhecido pelo termo *greenwashing*. Leff²⁹, no mesmo sentido, expõe que o termo tem sido utilizado para a manutenção de um discurso neoliberal, o qual, em nenhum momento, respeita os limites da natureza, e pode levar a uma grande catástrofe ambiental em decorrência da busca pelo crescimento econômico ilimitado.

Em que pesem esses argumentos, há sim como densificar e esclarecer melhor o conceito de desenvolvimento sustentável. Bosselman³⁰, por exemplo, afirma que a concepção clássica de sustentabilidade é a de viver dentro dos limites ecológicos, enquanto Caradonna³¹ informa que o termo sustentabilidade vem da expressão latina *sustenire*, que significa “manter”, “suportar”, sendo enfatizado, em quase todas as noções de sustentabilidade existentes, a necessidade de harmonização da humanidade com o meio natural, em uma visão claramente ecológica.

Ou seja, a noção de sustentabilidade está intrinsecamente ligada a ideia de equilíbrio ecológico, de sustentabilidade ecológica, que deve limitar a ação humana e os processos econômicos, devendo essa concepção servir de fio condutor para o conceito de desenvolvimento sustentável, de modo a dimensão ambiental prevalecer em relação às dimensões social e econômica³².

Desta forma, como ensina Bosselman³³, há basicamente uma disputa entre duas correntes acerca do conceito de desenvolvimento sustentável, sendo a primeira aquela que afirma serem todas as dimensões componentes do termo de pesos iguais (sustentabilidade fraca), não podendo haver privilégio de qualquer delas; e a segunda; que afirma haver preponderância da dimensão ecológica ou ambiental sobre as demais (sustentabilidade forte), devendo haver respeito aos limites ecológicos na execução das outras dimensões.

Sob o ponto de vista dos efeitos práticos, a sustentabilidade forte propõe que o capital natural seja mantido em níveis iguais ou superiores para as gerações futuras, enquanto a sustentabilidade fraca defende que, desde que a soma dos capitais econômico, social e ambiental se mantiverem crescentes, a promoção da sustentabilidade estaria atendida, permitindo um *tradeoff* entre as dimensões³⁴.

Essa disputa, no entanto, parece não ser muito coerente, pois a preponderância da dimensão ecológica está implícita tanto no relatório Nosso Futuro Comum quanto na Declaração do Rio de Janeiro, além de presente em vários outros documentos internacionais³⁵.

A ideia de preponderância da dimensão ambiental sobre as demais é corroborada por Rees e Wackernagel³⁶, pois, afirmam os autores, a humanidade ainda não evoluiu o suficiente, em termos tecnológicos, para não mais depender da ecossfera para o fornecimento de recursos para a produção econômica, não podendo, portanto, nenhum desenvolvimento ser considerado sustentável se depende, para sua manutenção, do esgotamento desse capital natural. Apenas haveria desenvolvimento sustentável se uma geração passasse para a outra uma quantidade equivalente ao herdado pela geração anterior em termos de bioma.

Neste contexto, a defesa da sustentabilidade forte é, inclusive, decorrente de dois princípios do direito ambiental internacional: os princípios da prevenção e o da precaução. De acordo com Sands³⁷, o primeiro prevê que os danos conhecidos ao meio ambiente devem ser evitados com ações nos estágios iniciais, antes da ocorrência de qualquer lesão efetiva, enquanto o segundo prega que, ante a ameaça de ofensa a bens

²⁹ LEFF, E. *Saber Ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 23.

³⁰ BOSSELMANN, K. *Princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

³¹ CARADONNA, *Sustainability: A History*, 2014, p. 7-8.

³² BOSSELMANN, *Princípio da sustentabilidade*, 2015, p. 42-43.

³³ BOSSELMANN, *Princípio da sustentabilidade*, 2015, p. 47-48.

³⁴ SUGAHARA; RODRIGUES, *Desenvolvimento Sustentável: um discurso em disputa*, 2019, p. 32-33.

³⁵ BOSSELMANN, *Princípio da sustentabilidade* 2015, p. 48.

³⁶ REES, William; WACKERNAGEL, Mathis. Urban Ecological Footprints: Why Cities Cannot Be Sustainable - And Why They Are A Key to Sustainability. *Environmental Impact Assessment Review*, v. 16, issues 4-6, p. 223-248, July/Nov. 1996, p. 224-225.

³⁷ SANDS, P. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

ecológicos, a ausência de certeza científica quanto à efetivação deste malefício não pode ser utilizada para o retardo de medidas preventivas da degradação ambiental. Noutros termos, enquanto o princípio da prevenção age em contextos de riscos ordinários e conhecimento agregado, o princípio da precaução aplica-se a contextos de riscos elevados, extraordinários e irreversíveis e conhecimentos incertos³⁸.

Desta forma, a sustentabilidade forte, diante de todo o quadro de degradação ambiental apresentado no Antropoceno, é a que mais se coaduna com a proteção da vida — não só de outras espécies, mas da própria espécie humana —, além de estar implícita em várias declarações internacionais, de modo que será adotada como paradigma para o conceito de desenvolvimento sustentável utilizado no presente trabalho.

Sendo a sustentabilidade um valor mais geral e o desenvolvimento sustentável um instituto trabalhado mais especificamente no âmbito do Direito Ambiental, entende-se ser este conceito aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem reduzir as possibilidades das gerações futuras sob o ponto de vista ambiental, devendo, para tanto, haver a prevalência, *a priori*, dessa dimensão sobre as dimensões social e econômica, pois, ante o quadro de intensa degradação ambiental e com os conhecimentos tecnológicos atuais, a sobrevivência da espécie humana seria inviável caso mantido esses mesmo padrões.

Esta afirmativa, no entanto, não deve induzir o leitor a pensar que a dimensão ambiental é a única importante, deixando de lado as demais. Longe disso, as três dimensões têm grande relevância, devendo ser trabalhadas em conjunto, obedecendo e respeitando, porém, os limites ecológicos do planeta.

Faz-se necessária uma explanação acerca dos ODS e da Agenda 2030, por serem os documentos guias do desenvolvimento sustentável no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), especificando a importância da meta 12.7, correspondente à necessidade de compras sustentáveis como forma de fomentar o desenvolvimento sustentável das nações.

3 A Agenda 2030 e os ODS: uma nova oportunidade de implementação do desenvolvimento sustentável

A ONU é uma instituição rica na produção de documentos e declarações a respeito da proteção ambiental e desenvolvimento social, tendo organizado a elaboração de atos internacionais como a Declaração de Estocolmo, os Objetivos do Milênio, a Declaração do Rio, e, mais recentemente, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, aprovada em 2015, que, em seu preâmbulo, prevê:

Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.³⁹

Como decorrência das estratégias exitosas adotadas pelos Objetivos do Milênio, cujos prazos se concluíam em 2015, a ONU entendeu por bem dar continuidade, sob nova roupagem, à técnica de estabelecimento de objetivos e metas⁴⁰. Desta forma, como fica evidente, a Agenda 2030 é um documento voltado para o desenvolvimento sustentável, que traz a reafirmação de uma série de princípios, como os previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente, os da Cúpula Mundial Sobre Desenvolvimento Sustentável, entre outros.

³⁸ KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 22.

³⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015.

⁴⁰ BISSANI, Karen; PEREIRA, Reginaldo. O desenvolvimento urbano sustentável e os tratados internacionais sobre mudanças climáticas. *Revista Jurídica da F47*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 137-149, jan./jun. 2019.

A Agenda 2030 prevê uma série de compromissos a serem adotados pelas nações signatárias, como o trabalho por um acordo climático ambicioso, a necessidade de fomento à paz para alcançar o desenvolvimento sustentável, a necessidade de fazer mudanças no modo de consumo e produção dos bens etc. A Agenda 2030 e os ODS são documentos de *soft law*, ou seja, não tem força cogente, o que, para Shaffer e Pollack⁴¹, não representa irrelevância jurídica, apresentando várias vantagens em relação às normas cogentes, como menor custo e maior flexibilidade, e, ao mesmo tempo, podendo abrir espaço para acordos obrigatórios.

Provavelmente, a parte mais importante e ambiciosa da Agenda 2030 é a previsão de 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, que são indivisíveis e integrados, abarcando as três dimensões do desenvolvimento sustentável, a serem alcançados pelas nações signatárias. Nas palavras do próprio documento:

Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que estamos anunciando hoje demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles se constroem sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e concluirão o que estes não conseguiram alcançar. Eles buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.⁴²

Assim, como se vê, os ODS da Agenda 2030, também conhecida por Agenda de Desenvolvimento pós-2015, apresentam-se como documentos bastante ambiciosos e, por serem integrados entre si, significa que as políticas para alcançar estes objetivos são interdependentes, de forma que estratégias que visem a implementação de cada um dos ODS isoladamente dificilmente funcionarão⁴³.

Destaca-se que os ODS vêm para substituir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, estes últimos, objetos de muitas críticas, como a inadequação da forma de mensuração e monitoramento, falta de atingimento de certas metas⁴⁴; e a falta de tratamento acerca de alguns direitos humanos, segurança e boa governança⁴⁵.

Segundo Valencia et al.⁴⁶, para evitar a repetição destes erros, os ODS foram elaborados de uma forma mais participativa, envolvendo várias categorias de interessados, como sociedade civil organizada, setor privado, autoridades locais, entre outros. Além disso, diferente dos Objetivos do Milênio, os ODS são aplicáveis a todos os países, de modo que países ricos e pobres têm de fazer esforços para alcançá-los.

Foram elaborados, através deste processo participativo, os 17 ODS, abrangendo aspectos relativos à redução da pobreza, inclusão, promoção da igualdade de gênero, agricultura sustentável, crescimento econômico sustentado, combate às mudanças climáticas, busca por cidades e assentamentos humanos sustentáveis, proteção da biodiversidade, incentivo ao consumo e produção sustentável de bens, entre outros aspectos, além de conter uma série de indicadores (303 no total) para a metragem da evolução da implementação desses objetivos, dando, assim, um norte para os Estados desenvolverem suas políticas em busca do desenvolvimento sustentável.

Os ODS, assim como os Objetivos do Milênio, também são alvos de críticas, a exemplo das feitas por

⁴¹ SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. How hard and soft law interact in international regulatory governance: alternatives, complements and antagonists. In: EVENETT, Simon; STERN, Robert (Eds.). *Systemic implications of transatlantic regulatory cooperation and competition*. Geneva: World Scientific, 2010.

⁴² UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015.

⁴³ COLLSTE, David; PEDERCINI, Matteo; CORNELL, Sarah E. Policy coherence to achieve the SDGs: using integrated simulation models to assess effective policies. *Sustainability Science*, v. 12, n. 6, p. 921—931, 2017, p. 921.

⁴⁴ SATTERTHWAITTE, David. Missing the Millennium Development Goal targets for water and sanitation in urban areas. *Environment and Urbanization*, v. 28, n. 1, p. 99—118, 2016.

⁴⁵ BROWNE, Stephen; WEISS, Thomas G. The future UN development agenda: Contrasting visions, contrasting operations. *Third World Quarterly*, v. 35, n. 7, Viewpoint, p. 1326—1340, 20 May 2014.

⁴⁶ VALENCIA, Sandra C.; SIMON, David; CROESE, Sylvia; NORDQVIST, Joakim; OLOKO, Michael; SHARMA, Tarun. Adapting the Sustainable Development Goals and the New Urban Agenda to the city level: Initial reflections from a comparative research project. *International Journal of Urban Sustainable Development*, v. 11, n. 1, p. 4—23, 2019, p. 4-5.

Bosselman⁴⁷, quem afirma não haver referência aos obstáculos para o desenvolvimento sustentável, fatos geradores da desigualdade, falta de crescimento econômico e de degradação do meio ambiente; a fixação da ONU em uma promoção do crescimento econômico como uma panaceia, quando, entre os próprios ODS, há exposição de que esse crescimento econômico interfere negativamente em outros Objetivos; além da falta de um fio condutor para a implementação dos ODS, apesar de eles serem considerados integrados.

Entretanto, como afirma Monkelbaan⁴⁸, é preciso ter em vista que os ODS dão oportunidades a todas as partes interessadas de estabelecer compromissos e demonstrar interesses e preferências em uma margem ampla de questões, de modo que estes instrumentos podem ajudar a coordenar os interesses dos atores participantes, mobilizar ações coletivas com base em uma visão compartilhada acerca da sustentabilidade e do desenvolvimento, e ajudar a criar uma visão global compartilhada referente aos problemas em tela.

Assim, embora ainda haja inconsistências quanto ao real conteúdo e forma de implementação dos ODS e da Agenda 2030, eles representam um avanço global se comparados aos documentos elaborados anteriormente a suas aprovações, e uma oportunidade para uma integração global em busca de objetivos voltados para o bem-estar das pessoas e do planeta, visto ter sido adotado por centenas de países em conferência realizada pela ONU, motivos os quais faz-se necessário esforço dos Estados para sua implementação, avaliação e adaptação. Logicamente, esse empenho deve ser feito com respeito aos limites ecológicos do planeta, pois apenas assim, dada a situação tecnológica atual, é possível a existência de um futuro onde a vida é viável.

A própria Agenda 2030 prevê inúmeros compromissos por parte dos Estados signatários — entre eles, o Brasil —, como:

[...] fazer mudanças fundamentais na maneira como nossas sociedades produzem e consomem bens e serviços. Governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores não estatais e indivíduos devem contribuir para a mudança de consumo e produção não sustentáveis, inclusive via mobilização, de todas as fontes, de assistência financeira e técnica para fortalecer as capacidades científicas, tecnológicas e de inovação dos países em desenvolvimento para avançar rumo a padrões mais sustentáveis de consumo e produção.⁴⁹

Para tanto, foi criado um ODS específico, o ODS 12, o qual prevê uma meta específica para a implementação e realização de compras sustentáveis por parte das nações. Esse é justamente o ponto de investigação da próxima seção.

4 O ODS 12 e as compras sustentáveis: mecanismo de fomento de boas práticas

O ODS 12 tem por objetivo assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis, visto o grande desperdício e, até mesmo, exaurimento de recursos naturais existentes, ocasionados por falhas nestas cadeias. Para a efetivação desse ODS, entre outras metas, destaca-se a Meta 12.7, pela qual os Estados devem promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais, e tendo como indicador o “número de países que implementam políticas e planos de ação de compras governamentais sustentáveis”⁵⁰.

Assim, a ONU acaba por dar grande relevância à participação estatal na economia como forma de trans-

⁴⁷ BOSSELMANN, Klaus. The next step: Earth trusteeship. *Seventh Interactive Dialogue of the United Nations General Assembly on Harmony with Nature*, New York, 21 Apr. 2017.

⁴⁸ MONKELBAAN, J. *Governance for the Sustainable Development Goals*. Singapura: Springer, 2019, p. 4.

⁴⁹ UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015.

⁵⁰ UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015.

formar os modos de produção e consumo, atualmente em crise, na busca pelo desenvolvimento sustentável, integrando as compras públicas sustentáveis como meio de efetivação dos ODS. Necessário, então, trazer um conceito de contratações públicas sustentáveis, no qual está inserido o conceito de compras públicas sustentáveis. Assim, para o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas⁵¹, contratações públicas sustentáveis são processos pelos quais

[...] organizações públicas atendem a suas necessidades por bens, serviços, trabalhos e utilidades de forma a agregar valor por dinheiro com base no ciclo de vida completo em termos de geração de benefícios não apenas para a organização, mas também para a sociedade e a economia, enquanto significativamente reduzindo impactos sobre o meio ambiente.

Para Moraes Filho, Sousa e Silva⁵², as licitações sustentáveis são processos de seleção de fornecedores nos quais a Administração inclui entre os critérios de escolha da empresa a ser contratada “fatores que almejam atenuar as implicações sobre a saúde humana e o meio ambiente”, maximizando a qualidade do bens e serviços licitados. Em outras palavras, a proposta implica uma revisita à noção geral de licitação, aquele procedimento imposto pelo constituinte a toda a Administração Pública brasileira, por força do art. 37, inc. XXI, de seleção da melhor proposta oferecida, segundo regras previamente estabelecidas em edital, incluindo-se critérios de sustentabilidade ambiental como identificadores do interesse público.

Além disso, é importante frisar que, nos últimos anos, as contratações públicas ampliaram seu foco, passando da mera aquisição de bens e serviços para as atividades administrativas (da maneira mais econômica, oportuna e eficiente), para o suporte, o incentivo ao crescimento ambientalmente sustentável e empreendimentos responsáveis, e a inovação, tornando-se, portanto, um instrumento de políticas públicas⁵³.

Nota-se, portanto, que as contratações públicas sustentáveis têm preocupação com as três dimensões do desenvolvimento sustentável, ou seja, com o meio ambiente natural, a economia e o bem-estar social. Assim, diferente das contratações públicas tradicionais, onde busca-se geralmente o menor preço pelo produto pretendido, esta modalidade de contratação visa o valor mais econômico para a aquisição de bens com certas especificações sociais e ambientais⁵⁴.

Relevante frisar que, mesmo devendo levar em conta a presença dos três eixos do desenvolvimento sustentável em sua realização, há preponderância pelas chamadas contratações públicas verdes, ou seja, aquelas referentes à aquisição de bens e serviços ambientalmente sustentáveis, havendo, no entanto estudos apontando para a crescente presença de aspectos sociais nestas contratações, como as relativas às condições de trabalho dos empregados da contratada e a compra de bens de pessoas de minorias étnicas⁵⁵. Mais recentemente, entretanto, há uma maior percepção dos aspectos ambientais e sociais como parte de um todo, relacionado à responsabilidade social das empresas, que envolveria, além dos fatores expostos, a diversidade, segurança e filantropia, integrando, desta forma, uma visão bem aproximada à trazida neste artigo acerca da noção de desenvolvimento sustentável.

Assim, essa preocupação com as contratações públicas sustentáveis é derivada do fato de seu grande impacto econômico, representando, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

⁵¹ UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). Public Procurement as a tool for promoting more Sustainable Consumption and Production patterns *Sustainable development innovation briefs*, issue 5, Aug. 2008.

⁵² MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; SOUSA, Eduardo Rodrigues de; SILVA, Cristiano Guilherme da Câmara. Desenvolvimento sustentável na Constituição Federal de 1988: os desafios jurídicos nas licitações ecológicas. *Themis*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 125-150, jan./jun. 2019, p. 138.

⁵³ UNEP (United Nations Environment Programme). *Green public procurement in the Republic of Korea: a decade of progress and lessons learned*. Paris: UNEP, 2019, p. 02.

⁵⁴ WITJES, Sjors; LOZANO, Rodrigo. Towards a more Circular Economy: Proposing a framework linking sustainable public procurement and sustainable business models. *Resources, Conservation and Recycling*, v. 112, p. 37-44, 2016, p. 41.

⁵⁵ BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement in the public sector: An international comparative study. *International Journal of Operations and Production Management*, v. 31, n. 4, p. 452—476, 2011, p. 454-455.

(PNUMA) e a Comissão Europeia⁵⁶, 18% do PIB dos países membros da OCDE, e até 30% do PIB dos países em desenvolvimento, de modo a poder influenciar a produção de inovações sustentáveis através da compra de bens com esse foco. Além desse poder indireto, este instituto também ajudaria diretamente na correção de falhas de mercado, reduzindo a circulação de bens e serviços insustentáveis⁵⁷.

Ou seja, devido ao grande aporte financeiro existente nas contratações públicas, em havendo foco na aquisição de bens sustentáveis, haveria incentivo para as empresas fabricarem esses tipos de produtos e competissem entre si nestas inovações tecnológicas. Da mesma forma, os serviços requeridos pelos Governos também passariam por essa adequação, para que visassem participar deste tipo de certame.

Desta forma, há, nas palavras de Fabre⁵⁸, uma *collateral policy* ou *horizontal policy*, práticas bastante comuns na Europa e nos EUA, onde a utilização de compras públicas não serve apenas para satisfazer as necessidades da administração pública, mas, também, para alcançar objetivos sociais e ambientais, buscando o bem-comum da população de um Estado.

O PNUMA⁵⁹ afirma que, justamente por ser uma política transversal, as contratações públicas sustentáveis reforçam a implementação de um consumo e uma produção sustentáveis, caso se harmonizem com questões como rotulagem e informação ao consumidor, incentivos econômicos e capacitação de longo prazo. Pode, assim, haver uma maior sinestesia na implementação de outros ODS, a depender das prioridades de cada Estado.

Além disso, as compras públicas podem incentivar a sustentabilidade proibindo a participação de empresas poluidoras, a aquisição de bens que deteriorem muitos recursos ambientais etc.⁶⁰ Assim, ao invés de fomentar o desenvolvimento sustentável requerendo a contratação de bens ambientalmente e socialmente sustentáveis, a Administração Pública também pode fazê-lo ao excluir do certame certos tipos de bens e práticas.

Um ponto importante é o relativo ao indicador de mensuração da meta 12.7. Como explicitado, prevê como indicador “número de países que implementam políticas e planos de ação de compras governamentais sustentáveis”, entretanto, recentemente⁶¹, houve um refinamento de seu modo de mensuração, estabelecendo-se uma metodologia própria, que levou à mudança de seu texto para “Grau de políticas de compras públicas sustentáveis e implementação de plano de ação”.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa com 55 países acerca da metodologia para mensuração das contratações públicas sustentáveis, chegando-se a um índice composto, cujo objetivo é avaliar os meios de implementação desta meta, o seu nível de implementação e os resultados de sua implementação em âmbitos nacionais e subnacionais⁶².

De acordo com o PNUMA e o Programa de Compras Públicas Sustentáveis do One Planet Network⁶³, esse indicador foi elaborado para saber se os países têm planos e políticas para contratações públicas sustentáveis e se eles a estão implementando, fato que demandaria a elaboração de um Plano de Ação para

⁵⁶ UNEP (United Nations Environment Programme); European Commission. Arcabouço jurídico para compras públicas sustentáveis no Brasil e o uso de rotulagem e certificações. *Projeto Sustainable Public Procurement and Ecolabelling (SPPEL)*. Paris: UNEP, 2015.

⁵⁷ AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 54-74, out./dez. 2014, p. 59.

⁵⁸ FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 10-12.

⁵⁹ UNEP, *Green public procurement in the Republic of Korea: a decade of progress and lessons learned*, 2019, p. IX.

⁶⁰ FABRE, *Função horizontal da licitação e da contratação administrativa*, 2014.

⁶¹ UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). *Tier Classification for Global SDG Indicators: as of 28 December 2020*. New York: UNDESA, 2020.

⁶² ONE PLANET NETWORK. *The Sustainable Public Procurement Activities of the United Nations Environment Program*, 2020.

⁶³ UNEP (United Nations Environment Programme); ONE PLANET NETWORK SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT PROGRAMME. *SPP Index Methodology: SDG indicator 12.7.1*. v. 5.0, Mar. 2020, p. 2-3.

Contratações Públicas Sustentáveis, que articularia a prioridade e ações de uma autoridade pública na implementação desse tipo de contratação, devendo observar as dimensões ambiental, social e econômica, além de reconhecer o potencial das licitações sustentáveis para o fomento dos ODS.

O referido índice aborda basicamente quatro áreas: existência de políticas e/ou legislação de contratações públicas sustentáveis; esforços e meios dedicados pelos países para a implementação de políticas acerca do referido tipo de contratação; os resultados desenvolvidos por meio dessas políticas; os resultados alcançados por essas políticas⁶⁴.

Este índice complexo consiste em algo elaborado por entidades e estudiosos especialistas na área, dentro de programa vinculado a agência da ONU, podendo ser aplicado por todos os países para mensurarem o grau de desenvolvimento de suas políticas de compras públicas sustentáveis, portanto, será usado de parâmetro para avaliar a situação brasileira em relação à meta 12.7.

Desta forma, ao preocupar-se com as contratações públicas sustentáveis, a ONU visa mecanismos de, através do poder de compras das organizações estatais, influenciar na cadeia produtiva em busca da produção de bens socialmente e ambientalmente sustentáveis, sendo esta uma das facetas de implementação da Agenda 2030. Diante desse cenário internacional, cabe investigar a situação do ponto de vista do contexto nacional.

5 Contratações públicas sustentáveis no Brasil e a Meta 12.7: bons fundamentos, pouca eficácia

O Brasil foi um dos países signatários da Agenda 2030, comprometendo-se, então, a implementação dos ODS. Mesmo, como já trazido aqui, tratando-se de um instrumento de *soft law*, sua realização é salutar e desejável.

Assim como outros ODS e metas, a 12.7 foi analisada pelas autoridades nacionais. Nesta avaliação, a referida meta sofreu adaptações à realidade nacional, passando a ser adotada nos seguintes termos: “Promover práticas de contratações e gestão públicas com base em critérios de sustentabilidade, de acordo com as políticas e prioridades nacionais”⁶⁵.

Esta adaptação teve a justificativa o fato de que o termo “compras sustentáveis é bastante restritivo”, não abrangendo os institutos das obras e serviços, além de não estar de acordo com o previsto na legislação brasileira, que, desde 2001, usa a terminologia contratações sustentáveis, de conotação bem mais ampla, abrangendo “o momento da aquisição dos bens, serviços e obras por meio das licitações públicas, como o planejamento e a execução contratual”⁶⁶.

Da mesma maneira, importante afirmar que ainda não foram criados indicadores para a mensuração desta meta nacional, tendo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)⁶⁷ sugerido “a construção de indicador de desempenho/implementação, como números de Termos de Referências — TR Sustentáveis por órgão público Federal”, e a “construção de indicador que permita acompanhar a implementação da meta por outros níveis de governo”, nada sendo feito de concreto, no entanto.

⁶⁴ UNEP; ONE PLANET NETWORK SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT PROGRAMME. *SPP Index Methodology*: SDG indicator 12.7.1. v. 5.0, Mar. 2020, p. 5.

⁶⁵ IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Agenda 2030: ODS — Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018, p. 316.

⁶⁶ IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Agenda 2030: ODS — Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018, p. 316.

⁶⁷ IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Agenda 2030: ODS — Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018, p. 317.

O Brasil, desta forma, ao mesmo tempo em que amplia corretamente a abrangência da meta ao dispor sobre contratações, e não apenas sobre compras (basicamente relacionada apenas à aquisição de bens, e não a de serviços), não traz qualquer meio para mensurar sua efetiva implementação.

Como já referido, foi proposto pelo One Planet Network um complexo indicador para a avaliação do cumprimento da meta 12.7, e ele será utilizado, na ausência de uma adaptação nacional, para analisar a situação brasileira em relação à referida meta.

Para tanto, primeiramente é interessante avaliar se, mesmo, ante o compromisso brasileiro firmado na Agenda 2030, seria possível a implementação da meta 12.7 no ordenamento jurídico nacional, e, para tanto, tem-se como ponto de partida a análise da Constituição Brasileira. Como já exposto, os ODS são mecanismos de desenvolvimento sustentável, portanto, há de se avaliar se esta perspectiva de desenvolvimento é adotada/recebida pela ordem jurídica brasileira e em quais termos isso ocorre.

Ao analisar essa questão e vários dispositivos constitucionais (sem prejuízo de outros infraconstitucionais), como art. 3º, II — objetivo fundamental da República de garantir o desenvolvimento nacional —; art. 5º, § 2º — cláusula de abertura dos direitos fundamentais —; art. 170, VI — defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica —; art. 174, § 1º — incorporação dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento na lei de diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado; art. 192, *caput* — dever de promoção do desenvolvimento equilibrado para o Sistema Financeiro Nacional —; e art. 225, *caput* — direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assegurando a preservação para as presentes e futuras gerações —, Freitas⁶⁸ afirma ser o desenvolvimento sustentável:

[...] um valor supremo, que se desdobra no princípio constitucional que determina, 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.

Já José Afonso da Silva⁶⁹ aponta que, quando a Constituição, no art. 225, *caput*, destaca ser dever da coletividade e do Poder Público a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, ela dá contornos à presença da sustentabilidade ou, mais especificamente, do desenvolvimento sustentável. Da mesma forma, expõe, em um cotejo com o art. 3º da Constituição, que essa ideia tem incrustada a noção de um desenvolvimento econômico que vise a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, além de apontar claramente para uma rejeição à ideia de sustentabilidade fraca, devendo-se buscar a qualidade de vida, e não apenas a eficiência econômica.

Neste mesmo sentido, Coelho e Araújo⁷⁰ afirmam que a sustentabilidade não é mero valor constitucional brasileiro, mas, sim, um verdadeiro princípio, possuindo aplicabilidade sistêmico-normativa, sofrendo, entretanto, com a falta de teorização a respeito de seu conteúdo, de modo a se fazer necessária a sua inclusão no debate jurídico nacional.

Este parece ser, realmente, o melhor entendimento em relação ao direito ao desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro, visto os vários dispositivos constitucionais citados, como os garantidores de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; a uma ordem econômica que respeite os limites ambientais e valorize o trabalho humano, entre tantos outros; e a presença da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, prevendo a existência de outros princípios constitucionais que não os expressamente previstos no texto constitucional.

⁶⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 139-140.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 27-28.

⁷⁰ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 39, n. 1, p. 261—291, 2011, p. 284-285.

Dessa maneira, o princípio do desenvolvimento sustentável irradia as normas do ordenamento jurídico brasileiro, servindo de parâmetro para a sua aplicação, mantendo forte conotação da abarcar a presença da ideia de sustentabilidade forte como a vigente no país. Feita essa rápida digressão, importa analisar a questão da intervenção estatal na economia de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, é relevante lembrar que a meta 12.7 tem como fundamento certa intervenção estatal na economia, na forma de fomento a atividades produtivas incorporadoras de boas práticas sustentáveis — em decorrência do grande poder de compra da Administração Pública —, em uma forma interventiva denominada por Grau⁷¹ de indução, pela qual “Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”, o que é plenamente possível no ordenamento jurídico nacional, inclusive no relativo às contratações públicas.

Confirmando esta ideia, é necessário lembrar, em matéria ambiental, que o Poder Público, nos termos do art. 225, § 1º, da Constituição, tem uma série de deveres de proteção do meio ambiente, como a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que possam ocasionar risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Além disso, o art. 170, VI, do texto constitucional coloca a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, podendo haver, inclusive, tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, bem como de seu modo de produção e elaboração.

O mesmo artigo 170, nos incisos VII, VIII e IX, ainda traz como princípios da ordem econômica a busca pelo pleno emprego, redução das desigualdades sociais e tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte constituídas pela Lei Brasileira. Assim, os princípios da Ordem Econômica Brasileira, segundo Grau⁷², visam assegurar a todos uma existência digna, objetivando uma justiça social. Ou seja, a Ordem Econômica, no ordenamento jurídico brasileiro, não é um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar esses ditames de justiça social, como defesa do meio ambiente, redução de desigualdades, pleno emprego etc., podendo o Estado intervir neste sistema para alcançar essas finalidades.

Ante esses dispositivos, e os outros tantos trazidos aqui, não restam dúvidas acerca da possibilidade de uma atuação estatal no sentido de adequar seus contratos como meio de fomento ao desenvolvimento sustentável, e assim o fez em várias Leis e normas infralegais.

Adentra-se, então, na temática da contratação pública sustentável e os parâmetros legais existentes no país para a implementação da meta 12.7, em especial por parte da União, em relação ao indicador estabelecido pelo One Planet Network. Com efeito, é necessário recordar que as compras, obras, serviços e alienações feitas pelo Poder Público (ressalvadas as exceções legais), são realizadas, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição, mediante processo licitatório, assegurando a igualdade de condições entre todos os participantes do certame, sendo exigidos, somente, os requisitos de qualificação técnica e econômica imprescindíveis ao cumprimento das obrigações. Ou seja, a Administração Pública, no Brasil, contrata através de licitações, que objetivam escolher a proposta mais vantajosa ofertada pelas participantes, de acordo com os critérios estabelecidos no edital⁷³.

Assim, pode-se dizer que há todo um processo formal de ampla concorrência para a realização de contratações públicas no país, ressalvados casos de inexigibilidade, dispensa e outras previsões legais, regras essas que devem ser obedecidas também para os casos de licitações sustentáveis.

Concernente a este ponto, o Ministério do Meio Ambiente possui o programa Agenda Ambiental na Administração Brasileira (A3P)⁷⁴, criado em 1999, que visa a estimulação de práticas sustentáveis em órgãos

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 147.

⁷² GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 2010, p. 228-229.

⁷³ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 18.

⁷⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portal A3P*, Brasília, 5 jun. 2019. Disponível em: <http://a3p.mma.gov.br/>. Acesso em:

públicos das três instâncias do país. Este projeto possui seis eixos temáticos: uso dos recursos naturais; qualidade de vida no ambiente de trabalho; sensibilização dos servidores para a sustentabilidade; compras sustentáveis; construções sustentáveis; e gestão de resíduos sólidos. Infelizmente, nota-se que boa parte dos eventos, palestras e cursos presentes no sítio eletrônico da A3P vão até o ano de 2018, não havendo muitas atualizações referentes ao período posterior.

Como expresso, a A3P tem as compras públicas sustentáveis como um de seus eixos, o que, como afirmam Finger e Quetes⁷⁵, decorre do já citado grande poder de compra estatal, facilitando o incentivo de ações sustentáveis, além do seu dever constitucional de promover o desenvolvimento sustentável no país.

Assim, foi desenvolvida uma ampla base legal no país no concernente às compras públicas sustentáveis. Importa lembrar que, como afirmam Costa et al.⁷⁶, as licitações sustentáveis, no Brasil, ganharam corpo, especialmente, no âmbito estadual. Apesar de uma interpretação constitucional sistemática gerar o entendimento da possibilidade de contratações sustentáveis, vários dispositivos legais passaram a prever critérios de sustentabilidade para as licitações, como na Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), ao proibir ao condenado por crimes ambientais a contratar com o Poder Público (art. 10)⁷⁷; na Lei nº 12.187/09 (Política Nacional de Mudanças Climáticas), ao prever o “estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas” (art. 6º)⁷⁸; e na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), alterando a Lei de Licitações para incluir o princípio do desenvolvimento nacional sustentável como aplicável aos procedimentos de licitação (art. 3º)⁷⁹, entre outros tantos. A Instrução Normativa SLTI/Ministério do Planejamento nº 01/2010, segundo o PNUMA e Comissão Europeia⁸⁰, foi um dos grandes marcos das licitações sustentáveis no Brasil.

No Brasil, a principal lei acerca de contratações públicas, que estabelece normas gerais de licitação, é a 8.666/93, a qual prevê, entre seus objetivos o respeito ao princípio da isonomia, da proposta mais vantajosa e ao desenvolvimento nacional sustentável, este último inserido por força da Lei nº 12.349/2010, portanto, após a criação da A3P. Assim, como expõe Amorim⁸¹, o país passou, com esse acréscimo legal, a ter a obrigação de realizar licitações sustentáveis para a implementação de contratos administrativos com cláusulas de sustentabilidade ambiental, social, econômica e cultural.

A presença do desenvolvimento sustentável como objetivo do processo licitatório nacional foi regulamentada, em âmbito Federal, pelo Decreto nº 7.746/2012, o qual foi alterado pelo Decreto nº 9.178/2017, passando a dispor, em seu art. 2º, que “na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios”⁸², substituindo a antiga redação, a qual previa apenas

30 set. 2020.

⁷⁵ FINGER; QUETES, Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público, 2014, p. 106.

⁷⁶ COSTA, Bruno Alencar da; FERREIRA, Ynis Cristine de Santana Martins Lino; GOMES, Sergio Castro; VASCONCELLOS SOBRINHO, Mário. Contratações públicas sustentáveis: práticas e influências na gestão municipal. R. *Adm. FACES Journal*, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, Gestão Pública e Governança, p. 60-76, abr./jun. 2017, p. 64.

⁷⁷ BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998.

⁷⁸ BRASIL. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2009.

⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC [...]. Brasília: Presidência da República, 2011.

⁸⁰ UNEP; European Commission, Arcabouço jurídico para compras públicas sustentáveis no Brasil e o uso de rotulagem e certificações, 2015, p. 11.

⁸¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 22-23.

⁸² BRASIL. *Decreto nº 9.178, de 23 de outubro de 2017*. Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Brasília: Presidência da

a possibilidade de utilização de critérios sustentáveis, reafirmando o entendimento da obrigatoriedade das licitações sustentáveis. Outros instrumentos também trazem critérios de sustentabilidade, como o caso da Lei nº 12.187/2009, que estabelece requisitos de economia de água, energia e outros recursos naturais, assim como redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; e a Lei nº 12.305/2010, que traz parâmetros como produtos recicláveis, entre outros⁸³.

O referido Decreto, em seu art. 4º, traz como diretrizes para sustentabilidade: o baixo impacto sobre recursos naturais (flora, fauna, ar, solo e água); predileção para materiais, matérias-primas, e tecnologias de origem local; maior eficiência na utilização de recursos naturais, entre eles a água e a energia; maior capacidade de geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; maior vida útil somado ao menor custo de manutenção da obra e do bem; utilização de inovações que mitiguem a pressão sobre recursos naturais; origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nas obras e serviços; e utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Deste rol, é importante destacar a presença massiva de diretrizes voltadas para a proteção ambiental e utilização eficiente de recursos naturais (valorizando a sustentabilidade forte), havendo também diretrizes voltadas para questões sociais, como a da capacidade de geração de empregos e a preferência por mão de obra local, de modo que há efetivamente a presença das três dimensões do desenvolvimento sustentável direcionando as contratações sustentáveis no país.

Esses critérios de sustentabilidade, os quais também devem ser inseridos nas contratações públicas diretas⁸⁴, de acordo com o referido Decreto, devem ser justificados no edital, resguardando a competitividade do certame. Esses critérios e práticas de sustentabilidade serão publicados como obrigação da contratada, especificação técnica ou requisito previsto em lei especial, podendo a comprovação dos requisitos previstos no instrumento convocatório ser feita através de certificação emitida ou reconhecida por instituição oficial, credenciada ou por qualquer outro meio previsto no edital. Como informa Abreu⁸⁵, as certificações são meios de reduzir o custo de transação ao evitar múltiplas avaliações das empresas participantes do certame, sendo, assim, uma forma de gerar confiança aos contratos.

Assim, nota-se que, para evitar maiores questionamentos acerca do pleito administrativo, todas as especificações devem estar presentes no edital, bem como as formas de comprovação desses critérios, obedecendo, assim, o princípio da vinculação a este instrumento. Esta especificação não pode, entretanto, representar uma arbitrariedade administrativa. É o que corrobora Fabre⁸⁶, para quem uma maneira de se evitar situações abusivas seria estabelecer certos limites, como: obediência aos princípios da igualdade, competitividade e proporcionalidade, não elegendo como critério de julgamento elemento que não guarde relação com o objeto licitado, além de estabelecer peso proporcional a cada um dos critérios dispostos; obediência ao já citado princípio da vinculação do edital, devendo todos os critérios não financeiros serem dispostos neste instrumento; e o terceiro limite seria o princípio do julgamento objetivo, de modo a não deixar margens a subjetividade da administração o julgamento da proposta mais vantajosa.

A inclusão de critérios específicos de sustentabilidade em compras públicas, nas palavras de Abreu⁸⁷, visa justamente “assegurar que as medidas previstas para minimizar os aspectos negativos e potencializar os aspectos positivos relacionados ao objeto de compra, sejam adequadamente contempladas no conjunto de documentos de aquisição”, como, por exemplo, especificações técnicas. Esses requisitos devem levar em

República, 2017.

⁸³ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 39.

⁸⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 23.

⁸⁵ ABREU, Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil, 2016, p. 13

⁸⁶ FABRE, Função horizontal da licitação e da contratação administrativa, 2014, p. 155-156.

⁸⁷ ABREU, Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil, 2016, p. 7.

conta as sustentabilidades social, econômica e ambiental, além de critérios como funcionalidade e custo, devendo, para melhor análise do custo-benefício do bem ou serviço a ser adquirido, ser feita uma análise dos seus impactos ao longo de sua vida, e não apenas quanto ao seu uso, ou seja, deve ser feita uma abordagem de ciclo de vida.

Como expõem Finger e Quetes⁸⁸, a especificação do objeto do certame deve ponderar a necessidade de um amplo detalhamento dos aspectos técnicos requeridos, e, ao mesmo tempo, evitar que essas especificações acabem por direcionar (ou favorecer) a licitação para uma determinada empresa. Assim, para Abreu⁸⁹, alguma restrição na concorrência pode existir, desde que justificada no interesse público e na implementação de certas políticas, não podendo prejudicar o acesso e igualdade de condições entre os licitantes.

Questão interessante é o fato de que, ainda na análise de Abreu⁹⁰, mesmo havendo grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro quanto à presença de instrumentos legais fomentadores de contratações públicas sustentáveis, ainda há a prevalência de ideia de que a melhor compra é representada pelo menor preço, quando, na verdade, como afirma Freitas⁹¹, a proposta mais vantajosa é aquela “mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais”. Haveria, segundo ele, uma confusão entre as expressões “menor preço” e “melhor preço”, pois, este último seria representado não pelo preço mais baixo ao tempo da licitação, mas, sim, a questão intertemporal, ou seja, no decorrer do tempo, o produto ou serviço seria mais vantajoso para a Administração, pois um “gasto maior no presente pode representar expressivo ganho adiante, com a redução de custos futuros”. Continuando, o autor assevera que a inutilização desses critérios de custo benefício ofenderia o próprio princípio da sustentabilidade:

Daí segue que o sistema de avaliação líquida de custos e benefícios, sob pena de violação ao princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, ora seriamente negligenciados, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função de previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas. Vale dizer, antes de licitar, não se podem mais ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa e seus previsíveis efeitos colaterais. Como se sabe, a má licitação (quase) sempre se desvirtua antes da abertura oficial do procedimento.

Desta forma, ao estabelecer critérios sustentáveis para a aquisição de produtos e serviços, a Administração Pública está dando concreção ao princípio da sustentabilidade, pois, como informa Freitas⁹², a “sustentabilidade vincula”. O objeto da contratação, assim, deverá observar os requisitos e especificações do edital, e, dentre os concorrentes, via de regra, deve-se escolher a proposta com menor preço dentre as apresentadas que cumprirem os requisitos de desenvolvimento sustentável especificados.

Além destas questões, ressalte-se que vários fatores podem influenciar a realização de uma contratação pública sustentável, como a falta de familiaridade com o conceito e as políticas correlatas à licitação sustentável por parte da Administração Pública; a disponibilidade dos bens e serviços objetos destas licitações, visto as especificações requeridas; a falta de uma cultura administrativa de incentivos as compras públicas sustentáveis⁹³; falta de capacidade técnica do comprador em estabelecer justificativas para aquisições sustentáveis; insegurança jurídica quanto até que ponto o ente público pode avançar nas justificativas de contratação.

Assim como no exterior, também há preponderância das licitações voltadas para adquirir bens e serviços ambientalmente sustentáveis em detrimento de bens socialmente sustentáveis, havendo, portanto, uma preponderância das chamadas licitações verdes.

⁸⁸ FINGER; QUETES, *Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público*, 2014, p. 120.

⁸⁹ ABREU, *Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil*, 2016, p. 40.

⁹⁰ ABREU, *Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil*, 2016, p. 39.

⁹¹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 249-265, passim.

⁹² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 253.

⁹³ BRAMMER; WALKER, *Sustainable procurement in the public sector: An international comparative study*, 2011, p. 456-457.

Traçado esse quadro, realiza-se, então, a análise da situação das contratações públicas sustentáveis brasileiras em relação ao indicador criado pelo One Planet Network para mensurar a Meta 12.7 dos ODS. A análise é feita levando-se em conta a União, e não os outros entes federativos, portanto, excluído o primeiro item do referido indicador, que trata de questões subnacionais. A investigação também partirá de bases mais gerais e objetivas, não se esmiuçando em demasiado em aspectos qualitativos por falta de base de dados para tanto.

6 O indicador de mensuração da Meta 12.7 em face das contratações públicas sustentáveis brasileiras

O One Planet Network elaborou indicador de mensuração para a Meta 12.7, para o qual foram desenvolvidos sete sub-indicadores:

- a) porcentagem da população que vive em nível subnacional, para levantamento de dados referentes a outros níveis federativos;
- b) a existência de políticas, planos e regulações referentes às compras públicas sustentáveis;
- c) se os instrumentos regulatórios de contratações públicas sustentáveis são propícios para este tipo de contrato, analisando dois pontos: se há obrigatoriedade ou não na realização deste tipo de licitação, e em qual fase do contrato os critérios devem estar presentes, se apenas no processo de licitação, se no fechamento do contrato, na fase de cumprimento do contrato e/ou na fiscalização dele (ganhando mais pontos em quanto mais fases estiver presente);
- d) treinamento e suporte para profissionais da área de contratações públicas sustentáveis; levando em conta a presença de protocolos sobre compras sustentáveis, existência de sítio eletrônico sobre o assunto, estudo de casos, facilitação de profissionais da área etc.;
- e) estabelecimento de requisitos e critérios para compras sustentáveis que facilitem a aquisição de produtos sustentáveis, como rotulagens para aquisição de produtos ambientalmente sustentáveis; considerações a respeito de aspectos sociais e econômicos, como medidas anticorrupção, desenvolvimento de áreas pobres, inclusão social, trabalho decente etc., além de feitura de análise de risco/ impacto do produto serviço nas áreas do desenvolvimento sustentável;
- f) existência de sistema de monitoramento das compras públicas sustentáveis, levando em conta se esse monitoramento é parcial, compreensivo (todos os bens e serviços) ou se analisa os resultados das compras públicas, e a maneira como ele é realizado (pesquisa, produção de dados etc.);
- g) porcentagem dos contratos públicos relacionados a compras públicas sustentáveis.

Diante destes elementos e ante ao exposto, no qual foi demonstrada a presença de ampla legislação federal e a instituição do programa A3P, bem como diante da Instrução Normativa nº 01/10⁹⁴, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que instituiu regras para elaboração de Planos de Gestão de Logística Sustentável, na Administração Pública Federal direta, autárquica, fundacional e nas empresas estatais dependentes, nota-se que a União possui diversos instrumentos jurídicos acerca de contratações públicas sustentáveis, afirmação corroborada, inclu-

⁹⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. *Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília: SLTI/MPOG, 2010.

sive, pelo PNUMA e pela Comissão Europeia⁹⁵:

O cenário jurídico é favorável e as normas já existentes ancoram argumentos capazes de evitar impugnações de licitações. Os editais, no entanto, devem ser bem desenvolvidos e justificados, e a disponibilidade do produto anteriormente verificada no mercado de modo a garantir também que haja certa variedade de fornecedores.

Assim, pode-se afirmar que o Brasil preenche consideravelmente bem o item “b” supra ao trazer disposições e regulações acerca das contratações públicas sustentáveis. Da mesma forma, quanto ao item “c”, o pode-se afirmar que a busca pelo desenvolvimento sustentável é obrigatório nas licitações nacionais em decorrência do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93 e do Decreto nº 7.746/2017, devendo esses critérios serem estabelecidos como especificação técnica do objeto contratual, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial, e devendo ser fiscalizada a presença da sustentabilidade em todos os passos do contrato⁹⁶, o que ajuda também na conformação do item “f”, em teoria.

Apesar de não ter sido encontrado na pesquisa nenhuma entidade efetivamente responsável pela gestão específica dos contratos sustentáveis, foram, sim, encontradas referências a fiscalização e monitoramento de certos contratos específicos com viés de sustentabilidade. Não se pode afirmar, no entanto, que existe um real sistema de monitoramento e que este seja eficiente, fato já criticado por entidades internacionais⁹⁷.

Quanto ao item “d”, vários problemas foram encontrados. Um dos primeiros é quanto a acessibilidade a informação e produção de dados referentes às licitações sustentáveis.

O Portal Contratações Públicas Sustentáveis, no qual constam informações sobre o tema em âmbito federal, encontra-se desatualizado desde 2018, prejudicando o acesso às informações e aos dados das compras públicas federais⁹⁸. Da mesma forma, pesquisa realizada no Portal de Compras, responsável por disponibilizar informações acerca das compras públicas da União, encontrou apenas 13 referências aos termos “sustentável” e “sustentáveis”, sendo 10 delas de anos anteriores a 2018⁹⁹. Já a análise do sítio eletrônico do Ministério da Economia levou a dois outros sítios, o Painel de Compras¹⁰⁰ e o Portal de Compras do Governo Federal¹⁰¹, os quais não fornecem maiores informações acerca das compras públicas sustentáveis, prejudicando, desta forma, o acesso à informação.

Quanto aos cursos e treinamentos de pessoal para realização de compras públicas sustentáveis, foi realizada pesquisas nos sítios eletrônicos do Ministério da Economia e no Compras Públicas Governamentais e não foram encontradas maiores referências acerca do assunto, apenas notícias acerca de dois cursos ofertados pelo Portal Escola Virtual Gov, da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP)¹⁰², certificados pelo Tribunal de Contas da União (ou seja, por órgão vinculado ao Poder Legislativo), e a referência às Jornadas de boas práticas em contratações públicas — governança, sustentabilidade, gestão financeira e de

⁹⁵ UNEP; European Commission. Arcabouço jurídico para compras públicas sustentáveis no Brasil e o uso de rotulagem e certificações, 2015, p. 30.

⁹⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 43.

⁹⁷ UNEP (United Nations Environment Programme). *Factsheets on sustainable public procurement in national governments: supplement to the global review of sustainable public procurement*. Paris: UNEP, 2017, p. 20

⁹⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portal Contratações Públicas Sustentáveis*, Brasília, 25 dez. 2014. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁹⁹ BRASIL. *Portal de Compras*, Brasília, 4 set. 2020. Disponível em: <https://antigo.comprasgovernamentais.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério da Economia. *Painel de Compras (Beta)*, Brasília, 5 set. 2020. Disponível em: <http://painelcompras.economia.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰¹ BRASIL. *Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁰² BRASIL. ENAP (Escola Nacional de Administração Pública). Licitações sustentáveis. *Escola Virtual Gov*, Brasília, Logística e Compras Públicas, 9 out. 2019; BRASIL. ENAP (Escola Nacional de Administração Pública). Sustentabilidade na Administração Pública. *Escola Virtual Gov*, Brasília, Logística e Compras Públicas, 4 out. 2019.

riscos, realizadas anualmente¹⁰³. Tais dados levam a crer não haver um bom investimento na área por parte das autoridades da União Federal, prejudicando, assim, o item.

No entanto, a Advocacia Geral da União produziu diversos documentos acerca de licitações sustentáveis, como o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis¹⁰⁴, cujo objetivo é oferecer segurança aos administradores públicos para a implementação de contratações públicas com critérios socioambientais, e traz em seu conteúdo a legislação atualizada acerca do tema, atualização teórica relacionada ao desenvolvimento sustentável, atualização e inclusão de novos itens na parte específica, e exemplo de boa prática sustentável na administração pública, no caso, a implantação de energia limpa¹⁰⁵.

O referido Guia, assim, traz os paradigmas para a contratação pública sustentável em âmbito Federal, servindo para o direcionamento dos profissionais da área, trazendo compilação das práticas mais comuns na área, corroborando, assim, positivamente com o indicador estabelecido pelo One Planet Network, especialmente no item “d”.

Quanto ao item “e”, em pesquisa realizada, encontrou-se previsão de produtos sustentáveis no Catálogo de Materiais do Governo Federal (CATMAT), mas não foi encontrada qualquer referência a serviços sustentáveis no Catálogo de Serviços do Governo Federal (CATSER)¹⁰⁶, ambos do Serviço Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG). Não foram, portanto, encontrados outros mecanismos que facilitassem a contratação de bens e serviços sustentáveis em âmbito Federal, como rotulagens, certificações especificadas etc. Não transparece, desta forma, haver grande engajamento da União quanto ao referido item.

Por fim, quanto ao item “g”, novamente a dificuldade em encontrar dados surgiu. Foi realizada nos Portais da Transparência¹⁰⁷ e de Compras do Governo Federal¹⁰⁸, assim como enviado e-mail para o Serviço de Informação do Governo Federal (e-SIC)¹⁰⁹ — até o momento não respondido. Desta forma, para não deixar de avaliar o referido item, utilizou-se de informação de fontes outras que não o acervo de dados da União, como trabalhos científicos e matérias jornalísticas.

Desta forma, segundo Cavalcanti et al¹¹⁰, entre os anos de 2010 e 2015, a União Federal apresentou, respectivamente, os seguintes percentuais de licitações sustentáveis em relação ao valor total empreendido em licitações: 0,02%, 0,02%, 0,03%, 0,06%, 0,04%, 0,30%. Já notícia do jornal O Estado de São Paulo, afirma que entre 2014 e 2018 houve um pequeno aumento dos valores referentes a licitações sustentáveis em comparação com o total gasto em contratações do governo, de 0,7% para 0,97%¹¹¹. Nota-se certo conflito entre os dados aqui trazidos, mas, de todo modo, pode-se constatar que são valores baixos, inferiores a 1% do utilizado em licitações estatais por ano, ainda mais se lembrar-se da obrigatoriedade de realização deste tipo de certame, imposta pelo Decreto nº 7.746/2012.

¹⁰³ BRASIL. III Jornada de boas práticas em contratações públicas - governança, sustentabilidade, gestão financeira e de riscos. *Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, Acesso à informação, Eventos, 11 set. 2020; LOWANDE, Laura. IV Jornada de Boas Práticas em Contratações Públicas discute gestão financeira e de riscos. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, Notícias do EcoCâmara, 20 set. 2019.

¹⁰⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020.

¹⁰⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 7-8.

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério da Economia. Catálogo de Materiais (CATMAT) e Serviços (CATSER). *Comprasnet*: Portal de Compras do Governo Federal, Brasília, 20 mar. 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Contratos. *Portal da Transparência*, Brasília, 28 jun. 2018.

¹⁰⁸ BRASIL. *Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, 4 set. 2020.

¹⁰⁹ BRASIL. *Acesso à informação*, Brasília, 24 jul. 2020.

¹¹⁰ CALVACANTI, Denize; OLIVEIRA, Gustavo; D'AVIGNON, Alexandre; SCHNEIDER, Heloisa; TABOULCHANAS, Kristina. *Compras públicas sustentáveis: diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro*. Brasília: Cepal; MMA, 2017, p. 16.

¹¹¹ NASCIMENTO, Talita. Compras sustentáveis do Governo representam menos de 1% do total. *Estadão*: Portal do Estado de São Paulo, São Paulo, Economia & Negócios, 18 abr. 2019.

Estes valores proporcionais parecem refletir as deficiências encontradas em relação ao treinamento de pessoal, cultura administrativa para contratações sustentáveis, produção de dados, segurança jurídica quanto a definição prévia de itens sustentáveis para contratação e outras aqui referidas, todos fatores que influenciam negativamente o desenrolar do processo de licitações sustentáveis¹¹².

Necessário, portanto, uma melhor gestão e ampliação das contratações públicas sustentáveis na União, pois os referidos valores ainda são ínfimos e, sem um sistema de monitoramento, não há como calcular o impacto já causado por esses tipos de contratos públicos, apesar que, de forma especulativa, pouco deve ter gerado de incentivos ao setor produtivos.

Uma solução para ampliar o montante adquirido em contratações sustentáveis, seria uma sistemática de aquisições públicas compartilhadas entre diversos órgãos estatais (compras públicas compartilhadas), pois haveria ganho de escala com maior eficiência econômica, gerando mais benefícios ambientais e sociais, corroborando, portanto, com o desenvolvimento sustentável¹¹³.

Como boa parte desses problemas relativos às contratações públicas sustentáveis no país são antigos¹¹⁴, várias propostas já foram feitas para a sua melhoria e evolução, entre elas, o estabelecimento de uma política de contratações públicas sustentáveis mais sistematizada; especificação de objetivos e metas; aperfeiçoar a legislação referente para deixá-la mais clara e direta, estabelecendo melhor as responsabilidades de cada parte; estabelecer um órgão central para tratar de licitações sustentáveis; intensificar a sensibilização e aperfeiçoamento das partes envolvidas; padronizar os requisitos de sustentabilidade, assim como referências para produtos e serviços; melhorar o sistema de monitoração e acompanhamento¹¹⁵.

Assim, nota-se que a União, apesar de ter boas bases normativas para a implementação das contratações públicas sustentáveis, ainda apresenta inúmeros problemas para alcançar uma maior eficácia quanto a essa questão. Faltam dados, monitoramento, treinamento, organização e uma maior aplicação de recursos na área, o que se faz necessário para conformar mais positivamente a meta 12.7 e, assim, a Agenda 2030 e os ODS.

7 Considerações finais

O planeta passa por uma crise socioambiental intensa nos últimos quarenta anos, surgindo o paradigma do desenvolvimento sustentável como uma forma de tentar superar esses problemas, entretanto, o conteúdo deste conceito é objeto de intensa luta ideológica entre aqueles que procuram dar uma linguagem mais mercadológica/econômica e aqueles que buscam dar maior importância à dimensão ambiental, fato que é corroborado por vários instrumentos internacionais e adotado como paradigma no presente estudo.

Como consequência da adoção do paradigma do desenvolvimento sustentável e âmbito global, a ONU elaborou diversos documentos internacionais não cogentes, sendo o último a Agenda 2030, na qual foram adotados os ODS, que devem ser implementados de forma integrada, estabelecendo uma série de metas a serem atingidas e avaliadas pelas nações signatárias, entre elas, o Brasil.

Entre as metas dos ODS, encontra-se a 12.7, a qual prevê a promoção de compras públicas sustentáveis como forma de indução do mercado a produzir bens sustentáveis em decorrência do grande poder de compra estatal. Esta meta, entretanto, não possuía um indicador muito preciso, de modo que foi desenvolvido pelo One Planet Network um índice para sua mensuração, que foi testado em inúmeros países e pode ser utilizado para mensuração da referida meta.

¹¹² BRAMMER; WALKER, Sustainable procurement in the public sector: An international comparative study, 2011.

¹¹³ BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020, p. 47.

¹¹⁴ UNEP, *Factsheets on sustainable public procurement in national governments*, 2017, p. 15-20.

¹¹⁵ ABREU, Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil, 2016, p. 75-78.

O Brasil, como signatário da Agenda 2030, acabou por adaptar a referida meta a sua realidade, alterando a expressão “compras públicas sustentáveis” para “contratações públicas sustentáveis”, o que dá um sentido mais amplo e corresponde ao termo já utilizado em âmbito nacional. Entretanto, o país também não realizou a adaptação do indicador da referida meta.

De toda forma, foi visto que o país, especialmente a União Federal, apresenta um sólido fundamento constitucional quanto ao desenvolvimento sustentável, bem como para a realização de contratações públicas sustentáveis, trazendo regramentos específicos relacionados ao tema.

Além disso, há estudos e parâmetros elaborados para a realização de contratações públicas sustentáveis em âmbito Federal, bem como a presença de itens referidos como sustentáveis na lista de bens para aquisição da União, todas situações que corroboram positivamente com o índice criado pelo One Planet Network.

Entretanto, a União falha bastante em por em prática os mecanismos de efetivação das contratações públicas sustentáveis, como falta de previsões mais específicas acerca de fiscalização e de produtos e serviços, disponibilização de informações e treinamentos para a população em geral e para os profissionais da área, além do baixo percentual de licitações sustentáveis em relação ao total de licitações, demonstrando um abismo entre o arcabouço legal-institucional e a realidade prática.

Desta forma, o país encontra-se ainda longe de promover e fomentar o desenvolvimento sustentável através das contratações públicas sustentáveis, sendo necessário maior empenho do Poder Público para tornar eficazes os dispositivos já existentes e criar outros tantos sugeridos pelo One Planet Network, e, assim, poder analisar efetivamente se há ou não mudança de rumos induzida pelas licitações sustentáveis no Brasil.

Referências

ABREU, José Augusto A. K. Pinto de. Considerações e recomendações para as compras públicas sustentáveis no Brasil. *Projeto Sustainable Public Procurement and Ecolabelling (SPPEL)*. Rio de Janeiro: PNUMA, 2016. Disponível em: https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/pnuma_paper_brasil_v7.0.3.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/533714>. Acesso em: 30 set. 2020.

AZEVEDO, Pedro Henrique Magalhães. Os Tribunais de Contas brasileiros e as licitações sustentáveis. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 54-74, out./dez. 2014. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2883.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

BISSANI, Karen; PEREIRA, Reginaldo. O desenvolvimento urbano sustentável e os tratados internacionais sobre mudanças climáticas. *Revista Jurídica da EA7*, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 137-149, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/955>. Acesso em: 30 set. 2020.

BOSELTMANN, K. *Princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOSELTMANN, Klaus. The next step: Earth trusteeship. *Seventh Interactive Dialogue of the United Nations General Assembly on Harmony with Nature*, New York, 21 Apr. 2017. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload96.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement in the public sector: An international comparative study. *International Journal of Operations and Production Management*, v. 31, n. 4, p. 452—476, 2011.

Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/01443571111119551/full/html>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.178, de 23 de outubro de 2017*. Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9178.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12187.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC [...]. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Acesso à informação*, Brasília, 24 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Portal de Compras*, Brasília, 4 set. 2020. Disponível em: <https://antigo.comprasgovernamentais.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, 4 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. III Jornada de boas práticas em contratações públicas - governança, sustentabilidade, gestão financeira e de riscos. *Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, Acesso à informação, Eventos, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/eventos/25092018-jornada-contr-publi-gov>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Guia nacional de contratações sustentáveis*. 3. ed. Brasília: AGU, 2020. Disponível em: http://sema.unb.br/images/Noticias/2020/guia_nacional_de_contratacoes_sustentaveis_-_3_edicao_abr_2020.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Contratos. *Portal da Transparência*, Brasília, 28 jun. 2018. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/contratos>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. ENAP (Escola Nacional de Administração Pública). Licitações sustentáveis. *Escola Virtual Gov*, Brasília, Logística e Compras Públicas, 9 out. 2019. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/253>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. ENAP (Escola Nacional de Administração Pública). Sustentabilidade na Administração Pública. *Escola Virtual Gov*, Brasília, Logística e Compras Públicas, 4 out. 2019. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/254>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Catálogo de Materiais (CATMAT) e Serviços (CATSER). *Comprasnet: Portal de Compras do Governo Federal*, Brasília, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://siasgnet-consultas.siasgnet.estaleiro.serpro.gov.br/siasgnet-catalogo/#/>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. *Painel de Compras (Beta)*, Brasília, 5 set. 2020. Disponível em: [JEREISSATI, Lucas Campos; MELO, Alisson José Maia. As contratações públicas sustentáveis e a implementação da meta 12.7 dos objetivos para o desenvolvimento sustentável \(ODS\) no Brasil: avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p.491-5194, 2020.](http://pai-</p></div><div data-bbox=)

neldecompras.economia.gov.br/. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portal A3P*, Brasília, 5 jun. 2019. Disponível em: <http://a3p.mma.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portal Contratações Públicas Sustentáveis*, Brasília, 25 dez. 2014. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. *Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília: SLTI/MPOG, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/legislacao/geral>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional (Coordenação Geral de Estudos Econômico-Fiscais). *Estimativa da carga tributária bruta no Brasil — 2019*. Brasília: CESEF/STN, 2020. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2019/114>. Acesso em: 30 set. 2020.

BROWNE, Stephen; WEISS, Thomas G. The future UN development agenda: Contrasting visions, contrasting operations. *Third World Quarterly*, v. 35, n. 7, Viewpoint, p. 1326—1340, 20 May 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2014.915160>. Acesso em: 30 set. 2020.

CARADONNA, J. L. *Sustainability: A History*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

CALVACANTI, Denize; OLIVEIRA, Gustavo; D'AVIGNON, Alexandre; SCHNEIDER, Heloisa; TABOULCHANAS, Kristina. *Compras públicas sustentáveis: diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro*. Brasília: Cepal; MMA, 2017. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/41009-compras-publicas-sustentaveis-diagnostico-analise-comparada-recomendacoes-o>. Acesso em: 30 set. 2020.

CEE-FIOCRUZ. Brasil tem a segunda maior concentração de renda do mundo, diz relatório da ONU. *Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz: Pesquisa Política e Ação em Saúde Pública*, Rio de Janeiro, Saúde e Sustentabilidade, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1090>. Acesso em: 30 set. 2020.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 39, n. 1, p. 261—291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>. Acesso em: 30 set. 2020.

COLLSTE, David; PEDERCINI, Matteo; CORNELL, Sarah E. Policy coherence to achieve the SDGs: using integrated simulation models to assess effective policies. *Sustainability Science*, v. 12, n. 6, p. 921—931, 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11625-017-0457-x>. Acesso em: 30 set. 2020.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COSTA, Bruno Alencar da; FERREIRA, Ynis Cristine de Santana Martins Lino; GOMES, Sergio Castro; VASCONCELLOS SOBRINHO, Mário. Contratações públicas sustentáveis: práticas e influências na gestão municipal. *R. Adm. FACES Journal*, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, Gestão Pública e Governança, p. 60-76, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/facesp/article/view/3916>. Acesso em: 30 set. 2020.

CUNHA, Clarissa de Oliveira Gomes Marques da; AFONSO, Henrique Weil. Rumo a futuros distópicos? História do direito, pós-colonialidade e crítica no Antropoceno. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n.

30, p. 187-213, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1048>. Acesso em: 30 set. 2020.

DAMASIO, Kevin. Brasil já sente impactos das mudanças climáticas e situação pode se agravar. *National Geographic*, São Paulo, Mudanças Climáticas, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographic-brasil.com/meio-ambiente/2020/02/brasil-ja-sente-impactos-das-mudancas-climaticas-e-situacao-pode-se-agravar>. Acesso em: 30 set. 2020.

FABRE, Flávia Moraes Barros Michele. Função horizontal da licitação e da contratação administrativa. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-01122015-123928/publico/TESE_COMPLETA_FLAVIA_MORAES_2014.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

FABRO, Nathalia. Falta de monitoramento prejudica o combate à poluição do ar no Brasil. *Revista Galileu*, São Paulo, Meio Ambiente, 5 jun. 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2019/06/falta-de-monitoramento-prejudica-o-combate-poluicao-do-ar-no-brasil.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

FINGER, Ana Cláudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/86>. Acesso em: 30 set. 2020.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GANDRA, Alana. Plástico nos oceanos pode chegar a 600 milhões de toneladas em 2040. *Agência Brasil*, Brasília, Geral, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-07/plastico-nos-oceanos-pode-chegar-600-milhoes-de-toneladas-em-2040>. Acesso em: 30 set. 2020.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. *Direito & Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/667>. Acesso em: 30 set. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. L&PM, 2015.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Agenda 2030: ODS — Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33895&Itemid=433. Acesso em: 30 set. 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUERRA, Isabella Franco. 30 anos do relatório Brundtland: nosso futuro comum e o desenvolvimento sustentável como diretriz constitucional brasileira. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1884-1901, out./dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30287>. Acesso em: 30 set. 2020.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12-23.

LEFF, E. *Saber Ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

LINDSEY, Rebecca. Climate Change: Atmospheric Carbon Dioxide. *NOAA Climate.gov*, Maryland, News and Features, Understanding Climate, 14 aug. 2020. Disponível em: <https://www.climate.gov/news-features/understanding-climate/climate-change-atmospheric-carbon-dioxide>. Acesso em: 30 set. 2020.

LOWANDE, Laura. IV Jornada de Boas Práticas em Contratações Públicas discute gestão financeira e

de riscos. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, Notícias do EcoCâmara, 20 set. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/ecocamara/o-ecocamara/noticias/ecocamara-realiza-iv-jornada-de-boas-praticas-em-contratacoes-publicas>. Acesso em 30 set. 2020.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Luciano Costa. Desenvolvimento sustentável: uma visão conciliadora para a concretização de um direito fundamental e um princípio da ordem econômica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 141-156, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2068>. Acesso em: 30 set. 2020.

MONKELBAAN, J. *Governance for the Sustainable Development Goals*. Singapura: Springer, 2019.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. *Licitações sustentáveis: os parâmetros do desenvolvimento nacional e o controle das compras públicas verdes*. Porto Alegre: Fi, 2018.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de; SOUSA, Eduardo Rodrigues de; SILVA, Cristiano Guilherme da Câmara. Desenvolvimento sustentável na Constituição Federal de 1988: os desafios jurídicos nas licitações ecológicas. *Themis*, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 125-150, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://revista-themis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/689>. Acesso em: 30 set. 2020.

NASCIMENTO, Talita. Compras sustentáveis do Governo representam menos de 1% do total. *Estadão: Portal do Estado de São Paulo*, São Paulo, Economia & Negócios, 18 abr. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,compras-sustentaveis-do-governo-representam-menos-de-1-do-total,70002795182>. Acesso em: 30 set. 2020.

ONE PLANET NETWORK. The Sustainable Public Procurement Activities of the United Nations Environment Program. *One planet: handle with care*, Databases, Global SCP Projects Database, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.oneplanetnetwork.org/initiative/sustainable-public-procurement-activities-united-nations-environment-programme-unepl>. Acesso em: 30 set. 2020.

REES, William; WACKERNAGEL, Mathis. Urban Ecological Footprints: Why Cities Cannot Be Sustainable - And Why They Are A Key to Sustainability. *Environmental Impact Assessment Review*, v. 16, issues 4-6, p. 223-248, July/Nov. 1996. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0195925596000224>. Acesso em: 30 set. 2020.

SANDS, P. *Principles of international environmental law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SATTERTHWAITE, David. Missing the Millennium Development Goal targets for water and sanitation in urban areas. *Environment and Urbanization*, v. 28, n. 1, p. 99—118, 2016. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0956247816628435>. Acesso em: 30 set. 2020.

SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. How hard and soft law interact in international regulatory governance: alternatives, complements and antagonists. In: EVENETT, Simon; STERN, Robert (Eds.). *Systemic implications of transatlantic regulatory cooperation and competition*. Geneva: World Scientific, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156867. Acesso em: 30 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SUGAHARA, Cibele Roberta; RODRIGUES, Eduardo Luiz. Desenvolvimento Sustentável: um discurso em disputa. *Desenvolvimento em Questão*, Ijuí, v. 17, n. 49, p. 30-43, out./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/8244>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). Public Procurement as a tool for

promoting more Sustainable Consumption and Production patterns *Sustainable development innovation briefs*, issue 5, Aug. 2008. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/no5.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). *Tier Classification for Global SDG Indicators*: as of 28 December 2020. New York: UNDESA, 2020.

UNDESA (United Nations Department of Economic and Social Affairs). *World Social Report 2020: inequality in a rapidly changing world*. New York: UNDESA, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/world-social-report-2020.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNEP (United Nations Environment Programme). *Factsheets on sustainable public procurement in national governments*: supplement to the global review of sustainable public procurement. Paris: UNEP, 2017. Disponível em: <https://www.oneplanetnetwork.org/resource/factsheets-sustainable-public-procurement-national-governments>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNEP (United Nations Environment Programme). *Green public procurement in the Republic of Korea: a decade of progress and lessons learned*. Paris: UNEP, 2019. Disponível em: https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/green_public_procurement_in_the_republic_of_korea_a_decade_of_progress_and_lessons_learned.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

UNEP (United Nations Environment Programme); European Commission. Arcabouço jurídico para compras públicas sustentáveis no Brasil e o uso de rotulagem e certificações. *Projeto Sustainable Public Procurement and Ecolabelling (SPPEL)*. Paris: UNEP, 2015. Disponível em: <https://www.oneplanetnetwork.org/resource/arcabouco-juridico-para-compras-publicas-sustentaveis-no-brasil-e-o-uso-de-rotulagem-e>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNEP (United Nations Environment Programme); ONE PLANET NETWORK SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT PROGRAMME. *SPP Index Methodology: SDG indicator 12.7.1*. v. 5.0, Mar. 2020. Disponível em: <https://www.oneplanetnetwork.org/resource/spp-index-methodology-sdg-indicator-1271>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNITED NATIONS. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. In: _____. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5-16 June 1972. A/CONF.48/14/Rev.1, Part One, Chapter I, p. 3-5. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/70/L.1, 18 sep. 2015. Geneva: UN, 2015. Disponível em: <https://undocs.org/A/70/L.1>. Acesso em: 30 set. 2020.

VALENCIA, Sandra C.; SIMON, David; CROESE, Sylvia; NORDQVIST, Joakim; OLOKO, Michael; SHARMA, Tarun. Adapting the Sustainable Development Goals and the New Urban Agenda to the city level: Initial reflections from a comparative research project. *International Journal of Urban Sustainable Development*, v. 11, n. 1, p. 4—23, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/19463138.2019.1573172>. Acesso em: 30 set. 2020.

VASQUES, Valdeniza. Porque tantos temporais fora de época no Amazonas? *Em tempo*, Manaus, Clima, 19 set. 2019. Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/ciencia-e-tecnologia-meio-ambiente/172958/porque-tantos-temporais-fora-de-epoca-no-amazonas>. Acesso em: 30 set. 2020.

WALLACE-WELLS, David. *A Terra Inabitável: uma história do futuro*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

WITJES, Sjoers; LOZANO, Rodrigo. Towards a more Circular Economy: Proposing a framework linking sustainable public procurement and sustainable business models. *Resources, Conservation and Recycling*, v. 112,

p. 37-44, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921344916300994>. Acesso em: 30 set. 2020.

WWF (World Wildlife Fund). *Living Planet Report 2018: aiming higher*. Gland, WWF, 2018. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/relatorio_planeta_vivo_2018/. Acesso em: 30 set. 2020.

6. ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Desafíos del acceso a la justicia
ambiental en Chile**

**The challenges of the
environmental justice in Chile**

Jairo Enrique Lucero Pantoja

Gonzalo Aguilar Cavallo

Cristian Contreras Rojas

Desafíos del acceso a la justicia ambiental en Chile*

The challenges of the environmental justice in Chile

Jairo Enrique Lucero Pantoja**

Gonzalo Aguilar Cavallo***

Cristian Contreras Rojas****

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo principal analizar los mecanismos extrajudiciales y judiciales de acceso a la justicia ambiental existentes en Chile con miras a determinar si ellos son suficientes y permiten satisfacer efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Es entonces que a partir de la dogmática jurídica como método principal, junto con la técnica del análisis documental, consideraremos como hipótesis que los mecanismos extrajudiciales y judiciales de acceso a la justicia ambiental en Chile, si bien han experimentado un avance legislativo, no son suficientes, de manera tal que, aún hay espacio para mejorar la tutela judicial efectiva del medio ambiente. Se sostiene que existe un terreno fértil para avanzar en la concreción de este derecho, tanto en cuanto a los mecanismos corporativos, que permitan solucionar el conflicto ambiental en la esfera privada, como el mejoramiento de los mecanismos estatales de solución de controversias ambientales.

Palabras clave: Acceso a la justicia ambiental. Mecanismos extrajudiciales. Mecanismos judiciales. Chile.

Abstract

The main objective of this work is to analyze the extrajudicial and judicial mechanisms for access to environmental justice existing in Chile with a view to determining if they are sufficient and allow effectively satisfying the right to effective judicial protection of the human right to enjoy an environment without risks, clean, healthy and sustainable. It is then that, based on legal dogmatics as the main method, together with the technique of documentary analysis, we will consider as a hypothesis that the extrajudicial and judicial mechanisms for access to environmental justice in Chile, although they have experienced legislative progress, those are not enough, in such a way that there is still room to improve effective judicial protection of the environment. It is argued that there is still fertile ground to advance in the realization of this right, both in terms of corporate mechanisms, which allow solving the environmental conflict in the private sphere, and the improvement

* Recibido em 03/09/2020
Aprovado em 04/12/2020

** Abogado de la Universidad de Nariño (Col.), Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires (Arg.), Magister en Derecho Ambiental por la Universidad de Palermo (Arg.) y Doctorando en Derecho por la Universidad de Talca (Ch.).
E-mail: jlucero@utalca.cl

*** Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). E-mail: gaguilar@utalca.cl. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1190423: Análisis de los estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental y su concreción en el derecho interno, del que el autor es investigador principal.
E-mail: gaguilar@utalca.cl

**** Cristian Rojas - Abogado, Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona (España). Miembro de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal.
E-mail: ccontreras@utalca.cl

of state mechanisms for solving environmental disputes.

Keywords: Access to environmental justice. Extrajudicial mechanisms. Judicial mechanisms. Chile.

1 Introducción

En un mundo en que el tráfico económico y social ponen en riesgo constante la sostenibilidad de los recursos naturales -y en particular, la viabilidad misma de la vida de diferentes especies, incluida la del ser humano-, el acceso a la justicia ambiental constituye uno de los principales desafíos para imponer gobernanza y someter a escrutinio las diversas actividades que pueden atentar contra el derecho al ambiente sano.

Este panorama no es ajeno a Chile pues, a pesar de contar con diversos mecanismos judiciales como extrajudiciales de solución de controversias, enfrenta diversos problemas derivados del eficaz abordaje a las características propias del daño ambiental, tales como su carácter *supraindividual, a-temporal y a-espacial*. Es por ello que el objetivo de este trabajo es evidenciar las correspondientes limitaciones de los mecanismos de justicia ambiental chilenos, proponiendo en la *tutela judicial efectiva ambiental* un parámetro constantemente inacabado en las funciones institucionales y el ordenamiento nacional.

De tal manera, esta investigación plantea como valor original el análisis amplio del derecho al acceso a la justicia ambiental en Chile a la luz de los estándares internacionales contemporáneos, lo que incorpora no solamente los mecanismos jurisdiccionales de solución de conflictos sino también los medios extraestatales de resolución y de reparación. El artículo concluye que si bien se ha producido avances notables en el ordenamiento jurídico chileno en materia de acceso a la justicia ambiental, tales como la Ley N°20.600 que creó los Tribunales Ambientales, aún queda mucho por hacer en la incorporación de los estándares internacionales ambientales en esta materia, especialmente la permisión de acciones supraindividuales de carácter difuso. Con todo, sostenemos que una vía a profundizar es el fortalecimiento del pilar extrajudicial estatal de justicia ambiental y luego, la generación de mecanismos extraestatales de solución de conflictos y de reparación, esto en obediencia a los estándares desarrollados en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente y de los derechos humanos.

La metodología utilizada en esta investigación es la propia de las ciencias jurídicas, esto es, la dogmática jurídica, acompañada de la técnica del análisis documental.

Así, en una primera parte, se examinarán los mecanismos extraestatales, esto es, los previstos al interior de las corporaciones o compañías privadas, tanto en cuanto a medios de alerta temprana como a medios reparatorios, o bien en cuanto a mecanismos estatales administrativos, como los que puedan existir en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En la segunda parte, se analizarán los mecanismos judiciales que están previstos y su grado de efectividad en cuanto a acceso a la justicia se refiere. En este sentido, se examinarán tanto la intervención de los tribunales ambientales como de la Corte Suprema, a través del recurso de protección en materia ambiental. Asimismo, se analiza brevemente el Tribunal Constitucional, fundamentalmente, a través del conocimiento de las acciones de inaplicabilidad.

2 Mecanismos extrajudiciales de acceso a la justicia ambiental

Sin un amplio reconocimiento del acceso a la justicia, no existe Estado de Derecho en el contexto de una sociedad democrática. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido reiteradamente que “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa

y adquiere sentido en función de los otros”¹. Desde la perspectiva del medio ambiente, esto mismo se reproduce en la esfera del Estado de Derecho ecológico en el contexto de una sociedad democrática.

Los mecanismos de acceso a la solución de controversias o disputas ambientales podrían clasificarse en estatales y extraestatales. Los últimos podrían entenderse como aquellos que pueden operar al interior de las corporaciones o compañías privadas, tanto en cuanto medios de alerta temprana como a medios reparatorios, que permitan solucionar el conflicto ambiental en esa etapa temprana. Por su parte, los primeros pueden comprender medios extrajudiciales y judiciales. Los extrajudiciales se refieren a mecanismos estatales de solución de controversias, tales como la mediación, o bien, a vías administrativas propiamente tal, como las que puedan existir en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Antes de abordar cada una de las dos vertientes que nosotros hemos designado como constitutivas de mecanismos extrajudiciales, vale la pena reforzar la idea de que el acceso a la justicia constituye un derecho humano fundamental. Este derecho encuentra su reconocimiento tanto en el orden jurídico interno de los Estados, tales como en el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El acceso a la justicia puede entenderse en un sentido amplio y en un sentido estricto². En un sentido lato comprende todo el *iter* del Derecho, tanto su aspecto sustancial como procedimental³. Esto se conoce con la denominación de derecho al Derecho y de derecho al juez. En consecuencia, el acceso a la justicia no sólo operaría ante un juez, cualquiera que este sea, judicial, administrativo o constitucional, sino también procedería ante una instancia administrativa de solución de controversias o disputas e incluso, cuando estamos en el contexto de medios de solución de controversias o disputas privadas⁴. Un concepto, en este sentido, de acceso a la justicia “puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, por este principio se entendería la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución”⁵. Para poder vindicar los derechos de los que un individuo o grupo es titular, evidentemente, primero es necesario que esos derechos se encuentren plasmados y reconocidos en el orden jurídico.

Por cierto, todo este marco general, también se aplica al acceso a la justicia ambiental. El derecho a la justicia ambiental ha sido reconocido en instrumentos internacionales tanto de *hard law* como de *soft law*. Una manifestación de estos últimos instrumentos es el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992⁶. Como un ejemplo de los instrumentos de *hard law*, se puede invocar el Convenio de Aarhus de 1998 y el Acuerdo de Escazú de 2018⁷.

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva OC-8/87 (30 de enero de 1987). El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 26; Opinión Consultiva OC-9/87 (6 de octubre de 1987). Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 35.

² AGUILAR, Gonzalo. Prólogo. En Cançado, Antonio. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. 2. ed. Santiago: Librotecnia, 2012, p. 9-30.

³ CANÇADO, Antonio. *La ampliación del contenido material del ius cogens*. 2007. Disponible em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_augusto_cancado_trindade.pdf. Acceso em: 25 ago. 2020.

⁴ SCHELTEMA, Martijn. Assessing the Effectiveness of Remedy Outcomes of Non-Judicial Grievance Mechanisms. *The Dovenschiem Quarterly*, Maastricht, v. 4, p. 190-197, 2013.

⁵ VENTURA, Manuel. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. 2010, p. 3. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>. Acceso em: 13 ago. 2020.

⁶ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro (junio de 1992).

⁷ CONVENIO SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA TOMA DE DECISIONES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. Aarhus, Dinamarca (junio de 1998); ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA, Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Escazú, Costa Rica (marzo de 2018).

Por último, cabe reiterar lo señalado por Ventura Robles en el sentido de que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego principios tales como la justicia y la verdad”⁸.

2.1 Mecanismos extraestatales o empresariales de acceso a la justicia y medios de reparación

El derecho al acceso a la justicia ambiental desde el punto de vista, exclusivamente, de los mecanismos o vías de acción, puede incluir la vertiente extraestatal y estatal, bien, la judicial y extrajudicial, como asimismo, el ámbito nacional e internacional. Desde esta última perspectiva, los mecanismos de reclamo no judiciales “pueden tomar, por ejemplo, la forma de arbitrajes estatales o internacionales, conciliación o mediación (v. gr. las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales con el sistema de los Puntos Nacionales de Contacto o con el Panel de Inspección del Banco Mundial), las iniciativas por sector o industria (v. gr. Fair Wear Foundation), o mecanismos corporativos de reclamos”⁹.

La alternativa de la justicia internacional es, sobre todo, importante cuando se encuentra ante situaciones consideradas vulneradoras del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, o bien, de aquellos derechos humanos sustanciales conexos con éste, tales como el derecho al acceso a la información ambiental, el acceso a la participación ambiental y el acceso a la justicia ambiental¹⁰. Esta categoría de mecanismos de reclamación que no son de derecho interno “incluye a los organismos regionales e internacionales de derechos humanos. En general, estos mecanismos se han ocupado más bien de presuntas violaciones de la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos. No obstante, algunos también se han ocupado de casos de incumplimiento de la obligación del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas”¹¹. A todo lo anterior, habría que agregar, además, la protección de los derechos de los defensores de derechos humanos en materia ambiental¹². En efecto, “el Acuerdo de Escazú enaltece el marco de la democracia ambiental incorporando la “protección de los defensores del medioambiente” junto a los tres derechos de acceso de Aarhus. ¿Por qué? Porque en nuestra región en los últimos años tenemos el deshonroso registro de más de 160 asesinatos a ecologistas y activistas ambientales”¹³.

En consecuencia, cuando hablamos de mecanismos privados o empresariales de acceso a la justicia y medios de reparación, en general, estamos aludiendo a medios previstos al interior de las corporaciones o

⁸ VENTURA, Manuel. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad. 2010, p. 9. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>. Acceso em: 13 ago. 2020.

⁹ HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANITZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017, p. 78-118. p. 79. REES, Caroline; VERMIJS, David. Mapping Grievance Mechanisms in the Business and Human Rights Arena. *Corporate Social Responsibility Initiative Report n. 28.*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Cambridge, 2008. Disponible em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Rees-Vermijs-Mapping-grievance-mechanisms-Jan-2008.pdf>. Acceso em: 15 ago. 2020.

¹⁰ SHELTON, Dinah. Human Rights and the Environment: Substantive Rights. En: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David; MERKOURIS, Panos (Eds.). *Research Handbook on International Environmental Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 265-283. Frente a los aspectos sustanciales y procedimentales del derecho al acceso a la información ambiental, la participación ambiental y acceso a la justicia ambiental ver. AGUILAR, Gonzalo. El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 26, n. 2, p. 78-103, 2020. p. 85-93.

¹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. párr. 28.

¹² ASTUDILLO, Bárbara; BENFELD, Sebastián. Escazú: Un Acuerdo para que luchar no nos cueste la vida. *El Desconcierto*, 11 jul. 2020. Disponible em: <https://www.eldesconcierto.cl/2020/07/11/escazu-un-acuerdo-para-que-luchar-no-nos-cueste-la-vida/>. Acceso em: 15 ago. 2020.

¹³ HURTUBIA, Jaime. Todavía está pendiente la firma del Acuerdo de Escazú: ¿se frenará en Chile la democracia ambiental?. *El Mostrador*, 13 jul. 2020. Disponible em: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/07/13/todavia-esta-pendiente-la-firma-del-acuerdo-de-escazu-se-frenara-en-chile-la-democracia-ambiental/>. Acceso em: 13 ago. 2020.

compañías privadas o estatales titulares de proyectos de inversión o desarrollo o bien, a medios, independientes e imparciales, previstos por una asociación o agrupación de corporaciones, al cual se sujetan dichas corporaciones en la solución de conflictos ambientales. Uno de los aspectos principales de acceso a la justicia bajo esta vertiente lo constituye el acceso a medios de reparación adecuada e integral. Cabe tener presente que estos mecanismos constituirían un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia ambiental, como prevención a la etapa estatal, siempre que los afectados puedan hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con los otros involucrados¹⁴. Estos mecanismos de reclamación y reparación complementan y completan los mecanismos estatales judiciales o administrativos de solución de conflictos ambientales. Estos mecanismos no serían un fin en sí mismos, sino un medio para la realización de la justicia, i.e., para el acceso a la justicia ambiental¹⁵.

En el contexto específico de los mecanismos de reclamación y reparación corporativos, atendidos los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, las vías de reparación aplicable podrían incluir “disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas”, así como “medidas de prevención de nuevos daños”¹⁶ ambientales tales como garantías de no repetición, por ejemplo, a través del establecimiento de un Comité conjunto compuesto por representantes de la empresa, de la comunidad afectada y de miembros independientes (algunos de los cuales pueden ser especialistas en medio ambiente) que se encargará de darle seguimiento a las acciones preventivas comprometidas dentro de la garantía de no repetición¹⁷.

Medios de alerta temprana: prevención, mitigación, adecuación ambiental. ¿Qué significan? Por esencia, estos mecanismos buscan ofrecer recursos y soluciones en las primeras fases. El fin es solucionar el conflicto ambiental en las etapas liminares de diseño del proyecto. Los mecanismos empresariales de reclamación y reparación de agravios en materia ambiental deben estar activados desde las etapas más tempranas de concepción, planificación, diseño e implementación del proyecto¹⁸. Sólo si están previstos de esta manera podrán satisfacer el estándar de la prevención ambiental, y adecuar sus métodos y procedimientos, a la mejor protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, así como de sus derechos conexos. Una efectividad en los mecanismos empresariales de reclamación permitiría aumentar las posibilidades y certezas, en los procesos posteriores, de autorización estatal del proyecto.

Estos mecanismos deben ser claros, entendibles para las comunidades afectadas y accesibles, física, económica y jurídicamente. Incluso en esta vertiente de los mecanismos de reclamación y reparación, el Estado, con fuente en sus obligaciones constitucionales e internacionales de derechos humanos, debiera ofrecer el apoyo necesario para ello, sea este financiero o experto¹⁹.

En el cumplimiento de esta obligación, el Estado debería supervigilar que las empresas o particulares establezcan un mecanismo de reclamación y reparación privado que cumpla, como mínimo, con lo siguiente:

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-16/99 (1 de octubre de 1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. párr. 117.

¹⁵ Mutatis mutandis, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (7 de febrero de 2006). Voto razonado Juez A. A. Cançado Trindade. párr. 3.

¹⁶ En este sentido LUCERO, Jairo. Propiedad privada y equidad intra y transgeneracional en Latinoamérica. Un conflicto de holística jurídica sin resolver. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, no. 57, p. 131-188, 2019. p. 137, señala que el “Daño” desde una perspectiva ambiental, necesariamente requiere una lectura desde la “prevención”, esto es, a través de la “planificación racional” de Estocolmo 72 y su ‘acción más prudente’ (Proclama 6), que, en Nairobi 82, se abordaría con el lema de ‘prevenir los daños al medio ambiente que acometer después la engorrosa y cara labor de repararlos’ (Párrafo 9º)”, en donde es “necesario generar acciones adecuadas y razonables de manera previa (...) *ex ante*”.

¹⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.

¹⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 93

¹⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Principio 25.

a) el Estado debe velar porque los particulares o corporaciones involucradas respeten, en el mecanismo de reclamación o reparación, el equilibrio en la relación de fuerza entre la empresa y la comunidad afectada. A este respecto, bien vale la pena recordar que estos mecanismos de reclamación y reparación deben configurar un medio para “asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”²⁰. En este sentido, Ruggie ha insistido que el mecanismo empresarial que se establezca debe “corregir los desequilibrios de información y conocimientos técnicos entre las partes para lograr un diálogo eficaz y soluciones duraderas”²¹.

b) el mecanismo privado debe satisfacer el principio de imparcialidad como asimismo de que nadie puede ser juez y parte en el mismo procedimiento. La independencia e imparcialidad en el procedimiento corporativo de resolución de reclamos o reparaciones debe estar adecuadamente garantizado²².

c) el mecanismo empresarial debe garantizar siempre la posibilidad de recurso a los mecanismos estatales, incluidos los tribunales, todo ello, en pleno respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos²³. Por lo tanto, en esa línea, los arreglos en los mecanismos empresariales no debieran contemplar en ningún caso cláusulas de estilo como que las partes renuncian a toda acción ulterior o recurso judicial que les pudiera corresponder²⁴.

Además, los mecanismos extraestatales deben cumplir con el estándar mínimo del principio de efectividad, y, por lo tanto, cumplir el fin concreto para el cual fueron creados²⁵. La garantía de respeto del derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible no tiene efecto “si no se acompaña de mecanismos de investigación, sanción y reparación” de su vulneración. De este modo, se ha afirmado por Ruggie que “la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos debe acompañarse de un medio para que los que se sientan perjudicados se lo comuniquen a la empresa y traten de obtener una reparación, sin perjuicio de las vías jurídicas de que dispongan”²⁶. En consecuencia, el principio de efectividad en materia de mecanismos empresariales de reclamación y reparación en el contexto de conflictos ambientales no sólo apunta a la prevención del perjuicio en el medio ambiente y de los derechos de las comunidades que con ese derecho estén interrelacionados, sino que además, incluye la reparación, que debe reunir las caracte-

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-16/99 (1 de octubre de 1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. párr. 117; ISLAS, Alfredo; DÍAZ, Alejandra. El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial. *Prospectiva Jurídica*. México, v. 7, n. 14, p. 47-60, 2016.

²¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 95.

²² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 95.

²³ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 95.

²⁴ KAUFMAN, Jonathan; MCDONNELL, Katherine. Community Driven Operational Grievance Mechanisms. *Business and Human Rights Journal*, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 127-132, 2015. p. 129; HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANITZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017, p. 78-118. p. 81.

²⁵ “Los mecanismos eficaces de reparación de agravios desempeñan una importante función en el deber estatal de proteger, en su vertiente tanto jurídica como normativa, y en la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos”. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 82.

²⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 82; HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANITZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017, p. 78-118. p. 80.

terísticas de ser integral y adecuada²⁷. En virtud del principio fundamental de confianza, en relación con el respeto a los derechos humanos, estos mecanismos empresariales sólo surtirán efectos y serán eficaces en la medida que aquellos que crean que se encuentran amenazados o han sido efectivamente afectados en sus derechos al medio ambiente pueden buscar un remedio o reparación²⁸. Dicho de otro modo, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o por las condiciones generales del mecanismo corporativo previsto, o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”²⁹.

Cómo se ha señalado, el principio básico de estos mecanismos de reclamación y reparación privados, o no estatales, como especificación del derecho humano al acceso a la justicia ambiental, es el de efectividad. Es decir, debe tratarse de medios idóneos para que el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible sea efectivo en toda circunstancia³⁰. Para garantizar esta efectividad, propia de todos los derechos humanos como elemento finalista, es que los Principios Rectores señalan en su Principio 31, que deben cumplir con los siguientes criterios operativos mínimos:

“Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:

a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;

b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;

c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;

d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;

e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;

f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;

²⁷ “Un mecanismo efectivo de reparación de agravios forma parte de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.” CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 93.

²⁸ HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANITZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017, p. 78-118. p. 80.

²⁹ “[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. [...] N]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas (5 de julio de 2004). párr. 192; Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (7 de febrero de 2006). Voto razonado Juez A. A. Cançado Trindade. párr. 213; Opinión Consultiva OC-16/99 (1 de octubre de 1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. párr. 117.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 (30 de enero de 1987). El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). párr. 25.

g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro; Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios³¹.

Al margen del aporte que estas elaboraciones significan, sin duda que estos Principios Rectores de Ruggie han sido objeto de crítica por la doctrina y la sociedad civil, por haber dejado grandes lagunas o vacíos, o no haber desarrollado los principios y lineamientos con mayor profundidad, intentando otorgar más las certezas a las víctimas de violaciones a sus derechos humanos³². Por ello, se han desarrollado mayores análisis³³. En algunos de ellos se propone que en lugar de mecanismos empresariales de reclamación se trate de medios de reclamación organizados a nivel operacional por la comunidad en el sentido de que el público propone, inicialmente, reglas del juego aceptables de acceso a la justicia -en este caso ambiental- que luego son asumidas por la empresa y sobre esa base se lleva a cabo el proceso³⁴.

Sin duda que el ordenamiento jurídico chileno no se ha adaptado aun a las normas y estándares de acceso a la justicia antes reseñados. Esta es una constatación que puede abrir un espacio relevante para la actuación del Estado y la colaboración de los otros actores interesados, en pro de la generación de mecanismos extraestatales de solución de controversias ambientales y de reparación, en su caso. Los estándares mínimos ya están establecidos, de modo que sólo resta por ver si este espacio se transforma en un terreno fértil de progreso en materia de acceso a la justicia ambiental.

2.2 Mecanismos estatales no judiciales de acceso a la justicia y medios de reparación

Dentro de estos mecanismos puede existir una variedad de posibilidades, por ejemplo, organismos estatales, pero independientes, de mediación, conciliación, o grupos o paneles de expertos independientes. También se podría considerar la intervención de organismos públicos especializados como las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, en el caso de Chile, el Instituto Nacional de Derechos Humanos. E, incluso podría pensarse en un órgano público como una Defensoría Nacional del Medio Ambiente, encargado de supervisar los estándares de protección del medio ambiente vinculados con la actividad de los particulares y las empresas³⁵. Estas instituciones podrían convertirse en un medio –no judicial- eficaz para exigir la responsabilidad empresarial por vulneración del derecho al medio ambiente. Como indica Ruggie, estas instituciones “son particularmente apropiada para desarrollar procesos culturalmente adecuados, accesibles

³¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Principio 31.

³² HUMAN RIGHTS WATCH. UN Human Rights Council: Weak Stance on Business Standards. Global Rules Needed, Not Just Guidance, Declaración de 16 de Junio de 2011. Disponible em: <https://www.hrw.org/news/2011/06/16/un-human-rights-council-weak-stance-business-standards#>. Acceso em: 15 jul. 2020.

³³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – OHCHR. Accountability and Remedy Project Part II: “State-based non-judicial mechanisms State-based non-judicial mechanisms for accountability and remedy for business-related human rights abuses: Supporting actors or lead players?”. Discussion paper prepared for the 6th UN Annual Forum on Business and Human Rights, Geneva, 27-29 November 2017. Disponible em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/ARPII_%20DiscussionpaperonPhase2forUNForum_FINAL.pdf. Acceso em: 15 jul. 2020.

³⁴ HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANTZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017, p. 78-118. p. 81.

³⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 85.

y rápidos³⁶. Además, también, habría que considerar las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales con el sistema de los Puntos Nacionales de Contacto, que, entre otras cosas, se pueden ocupar de tramitar reclamaciones³⁷.

Nosotros nos concentraremos en los medios administrativos *stricto sensu* de solución de controversias o disputas ambientales. Estos mecanismos, por definición, están llamados a operar en todo el *iter* del proyecto de inversión o desarrollo, ya que, en términos generales, necesariamente, estos proyectos deben ser acompañados y aprobados, finalmente, por la autoridad administrativa.

El reconocimiento integral del derecho al acceso a la justicia en el contexto de los mecanismos administrativos que intervienen en los procesos ambientales, uno de cuyos más relevantes es el procedimiento de evaluación del impacto ambiental, es de fundamental importancia, esencialmente por dos razones. Por un lado, es un requisito para lograr la plena vigencia del derecho al acceso a la justicia ambiental³⁸. Y, por otro, una parte importante de la justicia ambiental, en clave de justicia social, se juega en la etapa administrativa de las supervisiones y autorizaciones de la autoridad pública para la realización de proyectos.

En este sentido, la Corte IDH ha sido clara cuando ha afirmado que todo órgano que adopte decisiones que puedan afectar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos debe cumplir con las condiciones mínimas del debido proceso y del derecho al recurso. Como se ha dicho, estas decisiones pueden provenir de órganos estatales o de privados. Mientras más cerca estemos de los órganos estatales, estas exigencias mínimas en términos de acceso a la justicia serán más intensas, aun cuando también son procedentes, en lo que corresponda, tratándose de decisiones adoptadas por privados, porque tanto el Estado como los particulares son sujetos obligados a respetar y proteger los derechos humanos. En el caso chileno, esta obligación es prístina y emana de lo dispuesto en el artículo 6 inciso 2º de la Constitución, que señala que “[l]os preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

En el caso de los órganos estatales no judiciales, el principio ha sido establecido por la Corte IDH, en los siguientes términos: “Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”³⁹.

En esta línea, parafraseando a los jueces interamericanos, un concepto amplio de debido proceso que incluyera los mecanismos administrativos de justicia ambiental, correspondería al “derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un órgano competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier determinación de sus

³⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. párr. 97.

³⁷ El encargado en Chile de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales se encuentra localizado en el Departamento OCDE de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sobre el mecanismo en Chile, Vid. El siguiente enlace: <https://www.subrei.gob.cl/punto-nacional-de-contacto-pnc/>. Acceso em: 20 ago. 2020.

³⁸ Debemos recordar que el sistema de evaluación de impacto ambiental surge de diversos principios ambientales, tales como el preventivo, el de responsabilidad y el de participación ciudadana (principio 10 de la Declaración de Río de 1992), lo cual ha sido incorporado en los criterios de la Corte Suprema chilena en los casos “Depósitos de Cenizas Las Trancas”, Rol. No. 4755-12; “Termoelectrica Castilla”, rol No. 1960-2012; “El Morro”, rol No. 11299-2014; “Dunas de Concón”, rol No. 2138-2012. OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Revista Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018. p. 626.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 149; en igual medida en el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2001). párr. 104, señaló el ente interamericano que “tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana”.

derechos de carácter ambiental⁴⁰.

Algunos de los estándares mínimos que debieran contemplarse en el acceso a la justicia ambiental administrativa, en el sentido de requisito o garantías que deben observarse en los procedimientos⁴¹, a la luz del *corpus iuris* interamericano, serían los siguientes:

- 1) Que las personas o el público interesado pueda defenderse o actuar en la defensa de intereses ambientales⁴²;
- 2) Defenderse ante actos que afecten sus derechos o que afecten derechos que entran dentro de intereses públicos;
- 3) En materia medio ambiental, sobre todo, los órganos intervinientes, en función del principio de justicia ambiental, tienen la obligación de “adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso”⁴³;
- 4) El derecho a ser oído⁴⁴. En este sentido, los jueces interamericanos han sido explícitos en señalar que “pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”⁴⁵;
- 5) Para que se determinen sus derechos o el derecho aplicable⁴⁶;
- 6) Principio de celeridad o plazo razonable⁴⁷;
- 7) Procedimiento con una tramitación sencilla que facilite la toma de decisiones;
- 8) Las decisiones que afecten derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, en los hechos y en el derecho aplicable⁴⁸;
- 9) Derecho a acceder a la información, en forma previa, sobre el procedimiento, sus costos, y también sobre las vías de recurso tendientes a solicitar la revisión ante una autoridad jurisdiccional o ante una autoridad superior: el recurso debiera ser rápido, sencillo y eficaz⁴⁹;

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas (29 de enero de 1997). párr. 74.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 147.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 147.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 149.

⁴⁴ “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2001). párr. 105. En el mismo sentido, la Corte señala en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (31 de enero de 2001). párr. 71, que “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 150.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 150.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 152.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005). párr. 169.

10) Las decisiones deben cumplirse. Desde esta perspectiva, se ha estimado que “para satisfacer el derecho de acceso a un recurso efectivo, no es suficiente con que en los procesos de amparo se emitieran decisiones definitivas, en las cuales se ordenó la protección a los derechos de los demandantes. Además, es preciso que existan mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados [...] La ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho”⁵⁰. E, incluso, este estándar de derechos humanos ha sido completado con el plazo razonable, i.e, la decisión no basta con que sea ejecutada para satisfacer el estándar, además, debe serlo dentro de un plazo razonable⁵¹;

11) Las decisiones deben contemplar la reparación integral y efectiva. Si no se ejecutan las medidas de reparación dispuestas, se estaría negando el derecho de acceso a la justicia⁵².

El ordenamiento jurídico chileno contempla mecanismos estatales administrativos de acceso a la justicia ambiental en la Ley N°19.300, los cuales se han visto reforzados institucionalmente, a partir de la creación del Ministerio del Medio Ambiente, de la Superintendencia del Medio Ambiente y del Servicio de Evaluación Ambiental. También cabe precisar que se encuentra en el Congreso Nacional la discusión del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Al margen de esto, existen instituciones sectoriales que intervienen en el proceso ambiental, por ejemplo, en materia de recursos hídricos y acceso al agua potable, se encuentra la Dirección General de Aguas y el Ministerio de Salud. En todos estos casos existen medios administrativos previstos por la ley, en los que se debieran cumplir con los estándares mínimos mencionados precedentemente.

Habiendo establecido los estándares mínimos en materia de acceso a la justicia ambiental en el contexto de los mecanismos estatales (no judiciales) y no estatales de reclamación y búsqueda de remedios ante vulneraciones del medio ambiente, a continuación revisaremos los medios judiciales de acceso a la justicia ambiental.

3 El acceso judicial a la justicia ambiental en Chile

En primera medida, es imprescindible señalar que el sistema de protección ambiental consolidado en Chile se sustenta en el principio de complementariedad, valga decir, en la coexistencia de instituciones destinadas a la protección del derecho al ambiente sano desde sus propias órbitas competenciales. En tal medida, existe una gama de procedimientos y órganos jurisdiccionales llamados a intervenir cuando se trata de la defensa de este derecho. En este sentido, el *recurso de protección ambiental* es conocido y fallado por la justicia ordinaria, más en concreto por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema (en primera y segunda instancia, respectivamente), los asuntos de naturaleza *contencioso-administrativo ambiental* y de *reparación ambiental* (carácter expansivo) le corresponden a los Tribunales Ambientales, y las *acciones de inaplicabilidad* que puedan surgir en la esfera ambiental serán sometidas a la decisión del Tribunal Constitucional.

De esta forma, abordaremos cada uno de estos escenarios a fin de concebir el cumplimiento efectivo al acceso a la justicia ambiental en la institucionalidad chilena.

3.1 El papel de la jurisdicción ordinaria y el acceso a la justicia ambiental a través del recurso de protección

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (7 de febrero de 2006). párr. 220.

⁵¹ Como bien afirma el juez Cançado, “[L]a ejecución de la sentencia forma parte del proceso - del debido proceso - y, por ello, los Estados deben garantizar que tal ejecución se realice dentro de un plazo razonable”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (7 de febrero de 2006). Voto razonado Juez A. A. Cançado Trindade. párr. 3.

⁵² Vid. mutatis mutandis, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia (28 de noviembre de 2003). párr. 83.

Como punto de partida, debemos señalar que el recurso *-rectius*, acción- de protección (al igual que sus homólogos latinoamericanos “acción de amparo” en Argentina, “mandato de segurança” en Brasil o “acción de tutela” en Colombia) constituye una acción constitucional que tiene por finalidad la defensa cautelar de algunos de los derechos fundamentales consagrados expresamente en el texto constitucional⁵³, ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales que generen una privación, perturbación o amenaza para su legítimo ejercicio (art. 20 CPR). De esta forma, el recurso de protección se constituye en el instrumento reflejo de la soberanía del Estado Constitucional de Derecho, cuyo accionar radica en la preponderancia de los derechos fundamentales por encima del poder político/económico público o privado que se ejerza en la sociedad en un momento determinado⁵⁴. Por tanto, el ordenamiento jurídico lo establece como un pilar fundamental de la estructura procesal de garantía de derechos de carácter constitucional⁵⁵, de modo que filosóficamente subyace en él un razonamiento *iusfundamental*⁵⁶.

Ahora bien, frente a la protección ambiental, es importante recordar que el artículo 20 CPR da cuenta de una clara diferencia entre la posibilidad de ejercer la acción de protección respecto al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el resto de los derechos y garantías tuteladas por esta acción constitucional. Esto se debe a que este instrumento de tutela jurisdiccional procede frente a “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” salvo para la protección ambiental, pues en este caso se estipula expresamente que la afectación del derecho debe provenir de un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. En suma, se requiere de una atribución de ilegalidad para la procedencia del recurso, hecho sin precedentes que genera una merma en las reales posibilidades de acceso a la justicia de los ciudadanos a través de esta vía procesal, toda vez que la acción constitucional cautelar del ambiente está diseñada para operar en situaciones más acotadas y con mayores exigencias fácticas que para el resto del elenco de derechos fundamentales tutelados⁵⁷.

⁵³ A la luz de su marcada naturaleza cautelar de emergencia, es dable sostener, siguiendo a LETURIA, Francisco. Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*. Talca, v. 16, n. 1, p. 227-244, 2018. p. 235, que “más que un juicio, es una acción cautelar”. De esa manera, por lo que no puede considerarse la vía jurisdiccional óptima para brindar una solución a los problemas jurídicos que comprometen vulneraciones al libelo fundamental de la Carta constitucional. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia chilena ha expresado que se trata de una “acción cautelar cuyo objeto es solucionar prontamente situaciones de hecho que en un momento determinado sean alteradas, o amenazadas de serlo, por un tercero, en perjuicio de la persona que lo entabla, sin otros requisitos que actuar dentro del plazo..., referido a las garantías especialmente protegidas por la Constitución y cuando el recurrido haya actuado ilegal o arbitrariamente”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Revista Gaceta Jurídica*. Santiago, n. 148, p. 45, oct., 1992. p. 45. Ver también: PFEFFER, Emilio. La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva. *Revista Estudios Constitucionales*. Talca, v. 2, n. 1, p. 159-174, 2004. p. 166; ZÚÑIGA, Francisco. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las ‘cuestiones técnicas’, *Revista de Derecho*. Antofagasta, v. 14, n. 2, p. 131-157, 2007. p. 144.

⁵⁴ Fundamentalmente argumentado por el desgaste político vivenciado tras la dictadura en 1972-1990 y el tránsito gubernamental de la Unidad Popular 1994-2000. CEA, José. *Derecho Constitucional Chileno. Deberes derechos y garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. Tomo II. p. 707; LETURIA, Francisco. Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, v. 16, n. 1, p. 227-244, 2018. p. 229.

⁵⁵ Para FERMANDOIS, Arturo; CHUBRETOVIC, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 43, n. 1, p. 61-90, 2016. p. 65, desde una perspectiva institucional “el recurso de protección tiene por definición una vocación de control democrático poderosa, más intensa que aquella cuyas controversias recaen en tribunales especializados”.

⁵⁶ LETURIA, Francisco. Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*. Talca, v. 16, n. 1, p. 227-244, 2018. p. 231.

⁵⁷ Cabe resaltar la superación de un estadio aún más controversial en la tutela de derechos ambientales a través del Recurso de Amparo. La Constitución chilena antes de la reforma de 2005 sólo amparaba el “derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación” (Art. 19.8 CPR) en Amparo judicial cuando este fuera “afectado por un acto arbitrario e ilegal, imputable a una autoridad o persona determinada”, lo que implicaba que el acto dañoso del ambiente debía tanto ser ilegal, como también, copulativamente, arbitrario, componente subjetivo que impedía un ejercicio objetivo del Amparo (RÍOS, Lautaro. La reforma de 2005 a la Constitución chilena. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 10, p. 617-698, 2006. p. 635), aunado a la exclusión constitucional de las “omisiones” que generasen esta clase de perjuicios fundamentales (TRAMÓN, Gabriela. Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: nuevo contencioso administrativo ambiental. Tesis. Universidad de Chile, Santiago, 2014. p. 19-20). Ello fue fundamentado como el carácter excepcional que la Constitución proyectaba en la garantía de este derecho, e incluso la suerte -ilógica- de jerarquía existente entre los derechos que se querían defender a través del Amparo (FUENTES, Fabiola. Recurso de Protección respecto del

Con todo, las restricciones de procedencia recién mencionadas han llevado a los órganos jurisdiccionales a consentir un conocimiento y procesamiento de las causas ambientales desde dos esferas tácticas: por un lado, parte de la doctrina sigue una vía directa de tutela, ello desde la contemplación del ambiente sano como garantía autónoma y suficiente para exigir la admisibilidad del recurso de protección; por otro, se acude a derechos fundamentales tutelables vía recurso de protección -tales como la vida, igualdad y privacidad- que están vinculados con el derecho al ambiente sano y se les emplea como vías indirectas para conseguir equivalentes fines de garantía ambiental⁵⁸.

Para la vía directa de protección del derecho al ambiente sano como garantía autónoma y suficiente de viabilidad del recurso de protección, consolidada en el segundo párrafo del artículo 20 del texto constitucional, es obviamente la más admitida por la doctrina⁵⁹, en tanto se cumpla con las limitaciones de legitimación pasiva (pues se exige al requirente que el acto ilegal sea “imputable a una autoridad o persona determinada”), y que indispensablemente se trate de un caso de infracción a la legalidad.

A su turno, la vía indirecta de protección se fundamenta desde una perspectiva teórica y otra fáctica. En este sentido, el desarrollo teórico ha devenido de la recolección de construcciones jurisprudenciales frente al requerimiento de dos ámbitos de vulneración coexistentes como requisitos de la admisibilidad del recurso: (i) la ilicitud de un acto administrativo que contenga intereses ambientales, más (ii) la vulneración o puesta en peligro de uno de los derechos previstos por el artículo 20 CPR. Esto queda en evidencia en la sentencia Rol N°5339-2013 de la Corte Suprema, de 25 de septiembre de 2013, en donde se sostiene que si bien el conocimiento de las acciones administrativas presuntamente vulneradoras de la legislación ambiental pueden ser acogidas por el Tribunal Ambiental⁶⁰, el recurso de protección se agota “al cautelar la no afectación de

derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Tesis. Universidad Andrés Bello, Santiago, 2008. p. 26-27). No obstante lo anterior, pese a que la Reforma de 2005 transformó el contenido “acto arbitrario e ilegal”, por el de “acto u omisión ilegal”, posición que analizábamos *ut supra*, e incluyó las “omisiones”, es pertinente acotar la falta de justificación con la que el constituyente de 2005 despojó la posibilidad de interponer el Recurso de Amparo cuando se genere -sin incurrir en ilegalidad- un acto u omisión “arbitrarios” que vulneren derechos y garantías ambientales, ello acorde al principio de prevención y precaución ambiental. Ver: PFEFFER, Emilio. *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005. p. 99.

⁵⁸ Aclarándose que si bien es cierto los derechos destacados en los numerales del artículo 20 son taxativos para gran parte de la Doctrina (ZUÑIGA, Francisco; PERRAMONT, Alonso. *Acciones Constitucionales*. Santiago: Lexis Nexis, 2003. p. 77-78; MOLINA, Hernán. *Derecho Constitucional*. 8 ed. Santiago: Lexis Nexis, 2008. p. 283-289; CEA, José. *Derecho Constitucional Chileno. Deberes derechos y garantías*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. p. 639; CÁRCAMO, Alejandro. El recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los Derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno. *Gaceta Jurídica*. Santiago, n. 374, p. 7-25, 2011. p. 10), estos a su vez tienden a ser expansivos, más aún cuando se encuentran vinculados a derechos y principios depositados en la esfera internacional, cuyo desarrollo se cimienta en la protección no regresiva. Esto se aumenta al considerar que el recurso observado desde el prisma del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, por lo que la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeon García vs. Perú (6 de abril de 2006). párr. 144, precisó que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos”.

⁵⁹ PINILLA, Francisco. Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental. *Diario Constitucional (30/Octubre)*, 2013. Disponible em: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/recurso-de-proteccion-ambiental-y-su-buena-salud-frente-a-la-competencia-del-tribunal-ambiental/>. Acceso em: 21 jul. 2020; GUERRA, Felipe. El supuesto carácter cautelar del proceso de protección ambiental: una perspectiva jurídica crítica. *VI Jornadas Australes de Medio Ambiente y Derecho (2-3/octubre)*, Universidad Austral de Chile, 2014. p. 15-16 Disponible em: https://www.academia.edu/12579400/EL_SUPUESTO_CAR%3%81CTER_CAUTELAR_DEL_PROCESO_DE_PROTECCIO%3%93N_AMBIENTAL_UNA_PERSPECTIVA_JUR%3%8DDICA_CR%3%8DTICA. Acceso em: 21 jul. 2020; FERNANDOIS, Arturo; CHUBRETOVIC, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 43, n. 1, p. 61-90, 2016. p. 62, 67, 70-75; CARRASCO, Edesio. Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015). *Anuario de Derecho Público 2016*. Santiago, sep., p. 283-315, 2016. p. 297-298

⁶⁰ Instancia en donde, es posible “obtener la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama o para constatar si se mantienen o no las variantes ambientales vigentes al momento de aprobar el proyecto” (Considerando 8vo), puesto que “se trata de un acto esencialmente condicionado y revisable, si es que cambian las condiciones tenidas en consideración durante el proceso de evaluación. Si las condiciones se mantienen y existe un cumplimiento irrestricto de las medidas, cualquier modificación de la RCA podría ser calificada de arbitraria e ilegal (...) condiciones o exigencias ambientales que deberán cumplirse para ejecutar el proyecto o actividad. El incumplimiento de tales condiciones constituye una infracción administrativa” (Considerando 6to). CORTE SUPREMA DE CHILE. Fallo: 5339-2013, Caso Solange Bordones Cartagena y otros c/ Compañía Minera Nevada Spa y otra s/ Recurso de

garantías constitucionales” (considerando 8)⁶¹, hecho que permite demostrar que “el recurso de protección no constituiría una acción residual frente a la reclamación ambiental ante el Tribunal Ambiental, sino -al contrario- un mecanismo encaminado a la tutela de derechos de distinta entidad, como son los constitucionales enumerados en el art. 20 CPR”⁶², recordando que no solo podría ser el derecho al ambiente sano, sino cualquiera de los nominados en el precitado artículo que se ocasionaren en una trasversal vulneración jurídica de dichos derechos fundamentales. En este sentido finalmente precisa que “la presente acción, como se dijo, se basa en la vulneración al derecho a la vida vinculado con la garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, alegadas por los interesados, esto es, la presente causa discurre sobre la sede de la tutela efectiva a los derechos fundamentales en el ámbito judicial” (considerando 2).

Ahora bien, en cuanto a la perspectiva fáctica, esta se consolida en la imposibilidad de impetrar el recurso de protección ambiental ante la concurrencia de una conducta “arbitraria” que prive, perturbe o amenace este derecho, disminuyendo el potencial de funcionalidad de este recurso, aunque esto no impide que esta acción constitucional puede ser ejercida a partir de conductas igualmente arbitrarias que afecten otros derechos fundamentales conexos con el ambiente y que se encuentren recogidos en el listado previsto por el artículo 20 CPR.

Por tanto, muy a pesar de la existencia de las dos opciones de vulneración al ambiente sano y con ella dos respuestas desde el recurso de protección, ya sea de manera directa o por rebote, lo más destacable de esta distinción se centra en que al encontrarse privada esta última de las manifestaciones “arbitrarias” para su vulneración (siendo indispensable la presencia de ilegalidad), la primera de estas permite que el reproche a partir de otro derecho mencionado en el artículo 20 superior, de forma contigua, genere una protección a prerrogativas ambientales sin la necesaria demostración de un acto ilícito.

Con todo, la tramitación y fallo del recurso de protección se regula mediante un Auto Acordado dictado por la Corte Suprema, cuyo texto refundido se contiene en el Acta N°94-2015, de 17 de julio de 2015⁶³. Esta norma prevé un procedimiento bastante acotado para la sustanciación de esta acción, atendido su carácter urgente y cautelar, destacando la solicitud de informe al requerido, el sistema de valoración probatoria y las sanciones por desacato de sentencia, reglas que pueden ser analizadas desde la específica utilidad ambiental, siendo de vital importancia para este fin, tanto, el eje de poderes procesales del juez, como la legitimación activa y pasiva posibilitada por el recurso.

Ahora bien, frente a los aspectos probatorios regulados por el Acta N°94-2015, destaca que la valoración de los elementos probatorios recopilados no se lleva a cabo conforme a una libre valoración fundada en la íntima convicción⁶⁴. Muy por el contrario, tal como lo expresa el numeral 5°, se debe acudir a la sana crítica,

protección - Medio ambiente (25, sep., 2013).

⁶¹ Asimismo precisa la conexión de derechos al considerar que “por lo que resulta, tanto factible como esperable respuestas cautelares previas, como es el caso de la orden de no innovar decretada en esta causa con motivo de los antecedentes tenidos a la vista en virtud de los cuales se avizoraba una conculcación a los derechos de las personas en razón de verse afectado el medio ambiente y con ello la vida” CORTE SUPREMA DE CHILE. Fallo: 5339-2013, Caso Solange Bordones Cartagena y otros c/ Compañía Minera Nevada Spa y otra s/ Recurso de protección - Medio ambiente (25, sep., 2013). Considerando 9.

⁶² PINILLA, Francisco. Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental. *Diario Constitucional* (30/Octubre), 2013. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/recurso-de-proteccion-ambiental-y-su-buena-salud-frente-a-la-competencia-del-tribunal-ambiental/> Acceso en: 21 jul. 2020.

⁶³ Debe recordarse que esta facultad de la Corte Suprema se fundamenta a partir del artículo 79 de la Constitución Política y del artículo 96 N°4 del Código Orgánico de Tribunales.

⁶⁴ En tal sentido, se debe hacer la claridad entre el sistema de “íntima convicción”, que según AYALA, José. *Duda Razonable*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 32-33, “permite que se desarrollen un conjunto de reglas probatorias de mayor o menor relevancia, [e] incluso admite la exigencia de fundamentación y la posterior pesquisa sobre la misma, pero todos estos esfuerzos normativos inevitablemente quedan reducidos a un plano secundario, como una especie de espectros probatorios, ya que lo único que tiene real importancia en la fase probatoria es lo que ocurre en la cabeza o en el corazón de los jueces”, mientras que HUNTER, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis*. Talca, v. 23, n. 1, p. 247-272, 2017. p. 248, aclara “Hay consenso en que la sana crítica es una forma de valorar libremente la prueba, donde el juez queda sujeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados”, a quien lo siguen, vg. COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de*

entendiéndose esta como aquella que nos permite el “descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional”⁶⁵. Por tanto, este sistema es coherente con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados⁶⁶, estándares de razonabilidad que se corroboran con la exigencia de una sentencia fundada⁶⁷, esto es, razonada y sostenida en los elementos jurídicos y fácticos aportados al proceso. El problema en este aspecto se suscita debido a que mucha de la información ambiental puede verse coartada durante las instancias del proceso, aunado a que las capacidades académicas y científicas, indispensables en los fallos ambientales, no se hacen presentes en los tribunales ordinarios, lo que, si bien puede producir un fallo razonado a través de la óptica eminentemente jurídica, este afrontará graves repercusiones en la medición del resultado sentenciado en cuanto a su razonabilidad científica.

Por su parte, en lo referente a las medidas sancionatorias producto del proceso de Amparo, el Acta N° 94-2015 permite que en caso que la persona, funcionario, representante o jefe del órgano estatal no evacue el informe que se le solicitare una vez iniciado el procedimiento o no cumpliera con las diligencias, resoluciones y sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales que han conocido y fallado el asunto, estos podrán imponerle medidas como (i) amonestación privada, (ii) censura por escrito, (iii) multa a beneficio fiscal (no inferior a una unidad tributaria mensual ni superior a cinco, es decir, entre 60 y 300 USD, aproximadamente) y (iv) suspensión de funciones hasta por cuatro meses, tiempo durante el cual el funcionario solo percibirá medio sueldo. Estas sanciones claramente denotan que el objetivo principal de esta acción constitucional es el cese de los actos ilegales (o arbitrarios), aunque ellas no son suficientemente disuasivas ni menos idóneas para evitar la repetición de las posibles contingencias ambientales.

Dicho lo anterior, es momento de dedicar algunas reflexiones a los requisitos temporales de admisión del recurso de protección y a la regulación prevista respecto a la legitimación activa del mismo. En el primer aspecto, se destaca que el numeral 1° del citado Auto Acordado dispone que esta acción constitucional debe deducirse en el “plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión”, lo cual es objetivamente incoherente con los detrimentos ambientales, sobre todo de aquellos que no se conoce el momento exacto de su ocurrencia. Es en tal medida que el mismo numeral subsana, o mejor, flexibiliza el plazo derivado de la “naturaleza” de los actos u omisiones causantes de la afectación del derecho fundamental, permitiendo que el plazo de interposición se cuente “desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos”, disposición que puede permitir otorgar un trato diferencial y necesario a los procesos originados a partir de daños ambientales.

Por su parte, la legitimación sustancial se encuentra prevista en los numerales 2° y 4° del cuerpo normativo mencionado, los cuales reconocen una legitimación activa ampliada al afectado, pudiendo actuar cualquier otra persona en su nombre, extensión que se ve fortalecida por cuanto las “personas, funcionarios u Órganos del Estado afectados (...) podrán hacerse parte en el recurso”. Esto constituye -en el ámbito de la defensa cautelar de derechos fundamentales- la admisibilidad para interponer acciones de grupo, esto es, acciones que apuntan a proteger intereses supraindividuales en aquellos casos de vulneración de derechos que amparan intereses colectivos⁶⁸. No obstante lo anterior, el recurso de protección no puede ser empleado

Derecho. Santiago, v. 41, n. 2, p. 673-703, 2014. p. 673-703 y MATURANA, Javier. *Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Caso Budinich con Cerda, 26 de marzo de 1966 (Casación Forma y Fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 63, secc. 1, p. 66, 1966. p. 76; GONZÁLEZ, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 33, n. 1, p. 93-107, 2006. p. 98.

⁶⁶ Principios establecidos, vg., en la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia (art. 32), el Código Procesal Penal (art. 297), el Código de Procedimiento Civil (arts. 160, 170 No.s 4 y 5, y 785) y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias (No.s 5 a 10).

⁶⁷ En palabras de COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960. p. 311, los fundamentos de la sentencia son un “Conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”.

⁶⁸ FERRER, Eduardo; RÍOS, Ricardo; DELGADO, Rosangela; MINÉ, Livia; FOWLER, Gregory; GANDOLFO, Diego. *Las*

para cobijar intereses difusos, cuestión respecto de la cual se pronunció la Corte Suprema en la sentencia dictada con fecha 6 de abril de 2011, en la causa Rol N°1.577-2011, donde explicita que la legitimación activa corresponde a quien demuestre un interés directo e inmediato de parte de una persona específica y determinada, razón por la cual el recurso no puede constituir una acción popular⁶⁹.

Aun así, es destacable considerar que a través del actualizado numeral 3° del Auto Acordado bajo mención (incluido a través del Acta N°173-2018, de 5 de octubre de 2018) se concibe, aunque someramente, la imposibilidad de emplear esta vía procesal para invocar afectaciones que no deriven de un interés directo e inmediato, pues permite que la Corte de Apelaciones pueda solicitar informe a terceros que pudieren resultar afectados por la sentencia de protección. Lo anterior posee dos aristas tratándose del conocimiento judicial frente a intereses supraindividuales afectados: una positiva, en la medida que se puede potenciar la apertura del proceso hacia afectaciones supraindividuales de dichos terceros, aun cuando estas no sean directas-inmediatas; y una negativa-limitativa, en el sentido de que la norma en referencia precisa que “la Corte de Apelaciones podrá solicitar informe a los terceros que, en su concepto, pudieren resultar afectados por la sentencia de protección”, lo que pone a la libre razonabilidad del juzgador la capacidad de apertura hacia otras afectaciones, valga decir, indirectas o mediatas, de intereses supraindividuales producto de este proceso devenido de la Constitución.

Finalmente, en lo que respecta a la legitimación pasiva en este procedimiento, el mismo numeral 3° del Auto Acordado dispone que la Corte solicitará un informe al recurrido acerca de los hechos que motivan la acción, fijándole para ello “un plazo breve y perentorio”, tiempo que obviamente debe ser reducido atendida la naturaleza cautelar de estos procesos⁷⁰.

Ahora bien, una vez contempladas las principales características regulatorias del recurso de protección frente a una causa ambiental, es ineludible detectar una deficiencia en la justicia ambiental a que da lugar esta acción constitucional, tanto en el razonamiento científico de las decisiones -más aun tratándose de una medida cautelar de rango *insfundamental* que exige una experticia profunda en cuanto la relevancia del derecho tutelado-, como también la falta de coherencia y sincronía que pueden tener los fallos a partir de la ausencia de un cimiento jurídico de decisiones ambientales de este tipo. Estos complejos dispares decisorios con los que los tribunales inadmiten los recursos de protección, o los admiten a tramitación y fallan, son referenciados por Femandois y Chubretovic, quienes vislumbran diversas plataformas desde las cuales la jurisdicción ordinaria, en su falta de pericia de la interpretación y aplicación del derecho ambiental, resuelve en base a lineamientos dispares de contenido y coherencia aplicativa⁷¹. En efecto, estos reflejan indiscutiblemente la ausencia de parámetros tanto jurídicos como fácticos que sirvan para elaborar un constructo homogéneo a ser empleado por las distintas Cortes de Apelaciones del país, lo que constituye un desequilibrio en el rol judicial como garante de la seguridad jurídica y, en definitiva, del acceso a la justicia ambiental.

acciones colectivas en América Latina. un informe sobre las leyes vigentes, propuestas e iniciativas legislativas. 2019. Disponible en: <https://docplayer.es/31215800-Las-acciones-colectivas-en-america-latina-un-informe-sobre-las-leyes-vigentes-propuestas-e-iniciativas-legislativas-1.html>. Acceso en: 21 jul. 2020. p. 7, 8; AGUIRREZABAL, Maite. El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 23, n. 2, p. 175-196, 2010. p. 178-179.

⁶⁹ En este sentido diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema sostienen que “para que pueda prosperar es indispensable que quien lo intente acredite la existencia de un derecho actual que le favorezca, que esté claramente establecido y determinado” (CORTE SUPREMA DE CHILE. Fallo: 5339-2013, Caso Solange Bordonos Cartagena y otros c/ Compañía Minera Nevada Spa y otra s/ Recurso de protección - Medio ambiente (25, sep., 2013). Considerando No. 2).

⁷⁰ De hecho, el carácter expedito del proceso también se aprecia en el numeral 10° del Auto Acordado, donde se indica que tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema fallarán el recurso dentro del quinto día hábil contado desde que la causa quede en estado de sentencia, plazo que se reducirá a dos días hábiles en el caso de algunos derechos y garantías, como el derecho a la vida o el derecho de reunión.

⁷¹ En este sentido, hacen referencia a la “inavocabilidad técnica”, la “urgencia cautelar”, la “deferencia institucional” y los “derechos indubitados”. Para más detalles sobre estos lineamientos, ver FERMANDOIS, Arturo; CHUBRETOVIC, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 1, p. 61-90, 2016. p. 68, 70-75.

3.2 El acceso a la justicia ambiental y los procesos ante los Tribunales Ambientales

La creación de los Tribunales Ambientales chilenos tuvo dos causas, una de origen histórico-nacional, y otra de características internacionales.

En primera medida, la jurisdicción ambiental responde –internamente– a la omisión legislativa⁷² de una jurisdicción contenciosa que desde el texto constitucional de 1925 (a través de su artículo 87) dispuso su creación⁷³, y que en cuya dilatación ha hallado los caminos para solventar una justicia administrativa sin una jurisdicción autónoma direccionada por un Consejo de Estado⁷⁴. No obstante, mediante el inciso 2º del artículo 38 de la Reforma Constitucional de 1989 se suprimió la referencia “tribunales contencioso administrativos”, sustituyéndola por “los tribunales que determine la ley”, permitiendo que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado pueda acudir a la jurisdicción, siendo esto en realidad una norma que configuraba competencia⁷⁵.

Luego, es menester recordar que el punto de partida de la justicia administrativa en Chile evolucionó de ser una estructura de mera revisión de actos de las instituciones del Estado, en cuya pretensión se encuentra la confirmación, modificación o revocamiento de dicho acto por cuenta de la misma Administración (recursos administrativos), hacía un modelo contencioso-administrativo especial, en donde estas solicitudes se remiten ante un órgano jurisdiccional, independiente de la Administración, que da lugar a la dictación de actos jurisdiccionales⁷⁶ desde su ámbito de conocimiento especializado⁷⁷.

Por su parte, como segundo factor consecuencial, es observable que los Tribunales Ambientales se añaden a la corriente internacional de judicialización de las causas ambientales a través de una jurisdicción especial⁷⁸, concebida, estructurada y puesta en funcionamiento con el único objetivo de conocer y resolver

⁷² Lo cual parte de un fenómeno, si se quiere, universal, de desconexión entre las plataformas parlamentarias y sus necesidades políticas, y las exigencias jurídicas desde la sociedad y la jurisdicción. Para profundizar en ello: SIMÕES, Carlos; MATA, Jamile; DA SILVA, Roberto. ‘Governo versus Jurisdição’: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 349-373, 2019. p. 352-357; 364-366.

⁷³ COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 27, n. 1, p. 151-167, 2014. p. 153-156; PIERRY, Pedro. Tribunales Contencioso-Administrativos. *Revista de Derecho: Consejo de Defensa del Estado*, Ch., Santiago, v. 1, n. 2, 2000. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/485bc27e-c057-4867-818e-d70b48b839ab/5.pdf?MOD=AJPERES>. Acceso en: 21 jul. 2020.

⁷⁴ Devenido del modelo francés de la gestión contenciosa-administrativa, el cual se ejerce a través del *Conseil d'État*, reflejo de la exigencia insoslayable de separación de poderes (que exige un juez especial, no siendo posible la tramitación de un proceso administrativo mediante un juez ordinario, ni mucho menos derivado de la administración). Este modelo ha sido replicado (bajo el título de ‘Tribunales Supremos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa’) en Colombia y Grecia, y con sus limitaciones en España, Portugal (como Supremo Órgano Consultivo del Gobierno) y Suiza (Consejo de Estado para cada gobierno cantonal).

⁷⁵ PIERRY, Pedro. Tribunales Contencioso Administrativos. *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, n. 2, 2001. p. 3; PANTOJA, Rolando. El artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República. *R.D.J.*, Santiago, Tomo C, n. 1, sec. I. 2003. p. 2.

⁷⁶ PIERRY, Pedro. Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 4, 1980. p. 239; TRAMÓN, Gabriela. Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: nuevo contencioso administrativo ambiental. Tesis. Universidad de Chile, Santiago, 2014. p. 116.

⁷⁷ En este punto radica la “especialidad” jurisdiccional de los Tribunales Ambientales chilenos, siempre que a pesar que la Ley 20600 que crea los Tribunales establece en su Artículo 1ro su sujeción a la “superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”, lo cual los separa de las instituciones de la Administración (en este caso, el Ministerio del Medio Ambiente), esto es solo para temas relacionados a la vulneración de derechos ambientales, no existiendo por tanto en Chile una sola institución del Poder Judicial que posea competencia general de control jurisdiccional a los actos administrativos en general (FERRADA, Juan; BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismos de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 14, p. 67-81, 2003. p. 68; CARMONA, Carlos. El contencioso administrativo entre 1990 y 2003. En: Ferrada, Juan (coord.), *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis, 2005, p. 183-240. p. 237).

⁷⁸ Como manifiesta BURDYSHAW, Cassandra. ¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo? *Revista Justicia Ambiental*. Santiago, v. 4, n. 4, p. 93-120, 2012. p. 94, se ha generado un fenómeno de expansión de los tribunales ambientales en el mundo, esto devenido del crecimiento económico, que trae consigo conflictos ambientales, y con ello la necesidad de resolverlos. Con ello, para 2009, 41 Estados ya contaban con tribunales ambientales. Esta tendencia se ve marcada con importante énfasis en el desarrollo constitucional latinoamericano, como en los casos de Argentina, Costa Rica, México, El Salvador

conflictos de esta naturaleza, teniendo a la vista las especiales características, complejidades y principios que ellos envuelven. De esta manera, la Ley N°20.600, de 28 de junio de 2012, que dio vida a estos órganos, vino a completar el organigrama del sistema de protección ambiental nacional⁷⁹.

Lo anterior permitiría el ingreso, esta vez acorde constitucionalmente, a una nueva política de especialización en materia de justicia, que aun siendo objeto de críticas⁸⁰, no genera necesariamente la vulneración al acceso de justicia, siempre que estas instancias cumplen con estándares de eficacia diferenciales por cuanto su naturaleza de jurisdicciones especializadas.

Sin perjuicio de lo anterior, ajena a la real consolidación de la jurisdicción especial ambiental, no puede dejar de precisarse que la Ley N°20.600 dota de competencia a los Tribunales Ambientales para el conocimiento no sólo de asuntos de índole administrativo reclamatorio -de los que da cuenta casi la totalidad de los números del artículo 17, referido a la competencia material de estos órganos-, sino también de todos aquellos actos que generen un daño a derechos o intereses ambientales que provengan de personas naturales o jurídicas, como lo dicta el N°2 del mismo artículo, lo que permite sostener que estamos frente a un Tribunal con competencia extendida.

Lamentablemente existe la errónea creencia de que el ámbito de actuación del Tribunal Ambiental solo se extiende a las reclamaciones administrativas en esta área, lo que en gran medida proviene del pronunciamiento que la Corte Suprema realizó a través de la sentencia dictada en la causa Rol N°2.892-2014, con fecha 29 de abril de 2014, en la que parece excluir a aquellas causas que no versen sobre discusiones contenciosas⁸¹. En este sentido, la Corte señala que la ley que creó que estos tribunales “no sólo trasladó a éstos todos los asuntos contenciosos administrativos en materia ambiental que se encontraban en la Ley N° 19.300, sino además aprobó una norma -artículo 17 N° 8- que les permite conocer de acciones de impugnación en contra de un acto administrativo ambiental, entre ellos la resolución de calificación ambiental que apruebe un Estudio de Impacto Ambiental o una Declaración de Impacto Ambiental, previo agotamiento de la vía administrativa. Es ante esa jurisdicción especial y por esa vía entonces donde debe instarse

(MINAVERRY, Clara. El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina. *Revista Gestión y Ambiente*. Bogotá, v. 18, n. 2, p. 95-108, 2015. p. 97), así como también Ecuador, Chile y Brasil.

⁷⁹ Dejando constancia que también hacen parte el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), que aún sigue en proyecto de ley desde 2011 (boletín N° 7.487-12) y 2014 (boletín N° 9.404-12) (modelo 2019, disponible en: <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/PDL-SBAP-Aprobado-en-Comisio%CC%81n-de-Hacienda-enero-2019.pdf>), y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS), cuyo propósito es la determinación de las políticas para el manejo uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales, entre los que se encuentran la creación de las Áreas Protegidas del Estado, las políticas sectoriales que deben ser sometidas a evaluación ambiental estratégica, así como los criterios y mecanismos en virtud de los cuales se deberá efectuar la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental (del art. 26 de la ley N°19.300).

⁸⁰ Por autores como PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. En: *Justicia administrativa*. México: Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 381-423. p. 421-423; BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Puebla, v. 5, n. 27, p. 56-71, 2011. p. 56; CAMACHO, Gladys. Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista digital de Derecho Administrativo*. Bogotá, n. 22, p. 221-252, 2019. p. 228, 247-248; y tratándose de la distorsión del recurso de protección en un recurso contencioso administrativo singular: ZÚÑIGA, Francisco. Recurso de protección y contencioso administrativo. *Revista de Derecho*. Concepción, n. 202, p. 105-119, 1997. p. 105; PIERRY, Pedro. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. *Revista de Derecho*. Santiago, n. 165, p. 153-173, 1997. p. 170; FERRADA, Juan; BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismos de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 14, p. 67-81, 2003. p. 67; BORDALÍ, Andrés; FERRADA, Juan. Las facultades juzgadoras de la Administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 13, p. 187-205, 2002. p. 200; FERRADA, Juan. Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. En: Arancibia, Jaime; Martínez, José; Romero, Alejandro (edi.), *Litigación pública*. Santiago: Abeledo Perrot; Legal Publishing; Thomson Reuters, 2011. p. 119-150. p. 145; BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, n. 31, p. 269-288, 2004. p. 280.

⁸¹ En todo caso, esta idea ya había sido expresada por la Corte Suprema en los informes emitidos en relación con la creación de los Tribunales Ambientales, donde precisó que “en las condiciones en que el proyecto se propone, este no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales”. Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°20.600. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>. Acceso em: 25 ago. 2020. p. 633, 1183; COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 27, n. 1, p. 151-167, 2014. p. 159-160.

por la invalidación de una resolución de calificación ambiental” (considerando 7º)⁸².

De acuerdo con dicha decisión no cabe ninguna duda de que dentro de la esfera de competencia de los Tribunales Ambientales se ubican los asuntos de implicancia administrativa en la materia, pero esto no significa que ellos sean su único objeto jurídico de conocimiento. Así, una interpretación sesgada de las competencias de este órgano deja al margen el ya mencionado N°2 del artículo 17 de la ley N°20.600, que en conexión con el Título III de la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (arts. 51 a 63), claramente precisan que al Tribunal Ambiental está llamado a conocer “las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado” interpuestas por personas naturales o jurídicas-públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio-, las municipalidades o el Estado en contra de “todo el que culposa o dolosamente [lo] cause”.

En tal medida, es a partir de esta precisión que debemos empezar a dimensionar las demandas sociales, y por tanto, las necesidades estatales para satisfacer los múltiples intereses individuales, pero especialmente aquellos transindividuales, ante los que se debe responder mediante claras reglas jurídicas y procesales, pero sobre todo a través de un paradigma de justicia ambiental.

De tal forma, la visión debe ser bifronte para enfrentar las caras del Tribunal Ambiental, una administrativa y otra extra-administrativa, cuyos resultados apreciados a través del prisma procesal son diversos, más aún si son analizados desde el derecho de acceso a la justicia.

Así las cosas, para empezar por la primera faceta, siguiendo a Costa, es dable sostener que los Tribunales Ambientales poseen una raíz eminentemente administrativa, cuya función principal se centra en ser revisores de distintas actuaciones llevadas a cabo por la Administración del Estado, es decir, establecen “una vía institucional un poco más orgánica a la solución de conflictos administración-administrado”⁸³. De esto deviene que la demanda de acceso a la justicia ambiental desde el paradigma administrativo sea satisfecha por dos vías: (i) la revisión de actos administrativos derivados de decretos supremos, resoluciones de la Superintendencia de Medio Ambiente, resoluciones del Comité de Ministros y actos administrativos que dicten

⁸² En este sentido, bien afirma CARRASCO, Edesio. Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: Una relación que comienza a aclararse. *Mercurio Legal*, 2014. Disponible en: <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/14547-profesor-edesio-carrasco-sobre-recurso-de-proteccion-y-tribunales-ambientales-una-relacion-que-comienza-a-aclararse>. Acceso en: 20 jul. 2020, la “Corte Suprema, por primera vez, hace un reconocimiento expreso a la competencia de estos tribunales especiales a propósito de una acción de protección en contra de una RCA” (resolución de calificación ambiental), lo cual la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N°27.074-2013, Caso Melo Moya y otros con Servicio de Evaluación Ambiental (28, may., 2013) y CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Rol N°1.339-2013, caso Aspe Olivares y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso (19, jul. 2013) también lo venían manifestando, por lo que el control de legalidad de dichos actos administrativos son una de las tantas competencias que se deriva a los Tribunales ambientales. Frente al error doctrinal de asignar un propósito meramente administrativo a los Tribunales Ambientales, ver: PLUMER, Marie. Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago, n. 1, p. 297-315, 2013. p. 298, quien precisa que “[l]a creación de los Tribunales Ambientales (...) fue el resultado de una necesidad por parte del Ejecutivo de la época de disponer de los acuerdos para lograr aprobar la reforma ambiental impulsada en 20086 (la modificación de la Ley 19.300), creando el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y, especialmente, la Superintendencia del Medio Ambiente; de tal manera que una –la reforma ambiental– no se obtenía si el Ejecutivo no accedía a los TA, expresión del debido contrapeso a las decisiones administrativas de carácter ambiental. De allí que las competencias de estos Tribunales recaigan sobre determinadas decisiones de la autoridad administrativa ambiental, específicamente, resoluciones de recursos de reclamación en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y los decretos supremos que fijan normas de calidad, emisión o planes de prevención o descontaminación o las resoluciones que aplican sanciones, entre otros actos administrativos”. En sentido similar, BOETTIGER, Camila. Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño? *Revista Actualidad Jurídica*. Concepción, n. 31, p. 223-234, 2015. p. 224, señala: “En cuanto a la resolución de conflictos ambientales... En nuestro país, como sabemos, se optó por crear tribunales especiales. Estos se suman a una larga lista de este tipo de órganos jurisdiccionales que se han establecido en Chile como una fórmula para la revisión de actos administrativos y resolución de conflictos en áreas o materias en que interviene la Administración del Estado, en vez de crear tribunales contencioso-administrativos. Esta tendencia de creación de tribunales especiales ha llevado a lo que algunos consideran una excesiva fragmentación del sistema judicial chileno”.

⁸³ Compartiendo este mismo estatus en la ordenación chilena se encuentran el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (IDLIC), los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el Tribunal de Compras y Contratación Pública, y el Tribunal de Propiedad industrial, a los que COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 27, n. 1, p. 151-167, 2014. p. 152, denomina, basado en Juan Carlos Ferrada: “tribunales especiales fuera del poder judicial”.

los Ministerios o servicios públicos (art. 17 N°1, 3, 5 y 7) y (ii) la resolución en segunda instancia de procedimientos administrativos de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental (art. 17 N°8).

Entre tanto, más allá de la ubicación doctrinal que los Tribunales Ambientales ostenten en los denominados sistemas de *luz roja* o *luz verde*⁸⁴, lo cierto es que el constructo normativo creador de tribunales de carácter contencioso, es reflejo de una respuesta estatal hacia la exigencia de caminos que posibiliten el reproche de los actos administrativos, y con ello de la garantía eficaz de acceso a la justicia⁸⁵, cuya capacidad jurídica y técnica permita perfectamente ser un espacio idóneo de revisión respecto a la administración.

El problema se suscita al considerar las implicancias fácticas con las que el acceso a la justicia realmente se obtiene a través de una jurisdicción especial (a diferencia de ser proveída mediante la jurisdicción ordinaria o contenciosa-administrativa), que por su naturaleza será técnica, procesalmente autónoma, rigurosa y, por tanto, costosa. Y es justamente este el punto de inflexión en el que debemos separar aguas por dos caminos: el acceso a la justicia derivada de la implementación de los Tribunales Ambientales tratándose de causas administrativas⁸⁶ o, por otro lado, de aquellas para reparación ambiental (que las hemos denominado extra-administrativas).

Como se hace evidente, las consecuencias de la asunción de un proceso de altas demandas jurídico-técnicas, no solo exige mayores capacidades y conocimientos del profesional que ha asumido la defensa letrada de las partes, sino también de un fuerte sostén de financiación por parte de los litigantes, pues deben estar en posición de soportar los notables sobrecostos que generará el proceso, a diferencia de aquellos que se podrían producir en un juicio ordinario. En todo caso, es evidente que las capacidades técnicas requeridas impiden que la jurisdicción ordinaria sea capaz de satisfacer las complejas demandas sociales de acceso a la justicia que la actualidad en materia de conflictos ambientales, de manera que esto nos sitúa en un viacrucis entre la modernización de las instituciones de justicia y los costos de su acceso para el ciudadano común y corriente.

La dificultad anterior se podría diluir si se dispusiera de la financiación de instituciones capaces de sobrellevar los excesos de costos (ya sea mediante la subvención estatal a las partes demandantes -con los riesgos que ello implica- o el establecimiento de una *defensoría ambiental*), pero al menos esta misma línea la Ley N°20.600 prevé que el tribunal de oficio puede aportar elementos probatorios que las partes no pueden solventar. De tal forma, el artículo 13 precisa que “*para servicios específicos referidos a alguna de las causas o materias que esté conociendo, el Tribunal podrá contratar expertos a honorarios*”⁸⁷, lo que permite allegar sustentos fácticos que

⁸⁴ Estos términos, consolidados por Carol Harlow y Richard Rawlings en la década de los 80's, hacen referencia a la justiciabilidad de los actos administrativos con reglas especiales y con la presencia de especialistas, estableciéndose en el caso de la “luz roja” la posibilidad de una revisión amplia de las decisiones administrativas, mientras para la “luz verde” las decisiones administrativas, en tanto surten revisión por jurisdicción ordinaria, ello puede darse en aspectos procesales y de control de legalidad estricta, por lo que jamás puede ocurrir una sustitución de la decisión del órgano. MONTT, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurisdicadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. *Centro de Regulación y Competencia (Facultad de Derecho, Universidad de Chile)*, 2010. Disponible em: https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D123D0823/6/material_docente/bajar?id_material=305118. Acceso em: 21 jul. 2020. p. 10, 18.

⁸⁵ Esta exigibilidad, según BERMÚDEZ, Jorge. Concepto e Instituciones de Justicia Ambiental. *Primer foro Interamericano de Justicia Ambiental, Tribunal Ambiental de Chile (9 de octubre)*, 2014. Disponible em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZiwlLT2tyxc>. Acceso em: 27 jul. 2020, tiene gran relación con el principio de tutela judicial efectiva devenido del alcance amplio del artículo 38 inciso 2do. de la Constitución chilena, en cuanto precisa que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado (...) podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”, la cual esta nuclearmente vinculada con el artículo 19.4 de la Constitución alemana, la que consagra “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial”.

⁸⁶ Debemos tener en cuenta que incluimos dentro de esta categoría las consultas y solicitudes frente a la Superintendencia de ambiente (art. 17.3 de la Ley 20600), así como las autorizaciones (medidas provisionales, suspensiones y resoluciones contenidas en el art. 17.4) puesto que estas también tienen un carácter de reclamo colectivo hacia decisiones administrativas, aunque estas proyecten repercusiones de carácter igualmente ambiental.

⁸⁷ Si bien se podría argumentar que el propósito del inc. final del artículo 13 no hace expresa mención a la emisión de un dictamen experto como fuente de prueba en un proceso concreto que contribuya al aclaramiento de los elementos aportados por las partes, es necesario conectar esta disposición con el inc. 3° del artículo 42 de la misma ley, norma que permite que el tribunal disponga que los

de otra forma serían desconocidos por el órgano al momento de fallar⁸⁸.

Sea como fuere, es de anotar que la discusión no puede sostenerse simplemente en el requerimiento económico que nos presenta esta jurisdicción, no solo porque gran parte de los sistemas judiciales adolecen de la financiación adecuada (tanto en funcionarios como en instalaciones⁸⁹), sino porque, en definitiva, ante un panorama de precaria solución acarreada por el cumplimiento de la regla fiscal, la respuesta -somera- que podemos formular se instituye en el uso más eficiente de los recursos existentes –aunque ya remarcados, insuficientes⁹⁰ y de potencial ausencia⁹¹–.

Una de las respuestas a un mejor acceso a la justicia ambiental desde el enfoque de Tribunales Ambientales se hace patente en las reglas de representación judicial que establece el artículo 21 de la Ley N°20.600 (que se remite a la Ley N°18.120 sobre comparecencia en juicio), de conformidad con las cuales las partes de los litigios que se sustancien ante esta jurisdicción especial ambiental deben comparecer asistidas por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y por un mandatario judicial. En esa perspectiva, tratándose de litigantes que no cuentan con los recursos económicos para proveerse defensa letrada y que, por consiguiente, deban acudir al servicio estatal gratuito, es prioritario el rol que en este ámbito corresponde a las Corporaciones de Asistencia Judicial. En efecto, estas instituciones deben estar dotadas de personal capaz de hacer frente a temas técnicos y jurídicos en conflictos ambientales, esto a través de capacitaciones especiales para funcionarios que posibiliten una pulcra defensa de los intereses ambientales⁹².

honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos sean de cargo fiscal, cuando considere que la parte solicitante no cuenta con medios suficientes para solventarlos. En todo caso, debe remarcarse que no fue posible para estos investigadores detectar un caso concreto en que se haya empleado esta facultad.

⁸⁸ No obstante lo anterior, no se puede soslayar que existen limitantes económicas frente a dichas financiaciones que impiden en sumo grado el develamiento fáctico tras la vulneración de intereses y servicios ambientales. Esto debido a que el presupuesto asignado a cada Tribunal se calcula mediante una suerte de proyección de gastos, la cual es comunicada al Ministro de Hacienda en los plazos y modalidades establecidas para el sector público, a fin de que sea incluida correctamente en la Ley de Presupuestos del año respectivo (art. 16 Ley N°20.600). Teniendo ello presente, el mismo artículo 13 enfatiza que las contrataciones de expertos honorarios “requerirá contar con disponibilidad presupuestaria”, lo que deja en entredicho la eficacia de una respuesta probatoria oficiosa en aquellos casos donde exista duda de la degradación ambiental y en que el principio preventivo, y peor aún precautorio, no tengan un cimiento científico suficiente para ser puestos en ejercicio.

⁸⁹ Es preciso el reconocimiento de los escasos recursos financieros como humanos en la administración de la justicia chilena (GARCÍA, José; LETURIA, Francisco. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 33, n. 2, p. 345-284, 2006. p. 348, 360, 375; DELGADO, Jordi. Argumentos para discutir sobre tasas judiciales. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 40, n. 1, p. 117-134, 2013. p. 120), lo que se agrava si vislumbramos la ineficacia de gestión del sistema de justicia en causas eminentemente privadas (RIEGO, Cristián; LILLO, Ricardo. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? aportes para la reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, n. 25, p. 9-54, 2015. p. 21-30). Todo ello es un fiel reflejo del panorama regional con la agravada crisis financiera del Sistema Interamericano de DH, siendo el sistema con menor presupuesto (solo 8 millones USD, frente al Africano, con 13 millones USD y el Europeo con 100 millones €), recibiendo solo el 6% del presupuesto de la OEA, presentándose por tanto un siniestro panorama en que el núcleo del problema “no es la ausencia de recursos sino la falta de voluntad política lo que ha generado la crisis financiera –en este caso- de la CIDH”. RED JUSTICIA FISCAL AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Crisis financiera de la CIDH: ¿dónde están los recursos para financiar los derechos? 2016. Disponible em: <https://www.justiciafiscal.org/2016/06/%E2%80%8B%E2%80%8Bcrisis-financiera-de-la-cidh-donde-est-an-los-recursos-para-financiar-los-derechos/>. Acceso em: 21 jul. 2020.

⁹⁰ Bien señala el Instituto Libertad - Ideas Para Chile. Persecución de delitos ambientales en América Latina. Informe comparado para el estudio de los proyectos de ley que establecen delitos ambientales en nuestro ordenamiento. 2018. Disponible em: <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=doctoInformeAsesoria&id=2928>. Acceso em: 20 jul. 2020. p. 8, que “Una razón central para la existencia de unidades ambientales separadas es la necesidad de cubrir un territorio tan variado y extenso, pero ese potencial no se puede alcanzar en medio de una falta crónica de tecnología, personal y fondos”. Aunado a lo anterior, se debe recordar que a través de la ley 20600, la planta personal de cada tribunal es de tan solo nueve funcionarios (excluidos los tres magistrados principales y dos suplentes).

⁹¹ Derivados del ya comentado artículo 13, la capacidad económica de cada Tribunal puede ser modificada según el promedio de casos que se observen cada año, lo que conlleva a que aquellas causas en las que se dejó de practicar pruebas de importancia para la decisión y esclarecimiento del juez, no tendrán una respuesta de justicia (al menos no fácticamente, o con el sustento necesario de verosimilitud), y en cambio dicha sentencia se consagrará como un “medio en sí mismo”, pues será sustentar el insatisfactorio presupuesto judicial para lograr un incremento económico del Tribunal en la siguiente vigencia.

⁹² Si bien esta posibilidad se presentaría, en primer orden de prioridades, frente aquellos casos de daño ambiental (los que hemos llamado extra-administrativos), siempre que en estos se encuentra un mayor énfasis en la parte débil del proceso, y con ello, con menores herramientas jurídicas y económicas para incursionar en un litigio ambiental.

Por su parte, desde la faceta extra-administrativa, es decir, aquellas concernientes a “las acciones civiles emanadas del daño ambiental” (art. 63 Ley N°19.300), el acceso a la justicia se ve menguado en cuanto no se define un proceso claro y consistente ante las acciones de intereses difusos, por cuanto se deja de lado la regulación de aquellos procesos que conglomeren intereses jurídicos de un grupo indeterminado de personas, conocida en otras legislaciones como “acción popular”⁹³.

A pesar de ello, sí existe un reconocimiento tácito de las acciones colectivas por remisión del artículo 17 N°2 de la Ley N°20.600 al artículo 54 de la Ley N°19.300, donde se precisa como titulares de la acción a quienes “hayan sufrido el daño o perjuicio” ambiental, pero con la observación de que una vez “deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”, descomponiendo a su vez la posibilidad de una acción difusa⁹⁴.

Finalmente, ya despejada la viabilidad judicial administrativa y extra-administrativa a partir de la Ley N°20.600, solo resta indicar que esta misma norma presenta un importante problema en cuanto al tribunal llamado a conocer y resolver las impugnaciones que se presenten en contra de las decisiones emitidas por los Tribunales Ambientales, que si bien se da en el marco de un modelo que puede calificarse de baja intensidad impugnativa⁹⁵ -dado que no establece la procedencia del recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas del Tribunal Ambiental-, sigue previendo herramientas recursivas. Esto por cuanto el artículo 26 precisa que, según sea el caso, el rol de tribunal *ad quem* corresponderá a las Cortes de Apelaciones⁹⁶ o a la Corte Suprema⁹⁷, a pesar de que estos órganos no cuentan con la especialización técnica necesaria para alcanzar fundadamente una respuesta que se ajuste a las exigencias científicas que requiere el estudio de los daños ambientales, y con ello capaces de armonizarlo con los parámetros analíticos de principios jurídicos procesales y ambientales.

3.3 El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como vía de acceso a la justicia ambiental

La reforma constitucional realizada mediante la Ley N°20.050, del 26 de agosto de 2005, entregó el conocimiento de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. De esta forma, se privó a la Corte Suprema de una tarea que se le había encomendado desde la Constitución Política de 1925, pero que, en opinión de la doctrina, no llevó a cabo con la intensidad esperada⁹⁸. Sea como fuere,

⁹³ Ejemplo de ello se genera en Colombia, con las acciones constitucionales de tutela colectiva, acción de grupo y acción popular, regulados en el artículo 88 de la Constitución Política colombiana, la Ley 472 de 1998 y la Sentencia SU-1116 del 2001 de la Corte Constitucional.

⁹⁴ Es importante tener en cuenta que el Informe de Políticas Públicas N°13 de 2017, realizado por CORDERO, Luis; DURÁN, Valentina; PALACIOS, Camila; RABI, Violeta; SANHUEZA, Andrea; URQUIZA, Anahí. Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile. *Espacio Público (Informe de Políticas Públicas No. 13)*, 2017. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/2017_12_21-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-final-PDF.pdf. Acceso en: 25 jul. 2020. p. 21, precisa que en cuanto a la legitimación activa de la Ley N°20.600 “el concepto evolucionó durante la tramitación del proyecto, pues el texto definitivo resultó ser más restrictivo que la propuesta original. Así, la primera versión del proyecto consagraba un concepto amplio de legitimación activa para intervenir ante los Tribunales Ambientales, remitiéndose al artículo 21 de la Ley N° 19.880”.

⁹⁵ MÉNDEZ, Pablo. La precariedad del contencioso ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 525-552, 2018. p. 535.

⁹⁶ Este Tribunal conoce los recursos de apelación en contra de (i) resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, (ii) las que reciban la causa a prueba y (iii) las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación.

⁹⁷ La Corte Suprema debe intervenir ante la interposición de un recurso de casación. La casación en el fondo procede respecto a las sentencias definitivas relativas a los numerales 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 17 de la Ley N°20.600, mientras la casación en la forma se puede presentar tratándose de los numerales 1°, 4°, 6° y 7° del referenciado artículo. Asimismo se admite la casación cuando la sentencia ha sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, o cuando omiten los requisitos establecidos en el artículo 25.

⁹⁸ COUSO, Javier; CODDOU, Alberto. La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente. *Estudios Constitucionales*. Talca, v. 8, n. 2, p. 389-430, 2010. p. 392. También ver: NAVARRO, Enrique. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional No. 43, 2011. p. 27. Sobre el particular, el artículo 86 inc. 2° de la CPR 1925 expresaba lo siguiente: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que

más allá de las razones que se tuvieron a la vista para llevar a cabo esta reforma, basta con analizar las estadísticas disponibles para constatar que desde la asignación de esta competencia, el Tribunal Constitucional se ha transformado -siguiendo el concepto de Cazor y Pica⁹⁹- en un verdadero “tribunal de inaplicabilidad”¹⁰⁰.

Evidentemente el Tribunal Constitucional es por antonomasia el custodio de la supremacía de la Ley Fundamental en el ordenamiento jurídico y, por ende, juega un papel central en la tarea de protección de los derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos -la que, por cierto, es una de las misiones propias de la jurisdicción constitucional-¹⁰¹. Empero, la mayor parte de las tareas que se confían a este órgano implican un control de constitucionalidad alejado de un contacto directo con la ciudadanía, aspecto en el cual el desarrollo de los procesos de inaplicabilidad marca una clara diferencia, pues en ellos se permite que cualquier persona pueda ocurrir ante el Tribunal Constitucional¹⁰².

En la práctica, durante los últimos quince años, el ejercicio de la acción de inaplicabilidad ha originado un control jurisdiccional de constitucionalidad entregado de forma exclusiva y excluyente al Tribunal Constitucional¹⁰³, el que lleva a cabo un control concreto de constitucionalidad¹⁰⁴ y que constituye una vía indirecta de tutela de derechos fundamentales, al expulsar del acervo de normas jurídicas disponibles para la resolución de un proceso judicial concreto a aquella que se ha declarado inaplicable.

Ahora bien, siguiendo lo establecido en el art. 93 N°6 CPR, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad puede ser planteada por las partes o el juez de un proceso que se encuentre pendiente ante un tribunal ordinario o especial, solicitando que se declare que un determinado precepto legal resulta contrario a la Constitución y, como consecuencia de ello, que no puede ser empleado para la resolución del mismo.

En todo caso, para la admisibilidad de esta acción se requiere, entre otros requisitos, que la aplicación del precepto legal impugnado resulte decisivo para la resolución del asunto, de modo que debe tener una influencia sustancial en el sentido y contenido de la decisión. Este último aspecto caracteriza el modelo de control concreto que define a esta acción¹⁰⁵, toda vez que el contraste constitucional de la norma no se realiza en términos abstractos, sino que en consideración a los efectos que supondría la aplicación del precepto en la *litis* particular que ha dado origen a la solicitud de este escrutinio¹⁰⁶.

conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

⁹⁹ CAZOR, Kamel; PICA, Rodrigo. Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¡Evolución hacia un amparo imperfecto? *Nomos*. Viña del Mar, n. 3, p. 13-39, 2009. p. 21.

¹⁰⁰ En efecto, en el período enero 2019-junio 2020, de un total de 2999 asuntos ingresados ante el Tribunal Constitucional, 2952 corresponden a acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es decir, un 98,4% del total. Fuente: <https://www.tribunalconstitucional.cl/estadisticas> Acceso em: 15 ago. 2020..

¹⁰¹ AGUILAR, Gonzalo. Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237, 240 del Código Procesal Penal. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 2, p. 709-744, 2010. p. 722.

¹⁰² De ahí que se haya sostenido que “el traspaso de la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional abrió las puertas del mismo al ciudadano común”. COUSO, Javier; CODDOU, Alberto. La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 2, p. 389-430, 2010. p. 393.

¹⁰³ VEGA, Francisco; ZÚÑIGA, Francisco. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 4, n. 2, p. 135-174, 2006. p. 148.

¹⁰⁴ Sobre el control concreto de constitucionalidad y sus diferencias con el abstracto, ver RIVAS, Diana. *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, No 51, 2013. p. 86 y ss.

¹⁰⁵ VALENZUELA, Williams. La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 17, n. 1, p. 53-86, 2019. p. 58.

¹⁰⁶ NOGUEIRA, Humberto. El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias. En: ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis, 2005, p. 593-626. p. 597. En el mismo sentido, NAVARRO, Enrique. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional No. 43, 2011. p. 79; RIVAS, Diana. *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, No 51, 2013. p. 89. En este sentido, se ha indicado muy acertadamente que la acción de inaplicabilidad “implica la necesidad de considerar si, atendidos determinados supuestos fácticos, la aplicación de un precepto legal produce un resultado inconstitucional” COUSO, Javier; CODDOU, Alberto.

De este carácter concreto deriva que la sentencia que declare la inaplicabilidad de un precepto legal solo tendrá efectos en el juicio en que se haya ejercido la acción constitucional, de modo que el destinatario principal de la sentencia estimatoria será el juez de esa causa particular¹⁰⁷. Por consiguiente, la norma tachada de inaplicable pervivirá en el ordenamiento jurídico y podrá ser utilizada para la resolución de otros procesos judiciales, a menos que en cada uno de ellos se realice la misma petición y el Tribunal Constitucional proceda a la declaración de inaplicabilidad, o bien, que se plantee una declaración de inconstitucionalidad de la norma, lo que implica el ejercicio de una acción completamente diferente (regulada en el N°7 del art. 93 CPR) y que da lugar a una decisión con efectos *erga omnes*¹⁰⁸.

Con este telón de fondo, es posible sostener que el texto constitucional tuvo un notable avance en lo que respecta al acceso a la justicia constitucional, toda vez que prevé que todas las personas que sean litigantes en un proceso judicial en que se ventilen asuntos ambientales y que estimen que una norma jurídica que haya sido empleada (en una instancia previa) o que pueda serlo para la resolución del mismo, tienen una vía de acceso directa para requerir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la compatibilidad del texto constitucional con la aplicación de ese precepto legal y los efectos que puede acarrear para el proceso judicial que aún se sustancia. De esta forma, la aplicación de una norma concreta y la afectación que ello pueda producir para el derecho al ambiente sano tutelado y garantizado por el art. 19 N°8 CPR -sea directamente, sea mediante la invocación de otra norma constitucional que nos permita llegar a igual resultado- puede ser objeto de examen mediante la acción constitucional de inaplicabilidad.

Lamentablemente los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha emitido respecto a un derecho al medio ambiente libre de contaminación a partir de una acción de inaplicabilidad, no son únicamente escasos desde 2005 -tal como lo ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁰⁹- sino que se han referido solo tangencialmente a éste, a raíz de un requerimiento fundado en la tutela de otro u otros derechos fundamentales que se estimaron afectados por la norma jurídica cuya inaplicabilidad se requería.

Dicho de otra forma, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del medio ambiente han venido a propósito de procesos iniciados en búsqueda de la protección de otros derechos fundamentales, especialmente del derecho de propiedad y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esto nos lleva a sostener que si bien el ordenamiento jurídico entrega a las partes la posibilidad de solicitar la protección ambiental por medio de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que se estima reñido con lo previsto por el art. 19 N°8 CPR, este no es un camino que haya sido seguido por los litigantes o, al menos, aún está por venir un pronunciamiento de fondo al respecto.

Como sea, el escaso universo de sentencias sobre el particular igualmente nos permite apreciar algunos

La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 2, p. 389-430, 2010. p. 396.

¹⁰⁷ VALENZUELA, Williams. La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 17, n. 1, p. 53-86, 2019. p. 54. En efecto, el DFL N°5, de 1 de junio de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal dispone en su artículo 92: “La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite”.

¹⁰⁸ De ahí que desde el inicio de la puesta en marcha de la actual regulación de la acción de inaplicabilidad se encendieron las alarmas acerca de la desigualdad ante la ley que genera la aplicación de la ley respecto de unos ciudadanos y no de otros. Sobre este punto, durante el primer trámite constitucional de la Ley N° 20.050, el ministro del Tribunal Constitucional, don Juan Colombo, señaló enfáticamente: “el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.050. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>. Acceso em: 20 ago. 2020. p. 309.

¹⁰⁹ Galdámez, Liliana. El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 48, p. 1-34, ene-jun, 2020. p. 5.

aspectos del derecho al medio ambiente sano que el Tribunal Constitucional ha tocado en sus decisiones y que de una u otra forma van llenando de contenido este derecho fundamental, dado el rol de intérprete principal de la Ley Fundamental chilena que le corresponde a este órgano. Así, a modo ejemplar, respecto al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación ha sostenido que “*dimana del artículo 19, numeral 8º, de la Constitución, que éste es un derecho autónomo orientado a proteger el bien jurídico constitucional que configura el ambiente [...] De esta manera, en el marco de su contenido ha de existir una combinación compleja entre la titularidad de su ejercicio, la invocación del ambiente y la garantía objetiva de los deberes del Estado en la protección de la naturaleza, que redundan en un mejor estándar ambiental que exige el propio derecho*”¹¹⁰. Por otra parte, ha remarcado que dentro de este derecho se incluye el de preservación de la naturaleza, los que resultan suficientes para justificar “*la facultad que se confiere al legislador para establecer limitaciones y obligaciones que favorezcan la conservación del patrimonio ambiental en razón de la función social de la propiedad*”¹¹¹. Asimismo, dentro de la preservación del patrimonio ambiental “*cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento*”¹¹², de modo de “*alcanzar una racional ocupación de las aguas*”¹¹³.

4 Reflexiones finales

El derecho humano al acceso a la justicia no solo es un pilar del Estado de Derecho, sino que resulta fundamental para el funcionamiento de una sociedad democrática¹¹⁴. Este derecho ha ido consolidándose en las últimas décadas gracias a la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Los desarrollos que han existido en esta materia en relación con los estándares en derechos humanos y empresas han sido un aporte, que requiere ser profundizado y consolidado, para la efectividad de este derecho en la esfera ambiental¹¹⁵. El acceso a la justicia ambiental puede entenderse abarcando mecanismos de reclamación y reparación, tanto estatales como no estatales. Los mecanismos no estatales de reclamación, particularmente los mecanismos corporativos, aparecen como manifestación de la responsabilidad de las empresas de respetar y cumplir con el derecho a disfrutar de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, así como sus derechos conexos.

Por su parte, los recursos judiciales vistos como mecanismos estatales que deben existir garantizados dentro del orden jurídico interno como mínimos indispensables al acceso a la justicia, desde la esfera de garantías ambientales, se encuentran desarrollados en Chile a través de las acciones constitucionales de protección, las acciones ordinarias (administrativas y extra-administrativas) a través de los Tribunales Ambientales y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

¹¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2884-15, Sentencia de 26 de julio de 2016. Sociedad Agrícola y Ganadera El Almendral Limitada y artículo 51 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (Considerando 9°).

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. 2299-12, Sentencia de 29 de enero de 2014. Constructora Santa Beatriz S.A. y artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales (Considerando 16°).

¹¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. N°1309-09, Sentencia de 20 de abril de 2010. Silvia Quiroz Lozano y artículo 309 del Código de Aguas (Considerando 6°).

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. N°2693-14, Sentencia de 13 de octubre de 2015. Agrícola San Isidro Limitada y artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas (Considerando 24°).

¹¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (6 de febrero de 2020), párr. 208-209. Ver también: PEÑAFIEL, Juan; CALDERA, Cristóbal; SÁNCHEZ, Pedro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia ‘Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina’. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 643-674, 2020. p. 650. OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Ius et Praxis*. Talca, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018. p. 622.

¹¹⁵ Una interesante profundización frente a la construcción de un proyecto común latinoamericano: PAMPLONA, Danielle. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019.

No obstante, su ejercicio no es perfecto. En cuanto a los procesos de protección, hemos vislumbrado un importante problema normativo en cuanto a la falta de uniformidad en los supuestos facticos que permiten recurrir a la acción de protección (actos u omisiones arbitrarios o ilegales), siempre que la imposibilidad de impetrarla frente a actos u omisiones arbitrarias en la vulneración de ciertos derechos fundamentales, entre ellos, el del ambiente sano, refleja una suerte de doble categoría entre dichas garantías de carácter fundamental; así mismo, en cuanto a la legitimación tanto activa como pasiva, es necesario una modificación normativa que permita acciones supraindividuales de carácter difuso, y con ello, la apertura de una legitimación pasiva amplia que permita recurrir a ciertos sectores genéricos de la economía, esto en vías de permitir litigios sobre cambio climático. Aunado a lo anterior, la falta de adecuación procesal y sustancial frente a la especialidad ambiental en la acción de protección, implica que principalmente el desempeño y análisis probatorio tenga un análisis *per se* controversial, más aún cuando la respuesta jurisdiccional debe ser perentoria, lo cual se agrava cuando se requieran medidas cautelares, conflicto que se potencia en un nivel más profundo.

Por su parte, aunque la especialización jurisdiccional de los procesos sustanciados ante los Tribunales Ambientales es un importante avance, la también omisión de acciones supraindividuales de carácter difuso, la falta de financiación que permita una actividad -principalmente probatoria- más activa de los Tribunales, y finalmente el conflicto de especialización en sede recursiva, hace que dicha jurisdicción no se ejercite con la fortaleza necesaria para preservar, de forma completamente satisfactoria, el bien jurídico constitucionalmente tutelado del ambiente sano.

Con todo, si bien debemos reconocer que se han arbitrado los mecanismos y herramientas para que los ciudadanos puedan ocurrir directamente ante el Tribunal Constitucional -el máximo garante de los derechos fundamentales en Chile-, a fin de que este órgano declare la inaplicabilidad de un precepto legal en la resolución de un proceso judicial concreto, hasta ahora los pronunciamientos de fondo del Tribunal no han abordado directamente la afectación del derecho al ambiente sano. En efecto, solo existen referencias indirectas a partir de la invocación de otros derechos fundamentales por parte de los litigantes. Por tanto, podemos calificar que esta es una vía procedimental que se ha mostrado ineficiente para la defensa del derecho al ambiente sano, atendida la escasa utilización que la ciudadanía ha hecho de la misma, de modo que aún está por verse la forma en que el Tribunal Constitucional aborda de lleno estos asuntos.

Finalmente, atendidos los nuevos pronunciamientos de la Corte IDH en los que se consagra, esta vez por vía contenciosa, el derecho al ambiente sano como un derecho autónomo dentro de la Convención Americana¹¹⁶, siendo a su vez estas directrices una obligación internacional para Chile por la vía del control de convencionalidad¹¹⁷, serán la práctica jurisdiccional y el nuevo marco constituyente las sendas en las que el acceso a la justicia ambiental se materialice de forma definitiva.

Referências

ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA, Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Escazú, Costa Rica (marzo de 2018).

AGUILAR, Gonzalo. El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 26, n. 2, p. 78-103, 2020.

¹¹⁶ PEÑAFIEL, Juan; CALDERA, Cristobal; SÁNCHEZ, Pedro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia 'Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina'. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 643-674, 2020. p. 649.

¹¹⁷ DIAZ, Juan. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. A influência da mídia para o consumo de tabaco. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 152-171, 2019.

AGUILAR, Gonzalo. Hacia un mayor acceso a la justicia en el proceso penal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la inaplicabilidad de los artículos 230, 231, 237, 240 del Código Procesal Penal. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 2, p. 709-744, 2010.

AGUILAR, Gonzalo. Prólogo. En: CANÇADO, Antonio. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. 2. ed. Santiago: Librotecnia, 2012, p. 9-30.

AGUIRREZABAL, Maite. El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 23, n. 2, p. 175-196, 2010.

ASTUDILLO, Bárbara; BENFELD, Sebastián. Escazú: Un Acuerdo para que luchar no nos cueste la vida. *El Desconcierto*, 11 jul. 2020. Disponible em: <https://www.eldesconcierto.cl/2020/07/11/escazu-un-acuerdo-para-que-luchar-no-nos-cueste-la-vida/>. Acceso em: 15 ago. 2020.

AYALA, José. *Duda Razonable*. Santiago: Librotecnia, 2014.

BERMÚDEZ, Jorge. Concepto e Instituciones de Justicia Ambiental. *Primer foro Interamericano de Justicia Ambiental, Tribunal Ambiental de Chile (9 de octubre)*, 2014. Disponible em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZiwLIT2tyxc> Acceso em: 27 jul. 2020.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N°20.600*. Disponible em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>. Acceso em: 25 ago. 2020.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N°20.050*. Disponible em: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>. Acceso em: 20 ago. 2020.

BOETTIGER, Camila. Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño? *Revista Actualidad Jurídica*, Concepción, n. 31, p. 223-234, 2015.

BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección chileno al banquillo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, v. 5, n. 27, p. 56-71, 2011.

BORDALÍ, Andrés. El recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, n. 31, p. 269-288, 2004.

BORDALÍ, Andrés; FERRADA, Juan. Las facultades juzgadoras de la Administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 13, p. 187-205, 2002.

BURDYSHAW, Cassandra. ¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo? *Revista Justicia Ambiental*, Santiago, v. 4, n. 4, p. 93-120, 2012.

CAMACHO, Gladys. Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Revista digital de Derecho Administrativo*, Bogotá, n. 22, p. 221-252, 2019.

CANÇADO, Antonio. La ampliación del contenido material del ius cogens. 2007. Disponible em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_antonio_agusto_cancado_trindade.pdf. Acceso em: 25 ago. 2020.

CÁRCAMO, Alejandro. El recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los Derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico interno. *Gaceta Jurídica*, Santiago, n. 374, p. 7-25, 2011.

CARMONA, Carlos. El contencioso administrativo entre 1990 y 2003. En: FERRADA, Juan (coord.). *La Justicia Administrativa*. Santiago: LexisNexis, 2005, p. 183-240.

CARRASCO, Edesio. Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: Una relación que comienza a aclararse. *Mercurio Legal*, 2014. Disponible em: <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/14547-profesor-edesio-carrasco-sobre-recurso-de-proteccion-y-tribunales-ambientales-una-relacion-que-comienza-a-aclararse> . Acceso em: 20 jul. 2020.

CARRASCO, Edesio. Tres años de Jurisprudencia desde la creación de los Tribunales Ambientales (2013 – 2015). *Anuario de Derecho Público* 2016. Santiago, sep., p. 283-315, 2016.

CAZOR, Kamel; PICA, Rodrigo. Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto? *Nomos*. Viña del Mar, n. 3, p. 13-39, 2009.

CEA, José. *Derecho Constitucional Chileno. Deberes derechos y garantías*. Tomo II. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2004.

COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio. Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 41, n. 2, p. 673-703, 2014.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo*. Rio de Janeiro (junio de 1992).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011). *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Doc. N.U. A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008). Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie.

CONVENIO SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO EN LA TOMA DE DECISIONES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. Aarhus, Dinamarca (junio de 1998).

CORDERO, Luis; DURÁN, Valentina; PALACIOS, Camila; RABI, Violeta; SANHUEZA, Andrea; URQUIZA, Anahí. Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile. *Espacio Público (Informe de Políticas Públicas No. 13)*, 2017. Disponible em: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/2017_12_21-IPP-Acceso-a-la-justicia-ambiental-digital-final-PDF.pdf Acceso em: 25 jul. 2020.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N°27.074-2013, Caso Melo Moya y otros con Servicio de Evaluación Ambiental (28, may., 2013).

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Rol N°1.339-2013, caso Aspe Olivares y otros contra Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso (19, jul. 2013).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas (5 de julio de 2004).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (7 de febrero de 2006). Voto razonado Juez A. A. Cançado Trindade.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia (28 de noviembre de 2003).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeon García vs. Perú (6 de abril de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2020).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.

Fondo, Reparaciones y Costas (31 de enero de 2001).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas (29 de enero de 1997).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (6 de febrero de 2001).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (23 de junio de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-16/99 (1 de octubre de 1999). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-8/87 (30 de enero de 1987). El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9/87 (6 de octubre de 1987). Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CORTE SUPREMA DE CHILE. Fallo: 5339-2013, Caso Solange Bordones Cartagena y otros c/ Compañía Minera Nevada Spa y otra s/ Recurso de protección - Medio ambiente (25, sep., 2013).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Caso Budinich con Cerda, 26 de marzo de 1966 (Casación Forma y Fondo), en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 63, secc. 1, p. 66, 1966.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Revista Gaceta Jurídica*, Santiago, n. 148, p. 45, oct., 1992.

COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*. Valdivia, v. 27, n. 1, p. 151-167, 2014.

COUSO, Javier; CODDOU, Alberto. La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente. *Estudios Constitucionales*. Talca, v. 8, n. 2, p. 389-430, 2010.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, 1960.

DELGADO, Jordi. Argumentos para discutir sobre tasas judiciales. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 40, n. 1, p. 117-134, 2013.

DIAZ, Juan. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. A influência da mídia para o consumo de tabaco. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 1, p. 152-171, 2019.

FERMANDOIS, Arturo; CHUBRETOVIC, Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015). *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 43, n. 1, p. 61-90, 2016.

FERRADA, Juan. Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. En: Arancibia, Jaime; Martínez, José; Romero, Alejandro (ed.), *Litigación pública*. Santiago: Abeledo Perrot; Legal Publishing; Thomson Reuters, 2011. p. 119-150.

FERRADA, Juan; BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel. El recurso de protección como mecanismos de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 14, p. 67-81, 2003.

FERRER, Eduardo; RÍOS, Ricardo; DELGADO, Rosangela; MINÉ, Livia; FOWLER, Gregory; GANDOLFO, Diego. Las acciones colectivas en América Latina: un informe sobre las leyes vigentes, propuestas e iniciativas legislativas. 2019. Disponible em: <https://docplayer.es/31215800-Las-acciones-colectivas-en-america-latina-un-informe-sobre-las-leyes-vigentes-propuestas-e-iniciativas-legislativas-1.html>. Acceso em: 21 jul. 2020.

FUENTES, Fabiola. Recurso de Protección respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Tesis. Universidad Andrés Bello, Santiago, 2008.

GALDÁMEZ, Liliana. El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 48, p. 1-34, ene-jun, 2020.

GARCÍA, José; LETURIA, Francisco. Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 33, n. 2, p. 345-284, 2006.

GONZÁLEZ, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, v. 33, n. 1, p. 93-107, 2006.

GUERRA, Felipe. El supuesto carácter cautelar del proceso de protección ambiental: una perspectiva jurídica crítica. *VI Jornadas Australes de Medio Ambiente y Derecho (2-3/octubre)*, Universidad Austral de Chile, 2014. Disponible em: https://www.academia.edu/12579400/EL_SUPUESTO_CAR%C3%81CTER_CAUTELAR_DEL_PROCESO_DE_PROTECCI%C3%93N_AMBIENTAL_UNA_PERSPECTIVA_JUR%C3%8DDICA_CR%C3%8DTICA. Acceso em: 21 jul. 2020.

HÄUSLER, Katharina; LUKAS, Karin; PLANITZER, Julia; PAISÁN, Pablo; YIANNIBAS, Katerina. Non-Judicial Remedies: Company-Based Grievance Mechanisms and International Arbitration. En: ÁLVAREZ, Juan; YIANNIBAS, Katerina (ed.). *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, 2017. p. 78-118.

HUMAN RIGHTS WATCH. UN Human Rights Council: Weak Stance on Business Standards. Global Rules Needed, Not Just Guidance, Declaración de 16 de Junio de 2011. Disponible em: <https://www.hrw.org/news/2011/06/16/un-human-rights-council-weak-stance-business-standards#>. Acceso em: 15 jul. 2020.

HUNTER, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis*. Talca, v. 23, n. 1, p. 247-272, 2017.

HURTUBIA, Jaime. Todavía está pendiente la firma del Acuerdo de Escazú: ¿se frenará en Chile la democracia ambiental?. *El Mostrador*, 13 jul. 2020. Disponible em: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/07/13/todavia-esta-pendiente-la-firma-del-acuerdo-de-escazu-se-frenara-en-chile-la-democracia-ambiental/>. Acceso em: 13 ago. 2020.

INSTITUTO LIBERTAD - IDEAS PARA CHILE. Persecución de delitos ambientales en América Latina. Informe comparado para el estudio de los proyectos de ley que establecen delitos ambientales en nuestro ordenamiento. 2018. Disponible em: <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=transparencia&ac=doctoInformeAsesoria&id=2928>. Acceso em: 20 jul. 2020.

ISLAS, Alfredo; DÍAZ, Alejandra. El derecho al acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: construcción doctrinal y jurisprudencial. *Prospectiva Jurídica*. México, v. 7, n. 14, p. 47-60, 2016.

KAUFMAN, Jonathan; MCDONNELL, Katherine. Community Driven Operational Grievance Mechanisms. *Business and Human Rights Journal*. Cambridge, v. 1, n. 1, p. 127-132, 2015.

LETURIA, Francisco. Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*. Talca, v. 16, n. 1, p. 227-244, 2018.

- LUCERO, Jairo. Propiedad privada y equidad intra y transgeneracional en Latinoamérica. Un conflicto de holística jurídica sin resolver. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, no. 57, p. 131-188, 2019.
- MATURANA, Javier. *Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- MÉNDEZ, Pablo. La precariedad del contencioso ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 24, n. 3, p. 525-552, 2018.
- MINAVERRY, Clara. El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina. *Revista Gestión y Ambiente*, Bogotá, v. 18, n. 2, p. 95-108, 2015.
- MOLINA, Hernán. *Derecho Constitucional*. 8. ed. Santiago: Lexis Nexis, 2008.
- MONTT, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. *Centro de Regulación y Competencia (Facultad de Derecho, Universidad de Chile)*, 2010. Disponible em: https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D123D0823/6/material_documento/bajar?id_material=305118. Acceso em: 21 jul. 2020.
- NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.
- NAVARRO, Enrique. *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*. Santiago: *Cuadernos del Tribunal Constitucional* No. 43, 2011.
- NOGUEIRA, Humberto. El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias. En: ZÚÑIGA, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, Santiago: LexisNexis, 2005, p. 593-626.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – OHCHR. Accountability and Remedy Project Part II: “State-based non-judicial mechanisms State-based non-judicial mechanisms for accountability and remedy for business-related human rights abuses: Supporting actors or lead players?”. Discussion paper prepared for the 6th UN Annual Forum on Business and Human Rights, Geneva, 27-29 November 2017. Disponible em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/ARPII_%20DiscussionpaperonPhase2forUNForum_FINAL.pdf. Acceso em: 15 jul. 2020.
- OLIVARES, Alberto; LUCERO, Jairo. Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente. *Revista Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 619-650, 2018.
- PAMPLONA, Danielle. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019.
- PANTOJA, Rolando. El artículo 38, inciso 2º, de la Constitución Política de la República. *R.D.J.*, Santiago, Tomo C, n. 1, sec. I. 2003.
- PANTOJA, Rolando. La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. En: *Justicia administrativa*. México: Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 381-423.
- PEÑAFIEL, Juan; CALDERA, Cristobal; SÁNCHEZ, Pedro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia ‘Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina’. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 643-674, 2020.
- PFEFFER, Emilio. La acción constitucional de protección y su regulación: situación actual y prospectiva. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, v. 2, n. 1, p. 159-174, 2004.
- PFEFFER, Emilio. *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

- PIERRY, Pedro. Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 4, 1980.
- PIERRY, Pedro. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. *Revista de Derecho*. Santiago, n. 165, p. 153-173, 1997.
- PIERRY, Pedro. Tribunales Contencioso Administrativos. *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, Santiago, n. 2, 2001.
- PIERRY, Pedro. Tribunales Contencioso-Administrativos. *Revista de Derecho –Consejo de Defensa del Estado, Cb.*, Santiago, v. 1, n. 2, 2000. Disponible em: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/485bc27e-c057-4867-818e-d70b48b839ab/5.pdf?MOD=AJPERES>. Acceso em: 21 jul. 2020.
- PINILLA, Francisco. Recurso de protección ambiental y su buena salud frente a la competencia del Tribunal Ambiental. *Diario Constitucional (30/Octubre)*, 2013. Disponible em: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/recurso-de-proteccion-ambiental-y-su-buena-salud-frente-a-la-competencia-del-tribunal-ambiental/>. Acceso em: 21 jul. 2020.
- PLUMER, Marie. Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago, n. 1, p. 297-315, 2013.
- RED JUSTICIA FISCAL AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Crisis financiera de la CIDH: ¿dónde están los recursos para financiar los derechos? 2016. Disponible em: <https://www.justiciafiscal.org/2016/06/%E2%80%8B%E2%80%8Bcrisis-financiera-de-la-cidh-donde-estan-los-recursos-para-financiar-los-derechos/>. Acceso em: 21 jul. 2020.
- REES, Caroline; VERMIJS, David. Mapping Grievance Mechanisms in the Business and Human Rights Arena. *Corporate Social Responsibility Initiative Report n. 28.*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Cambridge, 2008. Disponible em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Rees-Vermijs-Mapping-grievance-mechanisms-Jan-2008.pdf>. Acceso em: 15 ago. 2020.
- RIEGO, Cristián; LILLO, Ricardo. ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? aportes para la reforma. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, n. 25, p. 9-54, 2015.
- RÍOS, Lautaro. La reforma de 2005 a la Constitución chilena. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 617-698, 2006.
- RIVAS, Diana. *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*. Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional, No 51, 2013.
- SHELTEMA, Martijn. Assessing the Effectiveness of Remedy Outcomes of Non-Judicial Grievance Mechanisms. *The Dovenschmidt Quarterly*, Maastricht, v. 4, p. 190-197, 2013.
- SHELTON, Dinah. Human Rights and the Environment: Substantive Rights. En: FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David; MERKOURIS, Panos (Eds.). *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 265-283.
- SIMÕES, Carlos; MATA, Jamile; DA SILVA, Roberto. ‘Governo versus Jurisdição’: aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 349-373, 2019.
- TRAMÓN, Gabriela. *Recurso de Protección y Tribunales Ambientales: nuevo contencioso administrativo ambiental*. Tesis. Universidad de Chile, Santiago, 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol N° 2884-15, Sentencia de 26 de julio de 2016. Sociedad Agrícola y Ganadera El Almendral Limitada y artículo 51 de la Ley N° 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. 2299-12, Sentencia de 29 de enero de 2014. Constructora Santa Beatriz S.A. y artículos 29 y 30 de la Ley N° 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. N°1309-09, Sentencia de 20 de abril de 2010. Silvia Quiroz Lozano y artículo 309 del Código de Aguas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol. N°2693-14, Sentencia de 13 de octubre de 2015. Agrícola San Isidro Limitada y artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas.

VALENZUELA, Williams. La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia. *Estudios Constitucionales*. Talca, v. 17, n. 1, p. 53-86, 2019.

VEGA, Francisco; ZÚÑIGA, Francisco. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 4, n. 2, p. 135-174, 2006.

VENTURA, Manuel. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. 2010. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24428.pdf>. Acceso em: 13 ago. 2020.

ZÚÑIGA, Francisco. El recurso de protección y sus límites. A propósito de las ‘cuestiones técnicas’, *Revista de Derecho*. Antofagasta, v. 14, n. 2, p. 131-157, 2007.

ZÚÑIGA, Francisco. Recurso de protección y contencioso administrativo. *Revista de Derecho*, Concepción, n. 202, p. 105-119, 1997.

ZUÑIGA, Francisco; PERRAMONT, Alonso. *Acciones Constitucionales*. Santiago: Lexis Nexis, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Considerações sobre a
participação judicial direta em
defesa do meio ambiente no
Brasil, no Equador e na Bolívia**

**Considerations on direct judicial
participation in defense of the
environment in Brazil, Ecuador
and Bolivia**

Leonardo Leite Nascimento

Valmir César Pozzetti

Considerações sobre a participação judicial direta em defesa do meio ambiente no Brasil, no Equador e na Bolívia

Considerations on direct judicial participation in defense of the environment in Brazil, Ecuador and Bolivia

Leonardo Leite Nascimento**

Valmir César Pozzetti***

Resumo

Na América Latina, o Novo Constitucionalismo Democrático surge como alternativa para lidar com a degradação do meio ambiente pela ação humana exploratória, possibilitando a participação judicial direta na defesa do direito ao equilíbrio ambiental e a adoção, em alguns Estados, de visão pluralista do Direito com o reconhecimento constitucional da natureza com personalidade jurídica própria. O objetivo da pesquisa foi o de analisar as formas de exercício da soberania popular e o previsto nas Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia que possibilitam o exercício da democracia participativa direta, pelo povo, juntamente ao Judiciário em defesa de interesses difusos ambientais. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que é possível a um cidadão exercer seu direito político de fiscalização da gestão do patrimônio público, em benefício da coletividade, ingressando em Juízo com um instrumento processual individual de interesse coletivo para a tutela jurídica do meio ambiente; e se verificou que o reconhecimento da natureza como pessoa jurídica coletiva de interesse público, nas Constituições do Equador e da Bolívia, possibilitou a legitimidade ativa de qualquer pessoa e uma maior efetividade para garantir o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado a todo povo.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo democrático. Soberania popular. Participação judicial direta. Defesa de interesses difusos ambientais.

Abstract

In Latin America, the New Democratic Constitutionalism emerges as an alternative to deal with the degradation of the environment through exploratory human action, enabling direct judicial participation in the defense of the right to environmental balance and the adoption, in some states, of a pluralistic view of the Law with the constitutional recognition of nature with its own legal personality. The objective of the research was to analyze the forms of exercise of popular sovereignty and the one foreseen in the Constitutions of Brazil, Ecuador and Bolivia that allow the exercise of di-

* Recebido em 27/02/2020

Aprovado em 12/05/2020

** Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4672401059888127>.

E-mail: leolnascimento@gmail.com.

*** Pós-doutor pela UNISA – Università degli Studi di Salerno/Itália. Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas – UFAM e da Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Advogado. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com.

rect participative democracy, by the people, with the Judiciary in defense of diffuse environmental interests. The deductive research method and bibliographic research techniques were used. It is concluded that it is possible for a citizen to exercise his political right to supervise the management of public assets, for the benefit of the community, entering into court with an individual procedural instrument of collective interest for the legal protection of the environment; and it was found that the recognition of nature as a collective legal entity of public interest in the Constitutions of Ecuador and Bolivia, enabled the active legitimacy of any person and greater effectiveness in guaranteeing the fundamental right to the environment balanced to all people.

Keywords: New Constitutionalism. Popular sovereignty. Direct judicial participation. Defense of diffuse environmental interests.

1 Introdução

O desenvolvimento da Indústria fez o homem buscar, cada vez mais, os recursos ambientais, para satisfazer às suas necessidades de crescer economicamente. Entretanto, em busca do crescimento, o homem não foi preparado para cuidar do meio ambiente e se educar a respeitá-lo, buscando o desenvolvimento sustentável; ou seja, usar os recursos naturais de forma a não os extinguir, mas sim, utilizá-lo, conservando-o.

Dessa forma, com o rápido desenvolvimento do capitalismo e a busca incessante do homem para a obtenção de lucro, o meio ambiente e as demais formas de vida existentes no planeta ficaram em segundo plano e o homem passou a desrespeitar os recursos naturais. Mas esse desrespeito tem um custo: poluição, extinção de espécies, vida insustentável e, assim, o homem contemporâneo foi chamado a refletir e a buscar novas formas de se integrar ao meio ambiente e protegê-lo. Dessa forma, o mundo Contemporâneo realizou diversas atividades e mecanismos de proteção que vai desde a educação ambiental, com a conscientização, a ações judiciais quando o ser humano não consegue se modificar e se educar.

A participação judicial direta em defesa do meio ambiente é possível, graças a Democracia Participativa, que possibilitou serem superados os tradicionais exercícios do Poder Constituinte liberal e social, sendo reflexo das transformações e instabilidade do cenário político-constitucional do início do século XXI.

A legitimidade adquirida pela Democracia liberal, destacada por sua representatividade e pluralidade frente à abusividade dos regimes monárquico e autoritário que a antecederam, perdeu a credibilidade juntamente ao povo, que percebeu suas imperfeições, neutralidade e omissões, afastando-se dos governantes. Além disso, perdeu o sentido da participação cívica e sofreu os efeitos do colapso ambiental, reflexo da exploração econômica desarrazoada dos bens ambientais, da natureza, sobre sua qualidade de vida.

O Estado social de Direito se fragilizou frente às crises que enfrentou, principalmente, reflexo dos elevados custos de serviços inerentes à proteção social, da burocracia e corrupção estatal, da penosa competitividade em uma economia globalizada e da inefetividade em proteger o ambiente.

Nesse cenário, a Democracia Participativa tem se configurado como possível opção, não por ser perfeita, mas por estar em constante evolução e lastreada no Princípio da Soberania Popular. Fortalecida na concepção de que todo poder vem do povo, a Democracia Participativa está, cada vez mais centrada, em assegurar e garantir o direito à efetiva participação popular. Em virtude de o povo deter o poder no Estado Democrático de Direito, os indivíduos estão aptos a agirem por si e sobre a coletividade, dispondo de institutos de participação constitucionais capazes de controlar o governo e as instituições.

Assim, nas últimas décadas, tem avultado de importância o exercício da soberania popular por meio da participação direta, em que o povo tem o papel de interagir com o Estado, por meio de seus representantes eleitos e, cada vez mais, atuando nas decisões políticas de interesses difusos e coletivos, como é o caso da

proteção do meio ambiente, um dos possíveis objetos da Ação Popular.

Em especial, na América Latina, o Novo Constitucionalismo Democrático surge como alternativa para lidar com graves problemas, entre os quais a degradação do ambiente e dos recursos naturais pela ação humana exploratória, ao possibilitar a participação judicial direta dos cidadãos e indivíduos na defesa do equilíbrio ambiental. Além de inovar, com a adoção em alguns Estados, como no Equador e na Bolívia, de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de valores ancestrais e culturais dos povos tradicionais e das comunidades indígenas para justificar o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, não mais como um bem, simplesmente dotado de valor econômico para o homem.

A problemática que emerge nesta pesquisa alinha-se aos seguintes pontos: de que forma, em uma Democracia Participativa, um cidadão pode exercer seu direito político de fiscalização da gestão do patrimônio público para garantir a tutela jurídica do meio ambiente? Como proteger a natureza, bem ambiental constituído de elementos corpóreos e incorpóreos, de interesse de todos, assegurando a salubridade e qualidade de seus recursos, com equilíbrio, sabedoria e de forma sustentável?

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa é o de analisar as formas de exercício da soberania popular, com base no Princípio Homônimo e o previsto nas Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia, fundamentais ao exercício da democracia participativa direta, pelo povo, intervindo, legitimamente, juntamente ao Judiciário, na defesa de interesses difusos ambientais.

A pesquisa se justifica, considerando-se a necessidade de se verificar como a Ação Popular Ambiental (instituto de participação direta do povo e provocador da prestação jurisdicional para tutela jurídica do patrimônio público, especialmente de interesses relacionados a toda coletividade) tem contribuído para a conservação dos bens ambientais. E qual é o efeito do reconhecimento da personalidade jurídica da natureza na proteção dos recursos naturais nos textos constitucionais do Equador e da Bolívia.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo. Quanto aos meios, utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica com uso da legislação e doutrina e jurisprudência; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

2 A democracia participativa e a tutela do direito ao meio ambiente para todos

Os Estados Democráticos liberal e social foram incapazes de enfrentar o agravamento da crise ambiental, reflexo da ação antrópica exploratória dos recursos naturais, haja vista, terem permanecido indiferentes a questão ecológica. Para Ost¹:

a ecologia reclama conceitos englobantes e condições evolutivas; o direito responde com critérios fixos e categorias que segmentam o real. A ecologia fala em termos de ecossistema e de biosfera, o direito responde em termos de limites e de fronteiras; um desenvolve o tempo longo, por vezes extremamente longo, dos seus ciclos naturais, o outro impõe o ritmo curto das previsões humanas.

No contexto da atual sociedade de risco, que para Beck² representa a vida em um mundo fora de controle — onde não há nada certo além da incerteza, a crise ambiental, marcada pelo estresse hídrico, pelas mudanças climáticas e pelas catástrofes ecológicas — há efeitos devastadores sobre os recursos naturais do planeta; intenso sofrimento dos seres vivos e da natureza que existe; indignidade e miséria das pessoas pobres.

Dupas³, ao analisar o mito do progresso trazido pela globalização e suas externalidades negativas, entre

¹ OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia a prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995. p. 111.

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 24.

³ DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. *Novos Estudos*, n. 77, p. 78, mar. 2007.

as quais os riscos de graves danos ambientais, destaca que:

para Kant, a natureza existia para que suas leis pudessem ser descobertas pelo conhecimento. Hoje a natureza se converteu em uma questão ética; ela está tão degradada por ações humanas que a nossa relação com ela se converteu em problema decisivo na constituição do ser, afetando as condições de vida sociais e a possibilidade de sobrevivência futura da espécie.

A Democracia Participativa surge como alternativa para lidar com a degradação do meio ambiente, uma vez que prováveis soluções para esta perpassam, de algum modo, a ação conjunta dos Estados, dos governantes e do povo para garantir a efetiva proteção do direito fundamental à qualidade e ao equilíbrio ambiental. Segundo Ribeiro e Emerique⁴,

[...] a democracia é mais que uma forma de governo, é a busca permanente de espaços de participação e de aceitação das diversidades, o pluralismo e o respeito aos direitos do outro, por meio da constante procura por acordos ou consensos. É a orientação em direção a um sistema que busca o compromisso com os direitos humanos e o exercício da cidadania, exigindo direitos e cumprindo obrigações, além de uma efetiva participação política para perseguir o bem-estar da população.

Ou seja, a democracia necessita da criação de espaços de participação onde as pessoas possam influir, diretamente, nas decisões do Estado. Nesse sentido, o modelo de Estado Plurinacional adotado na Bolívia e no Equador se destaca, de acordo com Hernández et al.⁵, por ser:

[...] un modelo que está claramente supeditado a la voluntad popular, es decir que contiene fuertes elementos del imaginario colectivo para su construcción. De eso, es de donde nacen las legitimaciones de una re-invenición de los postulados de Montesquieu referente a la división de poderes y se lleguen a crear otra rama de poder que puede ser denominada como la rama del poder popular.

De todo modo, o povo não pode mais confiar que seus representantes eleitos, seus governantes e as empresas priorizarão, sem sua participação direta e envolvimento na vida política do Estado, o uso sustentável dos recursos naturais. Muito menos, garantirão o direito à proteção do ambiente para todos: atuais, futuras gerações e seres que dependem dos ecossistemas que integram para viverem e se desenvolverem.

Para tanto, a Democracia Participativa, fundada no Princípio Democrático e no Princípio da Soberania Popular, exige a participação plena do povo nas políticas públicas e no controle do Estado, representando a oportunidade do emprego crescente e efetivo de instrumentos constitucionais participativos, como a prestação jurisdicional provocada pelos cidadãos e indivíduos. Tal instrumento, inclusive, pode dar concretude ao exercício soberano e democrático de todos na governança estatal e nas decisões fundamentais aos interesses e direitos da coletividade.

2.1 Democracia participativa e os princípios democrático e da soberania do povo

Os princípios são molas mestras que subsidiam a criação da norma jurídica e funcionando como elementos de validade da norma jurídica. Nesse sentido Pozzetti e Campos⁶ esclarecem:

os princípios são a base do ordenamento jurídico, de onde promanam as regras de uma determinada sociedade. Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte

⁴ RIBEIRO, Iana A. C.; EMERIQUE, Lílian M. B. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para a alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 117, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6038.

⁵ HERNÁNDEZ; Aníbal A. R.; KANNO, Paula H.; FERREIRA, Heline S.; PRÉCOMA, Adrielle F. A. Que viva el Estado plurinacional: y lo socioambiental? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 355-356, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6036.

⁶ POZZETTI, Valmir C.; CAMPOS, Jalil F. ICMS ecológico: um desafio à sustentabilidade econômico ambiental no Amazonas. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 47, p. 255, 2017. DOI: 10.6084/m9.figshare.5186836. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.47.14.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta a disposição de todos os jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; caso contrário, está fadada a ser revogada.

Assim, os princípios são conhecimentos atávicos e incorporados pela cultura de um determinado povo, cultura que diz respeito a valores, no campo da Ética e, dessa forma, esses valores subsidiam a construção da norma jurídica. Assim, são os valores dos populares que clamam pela construção das normas sociais, de uma forma com que a sociedade as incorpore sem dificuldades. Vale dizer, as normas jurídicas são oriundas de um processo democrático.

A democracia, atualmente, é considerada um regime político pelo qual os governos são conduzidos, independentemente da forma de governo republicana ou monárquica adotada, cujo nível de participação popular legitima os governantes e interfere nas decisões do Estado, nesse sentido, para Bonavides⁷ esclarece que: “não há democracia sem participação”.

Convém destacar que a etimologia da palavra democracia é formada por dois vocábulos gregos, no caso: *demos*, que significa povo; e *kratos*, que quer dizer força, poder. Ou seja, democracia pode ser conceituada como o governo em que o povo exerce a soberania, tem o poder, todavia, este não é exercido exclusivamente por todos e de forma direta.

Na Democracia Participativa, a titularidade do poder político dentro do Estado pertence ao povo, que o exercita diretamente conforme os institutos estabelecidos na respectiva Constituição. Segundo Diamond e Morlino⁸, “[...] uma boa democracia deve garantir que todos os cidadãos possam, de fato, fazer uso desses direitos formais para influenciar o processo decisório: votar, organizar, reunir, protestar e fazer lobby por seus interesses”.

Um Estado Democrático de Direito, à luz do princípio democrático, se caracteriza pelo fato de ser conduzido por normas democráticas, pelo efetivo envolvimento do povo na política, pelo respeito à soberania popular e aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na ordem jurídica constitucional. Nesse sentido Canotilho⁹ reforça a ideia de que o Estado Constitucional moderno: “tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.

Cabe destacar, nesse contexto, o conceito jurídico de povo, que para Dallari¹⁰ compreende: “[...] o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano”.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no caput do art. 1º e nos incisos I e II,

que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como princípios, entre outros, a soberania e a cidadania”, de forma que o parágrafo único do art. 1º prevê que: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No âmbito do Direito Internacional, a possibilidade de participação direta do povo está prevista na Constituição da República do Equador de 2008¹¹, que prevê, no art. 1º, *in verbis*:

art. 1

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano,

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51.

⁸ DIAMOND, Larry; MOLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 23, 2004. Disponível em: [http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20\(2004\).pdf](http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20(2004).pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

⁹ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

¹⁰ DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 85.

¹¹ EQUADOR. [Constitucion (2008)]. *Constitucion de La Republica del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Claramente, se pode perceber que a ordem constitucional equatoriana está estruturada sob a égide da democracia participativa, todavia, para Ribeiro e Emerique¹²:

[...] está ainda encontra obstáculos para ser plenificada devido à instituição de medidas de mediação entre o exercício do poder popular e o exercício do poder constituído (Executivo, Legislativo ou Judiciário), que acaba por diluir a sua força e que, muitas vezes, cumpre mais um papel simbólico de legitimação do poder do povo.

Já na Constituição Política da Bolívia de 2009¹³, o Estado se qualifica como unitário, social, de Direito, plurinacional e comunitário, de modo que a participação direta do povo é estabelecida no art. 1º c/c o art. 7º, *in verbis*:

art. 1

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

art. 7

La soberanía reside en el pueblo boliviano y se ejerce de forma directa; es inalienable, inembargable, indivisible, imprescriptible e indelegable, y de ella emanan las funciones y atribuciones del poder público.

Bonavides¹⁴ diferencia uma Democracia Participativa de uma Democracia Semidireta pelo fato de que, no regime político destacado, pelos princípios da soberania do povo e democrático, o: “[...] centro de gravidade [...] em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular, é o povo soberano”. Já Canotilho¹⁵ destaca que:

só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.

Bonavides¹⁶ afirma que o Princípio da Soberania Popular representa: “[...] a fonte de todo poder que legitima a autoridade e que se exerce nos limites consensuais do contrato social”.

Assim, pelas características evidenciadas nas Constituições supracitadas, o regime político existente nos Estados referidos pode ser classificado como uma Democracia Semidireta. É perceptível que o poder soberano do povo ainda é exercido, em essência, por representantes eleitos escolhidos por meio de sufrágio universal, voto secreto e eleições livres. Somente parcela do poder decisório e político é realizada diretamente, por meio do uso de institutos constitucionais de participação popular direta.

Quiçá, o motivo seja o desinteresse do povo em ter uma maior participação na vida política dos Estados,

¹² RIBEIRO, Iana A. C.; EMERIQUE, Lílian M. B. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para a alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 125, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6038.

¹³ BOLÍVIA. [Constitucion (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 11.

em face de possuírem limitações educacionais básicas e sobre cultura política. Nesse sentido, para Diamond e Morlino¹⁷:

[...] uma condição fundamental para a participação generalizada em uma boa democracia é a ampla difusão da educação básica e da alfabetização, e com isso um mínimo de conhecimento sobre governo e assuntos públicos. Novamente importante, como condição de apoio, é a cultura política, que deve valorizar a participação e o igual valor e dignidade de todos os cidadãos. Este último implica também a tolerância das diferenças políticas e sociais e, portanto, a aceitação por parte de grupos e indivíduos de que outros (incluindo os partidos mais fracos e os adversários) também têm direitos iguais perante a lei.

Ou seja, é perceptível que a soberania popular é fundamental ao exercício da Democracia Participativa direta na governança dos Estados, que necessitam oferecer aos cidadãos e indivíduos uma educação política sólida e estimular a tolerância política e social, para que todos tenham plenas condições de buscar a prestação jurisdicional para garantir interesses transindividuais, difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente.

2.2 A imprescindibilidade da prestação jurisdicional para a tutela jurídica do direito ao meio ambiente para todos

O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela preponderância das leis e não dos homens, uma vez que os homens, os governantes e o próprio Estado se submetem ao ordenamento jurídico firmado na respectiva Constituição e nas leis.

Assim é desse arcabouço normativo, formalmente constituído e destinado a regular as relações sociais, que se origina uma tutela, na qual aos indivíduos titulares dos direitos protegidos, em determinada situação fática, se amparam para pleitear o cumprimento da norma em seu favor.

Cabe destacar que, às vezes, a solução ao conflito apresentado não pode ser oferecida pela norma em si, por sua insuficiência em enfrentar o caso concreto. Dessa feita, se carece da prestação da tutela jurisdicional do Estado na aplicação coercitiva da norma para consolidar uma decisão judicial resolutiva. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux¹⁸,

o Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. [...] Essa função denomina-se jurisdicional e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica de *'final enforcing power'*, consubstanciado na *'coisa julgada'*.

No Brasil, a tutela jurídica do meio ambiente, como direito fundamental, é prevista no caput do art. 225, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “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”.

O direito ao meio ambiente equilibrado tem caráter difuso, transindividual e coletivo, requerendo para sua tutela o controle jurisdicional, fundado na legitimidade extraordinária prevista no art. 18, do Código de Processo Civil, em que qualquer do povo pode provocar o Poder Judiciário contra atos ilegais e lesivos a quaisquer dos seus aspectos, uma vez que há interesses plúrimos na lide que envolvem toda a coletividade: “art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordena-

¹⁷ DIAMOND, Larry; MOLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 23, 2004. Disponível em: [http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20\(2004\).pdf](http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20(2004).pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

¹⁸ FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécies. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 14, n. 2, p. 153, 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/download/397/356>. Acesso em: 15 nov. 2019.

mento jurídico.”

Afinal é dever comum do Estado e do povo a proteção do ambiente, sendo objeto de responsabilização, os danos porventura ocasionados à integridade dos elementos corpóreos e incorpóreos que o constitui, os ecossistemas, à água, o solo, nos termos do § 3º, do art. 225, da Constituição Federal de 1988:

art. 225. [...] omissis

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

No Equador, o direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado é reconhecido no art. 14, da Constituição da República do Equador de 2008¹⁹, *in verbis*:

art. 14

Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

É dever e responsabilidade do povo equatoriano, conforme o item 6, do art. 83, da Constituição da República do Equador de 2008, respeitar os direitos da natureza, preservar o ambiente saudável e usar os recursos naturais de modo racional e sustentável.

Na Bolívia, o art. 33 da Constituição Política da Bolívia de 2009²⁰ estabelece a proteção jurídica ao meio ambiente, como direito das pessoas e obrigação do Estado, de forma que este deve permitir o desenvolvimento normal e permanente de indivíduos, de comunidades e de outros seres vivos assim considerados como dotados de personalidade jurídica própria, no caso:

art. 33

Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Interessante pontuar, que há na Bolívia um Tribunal especializado em questões agroambientais, com competência para julgar ações judiciais contra atos que atentem contra a fauna, a flora, a água e o meio ambiente e demandas sobre práticas que ponham em perigo o sistema ecológico e a conservação de espécies ou animais, nos termos do art. 190, da Constituição Política da Bolívia de 2009.

Ou seja, Brasil, Equador e Bolívia reconhecem nos respectivos textos constitucionais a necessidade de manter o ambiente conservado, em viés antropocêntrico, para que não somente a atual geração possa gozar dos recursos naturais disponíveis, mas as futuras gerações também. No caso dos países andinos em estudo, Equador e Bolívia, em uma visão ecocêntrica, a natureza e outros seres vivos também são reconhecidos como sujeitos interessados na conservação dos ecossistemas, com legitimidade para provocação da tutela jurisdicional em causa própria, por intermédio de uma pessoa.

Por fim, é interessante destacar a complexidade da resolução de conflitos relacionados a tutela do meio ambiente. Por não ser o direito ao meio ambiente equilibrado um direito absoluto, muitas vezes, este colide com outro direito fundamental em casos difíceis, nesse sentido May e Daly²¹ asserem que:

¹⁹ EQUADOR. [Constitución (2008)]. *Constitución de La República del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

²⁰ BOLÍVIA. [Constitución (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

²¹ MAY, James R.; DALY, Erin. *Global environmental constitutionalism*. New York: Cambridge University Press, 2015. p. 147-148.

na maioria dos sistemas constitucionais, direitos ambientais não são absolutos e podem ser limitados ou superados [...] o direito pode ser limitado quando ele colide com outro direito, como direito à vida ou o não derogável direito à dignidade [...] o direito ao meio ambiente, como outros direitos, está quase sempre sujeito a cláusula limitadora ou ao teste da proporcionalidade. [...] O requisito da proporcionalidade é especialmente relevante em litígios ambientais onde o balanceamento é praticamente intrínseco: uma licença para exploração de madeira que prejudique o meio ambiente pode mesmo assim ser emitida se o seu alcance é apropriado.

Sendo assim, todo ato omissivo ou comissivo que viole quaisquer dispositivos legais de tutela do ambiente deve ser submetido ao controle jurisdicional, independentemente de haver ou não colisão com outros direitos fundamentais, haja vista a imprescindibilidade da atuação do Poder Judiciário na proteção dos bens ambientais. A melhor forma de lidar com uma colisão entre direitos fundamentais é dispor da proporcionalidade, na análise do caso concreto, para assim poder resolver a lide e, na medida do ponderado pelo Juízo, garantir à integridade do ambiente às gerações presentes e futuras, bem como, no caso do Equador e da Bolívia, a existência e o desenvolvimento da própria natureza e demais seres que integram os diversos ecossistemas conexos.

3 Novo constitucionalismo democrático latino-americano

A proteção da natureza é fundamental à sobrevivência da humanidade no planeta. A relação homem-natureza remonta as atividades primitivas de coleta, caça, pesca e consumo imediato de frutas, animais, peixes, bem como ao usufruto das águas dos rios e da terra para o plantio e a subsistência do homem.

A evolução do ser humano não o fez independente do ambiente que o cerca, ao contrário, pelos diversos contextos históricos que experimentou, da vivência nômade ao surgimento das cidades, das revoluções industriais a participação no Estado Neoliberal, ainda hoje, o homem goza de uma relação direta com os ecossistemas que integra, de sobrevivência, e dependência, da necessidade de uma convivência harmoniosa.

Os povos tradicionais e as comunidades indígenas aprenderam a valorizar as florestas, os rios, a chuva, os elementos naturais a eles repassados por sua ancestralidade e sua cultura. Eles são parte do todo que é o planeta, são água, terra, ar, vento; a simplicidade e seus valores os fazem viver em harmonia com os outros seres e com a natureza.

Já os diversos povos que constituem os Estados são parte de uma rede que os conecta globalmente, cujo poder econômico, apesar da preponderância do regime político democrático, está concentrado com alguns que detém o capital, transnacional e virtual, de algum modo, fruto das explorações dos recursos naturais e do próprio homem e suas desigualdades.

A sociedade do risco perdeu o controle e está distante da única direção a seguir, que leva a convivência harmônica homem-natureza. A razão humana que hoje justifica a destruição, poluição e degradação do ambiente nos fins econômicos, que usa para saturar o povo com o estímulo ao consumo do “novo produto” e do “mais moderno”, deve se dedicar à tutela e à conservação dos bens ambientais. E, ao compartilhamento de tecnologias e de riquezas, para diminuir as desigualdades e permitir que todos, os presentes e os que hão de vir, vivam em um ambiente sadio e equilibrado. Dessa forma, homens, animais e natureza passarão a viver em equilíbrio, gerando qualidade de vida e trazendo dignidade ao ser humano; pois o planeta não suporta mais viver de forma insustentável.

Nesse contexto, como alternativa à concepção econômica degradadora do meio ambiente surge o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano, cujo alicerce teórico, para Ribeiro e Emerique²²:

²² RIBEIRO, Iana A. C.; EMERIQUE, Lílian M. B. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para a alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 115, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.

[...] se sustenta sobre a revolução emancipatória depositada nas mãos do povo, o nacional, o membro do Estado-nação, historicamente excluído do processo de aplicação e produção do Direito. As constituições do novo constitucionalismo propugnam cosmovisões diversificadas, constituindo Estados Plurinacionais, em que se observa o pluralismo jurídico autêntico, sustentado por princípios como ‘Sumak Kawsay’ ou ‘suma qamaña’ (bem-viver) e ‘Pachamama’ (mãe terra).

Assim, o Novo Constitucionalismo busca pela construção de um novo campo do saber e do desenvolvimento tecnológico-científico, alinhado aos valores culturais e ancestrais dos povos tradicionais e das comunidades indígenas que vivem, harmonicamente, há anos, nos respectivos territórios e na região, tornar possível o equilíbrio homem e natureza por meio da tutela constitucional do meio ambiente.

3.1 O novo constitucionalismo democrático latino-americano e a importância da participação judicial direta na defesa do equilíbrio ambiental

O meio ambiente é uno, não se concebe na contemporaneidade a possibilidade de uma catástrofe atingir somente determinada região; ao contrário, os danos ambientais causados em uma determinada região refletir-se-ão por todo o globo. Dentro do contexto capitalista, o capital tem se sobreposto à qualidade de vida e às questões ambientais, maculando direitos que ultrapassam a barreiras de um país.

Vê-se, portanto, que a defesa do meio ambiente é extremamente importante para conservar recursos naturais, dos quais vidas humanas dependem com exclusividade. O Direito constitucional brasileiro, em seu artigo 225, traz essa configuração de defesa; entretanto, são necessários mecanismos que auxiliem na defesa real e efetiva desses bens ambientais. Como lei mais importante de uma nação, a Constituição deve primar para inserir e manter, em seu texto, essa possibilidade de defesa do meio ambiente.

Ferrajoli²³ afirma que existem muitas e diferentes concepções de Constituição e de Constitucionalismo, para ele:

uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia de submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Neste sentido, o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

O Novo Constitucionalismo origina-se da concepção dada, nas últimas décadas, pelos países da América Latina à organização do Estado e aos direitos fundamentais, em especial com a aprovação das Constituições do Equador e da Bolívia, conforme reforça Moraes²⁴:

emerge dos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina, um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (Pacha-mama) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes, respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico-raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida.

v9i2.6038.

²³ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.; TRINDADE, A. K. (org.) *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

²⁴ MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 126, 2013. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>. Acesso em: 10 out. 2019.

Assim, para enfrentar a crise ambiental provocada pela degradação da natureza, Pozzetti e Nascimento²⁵ destacam a necessidade do:

[...] reconhecimento dos Direitos da Natureza. Pessoas, comunidades, tribunais e até mesmo governos de alguns países têm constatado a necessidade de transformação do relacionamento “humanidade x mundo natural”, defendendo que a natureza, rios, ecossistemas e espécies ameaçadas têm direitos que devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos.

Desse modo, se desenvolveu na região latino-americana um movimento político inovador caracterizado: pelo fortalecimento, reconhecimento do caráter normativo e superioridade das respectivas Constituições frente ao ordenamento jurídico; pela legitimidade da participação popular; pela adoção do “bem viver”, por meio do reconhecimento dos direitos da natureza e por meio da necessidade de proteção e conservação do ambiente para as gerações futuras. Nesse sentido, Garcia, Marques Junior e Pilau Sobrinho²⁶ destacam 5 (cinco) novidades do Novo Constitucionalismo:

[...] primeira, nova forma de exercício do Poder Constituinte superando a tradicional de cunho liberal; segunda, nova forma de democracia com ampla participação popular a partir da chamada democracia participativa e da introdução de novos mecanismos políticos de controle do parlamento; terceira, introdução de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de outras jurisdições como a indígena; quarta, preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais; e por último e em quinto lugar a mudança de paradigma do novo constitucionalismo no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente no qual também deverá incluir uma jurisdição transnacional.

Ou seja, essa nova visão constitucional, alicerçada em valores pré-colombianos comuns, conforme destacado por Moraes, redefiniu o posicionamento do homem em relação a sua condição de objeto da tutela jurídica do Estado, o inserindo no contexto do todo, do ambiente que faz parte, no adequado e necessário modo de vida, bem viver, que o faz dependente e parte da natureza, não superior e nem indiferente a sua complexidade.

Importante destacar que, apesar da tutela constitucional da natureza estabelecida nas Constituições Pluralistas da Bolívia e do Equador, ainda assim, a estrutura econômica destes não foi alterada, continua a prevalecer o modelo utilitarista, de exploração dos recursos naturais para custear os deveres de tais Estados, inclusive os sociais, conforme destaca Hernández et al.²⁷:

en ultimas es la batalla de los números con las realidades, donde países como Bolivia y Ecuador han aumentado considerablemente sus PIB, y sus economías son hoy en Latinoamérica las que más avances muestran en el continente, mientras que, aquellos países que en círculos intelectuales defienden como las más avanzadas del mundo por tener narrativas protectoras a la pacha mama, están realizando las exploraciones y explotaciones más fuertes y concisas en todo el mundo para conseguir explotar petróleo, gas, o en ultimas, facilitar por medio de mejores infraestructuras aquellos números de los que tanto les gusta hablar a los economistas sin tener en cuenta los impactos culturales, sociales y naturales de aquellas cifras. Ésa, es la paradoja en la que viven los Estados Plurinacionales.

Sem dúvida, o novo constitucionalismo latino-americano, em face de sua originalidade, cometeu muitos erros que ocasionaram, entre outros efeitos, impactos ambientais, como destacado por Hernández. Para Pastor e Dalmau²⁸, tais erros se deram:

²⁵ POZZETTI, Valmir C.; NASCIMENTO, Leonardo L. Direitos da natureza: o rio Amazonas comanda a vida. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 56, p. 448, 2019. DOI: 10.6084/m9.figshare.9795209. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3585>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁶ GARCIA, Marcos L.; MARQUES JÚNIOR, William P.; PILAU SOBRINHO; Liton L. Aportes do novo constitucionalismo democrático latino-americano e da UNASUL para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, p. 967, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6675/3810>. Acesso em: 10 out. 2019.

²⁷ HERNÁNDEZ; Aníbal A. R.; KANNO, Paula H.; FERREIRA, Helene S.; PRÉCOMA, Adrielle F. A. Que viva el Estado plurinacional: y lo socioambiental? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 357, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6036.

²⁸ PASTOR, Roberto V.; DALMAU, Rubén M. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucion-

[...] tanto em relação ao desenho quanto, sobretudo, à aplicação do modelo, mas conta com um componente de originalidade que, para ser encontrado em experimentos comparados, imporia que escavássemos as mais remotas origens do constitucionalismo democrático. Trata-se, ademais, de um constitucionalismo em construção; de um constitucionalismo em transição, não de um modelo constitucional acabado. Entre outras razões, porque é um modelo 'bottom-up', sem teorização prévia e sem que seu parto fosse acompanhado por muitos especialistas.

É justamente nesse contexto, do Novo constitucionalismo Latino-americano ainda em construção, cujas ordens constitucionais garantistas carecem de maior efetividade, onde emerge de importância a participação judicial direta de cidadãos e indivíduos na defesa do equilíbrio ambiental.

Esta é fundamental, afinal o Estado, os governantes e as entidades representativas, legitimadas ao exercício da democracia representativa e da semidireta, não se mostram interessados em agir para alcançar a pretendida harmonia homem-natureza, ao contrário, são omissos e/ou desinteressados e/ou tardios em evitar danos ao meio ambiente, inclusive transnacional, que sofre com a contaminação e destruição dos ecossistemas que o integram. Segundo Diamond e Morlino²⁹,

no que diz respeito à participação, a qualidade democrática é alta quando, de fato, observamos ampla participação cidadã não apenas através do voto, mas na vida dos partidos políticos e organizações da sociedade civil, na discussão de questões de políticas públicas, na comunicação e na responsabilização dos representantes eleitos, no monitoramento da conduta oficial e no envolvimento direto com questões públicas em nível local.

Para possibilitar tão importante participação, as Constituições dos Estados Latino-americanos preveem institutos processuais de interesse coletivo que possibilitam o exercício da democracia direta, entre os quais: a Ação Popular (Brasil), a *Acción Ciudadana* (Equador) e a *Acción Popular* (Bolívia) que possibilitam a provocação do Poder Judiciário, por meio de iniciativas individuais, interessadas na defesa dos bens ambientais e da natureza e seus ecossistemas conexos.

3.2 "Ação popular ambiental" nas Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia

Para a tutela jurídica do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, garantido no caput, do art. 225, da Constituição Federal de 1988 (Brasil), no art. 14, da Constituição da República do Equador de 2008 e no art. 33, da Constituição Política da Bolívia de 2009, os indivíduos e cidadãos dispõem de instituto processual coletivo, vocacionado à tutela jurídica ambiental, como instrumento que permite o exercício do controle social direto sobre a legalidade e a legitimidade de ações e omissões públicas e privadas que interferem na qualidade ambiental.

No Brasil, o instituto da Ação Popular está inserido no microsistema de tutela jurisdicional coletiva, juntamente à Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e com a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LXXIII, *in verbis*:

art. 5º [...] omissis

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Nesse sentido, qualquer cidadão no Brasil dispõe de legitimidade para ajuizar, com a devida assistência advocatícia e sem a incidência de custas e quaisquer despesas processuais, a referida ação apta a anular ato lesivo ao ambiente, que, todavia, não dispõe de finalidade indenizatória pelos danos porventura enfrentados.

alismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 346, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6079.

²⁹ DIAMOND, Larry; MOLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 23-24, 2004. Disponível em: [http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20\(2004\).pdf](http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20(2004).pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

Importa destacar, que o conceito de cidadão, em que pese o previsto no inciso II, do art. 1º c/c o caput, do art. 225, da Constituição Federal de 1988, não pode ser limitado ao estabelecido na Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula o instituto da Ação Popular. Afinal, o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável é prerrogativa de todos, bem como é dever do Estado, da coletividade e do povo pugnaem por sua proteção. Nesse sentido, Mirra³⁰ infere que:

[...] no Estado Democrático-Participativo, consagrado na Constituição de 1988, os próprios direitos políticos ganharam maior extensão e ultrapassaram o restrito campo da capacidade eleitoral ativa e passiva, do direito de votar e ser votado, para incluir a possibilidade de ampla participação popular nos assuntos de interesse comum. No Estado da democracia participativa, os direitos de participação política são direitos que agregam, à sua expressão individual tradicional, uma dimensão coletiva e social, por intermédio da abertura de canais de participação direta de indivíduos e da participação semidireta de grupos e instituições sociais secundárias.

No Equador, de acordo com os incisos V e VII, do art. 3º, da Constituição da República do Equador de 2008, o Estado tem o dever de promover o desenvolvimento sustentável e de proteger o patrimônio natural e cultural do país.

Com relação à participação judicial direta, qualquer pessoa, grupo de pessoas, comunidade, pessoas ou nacionalidade pode propor as ações previstas na Constituição, gozando do direito de acesso gratuito à Justiça, conforme o art. 75 c/c o inciso I, do art. 86, da Constituição da República do Equador de 2008³¹:

art. 75

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; em ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

art. 86

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

Assim, é possível a um indivíduo ajuizar uma *Acción Ciudadana* para tutela do ambiente, nos termos do art. 99, da Constituição da República do Equador de 2008³², *in verbis*:

art. 99

La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se produzca la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y la ley.

Já a Constituição Política da Bolívia de 2009³³, no art. 34 prevê que, *in verbis*:

art. 34

Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

³⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O cidadão, a ação popular e a proteção do meio ambiente. *Revista Consultor Jurídico*, p. 3-4, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-03/ambiente-juridico-cidadao-acao-popular-protacao-meio-ambiente>. Acesso em: 8 nov. 2019.

³¹ EQUADOR. [Constitucion (2008)]. *Constitucion de La Republica del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

³² EQUADOR. [Constitucion (2008)]. *Constitucion de La Republica del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

³³ BOLÍVIA. [Constitucion (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

Assim, o indivíduo, com a devida assistência, pode dar entrada na *Acción Popular* em proteção meio ambiente contra ato que viole o direito e interesse coletivo, sendo obrigatório a iniciativa do Ministério Público ao tomar conhecimento do ato lesivo, nos termos dos art. 136 e 137, da Constituição Política da Bolívia de 2009³⁴, *in verbis*:

art. 136

La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.

art. 137

I. La Acción Popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos. Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir. II. Podrá interponer esta acción cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos. Se aplicará el procedimiento de la Acción de Amparo Constitucional.

Pode-se verificar, pelos textos normativos analisados, que as Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia dispõem de institutos processuais coletivos para provocação jurisdicional, com particularidades próprias inerentes a legitimidade ativa, no entanto, com a similaridade inerente ao exercício da participação direta do povo que diz respeito à capacidade de a Ação Popular Ambiental, *Acción Ciudadana* e *Acción Popular*, fazer cessar ato lesivo à integridade do direito fundamental ao ambiente equilibrado e saudável.

3.3 O bem jurídico ambiental e a relevância do reconhecimento da natureza como um sujeito de direitos

Na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81), o ordenamento jurídico brasileiro define bem jurídico ambiental, nos incisos I do art. 3º, como: “[...] 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”.

No inciso V, do art. 3º, da Lei n.º 6.938/81 são explicitados os elementos, corpóreos e incorpóreos, que integram e são parte do meio ambiente, em um sentido de bem jurídico complexo que ilustra, de forma ficta, os diversos aspectos que o integram e o fazem, também um recurso dotado de valor econômico.

Tais considerações, juntamente ao estabelecido no art. 225, da Constituição Federal de 1988, que define o ambiente como bem de uso comum do povo, atestam a prevalência do ser humano em sua relação com a natureza, o que caracteriza o viés antropocêntrico aplicado pelo legislador e constituinte brasileiros. Por essa razão, a participação direta do cidadão na provocação do Poder Judiciário, ainda, se mostra limitada ao manejo da Ação Popular Ambiental, com as limitações já destacadas.

Diferentemente, a Constituição do Equador, dentro da concepção do Novo Constitucionalismo Latino-americano, com a visão utilitarista que rompe com a colonialista e prima pela harmonia homem-natureza, reconhece a natureza como entidade dotada de personalidade jurídica. Tal entendimento, possibilita a intervenção de qualquer do povo juntamente ao Poder Judiciário, com a devida assistência, em defesa dos direitos da natureza, em nome do rio, da floresta que “clama por socorro”, para a conservação e restauração do estado e equilíbrio dos ecossistemas que a integram, conforme previsto nos arts. 71 e 72, da Constituição da República do Equador de 2008³⁵:

³⁴ BOLÍVIA. [Constitución (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁵ EQUADOR. [Constitución (2008)]. *Constitución de La Republica del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

art. 71

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

art. 72

La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Ou seja, distintamente da *Acción Ciudadana*, não há necessidade da configuração de ato ou omissão, passível de lesar o bem ambiental, para possibilitar o interesse de agir. Qualquer pessoa pode provocar o Poder Judiciário, a título de precaução e/ou prevenção, em favor da proteção de determinado bem ambiental, como um rio, uma floresta, um animal, uma espécie ameaçada ou em extinção, que, porventura, esteja submetido a algum tipo de risco ao seu contínuo e adequado desenvolvimento, por meio de uma *Acción de protección*, prevista no art. 88, da Constituição da República do Equador de 2008.

Do mesmo modo, todavia, de forma tácita, a Bolívia reconheceu no texto constitucional a personalidade jurídica da natureza, conforme se pode abstrair do art. 33, da Constituição Política da Bolívia de 2009, onde considera o exercício do direito ao meio ambiente saudável fundamental ao desenvolvimento normal e permanente de outros seres vivos.

Ademais, na *Ley n.º 71, de 21 de diciembre de 2010*, foram formalizados pelo Estado da Bolívia os Direitos da Mãe Terra (art. 7º), bem como definido seu conceito jurídico e efetuado seu reconhecimento como sujeito coletivo de interesse público, de acordo com os arts. 3º e 5º da *Ley n.º 71, de 21 de diciembre de 2010*³⁶, a seguir:

art. 3º

La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común.

La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

art. 5º

Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra.

³⁶ BOLÍVIA. *Ley n.º 071, de 21 de diciembre de 2010*. Ley de derechos de La Madre Tierra. Disponível em: <http://files.harmonywith-nature.un.org/uploads/upload656.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

De igual forma, no Equador (*Pacha-Mama*), o reconhecimento da natureza (*Madre Tierra*) como pessoa jurídica coletiva de interesse público possibilita que qualquer pessoa tenha legitimidade para provocar a prestação jurisdicional objetivando garantir a integridade de quaisquer de seus sistemas de vida e dos seres vivos, incluindo os seres humanos, e proteger os direitos a vida do planeta (*Pacha-Mama; Mãe Terra; Criação*), a diversidade da vida, a água, ao ar limpo, ao equilíbrio, a restauração e ao viver livre de poluição, conforme estabelecido no art. 7º, da *Ley* n.º 71/2010.

Para tanto, o indivíduo pode exercer a participação judicial direta em favor da natureza, como sujeito jurídico, com amparo nas letras “a” e “f” do art. 9 da *Ley* n.º 71/2010, podendo dispor da *Acción de Amparo Constitucional*, estabelecida no art. 128 e no inciso I, do art. 129, da Constituição Política da Bolívia de 2009³⁷:

art. 128.

La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

art. 129.

I. La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

Sobre as referidas Constituições e o reconhecimento da natureza como sujeito coletivo de interesse público, Zaffaroni³⁸ destaca:

es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos.

De este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a un verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética — no la moral individual — que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza.

No se trata del tradicional bien común reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente, incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente.

Pela análise realizada, o reconhecimento da personalidade jurídica da natureza pelo Equador e pela Bolívia possibilita o mais amplo exercício da soberania do povo desses Estados em prol da proteção do ambiente. Uma vez que a *Acción de protección* (Equador) e a *Acción de Amparo Constitucional* (Bolívia) podem ser ajuizadas pela iniciativa de qualquer indivíduo que busque a prestação jurisdicional de forma direta, com a devida assistência, em objetivo à proteção ao bem jurídico ambiental ou quaisquer de seus elementos, com uma abrangência mais ampla que o instituto processual da Ação Popular (Brasil), da *Acción Ciudadana* (Equador) e da *Acción Popular* (Bolívia) que têm um fim prático de apenas interromper a continuidade do dano que está ocorrendo, não sendo possível seu uso a título de ação preventiva e/ou por precaução.

³⁷ BOLÍVIA. [Constitucion (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2011. p. 111.

4 Considerações finais

A problemática que estimulou essa pesquisa foi a de verificar quais as formas de exercício da soberania popular (previstos nas Constituições do Brasil, do Equador e da Bolívia) que possibilitam o exercício da democracia participativa direta, pelo povo, juntamente ao Judiciário, em defesa de interesses difusos ambientais, e em que sentido tais institutos têm contribuído para a conservação da natureza.

Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, uma vez que se analisou a legislação brasileira, a da Bolívia e do Equador, bem como o posicionamento da doutrina, a respeito da temática.

Conclui-se que, para a permanência da vida no planeta, é fundamental o reconhecimento constitucional dos direitos da natureza, dos elementos corpóreos e incorpóreos do bem jurídico ambiental, dos sistemas de vida e dos seres vivos, como entidades dotadas de personalidade jurídica, sujeitos de direito, sujeitos coletivo de interesse público, reconhecidos pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Entretanto, pelo que se pode observar através dos modelos boliviano e equatoriano, tal iniciativa de reconhecimento da personalidade jurídica da natureza, não é suficiente, em si mesma, para dar concretude ao bem viver harmonioso do ser humano com a natureza; pois esse *status* depende do amplo exercício da soberania do povo e do princípio democrático na governança dos Estados, dedicados à proteção do ambiente e dos valores culturais e ancestrais dos povos tradicionais e das comunidades indígenas que vivem, harmonicamente, há anos, nos respectivos territórios. Assim, é fundamental o emprego dos institutos de participação direta, ou seja, de provocadores da prestação jurisdicional em matéria ambiental, do Brasil, da Bolívia e do Equador.

Ainda se pode concluir que, ao comparar os institutos jurídicos das três nações estudadas, pôde ser constatado que a *Acción de protección* (Equador) e a *Acción de Amparo Constitucional* (Bolívia) têm como característica comum o fato de poderem ser ajuizadas pela iniciativa de qualquer indivíduo que busque a prestação jurisdicional de forma direta com uma abrangência mais ampla que o instituto processual da Ação Popular (Brasil), da *Acción Ciudadana* (Equador) e da *Acción Popular* (Bolívia) que têm um fim prático de apenas interromper a continuidade do dano porventura praticado, não de prevenir e evitar sua configuração.

Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOLÍVIA. [Constitucion (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponível em: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/CPE.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.
- BOLÍVIA. *Ley nº 071, de 21 de diciembre de 2010*. Ley de derechos de La Madre Tierra. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload656.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DIAMOND, Larry; MOLINO, Leonardo. The quality of democracy: an overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 20-31, 2004. Disponível em: [http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20\(2004\).pdf](http://faculty.smu.edu/lmanzett/Diamond%20and%20Morlino%20(2004).pdf). Acesso em: 10 fev. 2020.
- DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. *Novos Estudos*, n. 77, p. 73-89, mar. 2007.

EQUADOR. [Constituição (2008)]. *Constitución de La República del Ecuador*. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2020.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L.; TRINDADE, A. K. (org.) *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-58.

FUX, Luiz. Tutela jurisdicional: finalidade e espécies. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 14, n. 2, p. 107-231, 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/download/397/356>. Acesso em: 15 fev. 2020.

GARCIA, Marcos L.; MARQUES JÚNIOR, William P.; PILAU SOBRINHO; Liton L. Aportes do novo constitucionalismo democrático latino-americano e da UNASUL para os direitos fundamentais: os direitos ambientais como demandas transnacionais e o tratamento prioritário da sustentabilidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6675/3810>. Acesso em: 10 fev. 2020.

HERNÁNDEZ; Aníbal A. R.; KANNO, Paula H.; FERREIRA, Helene S.; PRÉCOMA, Adriele F. A. Que viva el Estado plurinacional: y lo socioambiental? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 349-361, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6036.

MAY, James R.; DALY, Erin. *Global environmental constitutionalism*. New York: Cambridge University Press, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O cidadão, a ação popular e a proteção do meio ambiente. *Revista Consultor Jurídico*, fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-03/ambiente-juridico-cidadao-acao-popular-protecao-meio-ambiente>. Acesso em: 8 fev. 2020.

MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, 2013. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>. Acesso em: 10 fev. 2020.

OST, François. *A natureza a margem da lei: a ecologia a prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995.

PASTOR, Roberto V.; DALMAU, Rubén M. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 334-349, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6079.

POZZETTI, Valmir C.; CAMPOS, Jalil F. ICMS ecológico: um desafio à sustentabilidade econômico ambiental no Amazonas. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 02, n. 47, p. 251-276, 2017. DOI: 10.6084/m9.figshare.5186836. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.47.14.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

POZZETTI, Valmir C.; NASCIMENTO, Leonardo L. Direitos da natureza: o rio Amazonas comanda a vida. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 56, p. 445-474, 2019. DOI: 10.6084/m9.figshare.9795209. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3585>. Acesso em: 10 fev. 2020.

RIBEIRO, Iana A. C.; EMERIQUE, Lílian M. B. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para a alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 112-126, ago. 2019. DOI: 10.5102/rbpp.v9i2.6038.

ZAFFARONI, Eugenio R. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Jurisdição constitucional e patrimônio cultural: um estudo de caso da ADPF 206

Constitutional adjudication and cultural heritage: a case study from ADPF 206

Almir Megali Neto

Flávio Couto Bernardes

Pedro Augusto Costa Gontijo

Jurisdição constitucional e patrimônio cultural: um estudo de caso da ADPF 206*

Constitutional adjudication and cultural heritage: a case study from ADPF 206

Almir Megali Neto**

Flávio Couto Bernardes***

Pedro Augusto Costa Gontijo****

Resumo

O presente trabalho é um estudo de caso da decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF 206. O objetivo é demonstrar que a extinção da ação sem resolução do mérito pelo Ministro relator do caso partiu de uma compreensão inadequada das espécies de arguição de descumprimento de preceito fundamental previstas pela Lei n. 9.882/99, bem como da técnica da interpretação conforme a Constituição, tendo como resultado a proteção deficiente do meio ambiente histórico-cultural brasileiro. Pretende-se, com isso, explorar as contribuições que a jurisdição constitucional poderia ter dado à proteção do patrimônio cultural brasileiro como desdobramento do direito ambiental cultural. A inovação crítica se dá a partir de método analítico comparativo para verificar qual a melhor técnica de sentença interpretativa, em sede de controle concentrado via ADPF, poderia ser utilizada em questão, bem como o tratamento jurídico do meio ambiente cultural como preceito fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A metodologia utilizada é a revisão de literatura, em viés jurídico-interpretativo.

Palavras-chave: ADPF 206. Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Meio ambiente cultural. Patrimônio cultural.

Abstract

The present work is a case study of the monocratic decision made by Justice Edson Fachin in ADPF 206. Here, the objective is to demonstrate that the decision made by Justice Edson Fachin that extinguished the ADPF 206 without resolution of the merits started from an inadequate understanding of the kinds of allegation of disobedience of a fundamental precept provided for by Law no. 9.882/99 as well of the technique of interpretation according to the Constitution, resulting in a deficient protection of the Brazilian historical-cultural environment. The critical innovation of this work is based on a comparative analytical method to verify which is the best interpretative sentence technique of decision-making could be used in this case, as well as the legal treatment of the cultural environment as a fundamental precept of the Constitution of Federative Republic of Brazil of 1988. The methodolo-

* Recebido em 01/10/2020
Aprovado em 25/01/2021

** Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Membro do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (UFMG) e do Grupo de Estudos em Teoria Crítica e Constitucionalismo (UFMG). E-mail: almir_megali@hotmail.com

*** Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte e advogado.
E-mail: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br

**** Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado e Parecerista. Professor Substituto de Direito Ambiental do Centro Universitário Newton Paiva. Professor Substituto da PUC-MG. Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa e extensão Observatório para a qualidade da lei – UFMG.
E-mail: pedro-acg@hotmail.com

gy used is the literature review, in a legal-interpretative bias.

Keywords: APDF 206. Judicial review. Constitutionaladjudication. Environment. Cultural heritage.

1 Introdução

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é uma das ações especiais do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Prevista originariamente pelo parágrafo único, do artigo 102, da Constituição de 1988, após a Emenda Constitucional n. 03 de 1993, passou a constar no parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo constitucional, conservando, contudo, sua redação original, segundo a qual a referida arguição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da lei.

Diante da ausência de precedente de medida judicial semelhante na tradição do controle de constitucionalidade brasileiro, bem como considerando-se o quadro de divergência doutrinária decorrente da aplicação desse instituto oriundo do Direito Comparado, além da própria redação conferida pelo legislador, o STF, já nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, considerava a medida como autêntica norma de eficácia limitada. Suas regras de processo e julgamento foram regulamentadas somente em 1999, com a promulgação da Lei n. 9.882/1999. Devido à ausência de lei regulamentadora, portanto, por longos onze anos, a arguição ficou carente de aplicação.¹

Nesse sentido, desde a sua previsão expressa no texto constitucional de 1988, a ADPF é objeto de fortes debates doutrinários e jurisprudenciais que, no mais das vezes, dedicam-se à tarefa de tentar elucidar quais seriam o seu sentido e alcance à luz da Constituição e do sistema de proteção aos direitos fundamentais por ela estabelecido. Durante o processo de elaboração do diploma legal que a regulamentou, essa disputa interpretativa se fez observar nos trabalhos desenvolvidos pela comissão de juristas encarregada de elaborar o projeto, pelo próprio Congresso Nacional e, por fim, pelos vetos apostos pelo Presidente da República à proposição de lei que lhe fora encaminhada para sanção. No entanto, mesmo após a promulgação da lei regulamentadora das suas regras de processo e julgamento, a ADPF continuou a apresentar dificuldades. Segundo Luís Roberto Barroso, “a disciplina lacônica dada pela lei transferiu para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial”.²

Nesse sentido, observa-se que a ADPF tem como escopo a defesa da estrutura normativa constitucional no que diz respeito ao seu aspecto substancial. Dentre as correntes existentes acerca da forma de identificação de preceitos fundamentais ao longo da Constituição, extravasando o próprio acervo de Direitos Fundamentais, adotar-se-á a que os considera como normas jurídicas materialmente constitucionais. Por essa análise, a proteção ao patrimônio histórico será desenvolvida como preceito fundamental constitucional que aponta para as referências histórico-culturais da sociedade brasileira, ocupando o papel da identidade constitucional coletiva.

Tomados esses pressupostos, o objetivo deste trabalho é justamente explorar os limites e as possibilidades da tese lançada pela decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin para não conhecer e, portanto, para extinguir sem resolução de mérito a ADPF n. 206, à luz dos sistemas de controle de constitucionalidade e de proteção aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição de 1988. Proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR), a mencionada ação pretendia que, mediante a técnica de interpretação conforme a Constituição, o artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, fosse recepcionado pela atual ordem constitucional brasileira para que se adotasse um conceito amplo de patrimônio cultural, incluído no âmbito

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 521-525.

² BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 323.

da própria proteção jurídica ao meio ambiente.³ Nesse sentido, a proteção ao patrimônio cultural, na vertente da proteção ao meio ambiente, nada mais seria do que a proteção de cláusulas materialmente constitucionais, cujo âmbito de proteção se traduz no direito ao ambiente que perfaz a referência histórico-cultural da sociedade brasileira. Os referenciais culturais, na perspectiva do meio ambiente, dão sentido e integridade à própria experiência e condição ontológicas do homem, servindo de substrato para a sua identidade como sujeito e como ser integrante do próprio ambiente que o circunda.

Nesse contexto, o instrumento de tutela de normas constitucionais de natureza fundamental em análise tinha como finalidade a pretensão de que o STF reconhecesse a expansão do conceito de patrimônio cultural a ser protegido pelo poder público e pela coletividade, tendo em vista a mudança de perspectiva de sua tutela conferida pelos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988 em relação ao tratamento dado à matéria pelo Decreto-Lei n. 25/37, bem aos moldes daquilo que na doutrina se denomina de “filtragem constitucional”.⁴ Isto é, a irradiação da eficácia normativa dos preceitos constitucionais aos demais ramos do Direito infraconstitucional, de modo que a estes se aplique leitura compatível com aquele. Objeto que, inevitavelmente, está relacionado à contribuição que a jurisdição constitucional pode dar à problemática da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, em sua vertente de verdadeiro desdobramento do direito ambiental cultural.

No desenvolvimento dessa empreitada, o presente trabalho foi dividido em três partes. A primeira dedica-se a recuperar os argumentos lançados pela PGR na inicial da ADPF n. 206, atentando-se para as potencialidades que as sentenças interpretativas, como espécies das sentenças intermediárias que são,⁵ oferecem para a dogmática de proteção aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição sem, contudo, abrir mão de suas especificidades. Para isso, será verificado o alcance da proteção ao patrimônio cultural não somente como cláusula constitutiva de preceito fundamental da ordem jurídica constitucional, como também a sua respectiva adequação ao direito ao meio ambiente, em acepção ampla. A segunda parte, por sua vez, avança para um estudo da decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206, evidenciando as razões expostas para a extinção do feito sem resolução de mérito. Na terceira e última parte, serão tecidas considerações críticas ao entendimento exposto pelo citado relator à luz dos sistemas de controle de constitucionalidade e de proteção aos preceitos fundamentais inaugurados e instituídos pela Constituição de 1988. Na conclusão serão apresentadas as considerações finais nas quais, de forma sintetizada, os argumentos desenvolvidos nas seções anteriores serão recuperados a fim de responder ao problema proposto: se haveria inadequação da tese lançada pelo Ministro Edson Fachin para extinguir sem resolução de mérito a ADPF n. 206, especialmente tratando-se de ampliação da proteção constitucional ao meio ambiente histórico-cultural. A metodologia utilizada é a revisão de literatura.

2 ADPF n. 206 e a proteção ao meio ambiente cultural à luz da Constituição de 1988

A PGR propôs a ADPF n. 206 perante o STF para que, mediante interpretação conforme a Constituição, aquele Tribunal reconhecesse a expansão do conceito de patrimônio cultural a ser tutelado pelo poder público e pela coletividade.⁶ Em síntese, alegou a requerente que o artigo 216 da atual Constituição da República estabeleceu a referibilidade à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade

³ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-22.

⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17.

⁶ Conforme se extrai da petição inicial da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental autuada sob o n. 206, protocolizada perante o STF aos 08 de janeiro de 2010 e de lavra da então Procuradora-Geral da República em Exercício, Sandra Cureau, em consulta aos autos eletrônicos realizada aos 10 de setembro de 2020.

brasileira como critério para reconhecer bem cultural.

Nesse sentido, argumentou que o artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, não protegeria adequadamente o patrimônio cultural brasileiro, pois possuiria definição restrita e limitada de bem cultural para fins de sua proteção pela coletividade e pelo Estado. Segundo a PGR, nos termos do dispositivo legal impugnado, bem cultural se referiria, apenas, a aspectos históricos e estéticos que estivessem intimamente relacionados com fatos memoráveis da história do Brasil, ou que tivessem excepcional valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico ou, ainda, se se tratassem de sítios ou paisagens de feição notável, por obra da natureza ou do homem. Essa definição, em contraposição à normatividade constitucional, restringiria o âmbito de proteção do direito ao meio ambiente cultural, considerando-se que a própria eficácia constitucional é produzida conforme o parâmetro legal do Decreto-Lei n. 25/37 por parte da Administração, no que diz respeito à emanção de seus respectivos atos executórios.

Sustentou, ainda, que, a partir da década de 1980, a ideia de patrimônio cultural passou a estar associada como fator, produto ou imagem de constituição e identidade dos povos, vinculada ao sentido de pertença à multiplicidade de elementos formadores da sociedade humana e à preservação de sua memória. Além disso, segundo a requerente, nesse mesmo período, a proteção ao patrimônio cultural deixou de ser mero dever ou tarefa do Estado para se converter em direito fundamental de dimensão transindividual e difusa. Com isso, a intelecção do dispositivo legal objeto de controle na ADPF n. 206 teria sido ampliada. Esse argumento é amplamente sedimentado na doutrina constitucional brasileira:

a Constituição Federal de 1988 amplia a noção de patrimônio cultural com o reconhecimento, tanto dos bens de natureza material, como os de natureza imaterial portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A inclusão dos bens de natureza imaterial no rol de bens culturais merecedores de proteção jurídica, em sede constitucional, significa e desvela um novo momento da historicidade do direito no que diz respeito ao não ocultamento das múltiplas e plurais representações culturais dos povos formadores do tecido social e, conseqüentemente, da memória brasileira. Classicamente, a proteção jurídica do patrimônio cultural, recaía sobre bens de natureza material. [...] Assim, a atual proteção constitucional do patrimônio cultural configura um rompimento com a exclusividade histórica do paradigma da materialidade, para ampliar e incluir, de modo complexo, os bens culturais de natureza imaterial.⁷

Segundo a PGR, não obstante a transformação conceitual atravessada pela expressão, suas primeiras interpretações não teriam dado conta da ruptura paradigmática do sentido de proteção ao meio ambiente cultural promovida pelos artigos 215 e 216 da atual Constituição da República. Por essa razão, foi requerida a manutenção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, no ordenamento jurídico pátrio, desde que com interpretação compatível com o texto constitucional. Isto é, a pretensão contida nos autos da ADPF em questão foi no sentido de que houvesse a recepção do dispositivo normativo impugnado a partir de uma interpretação que conferisse unidade semântica ao plexo normativo encarregado da proteção ao patrimônio cultural brasileiro. A unidade de significado, por sua vez, viria a adensar ainda mais a proteção ao meio ambiente cultural humano, que se traduz em uma das grandes vertentes de reconhecimento e de identidade em nossa sociedade.

Toda a argumentação realizada pela PGR se dá no sentido de evitar que, aos dispositivos que serviram como parâmetro de controle, fosse conferida uma espécie de “interpretação retrospectiva”, já que os dispositivos constitucionais em referência estariam sendo interpretados à luz do Decreto-Lei n. 25/37, enquanto que o correto deveria ser exatamente o contrário. Assim, não obstante a transformação operada na redação conferida aos artigos que cuidam da proteção ao meio ambiente em sua face de patrimônio cultural brasileiro pela Constituição de 1988, em virtude da redação do texto normativo do Decreto-Lei, havia manifestações, jurisdicionais inclusive, que demonstravam a possibilidade de compreender as novas normas consti-

⁷ MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. Comentário ao artigo 216. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 4282.

tucionais de maneira muito semelhante aos preceitos que vigoravam no regime anterior. Isso seria possível, por exemplo, socorrendo-se aos elementos tradicionais de interpretação da hermenêutica constitucional por sua simples interpretação literal.

A amplitude da interpretação constitucional deve se dar conforme a realidade para a qual aponta e para a qual pretende modificar. A partir da utilização de métodos hermenêuticos clássicos, que sequer conseguem dar conta da complexidade dos atuais ordenamentos jurídicos, a apreensão das regras valorativas constitucionais será sempre feita de forma deficitária. A própria noção de meio ambiente cultural, que por tanto tempo foi negligenciada nos escritos jurídicos, sociológicos e arquitetônicos brasileiros, acaba por reconfigurar a forma de perceber o fenômeno do patrimônio cultural, especificamente do patrimônio material, no presente caso, como algo para além da mera identificação de obras ou entes concretos que se referenciem a dado período histórico. O meio ambiente cultural, em certo sentido, é responsável pela formação moral e identitária de todos aqueles que co-participam de sua presença – seja na perspectiva do patrimônio material, seja na perspectiva do patrimônio imaterial –, sendo não somente um elemento de resgate, como também elemento de prospecção daquilo que trazemos como constitutivo da nossa própria história, possibilitando a modelagem do futuro a partir das bases do passado, que reverberam no presente.

Diante desse quadro de utilização anacrônica dos mecanismos interpretativos no sistema de jurisdição constitucional brasileiro, especialmente quando se fala da identificação de preceitos fundamentais, ou de direitos e garantias fundamentais, bem como de sua expansão em nível de densidade semântica, Luís Roberto Barroso defende que

Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Com argúcia e espírito, José Carlos Barbosa Moreira estigmatiza a equivocidade dessa postura: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete se dirige antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”.⁸

Ainda segundo Barroso, a interpretação conforme a Constituição pode ser considerada um mecanismo de atuação prática do fenômeno da constitucionalização do Direito.⁹ A expressão constitucionalização do Direito não possui significado unívoco, abarcando, pelo menos, dois fenômenos distintos: a “constitucionalização inclusão” e a “constitucionalização releitura”.¹⁰ A “constitucionalização inclusão” consiste na inserção de matérias tipicamente afetas ao direito infraconstitucional nos textos constitucionais. Exemplares nesse sentido são a Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978 e a própria Constituição brasileira de 1988, que incluem em seus textos normas que extrapolam os assuntos tratados por aquelas normas tradicionalmente tidas como materialmente constitucionais. Por sua vez, a “constitucionalização releitura” diz respeito ao fenômeno pelo qual todo o ordenamento jurídico infraconstitucional passa a ser lido à luz das normas constitucionais, que condicionam o alcance, o sentido, a eficácia e a validade daquele.

É justamente esse sentido da expressão constitucionalização do Direito que é promovido pela interpretação conforme a Constituição e é objeto do pedido da PGR no âmbito da ADPF n. 206. Quando “se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.¹¹ Barroso também empresta à expressão esse mesmo sentido ao pre-

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403.

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros

conizar que “a ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.¹² Souza Neto e Sarmento denominam o fenômeno de constitucionalização releitura. Para referidos autores, “trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma eficácia irradiante, passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica”. Com isso, afirmam que “os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, submetem-se a uma filtragem constitucional: passam a ser lidos a partir da ótica constitucional”.¹³ Meyer, por sua vez, considerando a eficácia irradiante dos direitos fundamentais sobre o restante do ordenamento jurídico, afirma que os “direitos fundamentais dariam a estrutura básica do Estado Democrático de Direito. Esse movimento é o que permitiria falar em uma ‘constitucionalização’ do Direito”.¹⁴

Assim, as normas constitucionais condicionariam a interpretação do Direito infraconstitucional ao passo que vinculariam os poderes estatais, exigindo destes a observância de seus preceitos.¹⁵ Com isso, consagrou-se a supremacia, bem como a força normativa da Constituição.¹⁶ Logo, pode-se dizer que, em toda interpretação jurídica, haverá interpretação constitucional e que a aplicação do direito necessariamente envolverá, direta ou indiretamente, a aplicação da Constituição. Será direta na hipótese em que a pretensão deduzida em juízo e o provimento jurisdicional estiverem fundados em algum enunciado normativo extraído diretamente do texto constitucional. A Constituição será indiretamente aplicada quando se tratar de verificar a compatibilidade da norma infraconstitucional, seja ela pré-constitucional ou pós-constitucional, com a Constituição e de orientar a interpretação do direito ordinário à satisfação das diretrizes constitucionais. Ao final da leitura do sistema jurídico, todas as normas devem ser ajustadas ao programa normativo constitucional, que tem como função estabelecer o núcleo mínimo de valores normativos que servirão de parâmetro para a interpretação do sistema jurídico.

Consoante Virgílio Afonso da Silva, “essa irradiação é um processo e, como tal, pode se revestir de diversas formas e pode ser levada a cabo por diferentes atores”.¹⁷ Assim, com relação ao Legislativo e ao Executivo, a constitucionalização do Direito restringe o espectro de discricionariedade e de liberdade de conformação destes na elaboração das leis em geral, impõem-lhes o dever de atuar em prol da realização dos direitos assegurados pela Constituição e, especificamente no caso do Executivo, fornece fundamento para

Editores, 2005, p. 38.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 391.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

¹⁴ MEYER, Emilio Peluso Neder. Uma teoria dos direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988: as principais contribuições para a construção de uma metódica brasileira. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2014, v. 1, p. 370.

¹⁵ Não se desconhece que a aplicação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que ao julgar o Lüth, em 1958, deu origem ao fenômeno da constitucionalização do Direito, implicou a chamada jurisprudência de valores, segundo a qual os direitos plasmados na Constituição refletiriam os valores supostamente compartilhados por toda a sociedade, cabendo ao Judiciário proteger e promover tais valores no exercício de suas funções. Tampouco se desconhece as críticas que têm sido formuladas a essa compreensão, especialmente no que se refere à atribuição à jurisdição constitucional da prerrogativa de ditar à sociedade os padrões de comportamento ética ou pragmaticamente desejáveis. No entanto, por extrapolar o objeto de estudo deste trabalho, tais questões não serão abordadas aqui. Para uma leitura neste sentido, vejam-se: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016a, p. 77-103; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. *Processo constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016b, p. 127-139; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 200-277; MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 355-412; e MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 219-268.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 18-20.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 38.

aplicação imediata da Constituição, sem que para isso seja necessária elaboração de leis pelo legislador. Com relação ao Judiciário, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e de vetor interpretativo do direito infraconstitucional. A existência de um bloco de constitucionalidade específico à proteção ambiental, orientada para o meio ambiente cultural, aplicável ao âmbito da proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural, material ou imaterial, eleva a hermenêutica constitucional ao patamar de conformação máxima. Para isso, os instrumentos processuais contidos no sistema *pátrio* devem servir, singularmente, à sua finalidade integradora e mediadora: serem meios para a concretização da Constituição através da “vontade de Constituição”, tomando-se a clássica expressão de Hesse.¹⁸

Além da parcela da doutrina crítica a uma possível “jurisprudência dos valores” que poderia ser viabilizada pela constitucionalização do Direito, desde que os direitos fundamentais sejam compreendidos em sua dimensão objetiva, há quem também aponte os riscos de uma constitucionalização excessiva para o próprio funcionamento do regime democrático. Aqui, o alerta é no sentido de que uma constitucionalização do Direito não deveria restringir a liberdade de conformação do legislador no seu legítimo exercício de concretização da Constituição, a não ser naqueles casos em que houver incompatibilidade entre o direito infraconstitucional e a Constituição. Por isso, a interpretação constitucional feita pelo Poder Judiciário não pode ser tão ampla a ponto de impedir que principalmente o Legislativo também interprete e delibere sobre o sentido da Constituição.¹⁹

A interpretação conforme a Constituição, no contexto de avaliação da ADPF n. 206, pode ser considerada mecanismo de atuação prática do fenômeno da constitucionalização do Direito, na medida em que é uma técnica de decisão do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis que visa delimitar determinado texto legal infraconstitucional na sua aplicação, atribuindo-lhe conteúdo compatível com o texto constitucional. Sendo assim, por meio dessa técnica de hermenêutica constitucional, o órgão judicial, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, deverá atribuir ao ato normativo objeto de controle um sentido que seja adequado à Constituição, evitando, dessa maneira, que este seja extirpado do ordenamento jurídico.²⁰

Como se viu, a PGR pretendia que ao artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, fosse conferida interpretação consentânea à ruptura paradigmática promovida pela Constituição de 1988 em relação à proteção ao patrimônio ambiental cultural, em especial por uma leitura conjunta dos seus artigos 215 e 216. Não almejava a declaração da total incompatibilidade do dispositivo normativo objeto de controle, mas apenas e tão somente que a ele fosse conferida uma interpretação harmônica e adequada ao conteúdo semântico da Constituição por meio da técnica da interpretação conforme, para que assim o mesmo fosse recepcionado pela atual ordem constitucional brasileira.²¹

Trata-se o caso, então, de averiguar a adequação da aplicação do controle de constitucionalidade abstrato, no fenômeno de recepção, em relação ao direito “pré-constitucional”, de forma a realizar a técnica de interpretação conforme a Constituição para a proteção do núcleo fundamental do direito ao meio ambiente cultural contido nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988. A possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de norma pré-constitucional é bastante densa e controvertida, suscitando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

¹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 17.

¹⁹ Nesse sentido, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 430-433; SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

²⁰ Sobre a interpretação conforme a Constituição, Cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21-44.

²¹ Diz-se recepcionado porque, conforme a tradicional jurisprudência do STF, o direito pré-constitucional incompatível materialmente com a nova Constituição, acaso existente, é por esta revogado. A incompatibilidade há de ser vislumbrada apenas do ponto de vista material, pois a forma é regida pela lei da época do ato sendo irrelevante, portanto, para fins do juízo de recepção, conforme o antigo brocardo jurídico *tempus regit actum*. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2. Rel. Min. Paulo Brossard. Julgamento em: 06/02/1992. DJ: 21/11/1997.

Ao abordar a função da jurisdição constitucional nessa hipótese, Gilmar Mendes afirma que “o Supremo Tribunal Federal admitiu, inicialmente, a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional”.²² No caso, explica o constitucionalista que o STF julgava a representação de inconstitucionalidade improcedente, contudo, reconhecia-se a colisão entre a norma pré-constitucional e a Constituição vigente a partir do exame de preliminar suscitada, que seria decidida no processo de controle abstrato de normas.

A evolução da jurisprudência do STF se deu no sentido de afastar essa possibilidade de avaliação de normas pré-constitucional, de maneira a invocar o princípio geral de direito intertemporal: *lex posterior derogat priori*, a partir de exame incidental, no que hoje é conhecido como controle difuso, exercido por toda a jurisdição estatal, como defendido pelo Ministro Moreira Alves, quando do julgamento da Representação n. 1.012.²³ Já com a plena vigência e eficácia da Constituição de 1988, a discussão foi assentada no âmbito da já referida ADI n. 2. Nessa oportunidade, como narra Gilmar Mendes, o então Ministro Relator Paulo Brossard e o Ministro Sepúlveda Pertence foram os realizadores das teses antagônicas acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade em abstrato, ou não, das normas pré-constitucionais.

O Ministro Paulo Brossard, relator da ADI n. 2, conduziu sua argumentação a partir da eficácia constitucional no que diz respeito à conferência de competência específica para os órgãos legislativos atuarem, de forma que as normas produzidas de acordo com as regras da Constituição vigente somente são realizáveis porque há um corpo legislativo por ela criado e, ao mesmo tempo, a partir das regras de processo legislativo constitucional. Dessa maneira, o Poder Legislativo não estaria em qualquer medida vinculado às Constituições anteriores, devendo obediência, tão somente, à Constituição atual. Finalizou seu raciocínio com a seguinte conclusão:

é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.²⁴

Por outro lado, a divergência foi aberta pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que defendeu que, a partir do princípio da supremacia da Constituição, também a lei pré-constitucional deveria ser objeto de controle. É da essência do controle de constitucionalidade que ele seja feito a partir da própria estrutura do ordenamento jurídico. O fato de a lei ser pré-constitucional ou pós-constitucional não faz com que haja uma cisão dos ordenamentos, pelo contrário. Pelo princípio da unidade da ordem constitucional, qualquer norma poderia ser contraposta ao respectivo parâmetro constitucional e, por conseguinte, submeter-se à verificação de adequação. A argumentação do Ministro é clara:

a inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de compatibilidade entre duas normas, ao qual é de todo alheia a qualquer ideia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional.

A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (Manual, cit., II/250), quando anota que ‘a inconstitucionalidade não é primitiva ou subsequente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos’.²⁵

O argumento produzido pelo Ministro Sepúlveda Pertence contém a essência do constitucionalismo moderno, qual seja, a de que a Constituição é a norma que sustenta toda a ordem jurídica de um Estado nacio-

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 230.

nal. Por, em tese, não haver qualquer norma supraconstitucional,²⁶ no caso brasileiro, todas as normas que possam ser invocadas como vigentes em nosso sistema jurídico devem passar, necessariamente, pelo crivo da averiguação de validade perante a Constituição. Essa característica abrangente ou expansiva da Constituição pode ser descrita a partir do princípio da máxima efetividade, cuja hermenêutica invoca que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.²⁷ À densidade constitucional da proteção ao meio ambiente cultural, especialmente no âmbito dos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988, deve se dar eficácia de natureza performativa da própria realidade deontológica do sistema jurídico, aplicando-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.

Os defensores do posicionamento majoritário do STF no âmbito da ADI n. 2, acerca da aplicação da técnica de resolução de antinomia segundo a regra *lex posterior derogat priori*, esquecem de examinar questão básica no nível da hermenêutica do ordenamento jurídico: a referida regra é um método de resolução de antinomia de natureza fraca. Ela somente será concretizável se se tratar de normas de idêntica “densidade normativa”, conforme aponta Gilmar Mendes, com apoio em Ipsen.²⁸ Assim, na regra de colisão de antinomia aparente, prevalecerão as regras da hierarquia e da especialidade, de forma que o contorno interpretativo da Constituição deve privilegiar o princípio da máxima eficácia constitucional, em particular na proteção do meio ambiente cultural.

Por essa razão, a normatização constitucional aponta para o senso de aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, que nada mais é que uma técnica de decisão do controle de constitucionalidade cuja finalidade principal é preservar a operação e densificação do sistema infraconstitucional, desde que este esteja devidamente adequado às cláusulas constitucionais.

Dessa maneira, verifica-se que a interpretação conforme a Constituição, no caso em análise, mostra-se inadequada para os fins pretendidos pela PGR ao ajuizar a ADPF n. 206. Veja-se que, em suas razões, a PGR arguiu que a redação do dispositivo normativo pré-constitucional é incompatível com o artigo 216, da Constituição de 1988, motivo pelo qual se apresentava anacrônico em relação a este no que se refere à compreensão de patrimônio cultural passível de proteção pelo Estado e pela coletividade. Porém, o pedido não foi pela não recepção do dispositivo normativo objeto de controle. Pelo contrário, como forma de resgatar a adequada eficácia do dispositivo normativo objeto de controle sob a vigência da Constituição de 1988, foi requerido que a ele, artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, fosse conferida uma interpretação conforme a Constituição, o que é contraditório em seus próprios termos.

É que a ADPF permite levar ao conhecimento do STF qualquer alegação de violação aos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988 resultante de ato do poder público ou, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Assim, a atribuição de sentido consentâneo à Constituição ao ato objeto de controle em sede de ADPF somente pode levar ao indeferimento do pedido, posto que, se for possível ler esse ato em conformidade com a Constituição, não há de se falar em violação a preceito fundamental desta mesma Constituição.

Daí que se poderia apresentar como mais adequada para o ajuizamento da ADPF n. 206 a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, outra espécie das sentenças interpretativas, ao lado da interpretação conforme a Constituição.²⁹ Diferentemente do que se passa com a interpretação conforme

²⁶ Um sistema constitucional atípico é o holandês. Como disserta Pedro Dallari, a Constituição Holandesa praticamente equipara os tratados internacionais às normas de hierarquia constitucional, sendo que os tratados internacionais de Direitos Humanos assumiriam, no sentido prático, hierarquia supraconstitucional, capaz de servir como elemento de controle da própria Constituição. DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231.

²⁹ Sobre isso, Cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 72-89.

a Constituição, na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, procura-se declarar a inconstitucionalidade, ainda que parcial, de, pelo menos, um dos possíveis sentidos extraídos do dispositivo ou do ato normativo objeto de controle, levando ao provimento do pedido de inconstitucionalidade ou, tratando-se de direito pré-constitucional, ao provimento do pedido de não recepção.³⁰

Logo, por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o órgão do Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de determinada interpretação do dispositivo normativo objeto de controle. Ao invés de se estabelecer um sentido constitucional ao dispositivo normativo objeto de controle, a jurisdição constitucional exclui alguma ou algumas possibilidades de leitura daquele, por serem contrárias à Constituição. Isso quer dizer que, além de as técnicas não se confundirem, ambas possuem limites que exigem observância por parte dos órgãos do Poder Judiciário para que suas funções não sejam desvirtuadas. Dessa forma, vale a advertência de Emilio Peluso Neder Meyer no sentido de que

se existe indicação de hipóteses em que haverá uma norma inconstitucional, não há que se falar em *interpretação conforme*, já que o intuito desta é tornar a norma constitucional apresentando *hipóteses constitucionais*. Caso contrário, há alguma lógica nas técnicas utilizadas pelo STF ou seu manejo é casuístico? A não ser que a questão seja apenas terminológica, falando-se em *interpretação conforme* quando se quer dizer *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.³¹

Deve-se reconhecer, assim como indica o Ministro Gilmar Mendes, que as técnicas de produção de sentenças interpretativas no contexto da jurisdição constitucional são plenamente aplicáveis ao contexto da ADPF, com as devidas adequações.³² Da mesma forma, o STF, no âmbito da ADPF n. 167, conforme o informativo n. 561 do STF, citado por Gilmar Mendes, também indica que

pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma interpretação constitucional.³³

Assim, passa-se a indicar se as normas contidas nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988 poderiam, de alguma maneira, se configurar como verdadeiras cláusulas instituidoras de preceitos fundamentais. Logo após, avalia-se como se deu a argumentação do Ministro Edson Fachin ao decidir a ADPF n. 206, de forma a demonstrar a sua inadequação ao contexto constitucional de argumentação, especialmente em relação à compreensão teleológica da ADPF no sistema jurídico vigente, inclusive para a proteção do meio ambiente cultural.

2.10 meio ambiente cultural como preceito fundamental do sistema jurídico brasileiro

A Constituição de 1988 inaugurou novo sistema jurídico, cuja estruturação se deu no sentido de representar a complexidade da sociedade brasileira. Ao longo do seu texto, temas das mais variadas espécies foram alçados à envergadura constitucional como forma de realizar uma tutela jurídica especial dos pontos de sustentação do Estado brasileiro. Foi nessa perspectiva que o constituinte originário previu tutela específica ao meio ambiente cultural, a partir da criação dos artigos 215 e 216 do diploma constitucional.

Como bem destaca Leonardo Barci Castriota e Guilherme Maciel Araújo, “as origens da atividade da conservação de bens culturais estão vinculadas às origens da própria tomada de consciência histórica moderna, nos finais do século XVIII”.³⁴ A conservação, como uma das inúmeras modalidades de preservação do

³⁰ Para uma distinção entre interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295-296.

³¹ MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1261.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1224.

³⁴ CASTRIOTA, Leonardo Barci; ARAÚJO, Guilherme Maciel. Patrimônio, valores e historiografia: a preservação do conjunto

patrimônio histórico, acaba por se inserir no tempo do fenômeno filosófico iluminista, que marcou a tônica de inúmeros tipos de revoluções ao longo do século XVIII, especialmente as revoluções constitucionalistas. Não que a proteção ao patrimônio histórico já tivesse sido absorvida nessa época por cláusulas constitucionais — todas elas referenciadas, em um primeiro momento, à determinação de abstenção do Estado sobre a esfera dos direitos individuais, o que se revela como a característica central do constitucionalismo liberal. Mas, certamente, o contexto de surgimento dessa preocupação da preservação e do próprio constitucionalismo moderno parece indicar que a forma de referência ontológica do homem com o mundo começou a passar por profundas e indeléveis rupturas, a apontar novas perspectivas de interpretação do ser-no-mundo.

No caso brasileiro, o movimento de preservação dos bens culturais somente foi ter maior propulsão no início do século XX, a partir de inúmeros movimentos culturais, especialmente por parte dos artistas ligados à corrente do Modernismo, que defendiam a proteção ao patrimônio como elemento para a constituição de uma identidade nacional, cuja salvaguarda deveria ser delegada principalmente ao Estado, e não aos atores da sociedade civil, como foi o caso dos Estados Unidos da América.³⁵ O resgate das raízes do “ser brasileiro”, das inúmeras peculiaridades regionais, da exuberância do meio ambiente natural, foram ingredientes imprescindíveis para interpretar não somente o significado da proteção e construção da cultura brasileira, como também para afirmar as bases espirituais e racionais sobre as quais se sustentam a tessitura social brasileira, em toda sua complexidade.

A partir dessas reflexões, que cada vez mais foram se infiltrando nas discussões sociais, o ambiente político foi sendo paulatinamente afetado por essas informações, de maneira que algumas normas começaram a ser produzidas com a finalidade de proteger o patrimônio cultural. A mais importante delas e objeto da ADPF n. 206 é certamente o Decreto-lei n. 25/37, que instituiu a Lei Geral do Tombamento. Esse marco legal, produzido no Estado Novo, partia de pressupostos hoje já superados acerca do significado de patrimônio cultural. Todavia, sua aplicabilidade se faz presente em toda a atividade administrativa do Estado no sentido de realizar a proteção do patrimônio artístico e histórico nacional. No passar dos anos e com o advento da Constituição de 1988, o rol de direitos ambientais de matriz cultural ampliou-se significativamente, de forma a abarcar tanto bens materiais como imateriais, por exemplo. No atual contexto constitucional, José Afonso da Silva aponta que

vê-se daí que, hoje, o tombamento é apenas uma das formas possíveis de proteção ao patrimônio cultural. Modernizaram-se e ampliaram-se, portanto, os meios de atuação do Poder Público na tutela do patrimônio cultural. Saiu-se também do limite estreito da terminologia tradicional, para utilizarem-se técnicas mais adequadas, ao falar-se em patrimônio cultural, em vez de patrimônio histórico, artístico e paisagístico, pois há outros valores culturais que não se subsumem nessa terminologia antiga.³⁶

Nesse contexto argumentativo, importa saber se as normas constitucionais protetivas do meio ambiente cultural, especificamente as contidas nos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988, possuem estrutura de preceitos fundamentais. Preliminarmente, cabe a identificação das normas constitucionais que servem de parâmetro para a realização do pretense controle de constitucionalidade, ou de recepção constitucional, via ADPF:

Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

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:

habitacional do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – IAPI. *Arquitetura Revista*, vol. 5, n. 1, p. 38-54, janeiro/junho, 2009, p. 39.

³⁵ CASTRIOTA, Leonardo Barci. História da arquitetura e preservação do patrimônio: diálogos. *Anais do Museu Histórico Nacional*, Rio de Janeiro, vol. 43, 2011, p. 102-103.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 848.

- 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 artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Como se pode observar, o contexto constitucional de proteção ao meio ambiente cultural possui vasta gama de institutos e conceitos jurídico-culturais, como também de instrumentos para a implementação do programa de proteção integral a esses direitos. Frisa-se, de acordo com Luís Paulo Sirvinskias, que o rol de direitos culturais contido na Constituição é meramente exemplificativo, não havendo exaustividade.³⁷ A partir da leitura dos dispositivos constitucionais, passa-se a ter condições de realizar uma análise crítica sobre a concepção do que seria um preceito fundamental no âmbito da Constituição e, no caso específico, apontar o meio ambiente cultural como incluído no rol desses mesmos preceitos fundamentais. A tarefa de se adensar o que seria, ou não, preceito fundamental está contida no âmbito do ônus argumentativo, cujo papel da doutrina é extremamente relevante para delinear o alcance semântico da ideia.

De acordo com os estudos de Bernardo Gonçalves Fernandes, a maior parte dos teóricos aponta que os preceitos fundamentais não são somente as cláusulas de direitos fundamentais, senão que as abarcando. Quer dizer que, para além dos direitos fundamentais topograficamente colocados na Constituição de forma explícita, outras normas seriam responsáveis pela identificação estrutural e constitutiva do próprio Estado brasileiro. Assim, apesar de a própria Constituição se comportar como norma fundamental do sistema, poder-se-ia identificar em sua estrutura normas que possuem substância estruturante de maior envergadura, enquanto que outras participam do corpo constitucional em função formal, de modo que sua pertinência e inserção poderia ser verificada em outro âmbito topográfico do sistema jurídico. Assim, os preceitos fundamentais se diferenciam de outras normas constitucionais. Mas o que seria definidor? Ensina o constitucionalista que:

a definição, sem dúvida, não é legal, trata-se de definição doutrinária e jurisprudencial. Nesses termos, os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Ou seja, devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Em síntese, definimos os mesmos como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional.³⁸

Por outro lado, se se analisar a jurisprudência do STF, pode-se constatar, em inúmeros julgados, que as controvérsias envolvendo uma formulação estrutural da definição de norma constitucional tradutora de preceito fundamental são bastante obnubiladas. Exemplo disso é a profunda divisão argumentativa que se constatou na Corte, quando do julgando da ADPF n. 167, conforme se extrai do Informativo n. 561, do STF.³⁹ Dentre suas pontuações teóricas ao longo de sua argumentação, o Ministro Gilmar Mendes fez uma digressão de grande relevância para que se leve em conta a complexidade da questão.

Também quanto ao parâmetro de controle, eu tenho feito notas, ressaltando que este talvez seja um dos grandes desafios do nosso sistema, no que diz respeito a preceito fundamental: o que seria preceito fundamental? Nós temos esse desafio. O Ministro Eros Grau ironizou que talvez deversem ter colocado o texto constitucional como um todo, mas pode ser que o constituinte tenha realmente pretendido – se teve êxito ou não, é uma outra discussão – eventualmente destacar aqui determinados postulados, determinados princípios. Isso não é, vamos dizer assim, heterodoxo. Muitos sistemas

³⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, edição eletrônica.

³⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1548.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 561*, de 28 de setembro a 2 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo561.htm>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

constitucionais destacam a proteção especial a determinados postulados e a determinados direitos. A própria *verfassungsbeschwerde*, no modelo alemão, protege os direitos fundamentais e não todo o sistema constitucional, depois o modelo desenvolve no sistema de pontos. Também o recurso de amparo, no modelo espanhol, acaba protegendo determinados postulados ou princípios. Parece-me que é nesse contexto que se coloca a nossa arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁴⁰

Constatada a controvérsia, necessário estabelecer os contornos argumentativos para verificar se o meio ambiente cultural se prefiguraria em preceito fundamental. Para se compreender o meio ambiente cultural a partir da proteção ao patrimônio cultural brasileiro realizada pela Constituição de 1988 como preceito fundamental, deve-se atentar à evolução da proteção ao patrimônio cultural no sistema jurídico posto, bem como à incorporação constitucional desses bens como normas jurídicas com teleologia específica. A redação da norma contida no art. 216 da Constituição coloca que o patrimônio cultural brasileiro é formado por bens de natureza material e imaterial. Além disso, eles se referenciam à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais. Dessa composição de proposições complexas devem ser extraídas as proposições elementares, situadas em sua finalidade constitucional.

Se a Constituição tem a função de constituir uma sociedade e autovincular seus destinatários,⁴¹ ela enfrenta sua teleologia em normatizar a realidade social a partir da pretensão de mediar os fatores políticos e jurídicos em torno de normas fundantes da própria realidade factual, no agora, determinadamente referenciada. Se os direitos culturais são uma expressão da sociedade em sua realidade dinâmica, viva e inserida num contexto temporal, eles nada mais são que a representação das características da sociedade no próprio texto constitucional. A partir disso, pode-se concluir que não há Constituição sem sociedade, não há Direito sem sociedade.⁴² Há uma inter-relação intrínseca entre a existência da Constituição e a existência da sociedade.

É justamente pelo fato de a Constituição ser uma Constituição da sociedade que o meio ambiente cultural ganha densidade de preceito fundamental constitucional. Sem a proteção às características indispensáveis à identificação da sociedade para a qual aponta e projeta uma realização de deveres, a Constituição seria fim em si mesma e pereceria em sua função estabilizadora das distinções sociais inerentemente contidas em uma sociedade policontextual.⁴³

Dessa maneira, a tutela constitucional às formas de expressão, modos de criar, fazer e viver, às criações científicas, artísticas e tecnológicas, às obras, aos objetos, aos documentos, às edificações, aos conjuntos urbanos e aos sítios de valor histórico, paisagístico, artístico arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, para além de reconhecer a complexidade de características que compõem o conceito de meio ambiente cultural, também eleva à estrutura e à razão de ser do Estado brasileiro a proteção cultural. Sem essa compreensão ontológica dos pressupostos que estão por trás da criação dessas normas constitucionais, não haveria sequer que falar na continuidade da própria sociedade brasileira, pois são os fatores culturais que trazem a singularidade da ação social, que estabelecem postulados de reconhecimento e de pertença.

Logo, cada um desses conceitos abordados na normatividade constitucional comporta-se como proposições elementares da proposição complexa que se pode enunciar como proteção ao meio ambiente cultural. Por mais que seja um fenômeno de posituação constitucional relativamente recente, eles são os pressupostos lógicos de existência da própria realidade normativa constitucional. E é justamente por isso que se deve identificá-los como normas materialmente constitucionais, a ser, por decorrência lógica, instituidoras de preceitos fundamentais.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 167 MC-REF. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em: 01/10/2009. DJe: 26/02/2010, p. 48-49 do inteiro teor.

⁴¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 399.

⁴² LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016; COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. *Os tratados internacionais comuns e a proteção da confiança*. 2018. 347 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo:Wmf Martins Fontes, 2009, p. 24.

O fato de se ajuizar uma ADPF com referência à proteção insuficiente que a estrutura normativa do Decreto-Lei n. 25/37 oferece ao patrimônio cultural brasileiro parece revelar aquilo que alguns estudiosos apontam como sendo a potencialização do aspecto contrafático do Direito inserido no contexto de proteção ao meio ambiente cultural. O que se busca da normatividade constitucional é a garantia de plena integridade dos direitos, por mais que eles possam não ser devidamente observados pela prática dos sujeitos, mas especificamente pela prática do Estado. Nesse sentido, Pedro Gontijo e João Pedro Otoni indicam a dificuldade de conciliar, no atual modelo normativo brasileiro, a normatividade constitucional e o princípio da proteção integral ao meio ambiente cultural:

no que diz respeito à proteção ao patrimônio, muitas das vezes a previsão normativa traz consigo a negação do próprio fenômeno jurídico: a ineficácia e a inefetividade dos instrumentos jurídicos de proteção. É nesse ponto que reside o aspecto contrafactual do Direito, que ao mesmo tempo que tende a prospectar um cenário ideal, também traz em si a possibilidade de que a ação contrária possa ser realizada pelos indivíduos. Traz-se, então, um raciocínio de natureza binária, onde a ação positiva e a ação negativa convivem em constante correlação, antagônicas. A questão é saber: até que ponto a normatividade do Direito se amolda às expectativas que ele próprio projeta? Haveria um limite para o desapontamento do próprio Direito?⁴⁴

É dentro desse contexto de compreensão argumentativa que se deve examinar a possibilidade consentânea com a realidade da proteção do direito fundamental ao patrimônio cultural. Para tanto, necessária a análise da decisão proferida pelo Ministro relator, de forma a se aplicar a base teórica aqui explanada nas considerações críticas da aplicação da ADPF em comento.

3 A decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206

O Ministro Edson Fachin não conheceu da ADPF n. 206 ao argumento de que a controvérsia trazida no feito estaria superada pela inequívoca proteção conferida ao patrimônio cultural brasileiro em virtude da evolução normativa do Direito pátrio. Ao ter em vista que o pedido formulado pela PGR era pela recepção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, mediante interpretação conforme a Constituição, para incluir, no âmbito semântico do enunciado da norma, o conceito amplo de bem cultural, bem como para serem afastadas todas as inteleções do conceito de visibilidade que se limitem ao aspecto puramente físico do conceito, o Ministro relator do caso concluiu que o feito estaria fundado no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/90.

Entendeu, portanto, que tão somente pelo fato de a petição impugnar dispositivo normativo pré-constitucional para fins de recepção mediante interpretação conforme a Constituição, por si só, faria com que a hipótese dos autos se enquadrasse como arguição incidental e, obviamente, não como modalidade de arguição autônoma. A própria técnica de decisão suscitada pela parte requerente para recepcionar o mencionado dispositivo impugnado seria, para o Ministro relator do caso, demonstração inequívoca de que o feito se enquadraria como arguição incidental, posto que pressuporia interpretações contrárias à Constituição. Dessa forma, restaria demonstrado que não seria o ato do poder público propriamente dito que violaria a Constituição, já que não se pretendia com a ADPF n. 206 a não recepção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, mas, sim, o reconhecimento de integrante do ordenamento desde que a ele se conferisse interpretação compatível com a Constituição. Nem mesmo seria possível dizer que a ação atacaria decisões judiciais como atos do poder público violadores de preceitos fundamentais, pois as decisões listadas na inicial já teriam,

⁴⁴ OTONI CARDOSO, João Pedro; COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. Norma Jurídica e a proteção ao patrimônio material: eficácia e efetividade em tempos de relativização da cultura. In: Anais do I Congresso Mineiro de Direito do Patrimônio Cultural. Disponível em: <<http://www.congressopatrimoniocultural.ufop.br/>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

inclusive, transitado em julgado.

A presente ADPF, por se referir à recepção de ato normativo anterior à Constituição, funda-se, não na hipótese do *caput*, mas na do inciso I do parágrafo único, exigindo, para tanto, a comprovação da controvérsia constitucional relevante sobre a questão.

A própria natureza da técnica de “interpretação conforme” pleiteada pelo requerente demanda essa efetiva controvérsia sobre a constitucionalidade da norma, pressupondo a existência de interpretações “inconstitucionais”. Ou seja, não é o ato do Poder Público que violaria preceito fundamental, como no *caput*, pois não pleiteia a não recepção do artigo 1º do Decreto-lei n.º 25/1937. E não se pode dizer que seriam as próprias decisões citadas pelo requerente os atos violadores, pois o óbice aí reside na impossibilidade de proposição de ADPF contra decisão judicial transitada em julgado (ADPF 249 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014).⁴⁵

Na sequência, o Ministro Edson Fachin deixa registrado que seja para a demonstração de violação a preceito fundamental, seja para a demonstração da controvérsia constitucional relevante, exigir-se-ia que se comprovasse a existência de dissenso efetivo e atual sobre a questão tratada em sede de ADPF, sob pena de transformação do instituto em mero instrumento de consulta ao STF. Caso contrário, não haveria interesse na impugnação. Cita trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF n. 33 para sustentar sua afirmação no sentido de que seria preciso demonstrar controvérsia constitucional relevante pertinente ao Direito pré-constitucional para que se conheça das arguições propostas perante o Tribunal.

Assim, no caso, seja para a prova da violação do preceito fundamental (art. 3º, III, da Lei n. 9.882/99), seja para a prova da controvérsia judicial relevante (art. 1º, par. único, I), exige-se que haja demonstração do efetivo e atual dissenso sobre a questão. Trata-se de uma condição da ação sem a qual não há efetivo interesse (entendido no binômio utilidade-adequação); do contrário, a ADPF serviria como instrumento de consulta à Corte.

No julgamento da ADPF n. 33, julgado em 07/12/2005, o Ministro Gilmar Mendes fez análise histórico-jurídica acerca da possibilidade de controle abstrato do direito pré-constitucional, salientando justamente que a aprovação da Lei n. 9.882/1999 expressamente a previu de forma que: “...**toda vez que se configurar controvérsia relevante** sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento. Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que **controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional** sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante”.⁴⁶

Diz, então, que a PGR teria juntado à inicial apenas uma decisão judicial que estaria conferindo interpretação restritiva do conceito de bem cultural para fins de proteção ao patrimônio cultural brasileiro pela interpretação do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37. Além disso, para o Ministro relator do caso, após a decisão judicial trazida aos autos da ADPF n. 206 como representativa da veracidade das alegações, o Brasil teria modernizado sua legislação em relação à matéria. São citados o Decreto n. 5.753/2006, que internalizou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, à qual o Brasil aderiu em 2003, o Decreto n. 9.238/2017, o Decreto n. 7.387/2010 e passagem do sítio eletrônico oficial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) como demonstrativos da evolução havida na normativa protetiva do patrimônio cultural brasileiro.⁴⁷

Esse fato, aliado à ausência de demonstração de proteção deficiente ao patrimônio cultural brasileiro em virtude de interpretação restritiva do conceito, justificaria o descabimento da arguição pela falta de interesse de agir. Ao final, cita ementa da decisão proferida pelo STF na ação civil originária n. 1.966, na qual teria

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 206. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 09/03/2020. DJe: 11/03/2020. p. 7-8.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 206. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 09/03/2020. DJe: 11/03/2020. p. 8. (Destaques do original).

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 206. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 09/03/2020. DJe: 11/03/2020. p. 11-14.

sido reconhecido que o Decreto-Lei n. 25/37 havia sido recepcionado pela Constituição de 1988 nos termos pretendidos na ADPF n. 206. Por essas razões, concluiu pelo não conhecimento da arguição em razão da ausência dos requisitos essenciais para a propositura da ação. Em face dessa decisão não foi interposto recurso de agravo interno pela requerente, motivo pelo qual o feito transitou em julgado em 13 de abril de 2020.

Dessa forma, apesar de mencionar inúmeras normas infraconstitucionais que, em alguma medida, cumpririam a função de potencializar a proteção ao meio ambiente cultural, em conformidade com a Constituição, a argumentação do Ministro Edson Fachin parece ser realizada de forma equivocada, especialmente no que diz respeito à estrutura e teleologia normativa de procedimentalização da ação de descumprimento de preceito fundamental e sua relevância para o cumprimento dos direitos fundamentais, como o aqui tratado. É o que se passa a analisar.

4 Apontamentos críticos à decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206

É consabido que a ADPF foi regulamentada no Direito brasileiro com objetivo bem claro: “combater a chamada ‘guerra de liminares’”.⁴⁸ Esse objetivo, assumidamente admitido pelos seus mentores intelectuais, não escapou da crítica ao tempo da regulamentação do instituto, bem como no período imediatamente subsequente à edição da Lei n. 9.882/99. Destaca-se, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade n. 2.231 ajuizada para questionar a constitucionalidade em bloco do novo diploma legal.⁴⁹ No campo doutrinário também não faltaram críticas à forma pela qual a nova legislação disciplinou o processo e julgamento da arguição prevista pelo artigo 102, da Constituição.

Foi o caso, por exemplo, de Daniel Sarmento. Para o autor, o mencionado diploma legal vinha na esteira de outras tantas reformas legislativas promovidas pelo governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em relação ao sistema judicial, que tinham “por objetivo, explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal, considerado mais ‘confiável’ pela forma política da investidura dos seus membros”. Àquela época, o referido autor concluiu que “apesar dos esforços retóricos dos seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para constituir instrumento de promoção da cidadania”.⁵⁰

O mesmo sentimento de desestima em relação à arguição é compartilhado por Gustavo Binbenojm, para quem “embora tenha sido anunciado como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão [...] a verdade é que a arguição brasileira, tal como regulamentada pela Lei n. 9.882/99 (sobretudo após os vetos do Presidente da República ao projeto aprovado pelo Congresso Nacional), ficou mais para advocatória do que para ação constitucional”. Para Binbenojm, “o novo remédio vem tornar ainda mais complexo — talvez mais confuso — o já eclético sistema de jurisdição constitucional brasileiro”.⁵¹

No entanto, temperando o posicionamento inicial de Binbenojm, é bom que se diga que “apesar de fundado temor inicial, é certo também que ela não se prestou, ao menos nesses primeiros anos, a uso análogo

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º do art. 102 da Constituição Federal). In: *Repertório de jurisprudência*, n. 04, fev., 2000, p. 114.

⁴⁹ Até a data de fechamento deste texto, não houve decisão do STF na ADI n. 2.231, nem em sede cautelar nem de mérito. É bom que se diga que em 2018 houve decisão resolvendo questão de ordem com a conversão do julgamento cautelar em diligência, de modo a possibilitar a devida instrução do feito para que ele tenha uma decisão meritória final, e não precária.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr./jun., 2001, p. 96.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 242-243.

ao da extinta advocat6ria, existente no direito constitucional brasileiro do regime militar”.⁵² Dessa maneira, nem a a76o advocat6ria tampouco o efeito advocat6rio por vias transversas encontrou guarida sob a Constitui76o de 1988.⁵³ Apesar de todas as cr6ticas, a argui76o n6o apenas tornou mais complexo ou mais confuso o sistema de controle jurisdiccional de constitucionalidade das leis brasileiro. Ela se apresenta como alternativa para acrescentar novas possibilidades de tutela a importantes valores constitucionais que n6o encontravam guarida nos sistemas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade at6 ent6o em vigor no pa6s. Sua tutela se refere n6o 6o Constitui76o total, mas exclusivamente 6o cl6usulas constitucionais constitutivas de preceitos fundamentais.

Muito embora cr6tico 6o forma pela qual a Lei n. 9.882/99 disciplinou as regras de processo e julgamento da ADPF, Daniel Sarmento, ainda no in6cio dos anos 2000, vislumbrou a possibilidade de salvar o instituto. Sua aposta era no papel da jurisprud6ncia e da doutrina que, imbu6das de “vontade de constitui76o” e afastando-se de dogmas e preconceitos antigos, poderiam interpretar o novo instituto com os olhos voltados para as reais necessidades da jurisdic76o constitucional do pa6s e, assim, concretizar algumas das promessas at6 ent6o n6o cumpridas da Constitui76o, aproveitando-se das potencialidades exeg6ticas da lei.⁵⁴

Isso porque, por mais que a vontade da lei aponte para uma defesa da governabilidade e n6o para a defesa da cidadania, a interpreta76o constitucional n6o se reduz na busca de uma suposta inten76o do legislador oculta no texto da lei. O Direito possui uma estrutura que lhe 6o pr6pria, isto 6o, trata-se de sistema impessoal dotado de normatividade inerente ao seu texto. A Constitui76o e o sistema de direitos por ela instituido se apresentam como projeto de constru76o de uma sociedade democr6tica em dire76o a um futuro de mais e iguais direitos de liberdade e igualdade que contam, inclusive, com mecanismos para sua defesa e reconhecimento.

6o nesse contexto que deve ser analisado o novo instituto: se o Estado Democr6tico de Direito 6o um *plus* normativo em rela76o 6o duas formas anteriores de Estado de Direito (Liberal e Social), a argui76o de descumprimento de preceito fundamental 6o um *plus* normativo em rela76o aos institutos de prote76o aos direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.⁵⁵

Ao lado das a76es especiais do controle concentrado de constitucionalidade (a76o direta de inconstitucionalidade, a76o direta de inconstitucionalidade por omiss6o e a76o declarat6ria de constitucionalidade), dos rem6dios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de seguran76a, mandado de injun76o e a76o popular) e do sistema de controle difuso de constitucionalidade da tradi76o do constitucionalismo republicano brasileiro, o constituinte origin6rio colocou 6o disposi76o da cidadania a ADPF para defesa de preceitos fundamentais decorrentes da Constitui76o. A forma pela qual o artigo 102, par6grafo 16o, da Constitui76o, foi regulamentado pela Lei n. 9.882/99, permite 6o doutrina classificar o instituto como “uma forma *sui generis* de controle de constitucionalidade”.⁵⁶

Nos termos da lei, al6m de poder ser ajuizada de forma aut6noma para questionar qualquer ato do poder p6blico que ameace de les6o ou que lese preceito fundamental decorrente da Constitui76o, tamb6m 6o cab6vel a a76o quando, por exemplo, houver decis6o judicial afrontosa aos preceitos fundamentais protegidos em sede constitucional em virtude da interpreta76o de ato normativo federal, estadual ou municipal, at6 mesmo anteriores 6o Constitui76o, desde que as partes do processo representem, juntamente 6o PGR, solicitando a propositura da argui76o. Em ambos os casos, a decis6o proferida pelo STF possui efeitos *erga omnes* e efic6cia vinculante para a Administra76o P6blica e para os demais 6rg6os judiciais do pa6s. Por isso, Lenio Streck

⁵² BARROSO, Lu6s Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposi76o sistem6tica da doutrina e an6lise cr6tica da jurisprud6ncia*. 7. ed. S6o Paulo: Saraiva, 2016, p. 323.

⁵³ Para uma reflex6o nesse sentido, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdic76o constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 544-546.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argui76o de descumprimento de preceito fundamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, abr/jun, 2001, p. 116.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdic76o constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 528.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdic76o constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 521.

afirma que “a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal”.⁵⁷

A mesma conclusão pode ser extraída do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF n. 33. Segundo o Ministro, a arguição permite que o STF aprecie questões que não poderiam ser apreciadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tais como o direito municipal, as normas pré-constitucionais e os atos normativos secundários. Por outro lado, a arguição permite igualmente que se leve ao conhecimento da Corte, por uma espécie de incidente de inconstitucionalidade, controvérsias constitucionais relevantes em discussão em processos judiciais que somente chegariam ao Tribunal após longos anos de tramitação nas instâncias inferiores do Judiciário pela via do recurso extraordinário. Daí a necessidade de se compreender o caráter subsidiário da ação a partir de um enfoque predominantemente objetivo, isto é, como ausência de outro meio processual eficaz para proteção da ordem constitucional de forma ampla, geral e imediata.⁵⁸

Essa discussão sobre as possibilidades de tutela da ordem constitucional objetivamente considerada, que pode ser viabilizada por meio da arguição, conforme visto na seção anterior deste trabalho, está sob pano de fundo da razão de decidir utilizada pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206. O Ministro relator do caso considerou que tão somente pelo fato de a PGR questionar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da Constituição de 1988 faria com que o feito se enquadrasse, automaticamente, na hipótese prevista pelo artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/99, fazendo do mesmo uma arguição incidental, ou seja, desvirtuando do pleito encaminhado. Além disso, o pedido de recepção do dispositivo impugnado mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição demonstraria inequivocamente que o que a requerente alegava violar a ordem constitucional não seria o artigo citado propriamente dito, mas as interpretações dadas a ele, estas sim, marcadas pela pecha da “inconstitucionalidade”.

Por essa razão, como não havia pedido de não recepção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, não seria ele que estaria a violar preceito fundamental decorrente da Constituição de 1988. Tampouco poderiam ser as decisões judiciais anexadas à inicial, pois as mesmas já teriam transitado em julgado, o que afastaria o cabimento da ação nos termos da jurisprudência do STF. Diante desse cenário, conclui que além da demonstração da violação a preceito fundamental, seria preciso demonstrar na ADPF n. 206 a existência de controvérsia judicial relevante, efetiva e atual sobre a questão colocada na demanda.

Ao que parece, faltou à decisão a devida compreensão das espécies de arguição previstas pelo artigo 1º, da Lei n. 9.882/99, bem como das espécies das sentenças interpretativas que, ao final, resultou em proteção deficiente à ordem constitucional malferida pelo dispositivo normativo impugnado e à dogmática de proteção aos direitos fundamentais. É o que se passa a demonstrar na sequência.

A arguição autônoma, prevista pelo *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.882/99, é típica hipótese de controle abstrato de constitucionalidade ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de constitucionalidade, devendo ser manejada quando estas não se mostrarem aptas à defesa da ordem constitucional objetivamente considerada, nos casos de ameaça de lesão ou de lesão propriamente dita a preceito fundamental decorrente da Constituição.

A arguição incidental, por sua vez, prevista pelo inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei n. 9.882/99, destina-se a levar ao conhecimento do STF controvérsia constitucional relevante que esteja sendo objeto de discussão perante qualquer juízo ou tribunal do país, inexistindo, também, nessa hipótese, qualquer outro meio apto a enfrentar a ameaça de lesão ou a lesão propriamente dita a preceito fundamental. Nesse caso, o STF apreciará tão somente a questão constitucional levada à sua jurisdição, apartando-a do caso concreto no qual o incidente de inconstitucionalidade fora suscitado. Em virtude dos efeitos *erga omnes* e da eficácia vinculante, não apenas o caso concreto no qual o incidente fora suscitado, mas também todos

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 521.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 07/12/2005. DJe: 27/10/2006, p. 3-41.

os outros casos que discutam a mesma *ratio decidendi* serão aplicados conforme a solução apresentada pela Corte à questão constitucional. O incidente poderá ser suscitado por qualquer um dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade do artigo 103, da Constituição, assim como pelo Procurador Geral da República, mediante representação das partes do processo em curso nas instâncias ordinárias de jurisdição.

Após o veto presidencial apostado ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.882/99, não superado pelo Congresso Nacional, restou vedado às partes do processo levar imediatamente o incidente de inconstitucionalidade à apreciação do STF, não obstante seja-lhes admitido representar à PGR, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei em exame. Nesses termos, agora, as duas espécies de arguição possuem os mesmos legitimados ativos, o que inegavelmente “conduz a um esvaziamento da arguição incidental”.⁵⁹ Em sua modalidade incidental, a arguição exige, para ser conhecida, que, além da prova da violação a preceito fundamental, demonstre-se, também, a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado, sendo, pois, mais custosa para o arguente.

É importante registrar que há uma diferença entre aquilo que se pode denominar arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma, que se aproxima da modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, e a forma incidental de manejo da ADPF. Assim, no primeiro caso, é preciso tão somente comprovar a inexistência de outros meios para solver a controvérsia (com os necessários aportes hermenêuticos que essa questão merece, já especificados anteriormente); no segundo caso, a essa exigência agrega-se a comprovação da relevância da questão. Mas, mais do que a comprovação da relevância, há que estar provada a violação de preceito fundamental.⁶⁰

Isso quer dizer que, o que distingue as duas espécies de arguição, a autônoma e a incidental, é a forma pela qual estas são levadas à apreciação do STF. Aquela independe da existência de controvérsia judicial instaurada perante os juízos e tribunais do país para a sua propositura, enquanto para esta é imprescindível que se demonstre a existência de tal controvérsia como requisito indispensável ao conhecimento da ação. Diferentemente, portanto, do que constatado na ADPF n. 206, que foi enquadrada na hipótese de arguição incidental tão somente pelo fato de pretender a recepção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, pela Constituição de 1988, mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição.

Não é porque apenas o inciso I, do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei n. 9.882/99, faz menção à propositura da arguição tendo por objeto ato normativo anterior à Constituição, que somente a arguição autônoma pode enfrentar o direito pré-constitucional. Ambas as espécies podem se voltar à tarefa de enfrentar a compatibilidade de normas pré-constitucionais com a Constituição, em virtude do caráter subsidiário da ação que não se restringe ou faz distinção entre as suas modalidades autônoma ou incidental. Dessa maneira, é perfeitamente possível ajuizar uma arguição autônoma tendo por objeto norma anterior à Constituição, já que o objeto dessa modalidade da ação não se limita ao direito municipal ou às espécies normativas secundárias. Conforme a lição de Luís Roberto Barroso, “dá a razão de a ADPF preencher um vazio relativamente à sindicabilidade dos atos normativos anteriores à Constituição, como explicitado na parte final do art. 1º, parágrafo único, II, mas válido para a arguição autônoma e incidental”.⁶¹

Dessa forma, o que distingue a arguição autônoma da incidental não é o objeto da ação, tampouco a técnica de decisão que fundamenta o pedido, como pretendeu fazer valer o Ministro Edson Fachin, mas a origem da ameaça de lesão ou da violação a preceito fundamental decorrente da Constituição. Na autônoma, o contraste entre o ato normativo objeto de controle e a Constituição se dá de forma inicial, independentemente da existência de controvérsia judicial em curso. Na incidental, por sua vez, é necessário que haja interpretação jurisdicional do ato normativo objeto de controle com potencial de lesar preceito fundamental

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 345.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 534-535.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 351.

em um caso concreto. É justamente por isso que os criadores da arguição conferiram à ação a missão de combater a chamada “guerra de liminares”.

Daí que não sendo proveniente de caso concreto representativo de controvérsia judicial existente perante os órgãos jurisdicionais do país era irrelevante, para fins da ADPF n. 206, a demonstração de controvérsia judicial atual e efetiva sobre a questão da proteção ao patrimônio cultural, como forma de adensar a própria ideia de meio ambiente cultural. Tal fato, aliás, foi informado pela PGR em manifestação nos autos anterior à decisão proferida. Além do mais, é um tanto quanto questionável a interpretação restritiva conferida pelo Ministro relator do caso à expressão “controvérsia judicial” do artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/99. Reduzir o sentido da expressão ao número de casos em discussão perante os órgãos judiciais do país vai de encontro à pretensão de tornar a ADPF como verdadeiro instrumento processual para a defesa da ordem constitucional objetivamente considerada. Somando-se a isso o veto presidencial apostado ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.882/99, vislumbra-se uma aproximação entre as duas modalidades, o que, obviamente, não equipara a arguição autônoma à incidental, nem tampouco autoriza que os requisitos exigidos para a propositura de uma sejam aplicáveis à propositura da outra.

Como se assinalou anteriormente, o papel da arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental restou minimizado na Lei n. 9.882/99. Não sendo suscetível pelas partes do processo ou por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, a legitimação para essa arguição recai sobre as mesmas pessoas e órgãos que podem propor a arguição autônoma. Como regra, portanto, dificilmente optarão elas pela via incidental. Nada obstante, a arguição incidental permanece vigente no ordenamento e, para seu cabimento, a lei exige um requisito adicional: a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, que pode ser de qualquer uma das três esferas de Poder, incluindo os editados anteriormente à Constituição. Como regra, estará em discussão a constitucionalidade do ato normativo em questão, em caráter geral ou em alguma de suas incidências específicas.

Embora a motivação imediata de quaisquer dos legitimados possa ser a eventual tutela de uma situação específica – agindo, portanto, como um substituto processual do verdadeiro interessado –, deverá ele demonstrar ser relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transborde o interesse das partes em litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético. Por vezes, a reparação imediata de uma injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva.⁶²

Por outro lado, Barroso indica que a arguição autônoma possui contornos próprios, funcionando como verdadeiro instrumento para a proteção da ordem jurídica objetiva pré-constitucional, a partir da averiguação de parametricidade dessas normas em face da Constituição. Assim,

no caso da arguição autônoma, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. A legitimação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle é mais restrito — não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental — e o objeto do controle é mais amplo, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos três níveis de poder.⁶³

Dessa maneira, pode-se identificar que a ADPF autônoma tem como teleologia resguardar a higidez da ordem constitucional a partir de cláusulas específicas, os denominados preceitos fundamentais. Como abor-

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 340-341.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 220.

dado anteriormente, a identificação dos preceitos fundamentais da Constituição de 1988 é tema de grande controvérsia e também objeto de grandes debates teóricos, inclusive no âmbito do próprio STF. Exemplo disso pode ser constatado quando do julgamento da ADPF n. 167, em que a maior parte dos Ministros anuiu à tese suscitada pelo Ministro Ayres Britto, defendendo que os preceitos fundamentais constitucionais estariam ligados a uma análise taxonômica e topográfica dentro do próprio texto constitucional. Assim, sustentou que “a Constituição me parece autoexplicativa. O preceito fundamental é aquele que a Constituição diz ser fundamental, adjetivado de fundamental. O Título I, por exemplo. Tudo que se contém ali é fundamental, porque a Constituição diz ‘Dos princípios Fundamentais’”.⁶⁴ Essa posição já não é defendida pela maior parte da doutrina e até mesmo por grande parte dos Ministros do STF em sua atual composição, havendo a abordagem dos preceitos fundamentais para além daquilo que a Constituição denomina como sendo “fundamental”, inter-relacionando-se com a própria estrutura do Estado Federal e da sociedade brasileira.⁶⁵

No que se refere ao tratamento conferido à interpretação conforme a Constituição pela decisão monocrática proferida na ADPF n. 206, constata-se que uma indevida compreensão da técnica da interpretação conforme a Constituição pelo Ministro relator do caso foi utilizada como fundamento para enquadramento do feito na hipótese do artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.882/99. Tão somente pelo fato de a PGR ter pretendido a recepção do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, mediante interpretação conforme a Constituição, o Ministro Edson Fachin concluiu ser o caso de arguição incidental, que pressuporia apenas e tão somente interpretações provenientes de órgãos jurisdicionais.

Na tradição do Direito Constitucional brasileiro, a nulidade do diploma legal infraconstitucional seria decorrência lógica e inevitável da constatação de sua incompatibilidade com a Constituição. Nesse sentido, quando juízes e tribunais se convenciam, em qualquer dos processos de constitucionalidade das leis, sobre a inconstitucionalidade de determinado diploma normativo infraconstitucional, vincular-se-ia, “dessarte uma situação — a inconstitucionalidade — à consequência jurídica — nulidade”.⁶⁶ A ruptura paradigmática promovida pelo advento do Estado Social alterou o papel desempenhado pelo Poder Judiciário repercutindo, inevitavelmente, no exercício da jurisdição constitucional e no controle de constitucionalidade por ela desenvolvido.⁶⁷

Em compasso com as inovações introduzidas no campo do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, observaram-se mudanças na conformação jurídico-constitucional do controle de constitucionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Seguindo tais mudanças, a Lei n. 9.868/99 incluiu alterações significativas às decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Além da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, destaca-se o reconhecimento da possibilidade do manejo das sentenças interpretativas no exercício desta tarefa. A jurisprudência do STF já reconheceu a possibilidade de extensão dessas técnicas à ADPF e ao controle difuso de constitucionalidade.

As sentenças interpretativas, como espécie das sentenças intermediárias, almejam salvar, pela via da interpretação, determinado ato normativo do vício da inconstitucionalidade. Ou seja, procura-se verificar a possibilidade de a norma impugnada permanecer no ordenamento jurídico dando-lhe interpretação que seja compatível com a Constituição. Parece evidente, pois, que as sentenças interpretativas pressupõem a existência de diferentes possibilidades hermenêuticas que podem ser conferidas ao ato normativo objeto de controle e que essas interpretações não necessariamente precisam ser provenientes única e exclusivamente

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 167 MC-REF. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em: 01/10/2009. DJe: 26/02/2010.

⁶⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 1548.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 254.

⁶⁷ Sobre isso, Cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 2.

de órgãos jurisdicionais, já que estes, apesar de relevantes, não são os únicos intérpretes autorizados da Constituição.

Por isso, não se afigura razoável restringir o manejo das sentenças interpretativas apenas às hipóteses de interpretações conferidas pelos órgãos jurisdicionais do país, tal como feito pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206, sob pena de frustrar o projeto de construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997). Ademais, pouco importa que não se tenha comprovado a existência atual e efetiva de interpretações que tenham restringido a compreensão de bem cultural, na visão constitucional de meio ambiente cultural, para fins de proteção em contrariedade com o que dispõe a Constituição, nem tampouco a evolução do sistema jurídico-normativo pátrio relativo à matéria.

Isso porque, tratando-se de processo de índole marcadamente abstrata, vocacionado à proteção da ordem constitucional objetivamente considerada, a ADPF n. 206 pretendia evitar um retorno ao *status quo ante* por meio de decisão dotada de efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, a fim de excluir uma possibilidade interpretativa perfeitamente possível do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, que representaria, inegavelmente, uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado pelo artigo 216, da Constituição, qual seja, o patrimônio cultural brasileiro, inserido na órbita de proteção do meio ambiente cultural.

No que se refere aos novos diplomas legais editados e incorporados ao Direito brasileiro, eles evidenciam, antes de qualquer coisa, justamente a defasagem da compreensão de patrimônio cultural do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37. Assim, a necessidade de se conferir a esse dispositivo normativo uma leitura que seja consentânea com a Constituição, por meio dos efeitos *erga omnes* e da eficácia vinculante da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de forma que seja possível evitar interpretações desviantes da atual ordem constitucional brasileira.

A inauguração de capítulo específico na Constituição para realizar a proteção ao meio ambiente cultural revela uma nova compreensão da nossa sociedade sobre a importância de proteger bens jurídicos de caráter substancial para o autorreconhecimento de nossas origens, de nossa identidade. Há aqui o resguardo dos referenciais das múltiplas dimensões da vida comunitária, que não somente se apresentam na própria produção cultural, como também política. Dessa maneira, como ensinam Leuzinger e Cureau, a ideia de preservação do direito fundamental ao patrimônio cultural como forma de expansão da própria ideia de meio ambiente cultural acaba por revelar a composição múltipla da tessitura social brasileira, salientando-se aquilo que possui significado espiritual e, por via de consequência, é identificado como da mais alta importância coletiva.⁶⁸ A Constituição, então, passa a tutelar para além da criação econômica do homem e da sua relação com a natureza, de forma a incorporar à normatividade constitucional uma matriz de meio ambiente que se integra à obra humana, em sua mais alta significação ontológica.

Em razão da normatividade constitucional, pelo menos uma decisão deveria ter sido proferida pelo STF no caso em estudo, justamente para evitar, no marco da atual Constituição, interpretações que restrinjam o conceito de bem cultural para fins de proteção pelo Estado e pela coletividade ao estágio anterior à sua promulgação. Para essa finalidade, ao invés da interpretação conforme a Constituição, melhor seria o socorro à técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, como acima defendido.

É que em sede de ADPF o que se pede é que o STF reconheça que o ato normativo objeto de controle de fato esteja ameaçando de lesão ou esteja violando preceito fundamental decorrente da Constituição. Em outras palavras, pretende-se que se reconheça uma situação de incompatibilidade entre o parâmetro do controle e o seu objeto, finalidade que é alcançada pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que extirpa do ordenamento jurídico determinada interpretação do ato normativo infraconstitucional em razão da sua incompatibilidade com a Constituição, enquanto a interpretação conforme a Constituição almeja justamente o contrário, ou seja, harmonizar o objeto de controle com o seu parâmetro mediante

⁶⁸ LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 27-28.

determinada interpretação. O ponto comum entre ambas, porém, é a manutenção do ato normativo objeto de controle por meio de interpretação que o torne válido perante a ordem constitucional em vigor. Pecou o Ministério Público Federal na técnica processual de elaboração do pedido em face da utilização da técnica inconstitucionalidade sem redução de texto. Deixou de reafirmar a vontade constitucional o Ministro Edson Fachin ao compor decisão de caráter estritamente pragmático que se traduz em esvaziamento das técnicas processuais e hermenêuticas de defesa da Constituição, a realizar, nesse caso, proteção insuficiente ao patrimônio cultural brasileiro por parte da Suprema Corte.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo explorar os limites e as possibilidades da tese lançada pela decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin para não conhecer e, portanto, para extinguir sem resolução de mérito a ADPF n. 206, à luz dos sistemas de controle de constitucionalidade e de proteção aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição de 1988. Após análise do caso em questão, foi possível vislumbrar que faltou à decisão a devida compreensão das espécies de arguição previstas pelo artigo 1º, da Lei n. 9.882/99, bem como das espécies das sentenças interpretativas, que, ao final, resultou em uma proteção deficiente à ordem constitucional malferida pelo dispositivo normativo impugnado e à dogmática de proteção aos direitos fundamentais, especificamente relativos ao meio ambiente cultural.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, vislumbrou-se uma ruptura paradigmática da compreensão de patrimônio cultural para fins de proteção pelo Estado e pela coletividade para incluir em tal conceito bens não apenas de natureza material, mas também de natureza imaterial relacionados à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A ampliação da noção de bem cultural pelo próprio texto constitucional indica novo padrão de proteção ao patrimônio cultural incluindo-o inegavelmente no rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão, de titularidade transindividual e difusa,⁶⁹ tanto que pode ser tutelado pela via da ação popular e da ação civil pública. Faz parte, então, daquilo que se denomina meio ambiente cultural.

É preciso reconhecer que a classificação dos direitos fundamentais segundo o critério denominado constitucional-literal “é por demais míope por não reconhecer a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional”.⁷⁰ Além disso, o próprio STF já reconheceu a existência de direitos fundamentais para além do agrupamento contido na organização textual da Constituição, isto é, para além do rol compreendido entre os artigos 5º e 17 da Constituição.⁷¹

Isso quer dizer, portanto, que os direitos fundamentais somente podem assim ser reconhecidos nas situações concretas de aplicação, ou seja, à luz dos casos concretos colocados para apreciação judicial, a partir do uso argumentativo das partes em litígio, hipótese na qual será possível estabelecer as proporções e os significados do direito em debate. Por fim, em uma leitura paradigmática da questão das dimensões dos direitos fundamentais, uma nova dimensão não exclui a anterior e tampouco significa mero acréscimo de novos direitos ao texto constitucional, mas a redefinição do sentido e do conteúdo dos direitos anteriormente fixados. Por tais razões, não apenas o direito infraconstitucional tem de ser lido à luz da nova concepção de patrimônio cultural adotada pela Constituição de 1988, mas também todo o sistema de direitos fundamentais deve ser compatibilizado e harmonizado com esta nova concepção.⁷²

⁶⁹ Sobre isso, Cf. VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014, p. 64.

⁷⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 324.

⁷¹ Sobre isso, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em: 15/12/1993. DJ: 18/03/1994.

⁷² Para uma leitura paradigmática da questão das dimensões dos direitos fundamentais, Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo

Daí não parece restar dúvidas que a decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin na ADPF n. 206 representou uma hipótese de proteção deficiente a bem jurídico tutelado constitucionalmente. Ao extinguir o feito sem resolução do mérito da questão, o STF, por meio da decisão proferida pelo Ministro relator do caso, deixou de fixar interpretação adequada do ponto de vista constitucional ao artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37, que inegavelmente se mostra ultrapassado pela nova compreensão de bem cultural assumida pelo constituinte originário. Sem uma decisão com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante torna-se possível, mesmo passados mais de trinta anos de promulgação da Constituição, e com toda a evolução da normativa de proteção ao patrimônio e ao meio ambiente cultural a partir do novo paradigma democrático, interpretações que contrariem a vontade constituinte expressa pelos artigos 215 e 216 da Constituição.

Além do mais, defendeu-se que a natureza jurídica do provimento jurisdicional em sede de ADPF, no que se refere ao manejo das sentenças interpretativas, deveria ter levado a PGR a realizar pedido de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, tendo em vista que a finalidade mais adequada seria realizar o controle do artigo 1º, do Decreto-Lei n. 25/37 em face dos preceitos constitucionais, extirpando algum de seus significados que seriam considerados inconstitucionais. Dessa maneira, os instrumentos de controle concentrado, cujos pedidos giram em torno de sentença interpretativas, devem ser pensados conforme a natureza jurídica do objeto de controle, da técnica de controle e do instrumento de controle, sob pena de não se atingir o objetivo de proteção à normatividade constitucional por aspectos meramente processuais e formais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRIOTA, Leonardo Barci; ARAÚJO, Guilherme Maciel. *Patrimônio, valores e historiografia: a preservação do conjunto habitacional do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários – LAPI*. Arquitetura Revista, vol. 5, n. 1, p. 38-54, janeiro/junho, 2009.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. História da arquitetura e preservação do patrimônio: diálogos. *Anais do Museu Histórico Nacional*, vol. 43, Rio de Janeiro, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-226.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle*

Andrade de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-226.

- jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016a.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. *Processo constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016b.
- COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. *Os tratados internacionais comuns e a proteção da confiança*. 2018. 347 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. Salvador, Juspodivm, 2017.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo, Martins Fontes, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (§1º do art. 102 da Constituição Federal). In: *Repertório de jurisprudência*, n. 04, fev., 2000, p. 113-114.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *Decisão e jurisdição constitucional: crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. Uma teoria dos direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988: as principais contribuições para a construção de uma metódica brasileira. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 1ed. São Paulo: RT, 2014, v. 1, p. 361-394.
- MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho Dantas. Comentário ao artigo 216. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 4270-4286.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, Wmf Martins Fontes, 2009.
- OTONI CARDOSO, João Pedro; COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. Norma Jurídica e a proteção ao patrimônio material: eficácia e efetividade em tempos de relativização da cultura. In: Anais do I Congresso Mineiro de Direito do Patrimônio Cultural. Disponível em: <<http://www.congressopatrimoniocultural.ufop.br/>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In:

Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, abr/jun, 2001, p. 95-116.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113-148.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. Malheiros, São Paulo, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16.ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.

Tábua de decisões

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2. Rel. Min. Paulo Brossard. Julgamento em: 06/02/1992. DJ: 21/11/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em: 15/12/1993. DJ: 18/03/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 07/12/2005. DJe: 27/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 167 MC-REF. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em: 01/10/2009. DJe: 26/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 206. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em: 09/03/2020. DJe: 11/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 561, de 28 de setembro a 2 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo561.htm>>. Acesso em 20 de setembro de 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A tese de imprescritibilidade de danos ambientais em repercussão geral do supremo tribunal federal e a possibilidade de aplicação da teoria do risco agravado

The imprescriptibility thesis of environmental damage in general repercussion of the supreme federal court and the repair of environmental damage promoted by disasters

Vicente de Paulo Augusto de
Oliveira Júnior

Daniel Pagliuca

A tese de imprescritibilidade de danos ambientais em repercussão geral do supremo tribunal federal e a possibilidade de aplicação da teoria do risco agravado*

The imprescriptibility thesis of environmental damage in general repercussion of the supreme federal court and the repair of environmental damage promoted by disasters

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior**

Daniel Pagliuca***

Resumo

O Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário de n.º 654.833, fixou o reconhecimento, por maioria dos votos, na Repercussão Geral de n.º 999, a tese de imprescritibilidade da pretensão pela reparação civil de danos ambientais, e permitiu, por via de consequência, a aplicação de uma teoria de responsabilização civil ambiental diferenciada daqueles que, tradicionalmente, são defendidas pelos tribunais superiores — Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Criado. Trata-se da Teoria do Risco Agravado, que considera a natureza difusa dos bens ambientais, as peculiaridades de seus danos e, principalmente, o viés constitucional de sua imprescritibilidade, como forma de alcance ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, por intermédio de uma metodologia lógico-dedutiva, com análise doutrinária e jurisprudencial pátrias, o presente trabalho tem por objetivo analisar a viabilidade de aplicação da Teoria do Risco Agravado à Responsabilização Civil Ambiental, uma vez que as características difusas do bem ambiental apresentam-se desconectadas das teorias tradicionalmente aplicadas à seara. Nesse sentido, espera-se, com verificação e comentários acerca do julgado proferido pelo STF, delimitar como se dará a aplicação da Teoria do Risco Agravado em defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como ao próprio Estado Constitucional ambiental brasileiro.

Palavras-chave: Dano Ambiental; Imprescritibilidade; Risco Agravado; Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Supremo Tribunal Federal.

* Recebido em 30/09/2020

Aprovado em 25/01/2021

** Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutor em Direito Constitucional Público e Teoria política pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professor do Centro Universitário Fanor Wyden – UniFanor Wyden. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário – GEPDAT. E-mail: vicenteaugusto2@gmail.com.

*** Doutorando em Direito, Processo e Cidadania pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, por intermédio de DINTER firmado com o Centro Universitário Católica de Quixadá - UNICATÓLICA. Mestre em Avaliações de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor do Centro Universitário Fanor Wyden – UniFanor Wyden. Advogado especializado na seara ambiental e urbanística. E-mail: danielpagliuca@gmail.com

Abstract

The Federal Supreme Court – STF, upon judgment of Extraordinary Appeal no. 654,833, established the recognition, by majority of votes, in the General Repercussion of n.º 999, the unspeakable thesis of the claim for civil compensation for environmental damage, and maintenance, as a consequence, the application of a theory of civil environmental liability differentiated from those that traditionally are defended by the higher courts - integral risk theory and theory of the risk created. This is the theory of aggravated risk, which considers the diffuse nature of environmental goods, as peculiarities of their damage and, mainly, the constitutional bias of their imprescriptibility, as a way of reaching the fundamental right to an ecologically balanced environment. For this purpose, through a logical-deductive methodology, with doctrinal and jurisprudential analysis of the homelands, the present work aims to analyze the feasibility of applying the risk theory aggravated to environmental civil liability, since the diffuse characteristics of the environmental good are presented. if disconnected from the theories traditionally applied to the harvest. In this sense, it is expected, with verification and comments on the judgment rendered by the STF, to delimit how to resolve the application of the aggravated risk theory in defense of the fundamental right to the ecologically balanced environment, as well as to the Brazilian environmental Constitutional State.

Keywords: Environmental Damage; Imprescriptibility; Aggravated risk; Fundamental Right to the Ecologically Balanced Environment; Federal Court of Justice.

1 Introdução

Com o julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 654.833, que tem como relator o Ministro Alexandre de Moraes, ficou estabelecida a tese da imprescritibilidade da pretensão pela reparação civil de danos ambientais, e reconhecida, por maioria de votos, a Repercussão Geral de n.º 999, nos seguintes termos: “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”, dando início às inquietudes que levaram aos fundamentos do presente artigo.

A partir dessa decisão, duas questões essenciais se apresentaram contrapostas: inicialmente, a recorrente utilização das teorias inerentes à responsabilidade civil do risco integral e do risco causado não alcançou o viés de proteção adequado a bens de natureza jurídica específica como a dos bens ambientais, em decorrência de sua difusão — conforme se explanará posteriormente, a respeito da análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a inadequação dos meios de reparação aos danos ambientais demonstrou-se, porventura, de difícil adequação à Teoria da Responsabilização Civil, e, uma vez reconhecida a imprescritibilidade da reparação civil ambiental, abrir-se-á a possibilidade de uma eternização desse dever.

Dessa maneira, com o objetivo de determinar o alcance da decisão retromencionada, realizar-se-á uma análise das teorias comumente aplicadas às situações de reparação a danos ambientais, com ênfase no caráter irrestrito da teoria do risco integral — associada, em muito, a uma proteção global, sem a concentração na natureza difusa do bem ambiental — e da Teoria do Risco Causado — focada, na maioria das situações, no potencial poluidor ou promotor de danos, e com sensível mudança no eixo da reparação do bem ambiental para o agente causador.

A partir das intrínsecas características do bem ambiental, realçadas pela principiologia e regramentos específicos do Estado Constitucional ambiental brasileiro, determinado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que inclui, entre outros elementos essenciais, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, abre-se a possibilidade de aplicação da Teoria do Risco Agravado — que reúne elementos das teorias anteriores, mas pode considerar, de forma mais efetiva, a natureza difusa do bem ambiental — na seara da responsabilização civil ambiental, como forma de alcance das diretrizes

constitucionais vigentes.

Para tanto, com a utilização de uma metodologia lógico-dedutiva, pautada na análise de construções doutrinárias e jurisprudenciais, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a incompatibilidade das tradicionais teorias de responsabilização civil no Brasil — de cunho eminentemente individualista, subjetivista e com foco no nexo de causalidade — e das teorias da responsabilização objetiva do risco integral e do risco causado, uma vez que promovem a responsabilização do agente por danos que não correspondem à sua atividade, para o atendimento aos anseios previstos no artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e do artigo 14, §1º da Lei de n.º 6.938, de 1981.

Dessa maneira, defender-se-á, após o reconhecimento da imprescritibilidade dos danos causados ao meio ambiente pelo Supremo Tribunal Federal, da aplicação da Teoria do Risco agravado, que tem por valor intrínseco a prossecução do interesse público por intermédio de uma análise de como a atividade do agente correlaciona-se com os danos promovidos ao meio ambiente, ao agravar ou potencializar a ocorrência de danos ou prejuízo. Assim, é possível estabelecer que a posição jurisprudencial ajusta a interpretação axiológica acerca da reparação por danos ambientais, e alcança o viés de proteção pretendido pelo direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Inicialmente, analisar-se-á a sistemática da responsabilização civil no Brasil, com foco na sua relação com o regime jurídico da reparação de danos ambientais e como se dá a aplicação da teoria do risco integral e da teoria do risco causado. Não coube ao trabalho detalhar os danos ambientais e suas distintas tipificações, mas sim avaliar, por intermédio das formas de responsabilização civil, o problema da repercussão generalista da decisão, sobre aspectos fáticos, levantando alguns questionamentos sobre casos específicos aos quais as repercussões podem “custar” muito aos que exercem suas atividades e estão expostos aos casos fortuitos ou de força maior, por exemplo.

Finalmente, apresentar-se-á a decisão promovida pelo Supremo Tribunal Federal, seus argumentos e eventual reconhecimento da repercussão geral da imprescritibilidade de danos ambientais para, assim, defender-se a aplicação da teoria do risco agravado, como forma de alcance do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de danos ambiental pelo Supremo Tribunal Federal

Em 17 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal – STF concluiu o julgamento proferido no âmbito do Recurso Extraordinário de n.º 654.833, que tem como relator o Ministro Alexandre de Moraes, e fixou a tese da imprescritibilidade da pretensão pela reparação civil de danos ambientais. Inclusive, restou reconhecida, por maioria de votos, a sua repercussão geral, sob a tutela de Repercussão Geral de n.º 999, nos seguintes termos: “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”.

O caso discutia o ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal – MPF, que pleiteava, entre outras questões, a reparação por danos patrimoniais ou materiais, morais e ambientais, decorrentes da extração madeireira ilegal, realizada, por oportuno, mediante invasões ocorridas no período compreendido entre os anos de 1981 a 1987, na área indígena pertencente à comunidade Ashaninka-Kampa do Rio do Amônia, no Estado do Acre.

Os supostos infratores foram condenados em primeiro grau, bem como em segunda instância, e, mediante o não provimento do Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ, que defendeu, no REsp. de n.º 1.120.117/AC, cuja relatoria foi da Ministra Eliana Calmon, a imprescritibilidade das pretensões que suscitam reparação a danos ambientais. Nesse contexto, foi interposto Recurso Extraordinário ao STF.

A matéria atrai atenções, em razão de julgados anteriores do próprio STJ, nos quais se defendeu a imprescritibilidade dos danos ambientais, como no REsp. 647.493/SC¹, de 2013, que tem como Ministro Relator João Otávio de Noronha; o REsp. 1.644.195/SC², de 2017, e o REsp. 1.559.396/MG, ambos com Ministro Relator Herman Benjamin.

Nas disposições inerentes ao RE de n.º 645.833 RG/AC, o Ministro Relator Alexandre de Moraes reconheceu sua repercussão geral, e defendeu a tese da imprescritibilidade dos danos ambientais, uma vez que ponderou a necessidade e relevância de serem estabelecidos parâmetros precisos e seguros quanto ao instituto da prescrição em situações de direitos transindividuais e individuais lesados por ação — ou omissão — humanas, tanto na forma direta quanto indireta.

Quando julgado pelo Tribunal Pleno, extinguiu-se o processo, por votação da maioria, com fundamento no artigo 487, inciso III, alínea b, do Código de Processo Civil, em virtude de uma transação realizada entre as partes, e que, por oportuno, prejudicou o recurso. Ainda assim, foram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio Melo e Dias Toffoli, então presidente da casa, que deram provimento ao pleito. Ao final, foi estabelecida a tese da imprescritibilidade das pretensões de reparação civil de danos ambientais, por intermédio da apreciação do tema enquanto repercussão geral.

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental pelo Supremo Tribunal Federal abre uma série de precedentes, dentre os quais os que questionam a aplicação da Teoria do Risco Integral, bem como o da Teoria do Risco causado para infrações de ordem ambientalista, e permitem uma margem para a incidência de um novo posicionamento: o da Teoria da Responsabilidade Objetiva Agravada ou do Risco Agravado.

A Teoria da Responsabilização Objetiva pode ser utilizada para aplicar-se uma situação de responsabilidade independente da existência de ânimo, e concede amplo destaque, conforme ressaltado anteriormente, à noção de causalidade, enquanto vínculo entre o risco da atividade e o dano considerado injusto, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Entretanto, são admitidas uma série de excludentes do nexo de causalidade, devidamente expressas no próprio texto civil, quais sejam: caso fortuito ou força maior; fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro, entre outros.

O modelo de responsabilização do risco integral exige uma atitude cognitiva diferenciada do intérprete, que, às vezes, torna-se completamente alheia ao nexo de causalidade. Nesse quesito, pode-se afirmar que o risco integral foge, quase que completamente, aos pressupostos conceituais tradicionais da responsabilização civil, uma vez que, ainda que não haja nexo de causalidade, a responsabilidade irá se impor. Dessa maneira, ainda segundo os pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil, pautados, de modo

¹ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. [...] 7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível [...] (STJ - REsp: 647493 SC 2004/0032785-4, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 22/05/2007, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJ 22/10/2007 p. 233) (grifo nosso).

² CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROPTER REM. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DE DANO AMBIENTAL. REPOSIÇÃO FLORESTAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ÓBICE DAS SÚMULAS 284/STF e 182/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrente para esquivar-se de reparar dano ambiental advindo de obrigação *propter rem*. Aduz prescrição para retirar a averbação da obrigação ambiental do registro de imóveis antes de proceder ao reflorestamento. O recurso visa à anulação do acórdão a quo, alegando a necessidade de enfrentamento de questão que não teria sido julgada. 2. Corretamente, o Tribunal de origem afirma que a jurisprudência do STJ primeiro reconhece a imprescritibilidade da pretensão reparatória de dano ao meio ambiente, e, segundo, atribui, sob o influxo da teoria do risco integral, natureza objetiva, solidária e *propter rem* à responsabilidade civil ambiental, considerando irrelevante, portanto, qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação [...] (STJ - REsp: 1644195 SC 2016/0326203-1, Relator: Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 27/04/2017, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 08/05/2017) (grifo nosso).

progressivo, por flexibilizações e até presunções do nexo de causalidade, o risco integral demonstra-se afastado, e somente pode ser considerado quando imposto pela Constituição vigente, pelas leis, jurisprudência e sólidas e proporcionais razões normativas³.

Ao analisarem-se as características inerentes ao dano ambiental, não há, sob um primeiro panorama, como defender a aplicação do risco integral para o Direito Ambiental. Apesar do forte apelo doutrinário nesse sentido, uma vez que uma parte dos autores a aplicam indistintamente, a aplicação carece de maior desenvolvimento teórico, e, por diversas oportunidades, é associada com a responsabilização objetiva como se fossem elementos complementares.

Deve-se ressaltar que a aplicação do modelo do risco integral é costumeiramente associada à responsabilização civil em âmbito administrativo, uma vez que, no Brasil, desde o texto constitucional de 1946, já representa o modelo geral de responsabilização civil do Estado, ao impor medidas de responsabilidade civil por atos e omissões de seus agentes e das pessoas jurídicas de direito público e de privado prestadoras de serviço público — entidades da Administração Indireta. Conforme esse modelo, o Estado somente se eximirá da indenização cabível se provar algumas das causas excludentes de responsabilidade civil, como o fato exclusivo da vítima; caso fortuito ou força maior, entre outras.

Por outro lado, verifica-se que o modelo do risco integral dispensa, quase que em sua totalidade, o nexo de causalidade. Não aceita, portanto, de forma conceitual, quaisquer excludentes de responsabilização. E difere, em muito, do modelo de responsabilização pelo risco criado ou causado, que implica uma progressiva restrição das excludentes de responsabilidade civil.

A Teoria do Risco, entretanto, tem ampla relação com o conceito de atividade. Sendo assim, conectar-se-á com a atividade realizada pelo ofensor, na qual este responderá sem culpa, salvo que haja uma excludente para romper o nexo de causalidade. Nesse ponto, diminui-se a importância das excludentes, que serão retraídas, sobretudo na responsabilidade objetiva pautada no risco. Trata-se de redução fundamental, e que atende aos anseios constitucionais para tanto.

Ainda assim, existirá um espaço para as alegações de excludentes de responsabilização civil, sob pena de confirmar-se, por muito, uma série de injustiças, a depender do caso concreto analisado. Pode-se — e deve-se — criar um sistema de flexibilizações diante de uma análise precisa do nexo de causalidade. Nesse caso, mesmo as presunções são potencialmente adequadas para a aplicação do sistema de responsabilização civil, como ocorre, por exemplo, nos danos causados por fabricantes de cigarros.

Não se pode olvidar, por sua vez, que a causalidade é um conceito jurídico, e não fático. Assim, decidir-se pela imputação ou não de determinado antecedente implica, inevitavelmente, em valorações. Portanto, torna-se subjacente, à análise do caso concreto, apurar-se o nexo de causalidade por um juízo de valor, e que devem ser pautados sob critérios de respeito aos valores protegidos constitucionalmente, seus princípios e por respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Se restar aplicável, em qualquer situação, o modelo de risco integral às infrações ambientais, a discussão a respeito da causalidade deve ser afastada em toda e qualquer lide ambiental. Entretanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, essa medida pode parecer, por muito, injusta. Tome-se como exemplo um posto de combustíveis, que recebe seu abastecimento de forma regular e constante, todas as semanas. Se, em determinado momento, um terremoto de baixa escala, pouco perceptível, promove uma rachadura em um dos tanques subterrâneos, que é de difícil detecção, e o combustível vazado promover a poluição de um lençol freático da região, deverá ser responsabilizado o dono do posto de combustível?

Nem sempre os ofensores serão poderosos grupos econômicos, bem como nem sempre os danos ambientais assumirão proporções colossais, como no caso dos desastres ambientais de larga escala. Os atores

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1073.

envolvidos podem ser ofensores com baixo poderio econômico, e, como no caso mencionado acima, com nenhuma relação causal com o dano cuja indenização lhe será cobrada. Para tanto, deve-se apurar a responsabilização ambiental por modelos diferenciados, e que não ignorem o modelo constitucional brasileiro vigente, de cunho humanista e em respeito aos valores e princípios fundamentais.

Apesar de gozar de constante aceitação por parte dos tribunais superiores, com destaque para as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o modelo do risco integral é, às vezes, associado pela doutrina de forma equivocada. Algumas posições, inclusive, encontram-se em contradição.

O modelo de risco integral é associado aos danos ambientais por serem estes de natureza diferenciada, que ensejariam a dispensa ou prova de culpa, e exigiriam apenas o dano e o nexo causal. Porém, pelos próprios termos do modelo de risco integral, não haveria de se analisar qualquer situação de causalidade, uma vez que, se a responsabilidade é objetiva, e adota-se o risco integral, o nexo de causal não servirá a seu intuito. E ocorre, por outro lado, uma série de argumentações sobre as inversões probatórias ou a necessidade de flexibilização do nexo causal.

3 O regime jurídico da responsabilidade civil no Brasil e as peculiaridades da reparação a bens ambientais

A responsabilidade civil foi tratada, no decorrer de várias décadas, sob a tutela da responsabilização civil subjetiva, fundamentada no artigo 159 do Código Civil de 1916, ao qual condicionava àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outros, restará obrigado a reparar o dano. Nesse intuito, verificava-se que a responsabilização civil subjetiva se utilizava, com clara função repressiva e de cunho patrimonialista individualista⁴, de quatro elementos distintos: ação ou omissão humana, também denominada como conduta humana; o dano causado; o nexo de causalidade entre a ação humana e o dano; e, finalmente, a intenção, pautada nos institutos da culpa ou dolo, a depender do caso.

Entretanto, quando da edição do Código Civil de 2002, o caput do artigo 927 trouxe disposição distinta, ao afirmar, genericamente, que aquele que, por ato ilícito, nos termos de outros dispositivos (artigos 186 e 187 do referido diploma) causarem danos a outros, ficarão obrigados a repará-lo. O artigo 186, que define ato ilícito para o Direito Civil, dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar danos a outros, ainda que de natureza exclusivamente moral, cometerá um ato ilícito. Ao mesmo tempo, o artigo 187 estabelece que também cometerá ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, o fizer de maneira manifestamente excessiva, e que ultrapassa os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Dessa forma, verifica-se que no Código Civil de 2002, apesar de ainda prevalecer o entendimento de que a regra geral será a da aplicação da responsabilização subjetiva, iniciou-se um movimento de “repersonalização”, com direcionamento a um equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e a proteção aos direitos e garantias fundamentais⁵, que se encontram, de forma permanente, ameaçados nas sociedades de risco contemporâneas⁶.

⁴ ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32.

⁵ Acerca das hipóteses excludentes ou mitigadoras da responsabilização civil, primordialmente sob o âmbito do movimento de Constitucionalização do Direito Civil, ou Direito Civil-Constitucional, e a postura subjetivista ou objetivista do Código Civil de 2002, ver. TEPEDINO, Gustavo. **Tema de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 173.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabili-**

Abriu-se, por oportuno, a possibilidade de a responsabilização civil afastar-se de sua função puramente repressiva, para adquirir um viés preventivo e com maior ênfase nonexo e causalidade e menos no dano em si — apesar deste permanecer como elemento central e indissociável da responsabilização⁷. Passou a vigorar disposições diferenciadas para uma aplicação da responsabilização objetiva, qual seja, aquela que, ao invés de exigir que a responsabilização civil seja resultante dos tradicionais elementos presentes na responsabilidade subjetiva, assenta-se na equação binária de polos distintos, em que o dano e a autoria tornam-se relevante para a determinação do evento dano.

Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade civil experimenta um fenômeno de recriação pela doutrina e jurisprudência brasileiras, no qual surgem novas funções, novos campos, bem como se notabilizam as conquistas teóricas e funcionais fora da literalidade da lei escrita, mas a partir de construções de sentido que se pautam em casos concretos⁸. Foram incorporados, outrossim, novos conhecimentos, mas, sobretudo, novos modos de percepção, e que, às vezes, não podem ser confundidos com mera aplicação da lei.

A responsabilidade civil objetiva, sem cogitar a imputabilidade ou de qualquer investigação de antijuridicidade do fato danoso, importa assegurar o ressarcimento, bem como verificar se ocorreu o evento e se dele surgiu algum prejuízo. Ao prescindir de ânimo de agir, simplesmente condiciona à reparação em decorrência de um dano, vinculado por um evento de causalidade⁹.

Entretanto, diante de uma sociedade em constante evolução, movida pelo impulso desenvolvimentista, seguido de uma série de multiplicações das oportunidades e das causas de danos, o indivíduo ou grupo lesado restam, às vezes, a encontrar-se em dificuldades para provar a culpa dos agentes causadores de danos, o que, por si só, já levava a uma situação de ausência de reparabilidade¹⁰.

Ao mesmo tempo, a sociedade passou a assumir riscos constantes, e as hipóteses de responsabilização civil sem culpa se tornaram mais anônimas, em decorrência da mecanização e da massificação da vida moderna. Portanto, distancia-se a vítima das possibilidades de identificação dos causadores de dano¹¹. Essa sociedade de risco, imersa em avanços tecnológicos e científicos de diferentes montas, experimenta a sensação imprópria de segurança e previsibilidade em uma época pós-industrial, mas também evidencia falhas que proporcionaram sentimentos como medo e insegurança, em níveis jamais antes experimentados, o que não exclui o meio ambiente¹².

Nesse ínterim, a responsabilidade civil ambiental, interligada pela relevância do bem tutelado, enfrentou, no decorrer de sua aplicação e desdobramento, diversas dificuldades para demonstrar a intenção do agente

dade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1061.

⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito constitucional à reparação de danos na sociedade de riscos. In: **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 29, n. 1, jan.-jun. 2009, p. 73-85. Especificamente sobre a sociedade de riscos e suas modificações na responsabilização civil, ver. p. 74-75.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1068.

⁹ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, jan./jun. de 2013, p. 50.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 35.

¹¹ Essa é a posição adotada por J. J. Calmon de Passos, em defesa da responsabilização objetiva: “Em verdade, todas as hipóteses de responsabilidade sem culpa são ocorrências em que o causador do dano e responsável por ele ou se tornou anônimo, dada a intensa mecanização e massificação da vida moderna, ou de tal modo está distanciado da vítima que seria uma injustificável exigência atribuir ao lesado o dever de identificá-lo. Sem esquecer que, em seu núcleo, a teoria do risco, a mais objetiva das teorias objetivas, apenas atende ao fato de haver-se tornado, em si mesmo, perigoso, em nossos dias, viver e conviver. E se todos somos coletivamente culpados pela adesão emprestada a esse estilo de vida, que legitimamos como o nome do progresso, tornamo-nos todos também coletivamente responsáveis”, citado por STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154-179, p. 159.

¹² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco* – rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. E, ainda, FERREIRA, Helene Sivini. O Risco ecológico e o princípio da precaução. In: LEITE, José Rubens Morato Leite; FERREIRA, Helene Sivini (orgs.). **Estado de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, . 56.

causador do dano, conforme a teoria da responsabilização subjetiva, e, posteriormente, a partir do viés da responsabilidade objetiva. Particularmente, tanto a doutrina jurídica brasileira quanto a jurisprudência pátria assumiram a responsabilidade objetiva como regra geral, e a matéria, inclusive, passou a gozar de caráter constitucional, uma vez que inserida no capítulo voltado para a proteção do meio ambiente.

Conforme disposição expressa do art. 225, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil¹³, todo aquele que realizar condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente submeter-se-á a uma tripla apuração: nas esferas cível, administrativa e penal, independentemente de qualquer obrigação de reparar os danos causados. Apesar de não se referir especificamente à responsabilização objetiva, a interpretação do texto constitucional proporciona a possibilidade de sua realização, quando determinou a separação do dever de sujeição aos danos de natureza ambiental de forma independente a qualquer obrigação de que sejam reparados.

Por sua vez, a Lei de n.º 6.938, de 31 de agosto de 1989 – a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), em seu artigo 2º, inciso I¹⁴, determina que a ação governamental deve pautar-se na manutenção do equilíbrio ecológico, em consideração ao meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, em razão do uso coletivo, e, ainda, em seu artigo 14, § 1º¹⁵, determinou que, sem obstar a aplicação das penalidades previstas no próprio dispositivo, será o indivíduo poluidor — apesar de a norma ser de aplicação geral, e englobar situações que não são, necessariamente, poluição — obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, devidamente afetados por sua atividade. Inclusive, detém o Ministério Público da União, bem como o Ministério Público Estadual, de efetiva legitimidade para propor ações de responsabilização civil e criminal, uma vez constatados danos causados ao meio ambiente.

Trata-se o bem jurídico-ambiental, portanto, inclusive pelo âmbito da titularidade do direito ao meio ambiente, como um bem de uso comum do povo, e, portanto, reconhece-se sobre os bens jurídicos ambientais a incidência do interesse de toda a coletividade — como o que ocorre com o ar atmosférico, que é utilizado sem muitas restrições e exceções por todos. Ao mesmo tempo, reconhece-se a incidência do interesse social e o regime de Direito Público na regulação dos bens jurídicos ambientais, com a norma constitucional realizando limitação substancial ao poder de disposição dos indivíduos, enquanto particulares, em relação à utilização, gozo e fruição dos bens que alcancem natureza ambiental.

Esses dispositivos, outrossim, representam uma mudança de paradigma e uma série de implicações à atuação do jurista contemporâneo, uma vez que resulta no abandono — ainda que lento, gradativo e parcial — da matriz liberal-individualista, utilizada na interpretação de diversos institutos jurídicos, e passa o bem jurídico-ambiental a diferir da conceituação civilista de coisa, sobre a qual recairia a exclusividade do exercício da titularidade¹⁶. Trata-se de bens, conforme regulamentação infraconstitucional proporcionada pela Lei de n.º 6.938, de 1989, que se compõem de elementos materiais e culturais, totalmente insuscetíveis de apropriação. São, portanto, bens ecologicamente equilibrados e de livre uso, gozo e fruição a todos os

¹³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] §3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (grifo nosso).

¹⁴ Art. 2º – A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

¹⁵ Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (grifo nosso).

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP – Linha Doutrina), p. 323.

cidadãos, medida que deverá ser administrada pelo Poder Público, no sentido de manter a sua integridade, e com exercício da vigilância necessária para tanto¹⁷.

O Código Civil brasileiro, de 2002, inclusive, em seu artigo 99, inciso I, menciona os “bens públicos de uso comum do povo”, e cita como exemplos os “rios, mares, estradas, ruas e praças”, inclusive com gravame sobre tais bens, a partir do viés da inalienabilidade, nos termos do artigo 100. Portanto, por si só, já os remove da esfera patrimonial e disponibilidade particular. Por outro lado, deve-se ressaltar que essa posição reside em uma abordagem liberal-individualista do Direito, e não há, no ordenamento jurídico civilista, uma compreensão adequada dos bens jurídicos ecológicos e da natureza pública e social que é vinculada à destinação destes. Entretanto, pode-se inferir, por intermédio de uma interpretação extensiva e conjunta ao artigo 1.228, §1º do mesmo Código, que rios, mares, estradas, ruas e praças alcançam um viés diferenciado de bens jurídicos.

O ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo reconhece a natureza difusa do bem jurídico ambiental, tratado como bem de uso comum do povo, e toda a sociedade, enquanto titular de tal direito, o utilizará diante de uma multiplicidade de interesses, quais sejam: patrimoniais, extrapatrimoniais, materiais, não materiais, individuais, coletivos e difusos. O bem jurídico ambiental, ao assimilar sua natureza difusa, supera a dogmática dicotomia bens públicos/bens privados, que se demonstrava, de forma constante e persistente, insatisfatória para o atendimento de demandas jurídicas que envolvam o meio ambiente, e tenta explicar os problemas contemporâneos a serem resolvidos pela norma posta pelo legislador a partir de seus próprios parâmetros¹⁸.

O reconhecimento da natureza jurídica difusa dos bens jurídicos ambientais já havia sido sinalizado, no decorrer dos anos, em diversos diplomas legislativos ambientais de maior destaque, que a colocavam, já na década de 1980, como meio de ruptura da influência liberal-individualista vigente no ordenamento jurídico brasileiro, como se sucedeu, por exemplo, quando da edição da Lei de n.º 7.347 de 1985 – a Lei da Ação Civil Pública. Uma das principais diferenciações no reconhecimento da natureza difusa é com relação à titularidade do exercício dos direitos inerentes a esses bens — primordialmente em âmbito processual.

Apesar de sua consideração como bem comum do povo, os bens jurídicos ambientais, principalmente em razão de sua natureza difusa, não podem ser confundidos com o interesse do Estado em sentido estrito, uma vez que a sociedade é a titular do direito ao meio ambiente, e não o Estado. Cabe-lhe, outrossim, promover sua defesa. Desse modo, a Administração Pública brasileira atingirá a eficiência no exercício de suas funções quando integra a noção jurídica de interesse público, uma vez que a própria Administração, ao desempenhar as competências que lhe são atribuídas pelo sistema normativo de modo diligente e direcionado à plena satisfação da finalidade prevista na norma, dirige-se ao alcance de um resultado satisfatório quando no interesse da coletividade¹⁹.

O interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm, quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem, já é suficiente para que seja considerado como interesse público²⁰. Nesse quesito, a tradicional diferenciação entre interesse público primário e secundário se faz relevante.

O interesse público primário pode ser conceituado como a razão de ser do Estado, e sintetiza-se, efetivamente, nos fins que cabem ao próprio Estado — sob a legalidade proporcionada pelo Direito — promover²¹. Pode ser utilizado como parâmetro para caracterizar o interesse da sociedade na proteção ao patrimô-

¹⁷ BARRACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 84-85.

¹⁸ MORATO, Antônio Carlos. A proteção jurídica do bem ambiental. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I (Fundamentos do Direito Ambiental), p. 739.

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito Administrativo e interesse público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 183.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstru-**

nio ambiental, mas jamais o interesse público secundário poderá ser utilizado para tanto, uma vez que pode ser conceituado como aqueles de interesse próprios da entidade estatal, como nos casos de resistência ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes; denegação de pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem; cobrança de tributos ou tarifas por valores exagerados, entre outros²².

A atividade estatal resta animada, perante o interesse público secundário, para a prossecução de fins próprios, ainda que públicos, mas com defesa de interesses que diferem daqueles da coletividade em sentido amplo. Quando age em sentido contrário, qual seja, em prol da coletividade, atingirá fins de interesse público primário e, portanto, resguardará o sentido que a lei aponta como de interesse da coletividade, em observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Se, por um lado, o interesse público primário reside no direito positivo, o Estado, ao agir com eficiência para cumprir a finalidade das normas inscritas no ordenamento, nada mais faz do que conduzir-se diligentemente em direção à realização plena do interesse público²³, e, nesse sentido, em muito alcançará um de seus deveres fundamentais, como o previsto no artigo 225 do texto constitucional, acerca da proteção ao meio ambiente²⁴.

A natureza difusa do bem jurídico-ambiental confunde a natureza pública com todo o interesse da sociedade, mas não quando o interesse do Estado, por si só, está em análise. A distinção entre interesse público primário e secundário permite destacar que nem sempre coincidem, mas o bem geral, promovido pela proteção ao meio ambiente, pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e, até mesmo, com alguns dos autênticos interesses difusos²⁵, que se utilizarão, em muito, de instrumentos como a Ação Civil Pública para sua persecução²⁶.

Os interesses difusos podem ser considerados como um conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos envolvidos, o que, diretamente, contrapõe-se à noção fundamental de titularidade ou assimilação patrimonial, presente na dogmática civilista brasileira por muito tempo. A tutela não mais poderá ter por base a titularidade em si, mas a relevância do interesse, do fato de sua relevância social, de seus impactos para a coletividade e, também, para as gerações presentes e futuras²⁷.

Podem se citar, inclusive, diversos exemplos de como a natureza difusa do bem jurídico-ambiental foram fundamentais para a resolução de problemas contemporâneos, mediante o reconhecimento da importância dos elementos naturais como ele central e geral para todo o ecossistema onde estão inseridos e, consequentemente, para o interesse de todo o conjunto da sociedade, enquanto coletividade, na limitação da utilização individuais desses bens ambientais, principalmente em razão da função ambiental que lhes é atribuída. É o caso da utilização de um lençol freático por uma construção em região próxima a dunas; a proibição de prejuízo à mata ciliar, próxima ao local onde ocorrerá um evento esportivo, entre outros²⁸.

indo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. vii-xviii.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 183-184.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito Administrativo e interesse público** – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico:** constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 153.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

²⁶ Deve-se ressaltar, inclusive, que em situações de choques entre o interesse público primário e o interesse público secundário, que ainda representam grande parte dos conflitos que envolvem a proteção ambiental, alguns autores, como Gustavo Binbenojm, defendem a utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que seja alcançado o viés pretendido pela norma, mas sem a violação dos direitos e deveres fundamentais – que é o caso do meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Conf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 103-105.

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93-97.

²⁸ Para José de Sousa Cunhal Sendim, a proteção da integridade ecológica e dos bens jurídicos ambientais não pode ser dissociada da proteção da capacidade funcional do patrimônio natural, de forma global (bens naturais, ecossistema e o conjunto de suas relações). Conf. SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos:** da reparação do dano através de

Uma lesão ao meio ambiente passa a ser uma lesão a toda a coletividade, e não apenas a direitos individuais, devidamente assinalados e correspondentes ao patrimônio de um particular ou de um grupo de particulares. A indeterminação dos sujeitos titulares do direito é que revela como a natureza da lesão promoverá efeitos no caso concreto. Se uma vila de pescadores é ameaçada por dejetos urbanos lançados ao mar, a lesão dissemina-se por um número indeterminado de pessoas, e pode, a depender do contexto, em muito agravar-se, como ocorreria na exploração predatória da Amazônia ou nos desastres que envolvam materiais radioativos ou nucleares, que ainda carecem de maiores análises e estudos sobre as extensões de seus danos. Inclusive, torna-se possível defender os bens jurídicos ambientais até mesmo em situações de lesões incorpóreas e de danos não materiais, como a discriminação racial por etnia²⁹.

Entretanto, em razão das próprias especificidades dos danos ambientais é que a aplicação da responsabilização objetiva adquiriu especial relevância. Trata-se de danos complexos, que não apresentam uma centralização evidente e linear, e que englobam situações, inclusive, de difícil apuração prática — como a denominada poluição histórica, que resulta da acumulação sucessiva e progressiva de dejetos variados e recebidos pelo meio ambiente natural, ou, ainda, quando o dano promovido não é visível, a título de prejuízos sofridos em um ambiente de trabalho insalubre por repetição. Trata-se de situações prováveis, e com foco na realização de danos futuros.

Apesar das peculiaridades e dificuldades promovidas pelos danos ambientais, pode-se afirmar que o artigo 225 do texto constitucional, por mais que atribua certa dimensão humana ao meio ambiente, não estabeleceu qualquer mecanismo mais efetivo para a recuperação e prevenção dos danos causados aos seres humanos, mais especificamente o dano ecológico puro, e limitou-se à fórmula geral da responsabilidade³⁰ — interpretada, majoritariamente, e, talvez, erroneamente, apenas como a objetiva.

A Teoria da Responsabilização Civil objetiva tem resguardo no pressuposto da existência de uma atividade que implica riscos para a saúde e ao meio ambiente em si, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir riscos — princípio da prevenção — e de internalizá-los em seu processo produtivo — Princípio do Poluidor-pagador³¹. Nesse quesito, a Teoria do Risco é costumeiramente denominada, sob a tutela do Direito Ambiental, como teoria do risco criado. Dispensa, outrossim, prova de culpa, e tem conexões históricas com posições europeias acerca da responsabilização civil pelo risco.

Por ser objetiva, pressupõe o dano ou o risco de dano, bem como o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado danoso, efetivo ou potencial, uma vez que, por via de consequência, há de se perquirir o nexo de causalidade, e verificar se há liame entre a ação ou omissão e o dano provocado, para caracterizar a responsabilidade e gerar o dever de indenizar. Nesse sentido, torna-se irrelevante a aferição de culpa do poluidor ou da ilicitude de seu ato³².

A responsabilidade civil contemporânea, apesar de não mais ter apenas a reparação patrimonial como elemento central, é orientada em torno da preocupação com a vítima do dano, em que é possível aplicar-se, de forma mais geral, a características de cunho individualista ou personalíssimo, quando possível.

Com relação, especificamente, ao Direito Ambiental, tanto o legislador constituinte quanto o infraconstitucional estabeleceram ao poluidor ou degradador a obrigação de restaurar e/ou indenizar os prejuízos ambientais, o que indica, em primeiro momento, que deve se tentar a restauração do bem ambiental e, somente

restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 126.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP – Linha Doutrina), p. 325.

³⁰ ANTUNES, Paulo Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

³¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 171.

³² DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 391.

tornando-se esta inviável, partir-se para a indenização por sucedâneo ou compensação³³.

Essa estruturação da responsabilidade civil em matéria ambiental é consignada na noção de se restabelecer a harmonia e o equilíbrio que, anteriormente consolidados, foram violados pela atitude danosa que lhe constitui como a fonte geradora. Portanto, afirma-se expressamente em lei que se promoverá a um desestímulo de novas atitudes que sejam perpetradas, associada à ideia de reparação de um dano patrimonial³⁴ ou extrapatrimonial³⁵.

Nesse sentido, o Princípio da Conservação pode ser apontado como pressuposto relevante ao estabelecimento da indenização por dano ambiental, quando se exige que as sanções do Direito Ambiental estejam, em desasia, direcionadas à reconstituição, à restauração e à substituição do bem ambiental — quando possível. Mas não se pode olvidar que, pelo meio ambiente suas composições físicas e biológicas modificadas por agressões que não consegue suportar, não poderá jamais ser verdadeiramente restabelecido, do ponto de vista ecológico, tal como ocorreria por um bem de estimado valor cultural que não mais poderá ser recuperado ou restaurado³⁶.

No âmbito internacional, outros ordenamentos jurídicos já se posicionaram favoravelmente a uma modificação estrutural no âmbito de responsabilização civil ambiental, principalmente no que se refere ao tratamento de questões consumeristas — com ênfase no consumo verde — ou na utilização sustentável de elementos naturais, de forma a evitar transtornos socioeconômicos. Pode-se citar o debate acerca do estabelecimento de restrições à responsabilidade subjetiva, na Holanda³⁷ — que correlacionam a responsabilidade de forma subjetiva como consequência de uma política de governança não favorável à sustentabilidade — e a tendência à imprescritibilidade na Espanha³⁸, no Chile³⁹ e no Japão⁴⁰.

O conceito de campos de responsabilidade permite-nos compreender como a responsabilidade é uma

³³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. In: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-10.

³⁵ Nesse contexto, a extrapatrimonialidade assume um viés central, com a consideração da perda da qualidade de vida, e que pode compreender, inclusive, o período em que a coletividade fica sem acesso a determinado bem, como nos casos de destruição da vegetação nativa em que, mesmo com a realização do replantio, ou mesmo uma situação de violação ao patrimônio cultural local, com a reparação de obras e monumentos que ali estavam, a qualidade de vida que outrora se apresentava pode demorar anos, décadas, séculos, para ser alcançada. Para uma análise sob a teoria da sociedade de risco, ver. RUSSO, Marília Rezende; HENKES, Silvana L. A prescrição dos danos ambientais extrapatrimoniais na sociedade de risco. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, v. 8, Edição Especial – I Congresso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política, p. 248-263, 2013.

³⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 213.

³⁷ Para abordar as limitações da responsabilidade subjetivista, tem-se conceituado responsabilidade como um campo no qual as responsabilidades subjetivistas são colocadas em tensão com as formas coletivistas de responsabilidade. A noção de responsabilidade coletivista reconhece que responsabilidades — como qualquer outra norma social — são reproduzidas nos processos sociais. De acordo com uma compreensão coletivista de responsabilidade, os atores podem ser responsabilizados por uma situação específica de coletividade que permanece ainda indefinida em termos de prescrições formais, legais ou estatutárias. O caráter específico da situação e do sujeito não específico da responsabilidade coletivista perde luz sobre as lógicas políticas de governança, pois trata da produção de normas e regras que regerão o uso futuro de água, energia, resíduos e eletricidade. In: SAVINI, Federico; GIEZEN, Mendel. Responsibility as a field: the circular economy of water, waste, and energy. **Environment and Planning C: Politics and Space**, Londres, v. 38, n. 5, p. 866-884, fev. 2020. Para o viés do consumo sustentável, ver. SONERYD, Linda; UGGLA, Ylva. Green governmentality and responsabilization: new forms of governance and responses to ‘consumer responsibility’. In: **Environmental Politics**, Londres, vol. 24, n. 6, p. 913-931, 2015.

³⁸ BUSTABAD, Daniel Montero. Plazos de Prescripción de Las obligaciones patrimoniales surgidas del daño ambiental. In: **Revista de Ciências Jurídicas**, San José, n. 129, p. 67-91, set.-dez. 2012.

³⁹ HARRIS, Pedro. Las funciones de la responsabilidad de la administración por la carencia de vigilancia ambiental – A propósito de la Sentencia de Corte Suprema del 5 de enero de 2016, Fisco de Chile con I. Municipalidad de lo Barnechea. In: **Revista de Derecho Ambiental**, Santiago, a. 5, n. 7, p. 197-209, jan.-jun. 2017.

⁴⁰ GARBACCIO, Grace Ladeira; MARIN, Jeferson Dytz; OTSUKA, Tadashi. Brazilian and Japanese Perspective of Environmental Damage. In: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 111-134, set.-dez., 2019.

questão política permanentemente contestada, não uma questão de jurisprudência formal e protocolo estatutário.

Independentemente dessas questões, o Direito Ambiental brasileiro estruturou-se em torno de mecanismos de ressarcimento do dano ambiental patrimonial, quais sejam, o do retorno ao estado anterior à lesão e o cálculo da devida indenização pecuniária, e algumas posições doutrinárias já têm admitido a sua incidência para a reparação de danos de caráter extrapatrimonial. A questão, portanto, está no evento danoso e sua responsabilização em razão e uma conduta que o causou, ou seja, no nexo de causalidade entre dano e conduta humana.

O nexo de causalidade pode ser considerado como um dos elementos essenciais para a determinação da responsabilização civil, mas é, ao mesmo tempo, aquele mais delicado e recheado de repercussões de ordem prática. Ainda na seara da responsabilização subjetiva, se há culpa e dano, não há qualquer tipo de responsabilidade quando não se pode apontar a sua causa geradora⁴¹.

Portanto, pode-se afirmar que o nexo de causalidade é o ponto de ignição de leis naturais sem as quais o dano jamais ocorreria, uma vez que submetido a critérios normativos, estes traduzem opções valorativas para sua aferição e adequação⁴². Ao mesmo tempo, a identificação da causa de um dano implica juízos valorativos, devidamente estruturados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e que se fundamentam em escolhas, tais como aquelas de natureza social, de periculosidade da atividade, de proximidade temporal ou espacial entre ação e/ou omissão e o dano, probabilidades, entre outros⁴³. Nesse sentido, uma série de teorias são apontadas para explicar a relação existente entre um dano e sua conduta causadora.

Inicialmente, a Teoria da Causalidade Adequada tem por objetivo determinar, entre diversas causas, aquela que apresente certa idoneidade da lesão para com a produção do dano. Esse processo é tratado por um juízo de adequação social que, de forma abstrata, considera que a suposta causa tem aptidão para produzir o dano. Ainda que não seja concretamente afirmada na maioria das situações, sua condição potencial alça o agente causador a responsável pelos danos promovidos.

Para essa teoria, a condição apenas converter-se-á em causa quando, pela análise do caso concreto pelo magistrado, percebe-se que o resultado lesivo abstratamente corresponde ao curso natural das coisas, ou seja, o dano que a vítima experimentou é uma consequência normalmente previsível do fato, sob a tutela da experiência. Portanto, baseia-se o magistrado em uma análise da probabilidade de ocorrência do evento danoso.

Por sua vez, a Teoria da Equivalência das Condições, elaborada por Von Buri em 1860, e, posteriormente, devidamente refinada por outros estudiosos do tema, estabelece um paradigma condicionalístico, e que parte da diferenciação entre condição e causa. A condição é todo fato que está presente na origem do dano, enquanto a causa é toda a condição que será determinante para a produção de um resultado. Portanto, ao analisar uma situação de dano civil, o magistrado terá de correlacionar todas as condições ligadas ao evento, e aferir, adequadamente, qual ou quais são aquelas que se interligam como causas ao dano promovido pelo agente⁴⁴.

Por essa teoria, todas as condições seriam equivalentes, tornando-se indispensável averiguar qual a maior ou menor distância entre a conduta do agente e seus efeitos, uma vez que toda condição se converte em uma causa, por mais remota que seja a sua correlação com o dano. Assim, o comportamento pessoal é elemento

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 36.

⁴² BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, jan./jun. de 2013, p. 567.

⁴³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 172.

⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

essencial para o resultado, ingressando na cadeia consequencial como necessário para o evento lesivo.

Finalmente, a Teoria do Dano Direto e Imediato (ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal) é aquela que se encontra expressamente prevista no Código Civil de 2002, conforme seu artigo 403. Por essa teoria, ainda que a inexecução resulte de dolo por parte do devedor, as perdas e danos a serem calculadas somente incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto em lei processual. No caso, sua aplicação na seara ambiental é amplamente reduzida — e, por que não, vedada — em razão das disposições constitucionais nesse sentido.

Pode-se aferir, na prática, que nenhuma das teorias alcança a complexidade oferecida pelas situações de danos ao meio ambiente, uma vez que o resultado pode ser proveniente de várias causas, muitas delas concorrentes, simultâneas ou sucessivas, e dificilmente terão uma única e linear fonte⁴⁵.

Ao mesmo tempo, o nexo de causalidade, a partir de juízos de adequação social, em que várias causas concorrem para o dano, podem levar a uma série de situação de ausência de responsabilização, como nas situações excludentes de responsabilidade por caso fortuito ou força maior — tufões, enchentes, tempestades, terremotos, entre outros — que favorecem o nível degradador, e que passam a invocar a culpa de terceiros ou da vítima, para evitarem o dever de indenizar. Isso, por si só, é uma situação violadora do princípio da precaução, em Direito Ambiental⁴⁶.

Em razão das dificuldades enfrentadas em nível ambiental, tanto doutrina quanto jurisprudência assimilaram a Teoria do Risco Integral, vertente pertencente à Teoria dos Riscos aplicada à Responsabilização Civil, para determinarem as consequências decorrentes de situações de danos ao meio ambiente, independentemente de sua natureza — seja natural, artificial, do trabalho, cultural e, até mesmo, digital ou cibernético. A vantagem auferida pela Teoria do Risco Integral, que é derivada, com relação ao nexo de causalidade, da Teoria da Causalidade Adequada, está com a colocação do perigo (potencial) como causador do dano, devendo-se, apenas, aferir se há liame causal entre a ação humana ou sua omissão e o dano promovido⁴⁷.

4 A natureza jurídica difusa do bem ambiental e a aplicação da teoria do risco agravado

A natureza jurídica dos bens ambientais transita entre regramentos de Direito Público e de Direito Privado. Ainda que possa ser — ao menos sob primeira análise — considerada como de natureza pública, o bem jurídico-ambiental transita em uma “fronteira” entre o público e o privado por intermédio de sua difusão.

De qualquer forma, não se pode confundir a característica difusa com a própria natureza pública, em sentido estrito, que tem por objetivo primordial a prossecução do interesse público primário e, ao mesmo tempo, a limitação dos interesses privado e público secundário⁴⁸.

Portanto, os bens ambientais de interesse público devem ser separados da definição de bens públicos e privados, diferentemente do que era disposto no Código Civil brasileiro de 1916, bem como do Código Civil de 2002, que incorre no mesmo erro, ao classificar os bens de uso comum do povo como bens públicos, o

⁴⁵ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 173.

⁴⁶ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. *In: Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, jan./jun. de 2013, p. 57.

⁴⁷ GUEDES, Emerson Almeida; FERREIRA, Clécia Lima. A responsabilidade civil pelo dano ambiental e a teoria do risco integral. *In: Cadernos de Graduação – Ciências Humanas e Sociais*, Aracaju, v. 3, n.3, p. 13-28, out. 2016, p. 14-15.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP – Linha Doutrina), p. 330.

que, por via de consequência, os colocam no âmbito pertencente ao Poder Público, e não a toda a coletividade, tal como dispõe o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988⁴⁹.

Nesse sentido, o artigo 2º, inciso I, da Lei de n.º 6.938, de 1981, instituiu como Princípio da Política Nacional de Proteção ao Meio Ambiente que “a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio como ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, em razão da sua utilização coletiva”.

O meio ambiente, enquanto instituto que promove interesse — sob análise da legitimação para agir — e preenchendo os requisitos de uma categoria difusa, pode ser referenciado como um macrobem jurídica, cuja natureza jurídica é pública. Enquanto bem, por sua vez, é imaterial, e não se confunde com outros bens materiais, a exemplo das florestas, rios, mares, sítios históricos, espécies protegidas, entre outros.

Torna-se para o Direito, outrossim, um complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental e, por oportuno, o meio ambiente é bem, mas um bem como entidade, que se destaca os vários bens materiais e, que se firma, e ganha relevância, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, características ou utilidade da coisa, do que a própria coisa⁵⁰.

A definição de meio ambiente, enquanto macrobem, não é incompatível com a verificação de que o complexo ambiental é formado por bens individuais e singulares, enquanto coisas. Estas, em si mesmas, são bens jurídicos. Cite-se o exemplo do rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável, entre inúmeros exemplos. Mas o titular do bem — seja particular ou o próprio Estado — deverá exercer o seu direito de propriedade e posse sempre em consonância com a proteção do equilíbrio e da salubridade do meio ambiente em termos gerais, bem como ajustado à sua função ambiental.

Nesse ínterim, a natureza eminentemente difusa do bem ambiental pode ser tratada sob o âmbito da compreensão de microbem, apesar de relativa tensão⁵¹ ou colisão⁵² entre diversos interesses e direitos que surgem das relações jurídicas ecológicas. Enquanto o macrobem configura-se como um bem incorpóreo e imaterial de uso comum do povo, o que determina que o proprietário — público ou privado — de um bem com valor ambiental não poderá dispor da qualidade do ambiente em razão do macrobem pertencer a todos, um microbem ambiental se identifica com os elementos que compõem o meio ambiente, e podem ter um regime de propriedade variado o que, por si só, pode impactar a responsabilização civil decorrente de suas violações.

Como os bens ambientais juridicamente tutelados são considerados como um macrobem — bem de uso comum do povo — a sua reparação em sentido amplo, por intermédio de indenizações, reparações em sentido estrito ou compensações, têm por intuito permitir que o meio ambiente lesado tente retornar ao status quo ante que apresentava, antes da ocorrência do dano. Entretanto, na maioria dos casos, torna-se inviável a recuperação ou retorno ao estado anterior, o que, por si só, torna imprescindível a necessidade de manutenção e conservação⁵³.

Por ser um bem de utilização comunitária e de titularidade difusa, que abrange, inclusive, as futuras gerações, não se trata de situações meramente patrimoniais — condicionadas, tradicionalmente, na seara

⁴⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

⁵⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 75.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP – Linha Doutrina), p. 333-334.

⁵² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

⁵³ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. In: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, jan./jun. de 2013, p. 52.

da responsabilização subjetiva — e nem meramente pessoais — que tornará, por outro lado, para a responsabilização objetiva. Mas, ainda assim — e talvez, por falta de maior embasamento teórico sobre a própria estrutura da natureza jurídica do bem jurídico-ambiental e os danos ambientais decorrentes de sua violação — se defende a aplicação do modelo de risco integral.

O próprio STJ⁵⁴ é defensor de que o dano ambiental não exclui a comprovação da efetiva ocorrência do dano e do nexo de causalidade com a conduta do agente. Mas, ainda assim, permanecem em defesa do modelo do risco integral, com discussões sobre provas, inversões probatórias, flexibilizações, e até mesmo do tipo de demanda ambiental correspondente, que, por outro lado, podem ser resolvidas de outra forma.

Pela Teoria do Risco Integral, a responsabilidade objetiva adquire um caráter absoluto, inafastável, que se traduz em pura causalidade: uma vez causado o dano, há a responsabilidade. Porém, em certa medida, sua aplicação é por deveras problemática. O perfil constitucional adotado para os bens ambientais prestigia a proteção aos bens em si, bem como da geração presente e futura, e necessita de maior proteção à vítima, com reparação integral e sem olvidar da desigualdade substancial em cada caso, o que, por si só, se correlaciona com o primado da solidariedade social.

A responsabilidade civil objetiva por risco agravado, portanto, diferencia-se da responsabilidade civil comum em razão da mudança de foco em um dos elementos centrais da responsabilização: o da ação ou conduta humana. Enquanto nesta a ação ou conduta humana é elemento central, vinculado ao dano promovido em razão do nexo de causalidade, a ação ou conduta humana são adaptados, naquela, para a conexão entre o dano promovido e a atividade desenvolvida, com redução, inclusive, da dependência do nexo de causalidade — e, por conseguinte, diminuição do número de flexibilizações ou mitigações de seus preceitos, quando aplicados na teoria da responsabilização por risco integral.

Por outro lado, deve-se ressaltar que um eventual afastamento do nexo de causalidade exige uma estreita relação entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor. Portanto, apenas será juridicamente possível — e, por deveras, justo — imputar uma situação de responsabilização civil para indenização, compensação ou reparação sem nexo de causalidade a alguém, se o vínculo entre o dano e a atividade desenvolvida forem estreitos e interligados.

Na responsabilidade civil objetiva por risco agravado os fatos que excluiriam o dever de indenizar, uma vez considerados como fortuitos externos, passam, com o decorrer de sua construção doutrinária e jurisprudencial, a serem considerados como fortuitos internos. Podem-se citar, como exemplo, duas posições adotadas pelo STJ sobre a temática.

No REsp. de n.º 401.397⁵⁵, com posições semelhantes no REsp. de n.º 1.291.702⁵⁶ e no AgRg. de n.º

⁵⁴ Conf. STJ, REsp. 1.378.705; Resp. 1.056.540, entre outros.

⁵⁵ RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRANSPORTE AÉREO – ATRASO EM VÔO C.C. ADIAMENTO DE VIAGEM – RESPONSABILIDADE CIVIL – HIPÓTESES DE EXCLUSÃO – CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – PÁSSAROS – SUCCÃO PELA TURBINA DE AVIÃO. A responsabilização do transportador aéreo pelos danos causados a passageiros por atraso em vôo e adiamento da viagem programada, ainda que considerada objetiva, não é infensa às excludentes de responsabilidade civil. - As avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus, constituem-se em fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se pode atribuir a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito. É dever de toda companhia aérea não só transportar o passageiro como levá-lo incólume ao destino. Se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para vôos alternos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece (STJ - REsp: 401397 SP 2001/0196968-6, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 27/06/2002. Data de Publicação: DJe 09/09/2002).

⁵⁶ CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE AÉREO. LEGITIMIDADE ATIVA. IRMÃ DA VÍTIMA. ACORDO CELEBRADO COM HERDEIROS NECESSÁRIOS. IRRELEVÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TERMO INICIAL. JUROS MORA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO. 1. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados

1.316.179⁵⁷, decidiu o STJ que não configura fortuito externo a sucção, pelas turbinas das aeronaves de grandes pássaros habituados a voarem grandes alturas, como os urubus. Tratar-se-ia, na verdade, em hipótese de fortuito interno. Portanto, se a aeronave é danificada pela sucção de grandes pássaros, impõe-se cautela para que o maquinário seja devidamente revisto e os passageiros remanejados para voos alternativos em outras companhias. No caso, o atraso por si só decorrente dessa operação é considerado como causador da responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece.

Da mesma forma, quando da edição da Súmula de n.º 479, o STJ determinou que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Nesse caso, as fraudes praticadas por terceiros em relação a cartões de crédito, como danos resultantes de clonagem, interceptação de cartões, entre outros, ou ainda fraudes pela *internet*, como a subtração de numerário em contracorrente, serão apuradas com desconsideração do fato de terceiro, vez que se trata de fortuito interno, pelo qual o banco responderá independentemente de culpa.

Pode-se auferir, pelas posições elencadas acima, que os responsáveis se vinculam aos danos em razão destes estarem conexos às suas atividades, ainda que provenientes de terceiros. Trata-se da responsabilidade civil objetiva por risco agravado. Nos casos mencionados, se houver vínculo com os riscos da atividade, já haverá a responsabilização, ou seja, não responderão os responsáveis por quaisquer danos que as vítimas sofreram, mas apenas aqueles vinculados às suas atividades. E outros casos podem ser mencionados, como, por exemplo, no caso dos planos de saúde, que respondem por quaisquer danos que um passageiro de transporte interestadual vier a sofrer no trajeto de sua viagem.

Os planos de saúde responderão por todos os danos conexos à sua atividade, ainda que sejam falhas ou omissões em relação aos deveres de cooperação, esclarecimento e informação. Assim, se um plano de saúde deixa de comunicar, individualmente, o paciente acerca do descredenciamento de determinado médico ou hospital, violará o dever de informar, de modo completo, claro e eficiente. O mesmo ocorre quando nega atendimento de urgência, em momento delicado para a vida do paciente ou de sua família, quando normalmente estará fragilizado pelo acidente sofrido na viagem. Dessa maneira, pode, inclusive, o plano de saúde não responder nos casos de seguros-saúde — quando os médicos são escolhidos pelos próprios pacientes, sem qualquer credenciamento ou interferência — em que não se exercitará sua atividade, apenas condicionando-se a reembolsá-lo posteriormente, por força de contrato⁵⁸.

pelo recorrente em suas razões recursais, apesar da interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema. 3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 4. Os irmãos podem pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão, sendo irrelevante a existência de acordo celebrado com os genitores, viúva e filhos da vítima que os ressarciram pelo mesmo evento. A questão não é sucessória, mas obrigacional, pois a legitimidade ativa não está restrita ao cônjuge, ascendentes e descendentes, mas a todos aqueles atingidos pelo sofrimento da perda do ente querido, desde que afirmem fatos que possibilitem esse direito. 5. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 6. Tratando-se, na hipótese, de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem ser aplicados a partir da citação. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido tão somente para determinar que os juros legais incidam a partir da citação (STJ – REsp: 1291702 RJ 2011/0202530-8, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22/11/2011. Data de Publicação: DJe 30/11/2011).

⁵⁷ AGRADO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE AÉREO ENVOLVENDO O AVIÃO BOEING 737-800, DA GOL LINHAS AÉREAS, E O JATO EMBRAER/LEGACY 600, DA EXCEL AIR SERVICE. DANO MORAL. IRMÃ DA VÍTIMA FALECIDA. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Os irmãos possuem legitimidade ativa ad causam para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes. 2. Restou comprovado, no caso ora em análise, conforme esclarecido pelo Tribunal local, que a vítima e a autora (sua irmã) eram ligados por fortes laços afetivos. 3. Ante as peculiaridades do caso, reduzo o valor indenizatório para R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), acrescido de correção monetária, a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios, a partir da citação. 4. Agravo regimental parcialmente provido (STJ – AgRg: 1316179 RJ 2010/0105027-1, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 14/12/2010. Data de Publicação: DJe 01/02/2011).

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1079.

Verifica-se, por oportuno, que o elemento central da responsabilização civil ambiental passa pelo conceito de atividade, e que deve ser utilizado como parâmetro interpretativo e axiológico. Para a formação da responsabilidade civil ambiental, faz-se necessário ocorrer uma conexão entre a atividade desempenhada pelo agente e o dano porventura causado ao meio ambiente ecologicamente protegido. A Teoria do Risco Integral não consegue, nesse ínterim, cumprir suas disposições e, ao mesmo tempo, resguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não apresenta amparo na Teoria da Responsabilização Civil Tradicional — de cunho eminentemente subjetivo e com foco no nexo de causalidade — e nem se coaduna com as posições contemporâneas, que reiteram o perfil em torno do risco. Para o risco integral, responde o agente inclusive por danos que não estão relacionados com sua atividade, nem a pessoas ou coisas com ela relacionadas. Assim, deverá, em muito, responder pelo risco agravado que ela promove.

A atividade corresponde, ao mesmo tempo, aos anseios da anteriormente mencionada Lei de n.º 6.938/1981, em seu artigo 14, §1º, que determina a aplicação de penalidades ao poluir, independentemente da existência de culpa, para indenizar ou reparar danos causados ao meio ambiente e a terceiros que estejam “afetados por sua atividade”. Portanto, os danos não guardam uma mera vinculação causal com a conduta ou ação do agente, mas estrita relação com sua atividade⁵⁹.

5 Considerações finais

Pode-se concluir diante de todo o exposto que, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da imprescritibilidade das infrações que promovam danos ambientais, permitiu uma abertura teórica à aplicação da Teoria do Risco Agravado no Direito Ambiental, em substituição às Teorias do Risco Integral e do Risco Causado, que, em muito, enfrentam dificuldades para a regulamentação e tratamento dos danos ambientais que envolvam reparações patrimoniais individuais.

Essa medida, por si só, é suficiente para um redirecionamento da interpretação acerca da reparação por danos ao meio ambiente, que, em muito, corroboram com a natureza difusa dos bens ambientais e, ao mesmo tempo, permite o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com atendimento dos deveres impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Os tribunais brasileiros, principalmente pela incidência de atuação do Superior Tribunal de Justiça, realizaram, durante anos, uma série de decisões díspares na seara do Direito Ambiental, e, apesar de relativo consenso acerca dos danos patrimoniais de natureza difusa, muito restou sem solução efetiva quando analisados os danos patrimoniais de natureza individual, que, inclusive, não são abrangidos pelas hipóteses expressamente previstas de atuação das Ações Cíveis Públicas.

A aplicação da tradicional Teoria da Responsabilização Civil — de cunho subjetivista, individualista e com foco no nexo de causalidade — não consegue abranger a natureza difusa dos bens ambientais. Por outro lado, a utilização da teoria do risco integral, ainda que aplicada de natureza objetiva, também não alcança os objetivos expressos no artigo 225, *caput*, do texto constitucional, uma vez que permite a responsabilização do agente por elementos que não correspondem à sua atividade.

É nesse sentido que se defende uma abertura, pelo reconhecimento da repercussão geral da imprescritibilidade dos danos ambientais, para a realização da teoria do risco agravado, mais adequada às searas ambientais e cobrindo, inclusive, os danos patrimoniais de cunho individual, a fim de serem alcançados os primados protetores do meio ambiente, bem como as regras e princípios inerentes ao Direito Privado, notadamente o Direito Civil brasileiro, acerca da Responsabilidade Civil.

⁵⁹ Para Édil Milare, “apenas os danos relacionados à atividade considerada, típicos ou próprios dela — e não os oriundos de outras atividades —, é que geram o dever de reparação”. In: MILARÉ, Édil. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 443.

Referências

- ANTUNES, Paulo Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). **Direito Administrativo e interesse público** – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BARRACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco** – rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, jan./jun. de 2013.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BUSTABAD, Daniel Montero. Plazos de Prescripción de Las obligaciones patrimoniales surgidas del daño ambiental. *In*: **Revista de Ciências Jurídicas**, San José, n. 129, p. 67-91, set.-dez. 2012.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2013 (Col. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, vol. 1).
- DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- FERREIRA, Heline Sivini. O Risco ecológico e o princípio da precaução. *In*: LEITE, José Rubens Morato Leite; FERREIRA, Heline Sivini (orgs.). **Estado de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GARBACCIO, Grace Ladeira; MARIN, Jeferson Dytz; OTSUKA, Tadashi. Brazilian and Japanese Perspective of Environmental Damage. *In*: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 111-134, set.-dez. 2019.
- GUEDES, Emerson Almeida; FERREIRA, Clécia Lima. A responsabilidade civil pelo dano ambiental e a teoria do risco integral. *In*: **Cadernos de Graduação** – Ciências Humanas e Sociais, Aracaju, v. 3, n.3, p. 13-28, out. 2016.
- HARRIS, Pedro. Las funciones de la responsabilidad de la administración por la carencia de vigilancia ambiental – A propósito de la Sentencia de Corte Suprema del 5 de enero de 2016, Fisco de Chile con I. Municipalidad de lo Barnechea. *In*: **Revista de Derecho Ambiental**, Santiago, a. 5, n. 7, p. 197-209, jan.-jun. 2017.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo ex-

- trapatrimonial – teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade, DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito constitucional à reparação de danos na sociedade de riscos. *In*: **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. 29, n. 1, jan.-jun. 2009.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MORATO, Antônio Carlos. A proteção jurídica do bem ambiental. *In*: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental**: doutrinas essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol. I (Fundamentos do Direito Ambiental).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ROSENVALD, Nelson. **Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RUSSO, Marília Rezende; HENKES, Silviana L. A prescrição dos danos ambientais extrapatrimoniais na sociedade de risco. *In*: **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – UFSM, v. 8, Edição Especial – I Congresso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política, p. 248-263, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP – Linha Doutrina).
- SAVINI, Federico; GIEZEN, Mendel. Responsibility as a field: the circular economy of water, waste, and energy. **Environment and Planning C: Politics and Space**, Londres, v. 38, n. 5, p. 866–884, fev. 2020.
- SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SONERYD, Linda; UGGLA, Ylva. Green governmentality and responsabilization: new forms of governance and responses to ‘consumer responsibility’. *In*: **Environmental Politics**, Londres, vol. 24, n. 6, p. 913-931, 2015.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as Dimensões do Dano Ambiental no Direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. **Tema de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

7. MUDANÇAS CLIMÁTICAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Agenda 2030: emergência climática e o papel das instituições públicas

2030 agenda: for the sustainable development, climate emergency and the role of the public institutions

Luiz Edson Fachin

Agenda 2030: emergência climática e o papel das instituições públicas

2030 agenda: for the sustainable development, climate emergency and the role of the public institutions

Luiz Edson Fachin**

Resumo

Neste artigo, propõe-se análise da crise climática, com especial enfoque para o contexto advindo da pandemia de coronavírus. Debate-se a relação entre comportamento humano predatório do meio ambiente e crises ambientais. Propõe-se discutir, ainda, o papel das instituições públicas e dos tratados internacionais, em particular da Agenda 2030, no esforço a ser envidado para responder aos desafios que a emergência do clima se nos impõe. Expõe-se, também, o estado da arte da litigância climática no Brasil e o papel que cabe ao STF nesse cenário.

Palavras Chave: Direito constitucional. Direito ambiental. Emergência climática. Tratados internacionais. Instituições públicas.

Abstract

In this article, an analysis of the climate crisis is proposed, with special focus on the context arising from the coronavirus pandemic. The interwoven relationship between predatory human behavior in the environment and environmental crises is debated. It is also proposed to discuss the role of the public institutions and international treaties, in particular the 2030 Agenda, in the effort to be made to respond to the challenges that the climate emergency imposes on us. It also exposes climate litigation in Brazil and the role that the Brazilian Supreme Court plays in this scenario.

Keywords: Constitutional law. Environmental law. Climate emergency. International treaties. Public institutions.

* Autor convidado

** : Jurista e magistrado brasileiro. Foi advogado, professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e desde 16 de junho de 2015 é ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1980), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986) e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). E-mail: luiz.fachin@uniceub.br

1 Introdução

“O fim do mundo é invisível. O fim do mundo aparece e não o vemos”.¹

¹ TAVARES, Gonçalo M. Penso num fim do mundo que passa despercebido. *Diário da Peste*, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://expresso.pt/opiniao/2020-06-19-Diario-da-Peste.-Penso-num-fim-do-mundo-que-passa-despercebido>. Acesso em: 27 ago. 2020.

As palavras do escritor português Gonçalo M. Tavares em epígrafe resumem como a crise causada pela pandemia de coronavírus atinge a todos e a todo o planeta no ano de 2020. O planeta foi vergado pela pandemia e as preocupações se concentraram em torno dessa questão, ainda que, no Brasil, o foco das atenções seja dividido com outras duas ordens de crises além da sanitária: a política e a socioeconômica.

Os desafios que emergem com a crise, embora sejam dotados de complexidade notável, não são exatamente inéditos. A relação da humanidade com as doenças, afinal, não é nova. Despiciendo regressar ao Medievo para tratar de epidemias e de pandemias. Pode-se retornar tão somente ao ano de 2015, quando, em maio, a OMS declarou epidemia de ebola na Libéria. Em fevereiro de 2016, houve emergência de saúde pública mundial em relação ao zika em áreas do Brasil e da Polinésia Francesa. Retrocedendo mais, em 2002, a epidemia de SARS (Síndrome Respiratória Aguda Grave) afetou Hong Kong em particular, bem como a de gripe aviária, em 2003.

O ano de 2020, porém, nos trouxe uma perspectiva global e acelerada da doença causada pelo SARS-CoV-2. No Antropoceno², as relações comerciais e sociais são de tal forma globalizadas e imediatas que um vírus que eclode na China espalha-se rapidamente pelo mundo, alterando as formas de viver, as rotinas e exigindo medidas imediatas e rigorosas das autoridades sanitárias. Michel Serres nos ensina que “globalizada, a atual poluição resulta da luta pela posse do espaço em sua totalidade³”. O artesanato da história traz um *pathos* que interroga a *aktivität kommando* da sociedade contemporânea.

Os sacrifícios individuais e coletivos que a pandemia exigiu, contudo, podem ser uma lição de fundamental importância para lidarmos com os desafios advindos da emergência climática. A questão ambiental e a Covid-19, afinal, estão profundamente imbricadas. O comportamento humano predatório e devastador do meio ambiente acelera a propagação de vírus comuns em animais entre os seres humanos. A doença causada pelo coronavírus pode consistir em zoonose que se espalha em razão da degradação do ambiente natural. Como alertam especialistas do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a degradação de terras, a exploração de vida selvagem, a extração de recursos e mudanças climáticas diminuem distâncias e derrubam fronteiras, mas cobram alto preço, na medida em que também trazem aumento de doenças eis que alteram as formas de interação entre humanos e animais⁴. A experiência tem sido pungente.

Desde o final da década de 1980, com o fim da Guerra Fria, a realidade vem sendo adjetivada como volátil, incerta, complexa e ambígua, *VUCA*, no acrônimo em inglês, cunhado por Warren Bennis e Burt Nanus. A pandemia amplifica tais características e exige novas formas de enfrentar os desafios. A gravitação oca do individualismo hipertrofiado desembarca do nirvana das soluções mágicas.

O presente estudo, nesse contexto pandêmico, propõe-se à análise das questões jurídicas trazidas pela emergência climática. Trata, ainda, do papel pertinente às instituições públicas (nomeadamente do sistema de justiça) para responder às demandas do presente. Debate, também, a necessidade de governança global para tratar de questões transfronteiriças e como os tratados internacionais e, em particular, a Agenda 2030, podem ser úteis para responder às questões voláteis e ambíguas que o presente nos lança. São sistematizadas aqui ideias e pensamentos que refletem sobre o presente e o porvir no Brasil e no planeta.

Não haverá respostas absolutas. Os dilemas complexos não serão solvidos de maneira simples ou binária. O debate e a proposição de respostas, ainda que incertas, porém, são caminhos necessários e imprescindíveis para atravessar este *fim do mundo invisível*.

² Termo cunhado pelo químico holandês Paul Crutzen, designa a era geológica contemporânea, em que a queima de combustíveis fósseis pelos seres humanos altera a composição da atmosfera e eleva a temperatura do planeta de formas significativas.

³ SERRES, Michel. *O mal limpo: poluir para se apropriar?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 90.

⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Preventing the next pandemic: zoonotic diseases and how to break the chain of transmission*. Nairobi, 2020. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/report/preventing-future-zoonotic-disease-outbreaks-protecting-environment-animals-and>. Acesso em: 02 set. 2020.

2 Emergência climática

A questão ambiental e o desenvolvimento sustentável são essenciais para compreender o *canteiro de obras* à frente.

A própria existência da humanidade arrosta a náusea e a indiferença. Responsabilidade e deveres com o meio ambiente assumem protagonismo.

O modelo de sociedade material constituída na contemporaneidade ocidental demonstra fadiga na estrutura *prêt-à-porter*. O apregoado *fim da História* desceu da torre de marfim e agora uma sociedade na qual valha a pena integrar-se conclama a definir sua morada.

As expressões “*mudança climática*”, “*aquecimento global*” e “*crise climática*” são comumente utilizadas como sinônimos, embora os conceitos guardem distinções⁵. *Mudança climática* refere-se ao fenômeno físico em curso que pode ser natural ou induzido pelo comportamento humano e leva a modificações nas temperaturas, precipitações e padrões dos ventos. O *aquecimento global*, a seu turno, é o resultado climático que experimentamos atualmente, que se refere ao aumento da temperatura do planeta e seu reflexo nos ecossistemas. A *emergência climática* ou *crise climática* aponta para o comportamento humano e as emissões de carbono geradas pela humanidade como causas principais das mutações no clima que observamos.

No ano de 2019, a emergência climática ganhou atenção da mídia e de movimentos da sociedade. Não apenas foi escolhida palavra do ano pelo Dicionário Oxford⁶, como a revista *Time* elegeu personalidade do ano a ativista Greta Thunberg, estudante sueca que lidera o movimento *Fridays for Future* para pressionar governos e organizações por medidas contra o aquecimento global⁷. Ainda em 2019, houve três grandes paralizações globais pelo clima (15 de março, 24 de maio e 20 de setembro). Em setembro, o movimento atingiu a maior mobilização da história. Os organizadores contabilizaram que mais de 4 milhões⁸ de pessoas participaram das manifestações ao redor do mundo, incluindo 1.4 milhões na Alemanha, 300.000 na Austrália e 300.000 no Reino Unido.

Os movimentos que geram grandes mobilizações em torno do tema da emergência climática são fundamentais para atrair atenção e exigir soluções para as questões que ela nos traz. Há um paralelo entre a emergência climática e a pandemia de coronavírus: ambas exigem governança global para serem superadas. Nenhuma das duas pode ser enfrentada a partir de posturas individuais. Ambas representam desafios transfronteiriços, que demandam enfrentamento a partir de atores estatais e não estatais reunidos em torno de princípios comuns e ações concertadas nas diversas ambiências — nacional e internacional, regional e subnacional. O vírus, afinal, assim como o clima, não conhece fronteiras⁹.

É interessante notar, também, que os comportamentos iniciais em relação à pandemia em muito se parecem com as reações daqueles que rejeitam a emergência climática. Há postura anticientífica por parte de governantes, bem como irresponsabilidade e individualismo exacerbado de parcelas da sociedade. Tanto num como em outro problema, o horizonte longínquo dificulta a tomada de ações. As medidas não parecem necessárias a não ser que uma catástrofe se torne iminente.

⁵ O sítio eletrônico das Nações Unidas traz informações sobre os conceitos chave: <https://nacoesunidas.org/acao/mudanca-climatica/>. Os periódicos vêm adaptando sua linguagem, como se pode ver nesta notícia da Unisinos: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/590122-por-que-e-mais-correto-falar-em-criese-climatica-e-nao-em-mudanca-climatica>.

⁶ A escolha foi noticiada pelo *The New York Times* em: <https://www.nytimes.com/2019/11/20/arts/word-of-the-year-climate-emergency.html>

⁷ A Wikipedia lista as pessoas do ano já escolhidas pela Revista *Time*. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Pessoa_do_Ano_\(revista_Time\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pessoa_do_Ano_(revista_Time)).

⁸ Notícias a respeito da Greve pelo Clima podem ser acessadas na Wikipedia em: https://en.wikipedia.org/wiki/September_2019_climate_strikes.

⁹ COVID-19 e a emergência climática: conexões e desafios. *Le Monde Diplomatique*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/covid-19-e-a-emergencia-climatica-conexoes-e-desafios/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

O paradoxo que envolve a preparação para enfrentar essas situações guarda relação próxima com a “tragédia dos comuns”, quando os indivíduos, agindo de forma independente e racional, de acordo com seus próprios interesses, comportam-se de maneira contrária aos melhores interesses de uma comunidade. Assim, ao privilegiar sua conveniência individual, as pessoas podem deixar de respeitar as medidas de isolamento social e, com isso, espalhar o vírus e levar ao abarrotamento de hospitais e serviços de saúde, prejudicando toda a comunidade.

De igual maneira, ao ignorar as necessárias medidas de mitigação de queima de combustíveis fósseis, indivíduos podem levar o aquecimento global a patamares que inviabilizem a vida humana na terra. Em nenhuma das duas situações, é possível aguardar uma situação irreversível para agir. Essa mensagem transformadora tem como origem e destino o direito fundamental à esperança, e se assenta na pedagogia da sociedade.

Com efeito, em estudo publicado em 5.11.2019, na revista *BioScience*¹⁰, 11.258 cientistas de 153 países alertam que o planeta enfrenta uma emergência climática inequívoca e apontam objetivos amplos de políticas públicas que precisam ser atingidos para enfrentá-la¹¹.

O “*Alerta dos Cientistas Mundiais sobre a Emergência Climática*” evidencia a robustez do desafio de reduzir as emissões dos gases causadores do efeito estufa: “*A despeito de 40 anos de negociações sobre o clima, nós, com poucas exceções, estamos nos comportando como se nada tivesse mudado, e fracassamos, de modo geral, em enfrentar esse problema*”¹².

De fato, conforme alerta Steven Pinker:

Mesmo se as emissões de gases de efeito estufa caírem pela metade até 2050 e forem zeradas até 2075, o mundo ainda estará a caminho de um aquecimento arriscado, pois o CO₂ já emitido permanecerá na atmosfera por muito tempo. Não basta parar de espessar a estufa; em algum momento, precisaremos desmontá-la¹³.

Os caminhos que levam à solução da crise climática devem, necessariamente, envolver alguma espécie de governança global. Um problema dessa magnitude, que atinge todo o planeta, embora os mais pobres com maior rigor, não poderá ser enfrentado com medidas locais. Nesse sentido, os papéis a serem exercidos pelo direito, pela litigância climática, pelos tratados internacionais, bem como pelas organizações supranacionais ganham especial relevo. Não há *outsider* nesse labor.

3 Agenda 2030 e os objetivos do desenvolvimento sustentável

A Agenda 2030 é o nome pelo qual ficou conhecido o documento resultante da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas que, em setembro de 2015, reuniu os seus 193 Estados-membro, na cidade de Nova York: “*Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*”.

Trata-se de um plano de ação que envolve as pessoas e o planeta na busca da prosperidade. O propósito é colocar em prática 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), bem como 169 metas que visam à erradicação da pobreza e à promoção da vida digna de todos, considerando os limites ambientais do planeta. Registra-se um relevante *aggiornamento* normativo e institucional.

¹⁰ RIPPLE, William J. *et al.* World Scientists’ Warning of a Climate Emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, p. 8–12, jan. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/bioscience/advance-article/doi/10.1093/biosci/biz088/5610806>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹¹ O estudo foi liderado pelos ecologistas Bill Ripple e Christopher Wolf, da Universidade Estadual do Oregon e por William Moomaw, cientista do clima na Universidade Tufts (EUA), bem como por pesquisadores da Austrália e da África do Sul.

¹² “Despite 40 years of global climate negotiations, with few exceptions, we have generally conducted business as usual and have largely failed to address this predicament”. (tradução nossa) RIPPLE, William J. *et al.* World Scientists’ Warning of a Climate Emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, p. 8–12, jan. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/bioscience/advance-article/doi/10.1093/biosci/biz088/5610806>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹³ PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo*: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

O regime das Nações Unidas para enfrentamento da emergência climática assenta-se, como ressaltou Luis Roberto Barroso, sobre três pilares: a) a Convenção Quadro, que entrou em vigor em 1994, foi ratificada por 197 países e estabeleceu princípios abrangentes, obrigações de caráter geral e processos de negociação a serem detalhados em conferências posteriores entre as partes¹⁴; b) o Protocolo de Kyoto, que entrou em vigor em 1997 e conta atualmente com a ratificação de 192 países, institui metas específicas de redução da emissão de gases de efeito estufa para 36 países industrializados e a União Europeia. Os países em desenvolvimento ficaram de fora dessa obrigação específica; c) o Acordo de Paris, que entrou em vigor em 2016 e conta com a adesão de 185 países, diferentemente do Protocolo de Kyoto, em lugar de fixar limites vinculantes de emissão, previu que cada país apresentaria, voluntariamente, sua “contribuição nacionalmente determinada”. O acordo não distingue entre os papéis de países desenvolvidos e em desenvolvimento.¹⁵

Esse conjunto de normas internacionais, somado à Agenda 2030, representa um importante instrumento para enfrentamento da emergência climática. O Brasil dispõe também de relevante conjunto de normas¹⁶ voltadas à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, protegido, nos termos do art. 225, da Constituição da República, como “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”.

As normas internas brasileiras, aliadas aos instrumentos internacionais, consubstanciam ferramentas indispensáveis para a superação do paradigma antropocêntrico, que captura as respostas necessárias ao presente interrogante decorrente do dever de “garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza”, nos termos da Meta 12.8 da Agenda 2030, intrínseca ao ODS n.12, Consumo e Produção Responsáveis.

Dentre os caminhos apontados no estudo “*Alerta dos Cientistas Mundiais sobre a Emergência Climática*”, já referido¹⁷, há sugestão para adoção de políticas públicas que reforcem os direitos humanos, especialmente os de mulheres e meninas, para tornar o planejamento familiar disponível a todos.

O aumento da população é um fator que contribui para o correspondente aumento das emissões de carbono. Indica-se, também, a necessidade de programas de eficiência energética e práticas de conservação, bem como eliminação do consumo de combustíveis fósseis em favor de fontes renováveis de energia, uma tendência que não está avançando tão rápido como deveria¹⁸.

¹⁴ A Convenção das Partes n.º 25 (COP 25), decorrente da Convenção Quadro mencionada acima, foi realizada na Espanha a partir do dia 2 de dezembro de 2019, após o Chile, em meio a protestos, haver declinado de sediar o evento.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.429. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429/444> Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁶ Lei 9.605/1998 - Lei dos Crimes Ambientais, ênfase para criminalização de condutas de pessoas jurídicas; Lei 12.305/2010 - Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS); Lei 11.445/2007 - Estabelece a Política Nacional de Saneamento Básico; Lei 9.985/2000 - Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; Lei 6.766/1979 - Lei do Parcelamento do Solo Urbano - Estabelece regras para loteamentos urbanos, proibidos em áreas de preservação ecológicas, naquelas onde a poluição representa perigo à saúde e em terrenos alagadiços; Lei 6.938/1981 - Institui a Política e o Sistema Nacional do Meio Ambiente - Estipula e define, por exemplo, que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independente da culpa, e que o Ministério Público pode propor ações de responsabilidade por danos ambientais; Lei 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública - Trata da ação civil pública de responsabilidades por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico, de responsabilidade do Ministério Público Brasileiro; Lei 9.433/1997 - Lei de Recursos Hídricos - Institui a Política e o Sistema Nacional de Recursos Hídricos - Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico; Lei n.º 11284/2006 - Lei de Gestão de Florestas Públicas; Lei 12.651/2012 - Novo Código Florestal Brasileiro - Revoga o Código Florestal Brasileiro de 1965 e define que a proteção do meio ambiente natural é obrigação do proprietário mediante a manutenção de espaços protegidos de propriedade privada, divididos entre Área de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal (RL).

¹⁷ RIPPLE, William J. *et al.* World Scientists’ Warning of a Climate Emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, p. 8-12, jan. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/bioscience/advance-article/doi/10.1093/biosci/biz088/5610806>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁸ Reportagem do The Washington Post analisa as medidas e velocidade com que precisam ser implementadas. <https://www.washingtonpost.com/science/2019/11/05/more-than-scientists-around-world-declare-climate-emergency/>

Esses caminhos relacionam-se estritamente com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável¹⁹ n. 5 (Igualdade de gênero) e n. 7 (Energia Acessível e Limpa), decorrentes da Agenda 2030.

Não é suficiente superar a estética da abstenção, nem são suficientes somente mediações discursivas entre direitos e deveres, entre convicções e responsabilidades; impende recapturar a agregação em torno do hospedeiro antes que se torne cinzas.

Os seres humanos precisam merecer a sua própria humanidade, e, por essa razão, deve soar mais alto o sentido da responsabilidade, quer para a Administração Pública, quer para os parlamentos, quer para os juizes e demais agentes das instituições ligadas à Justiça.

Afinal, o ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes, conclama à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, construindo instituições responsáveis e inclusivas em todos os níveis. As instituições do sistema de justiça — Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Advogados públicos e privados — inserem-se nesse contexto e devem responder ao chamado. As instituições são construídas por uma espécie de esperança compromissória, uma perspectiva de futuro aberto, plural, diverso e democrático. É nela que se pode propiciar o livre desenvolvimento do projeto de vida, imbricado com as necessárias condições materiais para uma existência digna de todos, sem exceção. No Brasil, esses elementos estão no que constituiu o Estado de Direito democrático e a sociedade livre, justa e solidária, e se fez em 1988, ao declarar o respeito dos direitos fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Hoje é o encontro do presente, seus desafios e dilemas, com o futuro, com o justo balanço entre justiça, meio ambiente e desenvolvimento. Alterar padrões de consumo e de produção é pressuposto para vivermos em harmonia com toda a Natureza, sem prosseguir nessa toada parasitária que aniquila o próprio hospedeiro, ameaça demonstrada pela pandemia de Covid-19. O uso da tecnologia e as novas relações não apenas antropocêntricas com a Natureza são fundamentais para *o futuro que queremos*.

A consciência coletiva, segundo a qual pessoa alguma é uma ilha, talvez seja recente para um padrão temporal milenar. O contratualismo iluminista, no entanto, há muito está datado num contexto em que o paradigma já não é (ou não deve ser) antropocêntrico. O contrato que devemos travar com o planeta não pode ser de compra e venda, nem mesmo de locação. Nesse sentido é o alerta de Michel Serres: “o *contrato natural* denunciava, em preâmbulo, a ordem cartesiana, o ato agressivo e leonino de apropriação; não devemos mais nos impor como senhores e donos da natureza. O novo Contrato se torna um tratado de locação. Quando nos tornarmos simples locatários, poderemos prever a paz”.²⁰ Respeito ao hospedeiro traduz a condição mutualista de quem, haurindo por empréstimo, não pode ser da Terra um parasita.

4 Litigância ambiental

Os conflitos socioambientais compõem a pauta do Supremo Tribunal Federal, seja em casos de controle difuso, como o que definiu a validade da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol²¹, em Roraima, ou em controle concentrado, como foi o julgamento das ações que questionavam a constitucionalidade do Código Florestal (Lei n.º 12.651/2012)²².

¹⁹ A íntegra do tratado e o detalhamento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável está disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>

²⁰ SERRES, Michel. *O mal limpo: poluir para se apropriar?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 93.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Petição 3.388/RR. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios [...] Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009.* Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3817597/peticao-pet-3388> Acesso em: 28 set. 2020.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 42/DF.* Direito constitucional. Di-

Embora, do ponto de vista quantitativo, não sejam numerosas as causas com temática socioambiental recebidas pela Suprema Corte Brasileira (281 em 2014; 266 em 2015; 293 em 2016; 434 em 2017; e 595 em 2018), essas causas têm expressivo impacto qualitativo, vide os casos mencionados, que demandaram grande esforço do Tribunal na realização de audiências públicas e sessões de julgamento prolongadas. Conflitos socioambientais tendem a figurar com, cada vez maior frequência, na pauta do STF, tendo em vista os cenários que se desenham: apagão energético, racionamento de água, populações indígenas afetadas, conflitos relacionados ao acesso a recursos hídricos, deslocamento populacional e conflitos fundiários, demandando planejamento e estratégias para minorar os danos da emergência climática.

No contexto da pandemia, o exercício da competência ambiental pela Suprema Corte revela-se, ainda, mais importante, em momento tão delicado, que demanda observância das normas advindas das autoridades sanitárias e proteção dos mais vulneráveis ao vírus. Exemplo dessa intensificação foi o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 709²³, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, na qual se discutem falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia de Covid-19 entre os povos indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. A medida cautelar concedida pelo Relator foi referendada pelo Plenário do STF em 05.08.2020. Na decisão, reconheceu-se que os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Diante dos indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros, determinou-se a criação de barreiras sanitárias, a instalação da Sala de Situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria Geral da República e da Defensoria Pública da União.

Esse julgamento revela a importância da tomada de medidas pelo Poder Judiciário para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais. Ademais, outras iniciativas do Poder Judiciário demonstram que as instituições não estão alheias a esses desafios. De fato, verificam-se empreendimentos que se coadunam com os ODS 7 e 16, como aquele que foi contemplado em premiação concedida, em 2019, pela AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), referente à criação de uma usina fotovoltaica na Seção Judiciária do Espírito Santo, em Vitória. A usina capta luz solar por meio de placas instaladas na área externa do estacionamento da sede e gera energia limpa para o prédio, além de servir de cobertura para os automóveis. No Estado do Paraná, iniciativa semelhante foi levada a cabo pelo Tribunal Regional Eleitoral, a qual envolveu a construção de usina solar para produção de energia elétrica em Paranavaí.

Projetos como os mencionados evidenciam que frutifica no Poder Judiciário uma nova mentalidade, que ocupa o lugar da concepção tradicional do escopo da administração pública. Há espaço, de fato, para uma nova forma de gestão, que não se ocupa, apenas, da atividade fim, mas também volta suas atenções para os impactos ambientais e sociais da consecução da atividade fim.

A pluralidade de interesses que viceja em nossa unidade espacial impõe ao sujeito (de direito) da modernidade um necessário olhar para o outro, um exercício da alteridade e de fraternidade aos quais não escapam o Poder Judiciário e as demais instituições do sistema de justiça.

Com efeito, busca-se o olhar de respeito e tolerância ao Outro, ao diferente, ao não sujeito, ao, ainda, não sujeito, às futuras gerações, aos animais, à natureza. O natural estranhamento e o dissenso que esse encontro inicial provocam não devem inibir a busca da necessária coexistência. Problematizações, dissensos e divergências são próprios do *equilíbrio instável* das democracias; viver em democracia plenamente e dialogar

reito ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. [...] Relator: Ministro Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792543&text=.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF*. Direitos fundamentais. Povos indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas. [...] Relator: Ministro Roberto Barroso, 3 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986> Acesso em: 30 set. 2020.

sobre justiça, meio ambiente e desenvolvimento corresponde a superar o empobrecimento moral e material generalizado, trazendo para todos a interrogação sobre o que se pode esperar da normatividade em época de *backlashes*. Cumpre estar à altura dos desafios que a Terra nos vocaciona.

A democracia é condição e possibilidade de um espaço apto à formulação de teses, antíteses e sínteses, atmosfera na qual o dissenso se insere no círculo definido pelas balizas democráticas. É um processo material em desenvolvimento permanente. O trajeto é definido por meio de regras e procedimentos legitimados pela natureza deliberativa que reverencia o Estado de Direito democrático e a sociedade.

Por isso mesmo, pedagogia e práticas democráticas correspondem a condições de possibilidade para um futuro habitável pela fraternidade, pela tolerância, pela igualdade, pela dignidade plena, pelo enfrentamento dos dissensos e preservação das instituições democráticas. É a teoria crítica e a prática democrática que irão esquadriñar o sentido e o alcance da recodificação da coexistencialidade. A questão é cuidar da *casa comum*. A *casa comum*, advertiu o Papa Francisco na encíclica *Laudato Si*, de 2015, impõe cuidado, respeito, tolerância ao Outro, ao diferente, ao não sujeito, às futuras gerações, à natureza.

O Direito, como sempre, pode ser instrumento de justiça e de segurança jurídica. E isso sob um paradigma plural, multinível, cooperativo, dinâmico e participativo. Eis o desafio das Cortes de Justiça: olhar para o outro que existe dentro de si e para todos os outros. E com eles dialogar.

5 Considerações finais

Percorrido esse caminho que intenta não semear desertos, é tempo de breve arremate. Diversos autores, dentre os quais se destaca Steven Pinker²⁴, identificam a emergência climática com a “tragédia dos comuns”, situação em que indivíduos, agindo de forma independente, de acordo com seus próprios interesses, comportam-se em contrariedade aos melhores interesses do grupo.

O papel das instituições do sistema de Justiça diante da emergência climática é exatamente evitar a “tragédia dos comuns”. Conforme ressaltou o Ministro Luis Roberto Barroso:

O grande desafio para o direito público nessa matéria é a necessidade de soluções transnacionais, que envolvam a cooperação de todos os países. Isso porque os fatores que afetam o meio ambiente e o clima na Terra, como a emissão de gases estufa e o desmatamento, produzem consequências que não respeitam fronteiras²⁵.

A Suprema Corte da Argentina não se fechou ao problema da poluição do Rio Riachuelo, numa bacia (Matanza-Riachuelo) que cobre uma área de 2.240 quilômetros quadrados, assentando a tutela do bem coletivo, e mirando o futuro²⁶

A Teoria dos Diálogos — as trocas verticais e horizontais — conecta-nos todos, jurisdicionados e juízes, agentes do Ministério Público, defensores públicos, advogados públicos e privados à realidade concreta, e conecta a todos com o próprio sentido da vida coexistencial. Da autoridade à alteridade, as decisões passam por intercâmbios pré e pós-decisionais que lhe conferirão (ou não) legitimidade.

²⁴ “Os obstáculos são preocupantes; incluem a crescente necessidade de energia no mundo, a conveniência dos combustíveis fósseis aliada à sua vasta infraestrutura, a negação do problema por companhias energéticas e pela direita política, a hostilidade a soluções tecnológicas por parte dos Verdes tradicionais e da esquerda justiceira climática e a Tragédia dos Comuns gerada pelo carbono. Apesar de tudo isso, prevenir a mudança climática é uma ideia cuja hora chegou”. PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo*: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.429. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429/444> Acesso em: 27 ago. 2020.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. *A arte de fazer justiça*: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 156.

É assim que o controle judicial elastece seu parâmetro e sua legitimidade ao impor — seriamente — o controle de convencionalidade às decisões, conferindo normatividade e potência às resoluções (tratados, convenções e documentos normativos vinculantes) internacionais e, especialmente à questão ambiental que compartilhamos.

Afinal, nesse cenário, a jurisdição constitucional tem papel essencial pela sua especial vocação *contramajoritária*, isto é, sua vocação para tutelar o direito das minorias, que não encontram vozes na representação política tradicional, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como encarado no art. 225 da CRFB. A sua natureza difusa traz sujeitos indeterminados, danos imensuráveis no tempo e no espaço, e, sob um viés econômico, difíceis renúncias a proveitos imediatos diante de riscos futuros. Sua tutela passa — não raras vezes, portanto — pela jurisdição constitucional e, dialogicamente, convencional.

Em diversos países, a litigância climática tem sido adotada como estratégia para avançar em mecanismos que buscam a redução das emissões de gases de efeito estufa (mitigação), a redução da vulnerabilidade aos efeitos das mudanças climáticas (adaptação), a reparação de danos sofridos em razão das mudanças climáticas (perdas e danos) e a gestão dos riscos climáticos²⁷. As Cortes brasileiras terão de se manifestar acerca de aspectos imbricados a essas demandas, como nexo de causalidade entre as ações, eventuais omissões e dano, bem como separação de poderes. Ainda que tais fatores demonstrem a dificuldade de aplicação, o potencial da litigância climática é grande no sentido de desencadear avanços nas políticas climáticas, com destaque para os casos que demandam ações e programas ambiciosos dos governos²⁸.

No julgamento, em Tribunal Pleno do STF, da ADI n. 4901 (Código Florestal), tive a oportunidade de fazer essa reflexão no tocante à responsabilidade do poder público por danos ambientais:

Ademais, a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a efetivação de outros direitos humanos, bem como o impacto da degradação ambiental e dos efeitos adversos das mudanças climáticas na fruição de direitos humanos já foram reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentença de 3 de abril de 2009. Em igual sentido, na Opinião Consultiva OC-23/17, solicitada pela República da Colômbia e emitida em 15.11.2017, a Corte Interamericana decidiu que os Estados têm obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seus territórios. Para tanto, devem regular, supervisionar e fiscalizar as atividades sob suas jurisdições que possam produzir danos significativos ao meio ambiente, realizar estudos de impacto ambiental quando haja risco de dano significativo ao meio ambiente, estabelecer plano de contingência para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais e mitigar os danos que se produzirem. ”

As instituições públicas e o Poder Judiciário, em especial, não podem se furtar ao desafio que a realidade volátil, complexa, incerta e ambígua nos impõe. Não há saída para *o fim do mundo invisível* sem proteção ambiental, respeito às normas ambientais, efetivação do dever e do direito de preservação do meio ambiente, para as presentes e futuras gerações.

Desenvolvimento econômico e proteção ambiental não são valores incompatíveis. Só o diálogo permitirá a construção de consensos, ainda que mínimos, oxalá eficazes, sobre a complexa e urgente questão ambiental. No documento final do Sínodo dos Bispos sobre a Amazônia, aprovado em 26.10.2019, definiu-

²⁷ SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABRI, Amália Botter. *Emergência climática e a emergência da litigância climática*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-climatica-e-a-emergencia-da-litigancia-climatica-12062019>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁸ “A litigância climática depara-se com uma série de desafios. Como em outros sistemas jurídicos ao redor do mundo, as Cortes brasileiras terão que se manifestar acerca de aspectos complexos intrínsecos a essas demandas, tais como questões em torno do direito de agir, da legitimidade ativa das partes, do nexo de causalidade entre as ações, eventuais omissões e o dano, e, também, sobre a observância do princípio da separação dos poderes. Em que pese essas questões, a litigância climática tem demonstrado um potencial estratégico de desencadear avanços nas políticas climáticas, sobretudo no caso das ações que demandam iniciativas e programas mais ambiciosos aos governos, bem como naquelas que discutem a extensão e aplicação de certos direitos. Mesmo quando não se obtém uma decisão favorável, ações climáticas podem servir como ferramenta para sensibilizar juízes e para chamar a atenção da sociedade, de legisladores e de agentes tomadores de decisão.” SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABRI, Amália Botter. *Emergência climática e a emergência da litigância climática*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-climatica-e-a-emergencia-da-litigancia-climatica-12062019>. Acesso em: 30 set. 2020.

-se o “pecado ecológico” como uma “ação ou omissão contra Deus, contra o próximo, a comunidade e o ambiente. O Papa Francisco fez um chamado à “conversão ecológica” na encíclica “*Laudato Si*”, de 2015, bem como para o cuidado da “casa comum”, isto é, o Planeta Terra²⁹. Michel Serres nos exorta a agir como locatários do planeta, não como donos que se apropriam por meio da sujeira, que marcam território com seus expurgos: “quando nos tornarmos simples locatários, poderemos prever a paz, a paz entre os homens quando houver paz com o mundo. Que venha essa cosmocracia”³⁰.

Que possamos irromper dessa contingência pandêmica assim como na poesia de Helena Kolody *do longo sono secreto, na entranha escura da terra, o carbono acorda diamante*. Sem romantizar os indícios ou fagulhas de esperança, a autonomia pessoal, a legitimidade da autoridade pública e os fundamentos democráticos iluminam tormentos e respostas ainda que sejam “breves respostas” para “grandes perguntas”. Nada obstante, como os desafios são feitos de asas, a jornada é inspiradora para a defesa do respeito, da pluralidade e da coexistência.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, 2019. DOI: 10.21783/rei.v5i3.429. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429/444> Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 42/DF*. Direito constitucional. Direito ambiental. Art. 225 da Constituição. Dever de proteção ambiental. [...] Relator: Ministro Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792543&ext=.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF*. Direitos fundamentais. Povos indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas. [...] Relator: Ministro Roberto Barroso, 3 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Petição 3.388/RR*. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios [...] Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3817597/peticao-pet-3388> Acesso em: 28 set. 2020.

COVID-19 e a emergência climática: conexões e desafios. *Le Monde Diplomatique*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/covid-19-e-a-emergencia-climatica-conexoes-e-desafios/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

DOMINGUES, Filipe. Papa Francisco quer incluir ‘pecado ecológico’ na doutrina oficial da Igreja, após Sínodo da Amazônia. *G1*, 15 de novembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/11/15/papa-francisco-quer-incluir-pecado-ecologico-na-doutrina-da-igreja-apos-sinodo-da-amazonia.ghtml> Acesso em: 30 set. 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *A Arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema*

²⁹ DOMINGUES, Filipe. Papa Francisco quer incluir ‘pecado ecológico’ na doutrina oficial da Igreja, após Sínodo da Amazônia. *G1*, 15 de novembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/11/15/papa-francisco-quer-incluir-pecado-ecologico-na-doutrina-da-igreja-apos-sinodo-da-amazonia.ghtml> Acesso em: 30 set. 2020.

³⁰ SERRES, Michel. *O mal limpo: poluir para se apropriar?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 93.

da Argentina. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIPPLE, William J. *et al.* World Scientists' Warning of a Climate Emergency. *BioScience*, v. 70, n. 1, p. 8–12, jan. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/bioscience/advance-article/doi/10.1093/biosci/biz088/5610806>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SERRES, Michel. *O mal limpo: poluir para se apropriar?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABRI, Amália Botter. *Emergência climática e a emergência da litigância climática*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-climatica-e-a-emergencia-da-litigancia-climatica-12062019>. Acesso em: 30 set. 2020.

TAVARES, Gonçalo M. Penso num fim do mundo que passa despercebido. *Diário da Peste*, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://expresso.pt/opiniao/2020-06-19-Diario-da-Peste.-Penso-num-fim-do-mundo-que-passa-despercebido>. Acesso em: 27 ago. 2020.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Preventing the next pandemic: zoonotic diseases and how to break the chain of transmission*. Nairobi, 2020. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/report/preventing-future-zoonotic-disease-outbreaks-protecting-environment-animals-and>. Acesso em: 02 set. 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Défis et perspectives politiques, institutionnelles et normatives des Assemblées citoyennes: une approche depuis l'exemple de la Convention citoyenne sur le climat
Challenges and political, institutional and normative perspectives of the Citizens' Assemblies: an approach based on the example of the Citizen's Climate Convention

Benoit Delooz

Défis et perspectives politiques, institutionnelles et normatives des Assemblées citoyennes: une approche depuis l'exemple de la Convention citoyenne sur le climat*

Challenges and political, institutional and normative perspectives of the Citizens' Assemblies: an approach based on the example of the Citizen's Climate Convention

Benoit Delooz**

Resumé

L'objet de l'article est, à partir de l'expérience récente française de la Convention citoyenne sur le climat, d'identifier les défis que peuvent relever cet exemple de démocratie délibérative, ainsi que les perspectives qu'elles soulèvent, tant au niveau politique, institutionnel que normatif. Dans ce contexte, l'approche méthodologique combine une approche de science politique et institutionnelle sur l'origine et les conséquences en termes de représentativité politique de la Convention citoyenne sur le climat, pour une part, et une approche normative de l'autre. Dans les deux cas sont donc interrogés les défis et perspectives -politico-institutionnelles et normatives- de la généralisation éventuelle des conventions ou assemblées citoyennes. L'impact d'une convention temporaire sur les normes constitutionnelle, législative et réglementaire amène à s'interroger sur la portée de la consultation citoyenne dans le processus normatif.

Mots-clés: lotocratie- démocratie délibérative-normativité.

Abstract

The purpose of the article is, based on the recent French experience of the Citizens' Convention on Climate, to identify the challenges that this example of deliberative democracy can meet, as well as the perspectives that they raise, at the political, institutional and normative levels. In this context, the methodological approach combines a political and institutional science approach on the origin and consequences in terms of political representativeness of the Citizens' Convention on Climate, on the one hand, and a normative approach on the other. In both cases, therefore, the challenges and perspectives -political, institutional and normative- of the possible generalization of the Citizens' Conventions or assemblies are questioned. The impact of a temporary convention on constitutional, legislative and regulatory norms leads us to question the scope of citizen consultation in the

* Recebido em 28/09/2020
Aprovado em 14/01/2021

** Doctor en Derecho. Académico Investigador de Derecho Público. Facultad de Derecho y Humanidades. Universidad Central de Chile.
E-mail: bdelooz@hotmail.com

normative process.

Keywords: lotocracy-deliberative democracy-normativity.

“Llamo la atención sobre el hecho de que en la “democracia representativa” hay que dar importancia tanto al adjetivo como al sustantivo”¹

1 Introduction

Au moment des crises climatique et sanitaire, face à une crise économique sans précédent et, enfin, en raison de la crise politique permanente de la représentation que traverse la plupart des pays du globe, il peut être intéressant de s’interroger sur les expériences que constituent les assemblées citoyennes. L’objet de cet article est, à partir de l’expérience récente française de la Convention citoyenne sur le climat, d’identifier les défis que peuvent relever cet exemple de démocratie délibérative, ainsi que les perspectives qu’elles soulèvent, tant au niveau politique, institutionnel que normatif.

Dans ce contexte, l’approche méthodologique combine une approche de science politique et institutionnelle sur l’origine et les conséquences en termes de représentabilité politique de la Convention citoyenne sur le climat, pour une part, et une approche normative de l’autre. Dans les deux cas sont donc interrogés les défis et perspectives -politico-institutionnelles (I) et normatives (II)- de la généralisation éventuelle des conventions ou assemblées citoyennes. L’impact d’une convention temporaire sur les normes constitutionnelle, législative et réglementaire amène à s’interroger sur la portée de la consultation citoyenne dans le processus normatif. Dans ce sens, les recommandations de la Convention citoyenne sur le climat sont peut-être une manifestation d’un droit souple en devenir. Comme l’écrit très justement M. Grégoire : “prendre la mesure du phénomène du droit souple mobilise plusieurs méthodes et invite à une grande diversité d’approches, autour d’un point central : la source de l’intelligence et de l’action collectives.”²

2 Défi et perspectives politico-institutionnelles de la Convention citoyenne sur le climat comme défi politique

2.1 Le défi politico-institutionnel de la CCC: comment mieux associer les Français aux décisions qui les concernent et qui impactent leur quotidien ?

2.1.1 Origine

La Convention citoyenne sur le climat (ci-après : CCC)³, anciennement connue sous le nom de Convention citoyenne pour la transition écologique, est une convention française formée en octobre 2019, qui a réuni 150 citoyens par tirage, appelés à formuler des propositions pour lutter contre le réchauffement climatique. Depuis le 4 octobre 2019, les 150 volontaires tirés au sort pour participer à cette expérience démocratique d’une ampleur sans précédent en France - voulue par Emmanuel Macron pour tenter de répondre à la

¹ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 53.

² GRÉGOIRE, Michèle. Propos introductifs. Le droit souple défie-t-il ou sert-il le Souverain? In: CASSELA Sarah; LASSERE Valérie; LECOURT, Benoît. *Le droit souple démasqué: articulation des normes privées, publiques et internationales*. Madrid: Pedone, 2018. p. 19-26. p. 19.

³ <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr>

crise des «gilets jaunes» - s'efforcent de répondre à la question : comment réduire de 40% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 dans un esprit de justice sociale ?

Il faut rappeler que cette initiative du gouvernement s'inscrit dans la continuité du Grand Débat national de l'année 2019 qui succédait au mouvement des gilets jaunes. Le dilemme était le suivant : «comment, après la colère suscitée par la taxe carbone, entre autres, comment mieux associer les Français aux décisions qui les concernent et qui impactent leur quotidien... [de manière à] réconcilier la fin du monde et la fin du mois»⁴?

L'idée n'est pas nouvelle : E. Macron s'est inspiré notamment de l'Irlande, l'un des exemples les plus réussis de contribution des citoyens au débat politique, avec des résultats importants. C'est après la délibération de l'assemblée des citoyens que des référendums ont été organisés, qui ont abouti à la légalisation de l'avortement ou du mariage pour tous⁵. Elle a également été inspiré l'initiative citoyenne de la *Klimatriktsdagen* suédoise - le Parlement du peuple pour le climat - qui a fait sa première proposition en 2018. Aujourd'hui, le gouvernement lui-même le consulte pour l'élaboration de ses politiques climatiques.

L'initiative n'est pas non plus isolée, puisque le Royaume-Uni l'a également reprise au même moment par le biais de l'Assemblée britannique sur le climat⁶, laquelle vient de soumettre ses pré-conclusions. Ses conclusions finales sont attendues en septembre. De même, l'Espagne a imité l'initiative, puisque le gouvernement a déclaré l'urgence climatique et la création d'une telle assemblée citoyenne le 21 janvier 2020 lors du Conseil des ministres.

La majorité des commentateurs se retrouvent sur le fait que les raisons d'existence reposent sur les failles -dénoncées depuis des décennies- du système politique français en termes de représentation, délibération et décision collective. Sur ces trois aspects, la démocratie représentative traditionnelle - ou l'«électocratie représentationnelle»⁷ comme la qualifie D. Courant a montré ses limites, particulièrement en termes de réduction des inégalités et de lutte contre le réchauffement climatique. Comme l'ont montré depuis longtemps déjà les recherches historiques, sociologiques ou de sciences politiques, l'installation définitive de l'élection par les pères fondateurs des républiques modernes, en France et aux États-Unis particulièrement, a eu pour objet de privilégier le principe oligarchique et non pas de donner le pouvoir au peuple.

Dès lors, à une époque où la méfiance à l'égard des institutions est grande⁸, et alors que les «spécialistes» continuent de chercher les raisons du manque de légitimité des institutions de gouvernement représentatif, héritées des révolutions et guerres d'indépendance du XVIIIe siècle⁹, des expériences démocratiques prolifèrent, et le tirage au sort apparaît comme un moyen puissant. La sélection aléatoire de représentants délibératifs et représentatifs, telle qu'elle était utilisée à Athènes ou dans les républiques de la Renaissance italienne, est une idée en vogue : il existe aujourd'hui des centaines de processus délibératifs¹⁰ qui réinventent notre

⁴ RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵ Il y a eu des expériences antérieures: Colombie-Britannique et Ontario au Canada en 2004 et 2006, Pays-Bas en 2006, Islande en 2009, Belgique en 2011-2012, mais le cas de l'Irlande est particulièrement significatif au vu de l'ampleur des résultats obtenus.

⁶ CLIMATE ASSEMBLY UK. *Climate Assembly UK members on their report*. 2020. Disponible sur: <https://www.climateassembly.uk> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁷ «Je préfère donc qualifier ce régime «d'électocratie représentationnelle» pour signifier que les élus ont le pouvoir et non le peuple qu'ils prétendent représenter sans pour autant en être représentatifs.»: COURANT, Dimitri. La légitimité des assemblées citoyennes tirées au sort: quelle institutionnalisation pour la démocratie délibérative? *Silomag*, n. 10, déc. 2019. Disponible sur: <https://silogora.org/la-legitimite-des-assemblees-citoyennes-tirees-au-sort/> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁸ Les élections législatives de 2017 ont connu un taux d'abstention record sous la Vème République (57%), et le taux de participation aux élections municipales 2020 a été de 41,6%: FRANCE. Ministère de l'Intérieur. *Résultats et suivi des taux de participation au second tour des élections municipales et communautaires 2020*. Disponible sur: <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-elections/Elections-municipales-2020/Resultats-et-suivi-des-taux-de-participation-au-second-tour-des-elections-municipales-et-communautaires-2020> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁹ MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Madrid: Flammarion, 2012.

¹⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Innovative Citizen Participation*. Disponi-

rapport avec la politique, loin de ses professionnels, de ses experts autoproclamés, de ses groupes d'intérêt et de ses faiseurs d'opinion. Certains de ces mécanismes, appelés « assemblées de citoyens », reposent sur quelques principes simples, et l'un des plus frappants est le tirage au sort. Les raisons de recommander telle ou telle mission sont multiples¹¹ et ce n'est pas le but cet article de prétendre résumer et exposer les différentes positions.

En revanche, ce que l'on peut remarquer c'est qu' « à chaque fois qu'il a été utilisé, il est apparu comme une solution possible pour remédier à des crises politiques de grande ampleur ou à des blocages liés aux forces partisans traditionnelles. »¹² Ses partisans d'ailleurs ne rejettent pas forcément en bloque l'élection comme modalité de représentation, sinon qu'il souhaite introduire moyennant cette modalité un correctif à la sous-représentation des minorités et de la sorte enrichir le processus délibératif.

2.1.2 Nature et modalités de la CCC

Le Président de la République a lui-même qualifié l'expérience, de construction d'« une démocratie délibérative ».¹³ Que faut-il entendre par cette expression ?

On peut, avec H. Landemorre, affirmer que l'on

peut (ainsi) voir la démocratie délibérative incarnée par les participants à la convention non pas comme une alternative à la démocratie représentative, mais comme une autre de ses modalités possibles. En tous les cas, il ne s'agit pas de démocratie « directe. » Le tirage au sort, comme l'élection, crée une médiation entre l'ensemble de la population et le sous-groupe sélectionné. Il ne s'agit guère non plus de démocratie « participative », puisque seulement 150 personnes sur 67 millions de Français sont impliquées dans l'expérience actuelle. Je propose pour ma part de conceptualiser l'activité des 150 comme une forme de « représentation lotocratique » (ou représentation par le sort).¹⁴

Pour G. Delannoi, « s'il fallait le qualifier [le tirage au sort] comme procédure politique, on pourrait dire qu'il est une forme procédurale singulière, irréductible à toute autre et, jusqu'à un certain point, intermédiaire entre démocratie directe et démocratie indirecte. »¹⁵

S'il s'agit bien d'une forme de représentation par le sort, plus qu'une des modalités de la démocratie représentative française, on peut souligner son rôle d'appui à celle-ci. Comme il a été souligné, dans le cas précis de la CCC, le principe d'une assemblée de citoyens tirée au sort avait pour objectif de compléter et enrichir la démocratie parlementaire.

En effet, en premier lieu les 150 citoyens sélectionnés devaient être volontaires, c'est-à-dire accepter de participer à la CCC. Ils ont été sélectionnés de manière à refléter la population française dans toute sa diversité (hommes, femmes, adolescents, retraités, ouvriers, indépendants, selon les zones géographiques, etc.). Ensuite, au-delà du vote final en assemblée plénière, les modalités de travail de la CCC ont permis la réunion des citoyens tirés au sort en sessions de trois jours toutes les trois ou quatre semaines. Une première phase d'« apprentissage », au cours de laquelle grâce à l'audition de divers experts, ils ont pu acquérir un socle d'informations exposant le consensus scientifique sur les mécanismes, l'intensité et les conséquences

ble sur: <https://www.oecd.org/gov/innovative-citizen-participation.htm> Accédé le: 10 sept. 2020.

¹¹ COURANT, Dimitri. Penser le tirage au sort: modes de sélection, cadres délibératifs, et principes démocratiques. In: CHOLLET A.; FONTAINE A. (dir.), *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe: un état des lieux*, Berne. Madrid: Bibliothèque Am Guisanplatz, 2018. p. 257-312. p. 262.

¹² CHATRIOT, Alain. Le tirage au sort: un juste moyen de sélection? en La Documentation française. *Cahiers français*, n. 41, p. 105-110, fév. 2020. p. 105-107.

¹³ RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

¹⁴ LANDEMORRE, Hélène. La convention citoyenne pour le climat pourrait préfigurer une nouvelle forme de démocratie. *Le Monde*, Feb. 2020. p. 25.

¹⁵ DELANNOI, Gil. *Le retour du tirage au sort en politique*. Madrid: Fondapol, 2010 p. 8.

du changement climatique, ainsi que les politiques publiques mises en place pour y répondre. De la même manière que d'autres assemblées d'autres pays, les conventionnels ont travaillé en commissions ou petits groupes¹⁶, et en assemblée plénière au cours desquelles ils ont auditionné des experts et des personnalités¹⁷.

Pour assurer sa gouvernance¹⁸, un comité du même nom a été mis en place pour assurer l'accompagnement des travaux de la Convention, préserver son indépendance et le respect de sa volonté¹⁹, trois garants de son indépendance ont été nommés (un par le Président du Conseil économique social et environnemental, une par le Président de l'Assemblée Nationale, par le Président du Sénat)²⁰ et, enfin, un Comité légistique qui avait pour mission de mener un travail de transcription légistique sur les mesures préparées par les membres de la Convention²¹. L'organisation et le fonctionnement même des débats était une exigence et une garantie, non seulement pour les sélectionnés mais aussi, peut-être surtout, pour le reste de la population amenée éventuellement à se prononcer par référendum.

2.2 De quelques perspectives ouvertes par la CCC

2.2.1 *l'inscription du hasard comme modalité de représentation politique dans le débat public*

Comme le signale López-Rabatel et Sintomer « depuis les années 1990, un fort regain d'intérêt pour le tirage au sort s'est manifesté tout à la fois chez les historiens, chez les politistes ou sociologues du contemporain comme dans l'espace public de nombreux pays. »²²

Cependant, les idées reçues demeurent et contrairement à

la perception commune des citoyens du xxi^e siècle – et sans doute de la majorité des chercheurs qui étudient la politique : le tirage au sort a bien été, aux côtés de l'élection, de la succession dynastique et de la cooptation, l'une des procédures les plus répandues dans l'histoire pour répartir les charges publiques.²³

Les moyens technologiques, les revendications toujours plus fortes d'être écouté et la prolifération des menaces liées au changement climatique accentueront la nécessité de prendre en compte de plus en plus la représentation « miroir » des intérêts.

Selon Dimitri Courant, le tirage au sort -ou sortition- et ses modalités (la sélection aléatoire des citoyens exerçant les charges publiques comme à Athènes, basée sur le principe d'égalité ; la loterie des jurys populaires, visant à l'impartialité; et le sondage d'opinion donnant une représentation de la population via la technique de l'échantillon représentatif) pourrait permettre « de produire des types de représenta-

¹⁶ Le travail en petits groupes a porté sur cinq grands enjeux qui conditionnent largement l'évolution des émissions de gaz à effet de serre : « se loger », « se déplacer », « se nourrir », « consommer », et enfin « produire et travailler ».

¹⁷ La liste de l'ensemble des experts peut être consultée à l'adresse suivante: <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/intervenants/>

¹⁸ Selon Commaille et Jobert, la gouvernance désigne « un processus de coordination d'acteurs, de groupes sociaux, d'institutions qui ne sont pas tous étatiques ni même publiques pour atteindre des buts propres, discutés et définis collectivement dans des environnements fragmentés, incertains », COMMAILLE, Jacques; JOBERT, Bruno. Introduction. *La régulation politique: l'émergence d'un nouveau régime de connaissance*. In: COMMAILLE, Jacques; JOBERT, Bruno. *Les métamorphoses de la régulation politique*. Madrid: LGDJ, 1998. p. 11.

¹⁹ Il faut noter que ce comité est constamment complété avec des citoyens tirés au sort.

²⁰ L'exécutif n'est donc pas intervenu à ce stade.

²¹ De manière générale, l'ensemble de l'organisation sur: <https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr>

²² LÓPEZ-RABATEL, Liliane; SINTOMER, Yves. Introduction. *L'histoire du tirage au sort en politique: instruments, pratiques, théories*. *Participations*, p. 9-34, 2019. Cepednat, le mouvement n'est pas apparu ex nihilo, comme le montrent les auteris dans cette introduction.

²³ LÓPEZ-RABATEL, Liliane; SINTOMER, Yves. Introduction. *L'histoire du tirage au sort en politique: instruments, pratiques, théories*. *Participations*, p. 9-34, 2019. p. 20.

tion, délibération et participation potentiellement plus inclusifs que les autres modes de sélection”²⁴, comme l’élection, la nomination, la certification.

En effet, la lotocratie ou sortition peut permettre d’une part d’évacuer les différentes peurs liées à la représentation politique et d’autre part de favoriser le débat sur le sens du débat public.

Toutes les études de cas pratiques et les recherches scientifiques semblent confirmer le fait que les assemblées ou conventions citoyennes ont un rôle **consultatif, délibératif** et jamais n’adoptent la décision finale, qui revient au peuple par la voie du référendum ou aux élus. Elles ne décident pas, elles n’exécutent pas, elles constituent dans le processus normatif une préparation à la décision.

Les partisans du tirage au sort n’en font pas d’ailleurs -en général- un substitut au système aristo-oligarchique (système de l’élection au Parlement) et monarchique (élection du Président de la république) présent dans la Constitution de 1958. Et l’on pourrait imaginer une constitutionnalisation de certaines formules lotocratiques combinée à des mécanismes de démocratie directe, comme par exemple la possibilité de demander la constitution d’une Convention citoyenne *ad hoc* sur un thème déterminé, à travers le référendum d’initiative partagée (RIP²⁵) ou l’hypothétique référendum d’initiative citoyenne (RIC)²⁶, ce dernier étant par ailleurs une des revendications principales du mouvement des gilets jaunes.

En ce sens, la réhabilitation du tirage au sort permet de revenir d’une certaine façon à la Constitution mixte qui depuis l’Antiquité grecque hante les débats sur la forme du gouvernement idéal²⁷. Si la première mention de régime/ gouvernement ou constitution mixte remonterait à Thucydide²⁸, la formule a été popularisée par Aristote (menigmenè), mais ce n’est pas sa conception qui est ici évoquée, sinon celle de Polybe. En effet, le “genre mixte ou en tout cas mêlé qu’il [Aristote] Constitution véritable” ou “Constitution politique” (et qui) peut se définir aussi bien comme une démocratie proche de l’oligarchie que comme une oligarchie voisine de la démocratie.”²⁹ Pour Polybe, le régime ou la constitution mixte- il décrivait le gouvernement romain du IIe siècle av. J.-C.- mêlait des traits monarchiques, aristocratiques et démocratiques. Selon lui,

c’était l’équilibre entre ces trois institutions qui conférerait à la constitution romaine son exceptionnelle stabilité. Les trois pouvoirs se limitaient et se balançaient réciproquement, évitant ainsi les abus de pouvoir qui affligeaient tous les régimes simples (la monarchie, l’aristocratie et la démocratie).³⁰

Dans le prolongement de cette idée de mixité de formes de gouvernement, les combinaisons possibles sont multiples et les imaginer conduit à renforcer le débat civique et la responsabilité politique de chacun.

²⁴ COURANT, Dimitri. Penser le tirage au sort: modes de sélection, cadres délibératifs, et principes démocratiques. In: CHOLLET A.; FONTAINE A. (dir.), *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe: un état des lieux*, Berne. Madrid: Bibliothèque Am Guisanplatz, 2018. p. 257-312. p. 257.

²⁵ La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la Ve République a instauré un référendum d’initiative partagée. Désormais, l’alinéa 3 de l’article 11 de la Constitution signale que “un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l’initiative d’un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d’une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l’abrogation d’une disposition législative promulguée depuis moins d’un an.” FRANCE. *La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la Ve République*. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000019237256/2021-01-19/> Accédé le: 10 sept. 2020.

²⁶ BLONDIAUX, Loïc et al. Le référendum d’initiative citoyenne délibératif. *Terra Nova*, 2019. Disponible sur: https://tnova.fr/system/contents/files/000/001/701/original/Terra-Nova_RIC-deliberatif_190219.pdf?1550507661 Accédé le: 10 sept. 2020.

²⁷ Como lo escribía N. Bobbio, “la idea de que el buen gobierno es el fruto de una combinación de formas de gobierno diferentes es uno de los grandes temas del pensamiento político occidental que [...] llega hasta nuestros días. Sobre el tema del “gobierno mixto” todo gran escritor político tendrá algo que decir en favor o en contra”. BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 43.

²⁸ “Constitution mixte: généalogie d’une idée”. Colloque international organisé par l’UMR 5824 GATE Lyon Saint-Étienne & l’UMR 5189 HiSoMA

²⁹ TOUCHARD, Jean. *Histoire des idées politiques*. 11. ed. Madrid: Presses Universitaires de France, 1993. p. 40.

³⁰ MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Madrid: Flammarion, 2012. p. 66. Sur l’idée de constitution mixte, voire également: MATTEUCCI, Nicolas. *Organización del Poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

Dimitri Courant³¹, par exemple, imagine quatre scénarii d'institutionnalisation de ce que pourrait être le « nouvel esprit du tirage au sort » se dessinent, renvoyant à quatre modèles de démocratie qui iraient de ce qu'il appelle la démocratie hybride à la démocratie directe.

Le premier – le

modèle de démocratie hybride [...] articulerait, en son sein, différentes formes démocratiques : délibérative, participative, active, électorale, directe... à l'instar du cas irlandais où l'assemblée citoyenne s'insérerait dans un écosystème impliquant le Parlement, des groupes militants, et des référendums;

le deuxième – qu'il nomme le "*modèle de consultation d'élevage*"- implique la convocation par les élus d'assemblées tirées au sort qui n'ont qu'un rôle consultative, la décision finale de reprendre ou rejeter les recommandations appartenant à ceux-là, à l'instar du Grand Débat³²; le troisième la

clérorcratie représentative, qui garderait la logique délégative propre à nos systèmes politiques actuels, où le peuple donne le pouvoir à des représentants plutôt que de l'exercer directement. La seule différence avec « l'électocratie représentationnelle » serait que le sort supplante l'élection comme mode de sélection des représentants, ce qui aurait au moins le mérite de permettre une réelle représentativité de la diversité de la population en termes d'âge, de sexe, de classe... ce modèle n'a jamais vu le jour dans l'histoire;

enfin un *modèle de démocratie directe*, dans lequel les assemblées délibératives seraient convoquées par une procédure d'initiative citoyenne (pétition et récolte de signatures), et leurs recommandations approuvées ou rejetées par référendum. Cela entre en résonance avec les demandes de RIC des gilets jaunes, mais aussi avec le dispositif des *citizens' initiative review* (CIR), inventé aux États-Unis et récemment exporté en Finlande et en Suisse, permettant à un mini-public de délibérer en amont d'une votation populaire pour informer le maxi-public des tenants et des aboutissants du vote. Ce modèle évoque aussi d'une façon distante la pratique du tirage au sort de l'Athènes antique, où les assemblées tirées au sort ne prenaient pas de décisions et laissaient au *demos* dans son ensemble l'exercice du *kratos*, de la souveraineté.³³

Au-delà des solutions retenues, plusieurs éléments fondamentaux doivent être soulignés : premièrement, les différentes combinaisons n'ont pas de raison d'être figées, il faut laisser la place à l'imagination politique et ne pas forcément conditionner l'initiative et la réalisation de telle ou telle pratique aux seuls élus. Ensuite, il semble que, d'aussi loin qu'on en est des traces, le tirage au sort a toujours été couplé avec des mandats courts et une rotation des représentants. Enfin s'il serait abusif d'en faire « la » caractéristique essentielle ou exclusive de la sélection aléatoire en politique, elle [l'impartialité] se retrouve cependant de façon transversale dans tous les dispositifs analysés. Il ressort de ceux-ci que le recours au tirage au sort constitue un élément fondamental de cohésion sociale en confiant à un mécanisme impartial la responsabilité de sélectionner en minimisant ainsi les conflits de pouvoir et les luttes de factions qui menacent l'unité du groupe. Cette fonction unificatrice se couple tout au long de l'histoire à un usage du tirage au sort qui confie à un mécanisme non humain la responsabilité des éventuelles « divisions » au sein d'un groupe³⁴.

³¹ COURANT, Dimitri. La légitimité des assemblées citoyennes tirées au sort: quelle institutionnalisation pour la démocratie délibérative? *Silomag*, n. 10, déc. 2019. Disponible sur: <https://silogora.org/la-legitimite-des-assemblees-citoyennes-tirees-au-sort/> Accédé le: 10 sept. 2020.

³² D. Courant semble ici bien critique car "ici, les mini-publics servent à construire un public contrefactuel « éclairé » pour délégitimer, d'une part, la « stupidité » d'un grand public « mal informé » ou « populiste » et, d'autre part, l'activisme « radical » de militants mobilisés." COURANT, Dimitri. La légitimité des assemblées citoyennes tirées au sort: quelle institutionnalisation pour la démocratie délibérative? *Silomag*, n. 10, déc. 2019. Disponible sur: <https://silogora.org/la-legitimite-des-assemblees-citoyennes-tirees-au-sort/> Accédé le: 10 sept. 2020.

³³ COURANT, Dimitri. La légitimité des assemblées citoyennes tirées au sort: quelle institutionnalisation pour la démocratie délibérative? *Silomag*, n. 10, déc. 2019. Disponible sur: <https://silogora.org/la-legitimite-des-assemblees-citoyennes-tirees-au-sort/> Accédé le: 10 sept. 2020.

³⁴ LÓPEZ-RABATEL, Liliane; SINTOMER, Yves. Introduction. L'histoire du tirage au sort en politique: instruments, pratiques, théories. *Participations*, p. 9-34, 2019. p. 27.

2.2.2 Vers une réforme du bicaméralisme français ?

Plusieurs pistes ont été avancées. Non seulement par le gouvernement, mais également par la doctrine et activistes écologistes. Les idées avancées concernent principalement le Conseil économique, social et environnemental (CESE), et d'une manière plus générale le fonctionnement ou la réforme du bicaméralisme français.

En ce qui concerne le CESE, le propre PR a évoqué sa transformation en « *chambre des conventions citoyennes* ». Sur ce point, une première loi organique a été adoptée³⁵, mais elle ne fait que proroger le mandat des membres actuels du CESE jusqu'à l'entrée en vigueur d'une seconde loi organique qui devrait réformer en profondeur l'institution : Celle-ci, déposée devant l'Assemblée Nationale le 7 juillet dernier en procédure accélérée³⁶ vise à « faire de cette Assemblée le carrefour des consultations publiques »³⁷. Cet objectif – qui n'est que le troisième selon le projet de loi³⁸ – cherche à faire du CESE le « forum de la société civile ». Pour cela le projet de loi lui permet, “pour l'exercice de ses attributions, [de] saisir, avec l'accord des collectivités territoriales concernées, un ou plusieurs conseils consultatifs créés auprès d'elles”³⁹ et, surtout, recourir à son initiative, à la consultation du public dans les matières relevant de sa compétence en organisant, le cas échéant, à une procédure de tirage au sort pour déterminer les participants. Les modalités du tirage au sort permettent d'assurer une représentation appropriée du public concerné par la consultation.⁴⁰

Pour une partie de la doctrine, s'il est de bon aloi vouloir renforcer la démocratie délibérative, l'initiative de convoquer des conventions délibératives tirées au sort doit être de la compétence des organes politiques de l'État, et non du CESE, et ce pour au moins deux raisons : premièrement, “le manque de légitimité du CESE [qui n'est] ni élu, ni responsable. Ensuite, le risque de dilution de la démocratie participative par la multiplication ou le mauvais choix thématique des consultations convoquées.”⁴¹ A ces raisons, on pourrait ajouter la suivante : si la consultation est destinée à éclairer une autorité dotée d'un pouvoir de décision – dans ce cas le Parlement ou le gouvernement- l'intérêt de rajouter une étape au processus consultatif n'est pas évident. Au contraire, il risque de l'alourdir et de rendre l'exercice vain et rendre le procédé des conventions citoyennes impopulaire et inopérant, alors que l'objectif est justement le contraire : rapprocher le citoyen des gouvernants et non le citoyen d'une assemblée n'ayant aucun pouvoir de décision.

Dès lors, d'autres options institutionnelles se font jour : changer le mode de sélection de ses membres en les tirant au sort pour chaque consultation, ce qui permettrait d'avoir une représentation “miroir” correspondant au moment de la consultation et donc en phase avec l'état de la société. Par ailleurs, vu le faible taux de saisines par le Parlement, le gouvernement ou les citoyens, cela ne risquerait pas d'engorger l'institution. Enfin,

on pourrait aussi envisager une « assemblée du peuple » ayant une autonomie législative propre sur l'ensemble ou une partie des sujets traités à l'heure actuelle par les Chambres élues. Elle pourrait soit venir en remplacement de l'une des Assemblées existantes (l'Assemblée nationale, le Sénat ou le Conseil économique, social et environnemental), soit s'articuler à elles d'une manière qui reste à déterminer⁴².

³⁵ FRANCE. *Loi Organique n°2020-1022 du 10 août 2020*. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGI-TEXT000042225730/2020-08-29/> Accédé le: 10 sept. 2020.

³⁶ FRANCE. *Projet de Loi Organique relatif au Conseil économique, social et environnemental*. Disponible sur: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3184_projet-loi Accédé le: 10 sept. 2020.

³⁷ Paragraphe n° 6 de l'exposé des motifs.

³⁸ En effet, les deux premiers ont pour objet de permettre au CESE d' “éclairer les pouvoirs publics sur les enjeux économiques, sociaux et environnementaux” , et d' “accueillir et traiter les pétitions citoyennes dans un cadre rénové.” Paragraphe n° 9 et 10, respectivement, de l'exposé des motifs.

³⁹ Art. 1er du projet de loi.

⁴⁰ Art. 4-2 du projet de loi.

⁴¹ BARANGER, Denis. *Démocratie participative. L'inopportune réforme du CESE*. sept. 2020. Disponible sur: <http://blog.juspoliticum.com/2020/09/05/democratie-participative-linopportune-reforme-du-cese-par-denis-baranger/> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁴² LANDEMORE, Hélène. *La convention citoyenne pour le climat pourrait préfigurer une nouvelle forme de démocratie*. *Le Monde*, Feb. 2020. p. 25.

On notera que certaines de ces propositions ne sont pas sans rappeler la tentative de réforme du Sénat par le général De Gaulle dans le projet soumis à référendum en 1969 qui prévoyait déjà une fusion de l'ex-CES avec le Sénat, proposition reprise dans le rapport Bartolone-Winock de 2015 sur l'avenir des institutions de la République⁴³. La récurrence des débats montre l'urgence de modifier beaucoup d'aspects du paysage institutionnel français.⁴⁴

2.2.3 Une exigence renforcée de la prise en compte des revendications territoriales

Les impacts institutionnels possible, au niveau subnational, sont de divers ordres.

En premier lieu, on a constaté une prise de parole des élus municipaux, départementaux, régionaux, métropolitains sur l'application des mesures recommandées par la CCC. Par exemple, dans une déclaration solennelle de maires de diverses sensibilités, plusieurs maires ont déclaré :

nous favoriserons les circuits courts, proposerons, par exemple, une offre quotidienne de repas végétariens dans les cantines, bannirons les plastiques à usage unique de nos villes, proposerons une journée de télétravail aux employés municipaux afin de limiter les déplacements, favoriserons les énergies renouvelables et les projets d'autoconsommation....⁴⁵

Ensuite, divers élus se sont prononcés pour organiser à l'échelle de leur territoire des conventions citoyennes. Non seulement pour obtenir approbation à leurs politiques locales, sino pour revendiquer plus de compétences. Normatives, mais surtout financières, voire fiscales. Dans ce sens, la latitude nécessaire dont devraient bénéficier les collectivités locales est apparue de manière flagrante, alors que nous sommes encore en temps de pandémie. Car, même si la relation directe n'est pas encore prouvée entre pandémie Covid-19 et réchauffement climatique, il semble évident qu'une réponse adaptée à ces deux problèmes majeurs repose sur, premièrement, une plus grande autonomie des collectivités locales et, deuxièmement, que cette autonomie puisse s'appuyer sur des politiques locales élaborées « directement » avec les citoyens et les acteurs locaux qui sont au plus près des réalités du terrain. Ainsi sur les cinq thématiques traitées en groupe de travail par les conventionnels, trois – les mobilités, le logement et l'alimentation – intéressent directement les collectivités⁴⁶.

Cette mobilisation des CT exige de nouveaux transferts de compétences et d'améliorer la gouvernance territoriale⁴⁷, mais posent également au niveau national la question de modifications quant aux modes de participation des administrés sur l'ensemble des procédures d'évaluation et déclaration d'impact environnementales.

⁴³ BARTOLONE, Claude; WINOCK, Michel. *Refaire la démocratie*. Groupe de travail sur l'avenir des institutions de la République. Disponible sur: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000692.pdf> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁴⁴ On notera, par exemple, que s'est déroulée du vendredi 25 à dimanche 27 septembre l'Assemblée citoyenne sur l'Agriculture (ACA), qui était composée de français tirés au sort, pour débattre d'enjeux sociaux et environnementaux de la France de demain et tenter de redéfinir un nouveau « contrat social » pour la politique agricole commune, la PAC. On notera également que cette assemblée s'est réunie, à l'initiative de la Commission nationale du débat public (CNDP), ce qui ne rend pas très clair les rôles des uns et des autres.

⁴⁵ UN COLLECTIF de maires s'engage à appliquer les propositions de la convention citoyenne sur le climat. *Le Monde*, juil. 2020.

⁴⁶ Les citoyens ont débattu et voté chacune des propositions élaborées dans le cadre de cinq groupes de travail: se loger, se déplacer, se nourrir, consommer, produire et travailler

⁴⁷ En ce qui concerne par exemple, l'objectif 11 de "Produire et travailler", les conventionnels souhaitent que "cette gouvernance régionalisée soutienne et accompagne notamment les deux points suivants : 1) Participation des citoyens, entreprises locales, associations locales et collectivités locales aux projets EnR et 2) Développement de l'autoconsommation et partage des énergies. ", Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat. Rapport final. LES PROPOSITIONS de la Convention Citoyenne pour le Climat. Rapport final. 2020. Disponible sur: <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccr-rapport-final.pdf> Accédé le: 10 sept. 2020.

3 Défis et perspectives normatives

3.1 Les défis normatifs

3.1.1 Les changements souhaités par les conventionnels

Au-delà des inévitables critiques concernant son organisation, sa gouvernance, le rôle et l'influence des 140 experts audités (scientifiques, associations, syndicalistes, fonctionnaires administratifs, hommes d'affaires et politiques - le Président de la République lui-même, le Premier ministre ou le ministre de la Transition écologique et de la Solidarité) sur les conventionnels, ces derniers ont formulé 149 propositions, qui ont été discutées et amendées au cours d'un processus de démocratie délibérative de huit mois.

Ils souhaitent, comme mesures les plus emblématiques, modifier le préambule de la Constitution pour préciser, par l'insertion d'un deuxième paragraphe, que *«la conciliation des droits, des libertés et des principes ne saurait compromettre la préservation de l'environnement, patrimoine commun de l'humanité»* (bien que la préservation de l'environnement soit déjà un objet de valeur constitutionnelle à travers la Charte de l'environnement de 2005). Ils souhaitent également ajouter à l'article 1 un paragraphe 3 selon lequel *«la République garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement et la lutte contre le dérèglement climatique»*. Ils proposent également la création d'un Défenseur de l'environnement, à l'image du Défenseur des droits. Ils défendent cette révision en raison de sa portée symbolique, de l'instrument juridique supplémentaire qu'elle offrirait aux citoyens et du référendum comme mécanisme d'adoption en raison du débat qu'il pourrait susciter⁴⁸.

Quant au reste des propositions, les propositions conventionnelles - contrairement à ce que certains membres de l'exécutif et des parlementaires pensaient et souhaitaient - ont voté contre un référendum pour l'adoption de leurs propositions spécifiques, correspondant aux 5 groupes thématiques mentionnés. Ainsi, les conventionnels avaient en tête le reproche éventuel de remplacer les élus au suffrage universel et aussi la technicité des débats à venir et le choix des thèmes, puisque plusieurs propositions existent déjà.

La décision relève du domaine du gouvernement. Il semble difficile d'ignorer ce travail de 9 mois, sans approfondir davantage la désillusion démocratique des citoyens qui demandent une plus grande participation à l'élaboration des politiques publiques, à commencer par les politiques environnementales. Dans sa lettre de mission à la Convention, le Premier ministre a écrit qu'

à l'issue de ces travaux, la Convention transmettra publiquement au gouvernement et au Président de la République un rapport sur ses délibérations et sur toutes les mesures législatives et réglementaires qu'elle aura jugées nécessaires pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Elle peut désigner, parmi les mesures législatives, celles qu'elle estime devoir être soumises à un référendum.

3.1.2 Les pistes avancées par le gouvernement

Le lundi 29 juin, au lendemain du second tour des élections municipales, le président de la République, comme il s'y était engagé, a donné sa « réponse aux membres de la Convention Citoyenne pour le Climat », une semaine après que celle-ci a présenté ses 149 propositions. L'urgence de se prononcer sur le travail des conventionnels était d'autant plus grande que, lors desdites élections, les plus grandes villes de France com-

⁴⁸ Parmi les autres propositions figurent la réduction de la vitesse des autoroutes, la suppression des vols intérieurs lorsqu'il existe une alternative à faible émission de carbone en termes de prix et de temps, la nécessité d'une rénovation thermique des habitations, la réduction de 20 % du régime alimentaire des viandes et des produits laitiers d'ici 2030, l'introduction en droit français un crime d'écocide et la réglementation de la publicité pour interdire la publicité de produits qui émettent plus de gaz à effet de serre, comme certaines voitures.

me Marseille, Lyon, Bordeaux, Strasbourg ou Besançon -excepté Paris qui reste au Parti Socialiste, ont été conquises par des membres du parti Europe Écologie Les Verts (EELV), laissant penser que la conscience écologique s'implante dans le paysage politique français. Le Président s'était engagé, le 10 janvier 2020, à soumettre les propositions de la Convention, « sans filtre, soit aux votes du Parlement, soit à référendum, soit d'application réglementaire directe ».

En ce qui concerne les référendums souhaités par la CCC, il est utile de séparer les référendums qui ont pour but de modifier la Constitution des référendums législatifs.

En ce qui concerne les premiers, le Président rejette l'idée

de réécrire le préambule de la Constitution en plaçant l'environnement au-dessus de nos valeurs, de nos autres valeurs fondamentales. Comme je vous l'ai dit en janvier, de là où je suis, je suis garant de nos institutions et mon rôle, c'est de veiller à tout ce qui pourrait mettre en cause l'équilibre des pouvoirs et les valeurs qui fondent la République. Or, tel que proposé, la rédaction pour le préambule menace de placer la protection de l'environnement au-dessus des libertés publiques, au-dessus même de nos règles démocratiques. Et c'est pourquoi je ne souhaite pas reprendre cette proposition parce que je considère qu'elle serait contraire à notre texte constitutionnel, à l'esprit de nos valeurs. [...] Il est essentiel de [...] ne pas mettre un droit de la nature au-dessus des droits humains parce que je crois que ce n'est pas cohérent avec le projet et la philosophie des Lumières qui portent notre République. »⁴⁹ *Le thème est effectivement délicat. Non seulement politiquement, mais aussi juridiquement, car il donnerait un pouvoir au juge constitutionnel difficilement mesurable et donc risqué. En effet, selon Clément Cadinot, cet alinéa aurait donné "une directive d'interprétation constitutionnelle, sinon une règle de résolution des conflits, qui s'imposerait à toutes les autorités normatives de notre système constitutionnel. Le Conseil constitutionnel aurait été amené, lors de son contrôle de la loi, à toujours faire primer les considérations environnementales sur les droits et libertés."*⁵⁰

Sur la proposition de modifier l'article premier de la Constitution, qui consisterait à introduire les notions de biodiversité, d'environnement, de lutte contre le réchauffement climatique dans la norme suprême, il s'y est montré favorable, et disposé à utiliser l'article 89 et ses possibilités qui exige l'accord de l'Assemblée nationale et du Sénat avant l'adoption définitive en Congrès ou par référendum.

S'agissant des référendums législatifs possible, le président de la République « souhaite laisser ouverte la possibilité en 2021 de procéder à un référendum avec plusieurs questions⁵¹ et y attacher les textes pour que dans le cadre de l'article 11 de [la] Constitution »⁵². La démarche est intéressante car n'a jamais été pratiquée en France, du moins sous la V^{ème} République.

Au-delà des procédures référendaires qui prennent du temps et une logistique coûteuse – qu'elles soient constitutionnelles ou législatives- il faudra distinguer entre les dispositions qui seront soumises au Parlement et celles qui peuvent faire l'objet d'une application directe et immédiate par la voie réglementaire. Les premières risquent de prendre beaucoup de temps et ne seraient éventuellement examinées en séance qu'au début de l'année 2021. Quant aux secondes, elles dépendent

⁴⁹ RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵⁰ CADINOT, Clément. *Les propositions citoyennes pour le climat face au choix du président de la république: faut-il modifier la constitution?* Disponible sur: http://blog.juspoliticum.com/2020/09/14/les-propositions-citoyennes-pour-le-climat-face-au-choix-du-president-de-la-republique-faut-il-modifier-la-constitution-par-clement-cadinot/#_ftnref5 Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵¹ Une des mesure phares proposée para la CCC a été rejetée d'emblée: il s'agit de l'introduction dans le droit français du crime d'écocide, le Président a montré une certaine réticence - ce qui signifie que le référendum n'aura pas lieu- car, s'il pense que *c'est une notion extrêmement structurante pour la protection des écosystèmes et la défense de l'écologie et la biodiversité pour aujourd'hui et demain.* [...] *La mère des batailles sur ce point est d'abord internationale. Il faut faire en sorte d'inscrire ce terme dans le droit international pour que les dirigeants qui sont chargés par leurs peuples de protéger le patrimoine naturel et qui faillissent délibérément rendent compte de leurs méfaits devant la Cour pénale internationale.* RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵² RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

de que voudra bien réaliser le gouvernement. Ce qui peut être un argument pour se hâter lentement. Mais l'approche des élections régionales (mars 2021) et présidentielles (avril 2022) pourrait obliger le gouvernement à accélérer le mouvement.

3.2 Les perspectives

Aux côtés de l'indispensable réflexion d'ordre politiste sur les "nouveaux" modes de représentation et de démocraties, l'expérience de la CCC vient renforcer la nécessité de se pencher sur un autre aspect fondamental. Dans quelle mesure, le procédé consultatif contribue-t-il à l'émergence des normes ?

3.2.1 L'émergence de nouvelles normativités

Selon Denis Baranger,

avec la Convention pour le climat, on croise une nouvelle variante de ce qu'on pourrait appeler le « soft law » constitutionnel. On peut en effet parler de droit constitutionnel « souple », car en « entrée » la création de ces dispositifs n'est ni prohibée ni encadrée par des règles constitutionnelles, et parce qu'en « sortie » ils ne produisent pas de résultats contraignants normativement.⁵³

La proposition est intéressante, mais il faut cependant aller plus loin dans la réflexion. En effet, il est possible d'affirmer que l'on est face à un "assouplissement" non seulement du droit constitutionnel, mais aussi du droit parlementaire, référendaire et du droit administratif, dans la mesure où, comme on l'a vu, les propositions de la Convention, devraient être soumises « sans filtre, soit aux votes du Parlement, soit à référendum, soit d'application réglementaire directe ». Les propositions participeront donc du processus normatif constitutionnel, législatif et réglementaire. Comme le souligne Jacques Chevallier, « l'importance prise par ces procédés de « droit souple » s'explique par le nouveau contexte dans lequel se déploie l'action publique dans les sociétés contemporaines : l'érosion de la capacité de régulation de l'État et la marge d'autonomie dont disposent les acteurs sociaux imposent, dans une série de domaines, le recours à des formes d'intervention différentes ; plutôt que d'ordonner et de contraindre, il s'agit de faire usage des moyens d'influence et de persuasion recherchant l'adhésion des intéressés et visant à obtenir leur coopération⁵⁴».

Dès lors, le droit recommandatoire⁵⁵ participe, aujourd'hui, du processus normatif. En effet,

la fonction directive du droit devient moins autoritaire et plus souple, de l'ordre du souhaitable, dépendant davantage de l'assentiment des intéressés. Un droit plus incitatif accompagne le droit impératif. Le droit incitatif de l'environnement est une illustration éclairante de ce phénomène.

Le droit du changement climatique, en tant que partie du droit de l'environnement, relève des objectifs du développement durable (OSD), en particulier le n° 13, mais en réalité, il constitue un élément transversal essentiel pour de nombreux autres OSD. Et l'on connaît le caractère souple des OSD qui permettent de fixer le cap et d'orienter la législation.

Il arrive que les autorités elles-mêmes, loin d'y apercevoir une concurrence à abattre, usent du droit souple comme d'un outil de préparation de chantier législatif complexes ou de réformes dont elles craignent le caractère impopulaire. Le droit souple d'aujourd'hui préfigure ainsi le droit dur de demain à la faveur d'une phase de camouflage à visées expérimentales ou pédagogiques.⁵⁶

⁵³ BARANGER, Denis. *Convention citoyenne pour le climat: vers un droit constitutionnel souple?* Disponible sur: <http://blog.juspoliticum.com/2020/01/13/convention-citoyenne-pour-le-climat-vers-un-droit-constitutionnel-souple-par-denis-baranger/> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵⁴ CHEVALLIER, Jacques. Avant-propos. In: THIBIERGE, Catherine *et al.* (dir.). *La densification normative: découverte d'un processus*. Madrid: Mare & Martin, 2013. p. 9.

⁵⁵ MEKKI, Mustapha. Propos introductifs sur le droit souple. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. *Le droit souple*. Madrid: Dalloz, 2009. p. 1-23. p. 8.

⁵⁶ GRÉGOIRE, Michèle. Propos introductifs. Le droit souple défie-t-il ou sert-il le Souverain? In: CASSELA Sarah; LASSERE

On assiste donc à l'élaboration d'un droit souple à travers le procédé de la consultation⁵⁷ et le droit de l'environnement est particulièrement visé par cette technique.

Alors que la consultation institutionnelle favorisait la représentation des intéressés par l'élection ou la désignation, ces nouveaux modes d'expression permettent l'expression du plus grand nombre, soit parce qu'ils supposent un déplacement volontaire des intéressés dans un lieu public où ils peuvent présenter leurs observations, soit grâce à l'utilisation de nouveaux moyens d'expression, au premier rang desquels se trouve l'Internet.⁵⁸

La participation des citoyens favorise leur acceptation ultérieure des normes de droit dur dictées par les institutions politiques prévues par la Constitution. De la sorte tout le monde semble redorer son blason et le vivre-ensemble fait sens de nouveau. Selon M. Mekki, «la normativité réside moins dans les origines de la norme que dans sa réception. La normativité est une question d'adhésion^{59, 60} Et s'il faut

repenser l'État, la loi et la démocratie au moyen d'une participation active des membres de la société civile [...] le droit souple trouve [ici] une place privilégiée. Il joue le rôle d'un droit relais réduisant la distance entre la loi et ses destinataires et rapprochant l'État de ses citoyens. Le droit souple joue la carte de l'adaptabilité et de la proximité. Il est un trait d'union.⁶¹

En un sens, le droit souple accélère le processus normatif.

3.2.2 Une réforme des méthodes d'écriture de la loi

À la lumière des déclarations du gouvernement, des conventionnels et des espoirs suscités par l'expérience, il semble qu'une réforme du travail parlementaire soit envisageable. En effet, selon les propos du président de la République «la démocratie délibérative ne doit pas s'arrêter à la porte des ministères ou des assemblées», et il propose donc un partenariat entre les différentes institutions et les 150. En ce qui concerne le gouvernement, il est proposé un suivi mensuel et cela est faisable et contrôlable. En revanche, en ce qui concerne le Parlement, le gouvernement ne peut garantir- au nom de la séparation de pouvoir- une telle coopération, mais on peut imaginer qu'elle aura lieu.

Ce suivi dans l'élaboration de la loi, pourra s'accompagner d'un travail préparatoire ou parallèle par ou avec d'autres conventions puisque, comme on l'a dit, le président de la République a signalé qu'il y aurait d'autres Conventions citoyennes sur d'autres sujets.

Ces trois moments de la participation des assemblées citoyennes au travail parlementaire et gouvernemental s'inscrivent dans le cadre d'une réflexion sur la légistique telle qu'elle est pratiquée actuellement.

Valérie; LECOURT, Benoît. *Le droit souple démasqué*: articulation des normes privées, publiques et internationales. Madrid: Pedone, 2018. p. 19-26. p. 20.

⁵⁷ DARGENT, Fleur. *La consultation en droit public interne*. Disponible sur: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd8_-_la_consultation_en_droit_public_interne.pdf Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵⁸ DARGENT, Fleur. *La consultation en droit public interne*. Disponible sur: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd8_-_la_consultation_en_droit_public_interne.pdf Accédé le: 10 sept. 2020.

⁵⁹ Sur l'ensemble de ces procédés, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1994 (1^{ère} publication 1978), p. 294 s.; J. Carbonnier, « Tendances actuelles de l'art législatif en France », in *Essai sur les lois*, 2e éd. (1^{re} éd. 1979), Éd. Defrénois, 1995, spéc. p. 279: « dans le nouvel art législatif, la fixation des bases est renvoyée à la démocratie directe par l'intermédiaire d'un sondage probabiliste — une démocratie indirectement directe : à un échantillon représentatif de la population électorale est demandée son opinion sur la valeur et l'opportunité de la *lex ferenda*. C'est, en somme, un moyen mathématisé d'extraire l'inconscient collectif le *volksgeist* cher à l'école historique. » Adde, G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, *Les cours de droit 1970- 1971*, p. 20 qui parle de « législation sociologique ». Adde, J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1994. MEKKI, Mustapha. Propos introductifs sur le droit souple. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. *Le droit souple*. Madrid: Dalloz, 2009. p. 1-23. p. 10.

⁶⁰ MEKKI, Mustapha. Propos introductifs sur le droit souple. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. *Le droit souple*. Madrid: Dalloz, 2009. p. 1-23. p. 10.

⁶¹ MEKKI, Mustapha. Propos introductifs sur le droit souple. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. *Le droit souple*. Madrid: Dalloz, 2009. p. 1-23. p. 18.

Celle-ci qui “consiste dans l’analyse des différentes phases du processus de décision législatif (définition du problème, fixation des objectifs, choix de solutions, évaluation prospective et rétrospective...)”⁶² pourrait connaître effectivement une refonte ou une nécessaire amélioration tant dans son aspect matériel que formel⁶³.

4 Conclusion

N. Bobbio avertissait que

el exceso de participación [...] puede tener como efecto la saturación de la política y el aumento de la apatía electoral. El precio que se debe pagar por el compromiso de pocos es frecuentemente la indiferencia de muchos. Nada es más peligroso para la democracia que el exceso de democracia.⁶⁴

Cependant, il faut bien voir que les expériences se multiplient⁶⁵ et le tirage au sort peut tempérer l’affirmation de N. Bobbio car,

en fait, la question du tirage au sort, par son importance théorique et par son potentiel pratique, est bien plus vaste que ce que laisse penser l’expérience antique. En soi, le tirage au sort est, théoriquement et pratiquement, un des moyens toujours disponibles, en tout temps et tout lieu, pour s’orienter dans l’action et pour établir certaines règles d’organisation.⁶⁶

Les défis liés au réchauffement climatique imposent de nouvelles modalités de représentation, de participation et d’élaboration des politiques publiques et des lois. La décision du président de la République de soumettre les propositions de la CCC “sans filtre” à référendum, au Parlement ou par voie réglementaire pourrait être le signe d’une dérive qui entraînerait une dilution des responsabilités et de l’action politique mais faut certainement continuer à inventer et, “au final, malgré de nombreux défis, penser le tirage au sort permet l’ouverture de l’imagination démocratique et l’expérimentation de nouvelles formes de représentation, de délibération et de participation.”⁶⁷

⁶² A LEROYER, Anne-Marie. *Légistique*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dictionnaire de la culture juridique*. Madrid: Lamy-PUF, 2007. p. 923.

⁶³ “La première désigne “les principes et connaissances servant à renforcer l’efficacité de la législation”. La seconde désigne “l’étude des procédés de mise en forme d’un projet normatif”, notamment l’étude la rédaction des lois.” LEROYER, Anne-Marie. *Légistique*. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dictionnaire de la culture juridique*. Madrid: Lamy-PUF, 2007. p. 924.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 33.

⁶⁵ D’une certaine manière l’État se contredit car la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit autorisait le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures visant à « simplifier la composition et le fonctionnement des commissions administratives et réduire le nombre des commissions à caractère consultatif. De même l’article 55 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit dispose: “Dans les conditions prévues par l’article 38 de la Constitution, le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toutes dispositions visant à réduire le nombre des organismes collégiaux consultatifs et observatoires placés auprès des autorités de l’Etat et à simplifier leur composition.” FRANCE. *Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. Disponible sur: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=67627&p_country=FRA&p_count=6644 Accédé le: 10 sept. 2020; FRANCE. *Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit*. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000256180/2021-01-19/> Accédé le: 10 sept. 2020.

⁶⁶ DELANNOI, Gil. *Le retour du tirage au sort en politique*. Madrid: Fondapol, 2010. p. 7-8.

⁶⁷ Courant Dimitri (2018), « Penser le tirage au sort. Modes de sélection, cadres délibératifs et principes démocratiques », in Chollet A., Fontaine A. (dir.), *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe : un état des lieux*, Berne, Schriftenreihe der Bibliothek am Guisanplatz, p. 257-282.

Bibliographie

- BARANGER, Denis. *Convention citoyenne pour le climat: vers un droit constitutionnel souple?* Disponible sur: <http://blog.juspoliticum.com/2020/01/13/convention-citoyenne-pour-le-climat-vers-un-droit-constitutionnel-souple-par-denis-baranger/> Accédé le: 10 sept. 2020.
- BARANGER, Denis. *Démocratie participative: l'inopportune réforme du CESE.* sept. 2020. Disponible sur: <http://blog.juspoliticum.com/2020/09/05/democratie-participative-linopportune-reforme-du-cese-par-denis-baranger/> Accédé le: 10 sept. 2020.
- BARTOLONE, Claude; WINOCK, Michel. *Refaire la démocratie.* Groupe de travail sur l'avenir des institutions de la République. Disponible sur: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000692.pdf> Accédé le: 10 sept. 2020.
- BLONDIAUX, Loïc et al. Le référendum d'initiative citoyenne délibératif. *Terra Nova*, 2019. Disponible sur: https://tnova.fr/system/contents/files/000/001/701/original/Terra-Nova_RIC-deliberatif_190219.pdf?1550507661 Accédé le: 10 sept. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político.* México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia.* México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- CADINOT, Clément. *Les propositions citoyennes pour le climat face au choix du président de la république: faut-il modifier la constitution?* Disponible sur: http://blog.juspoliticum.com/2020/09/14/les-propositions-citoyennes-pour-le-climat-face-au-choix-du-president-de-la-republique-faut-il-modifier-la-constitution-par-clement-cadinot/#_ftnref5 Accédé le: 10 sept. 2020.
- CHATRIOT, Alain. Le tirage au sort: un juste moyen de sélection? en La Documentation française. *Cahiers français*, n. 41, p. 105-110, fév. 2020.
- CHEVALLIER, Jacques. Avant-propos. In: THIBIERGE, Catherine et al. (dir.). *La densification normative: découverte d'un processus.* Madrid: Mare & Martin, 2013.
- CLIMATE ASSEMBLY UK. *Climate Assembly UK members on their report.* 2020. Disponible sur: <https://www.climateassembly.uk> Accédé le: 10 sept. 2020.
- COMMAILLE, Jacques; JOBERT, Bruno. Introduction. La régulation politique: l'émergence d'un nouveau régime de connaissance. In: COMMAILLE, Jacques; JOBERT, Bruno. *Les métamorphoses de la régulation politique.* Madrid: LGDJ, 1998.
- Constitution mixte: généalogie d'une idée. Colloque international organisé par l'UMR 5824 GATE Lyon Saint-Étienne & l'UMR 5189 HiSoMA
- COURANT, Dimitri. La légitimité des assemblées citoyennes tirées au sort: quelle institutionnalisation pour la démocratie délibérative? *Silomag*, n. 10, déc. 2019. Disponible sur: <https://silogora.org/la-legitimite-des-assemblees-citoyennes-tirees-au-sort/> Accédé le: 10 sept. 2020.
- COURANT, Dimitri. Penser le tirage au sort: modes de sélection, cadres délibératifs, et principes démocratiques. In: CHOLLET A.; FONTAINE A. (dir.), *Expériences du tirage au sort en Suisse et en Europe: un état des lieux*, Berne. Madrid: Bibliothèque Am Guisanplatz, 2018. p. 257-312.
- DARGENT, Fleur. *La consultation en droit public interne.* Disponible sur: https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/cdd8_-_la_consultation_en_droit_public_interne.pdf Accédé le: 10 sept. 2020.
- DELANNOI, Gil. *Le retour du tirage au sort en politique.* Madrid: Fondapol, 2010.
- FRANCE. *La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions de la Ve République.*

Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000019237256/2021-01-19/> Accédé le: 10 sept. 2020.

FRANCE. *Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*. Disponible sur: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=67627&p_country=FRA&p_count=6644 Accédé le: 10 sept. 2020.

FRANCE. *Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit*. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000256180/2021-01-19/> Accédé le: 10 sept. 2020.

FRANCE. *Loi Organique n°2020-1022 du 10 août 2020*. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000042225730/2020-08-29/> Accédé le: 10 sept. 2020.

FRANCE. Ministère de L'Intérieur. *Résultats et suivi des taux de participation au second tour des élections municipales et communautaires 2020*. Disponible sur: <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-elections/Elections-municipales-2020/Resultats-et-suivi-des-taux-de-participation-au-second-tour-des-elections-municipales-et-communautaires-2020> Accédé le: 10 sept. 2020.

FRANCE. *Projet de Loi Organique relatif au Conseil économique, social et environnemental*. Disponible sur: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3184_projet-loi Accédé le: 10 sept. 2020.

GRÉGOIRE, Michèle. Propos introductifs. Le droit souple défie-t-il ou sert-il le Souverain? In: CASSELA Sarah; LASSERE Valérie; LECOURT, Benoît. *Le droit souple démasqué: articulation des normes privées, publiques et internationales*. Madrid: Pedone, 2018. p. 19-26.

LANDEMORE, Hélène. La convention citoyenne pour le climat pourrait préfigurer une nouvelle forme de démocratie. *Le Monde*, Feb. 2020.

LEROYER, Anne-Marie. Légistique. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dictionnaire de la culture juridique*. Madrid: Lamy-PUF, 2007.

LES PROPOSITIONS de la Convention Citoyenne pour le Climat. Rapport final. 2020. Disponible sur: <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/pdf/ccr-rapport-final.pdf> Accédé le: 10 sept. 2020.

LÓPEZ-RABATEL, Liliane; SINTOMER, Yves. Introduction. L'histoire du tirage au sort en politique: instruments, pratiques, théories. *Participations*, p. 9-34, 2019.

MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. Madrid: Flammarion, 2012.

MATTEUCCI, Nicolas. *Organización del Poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MEKKI, Mustapha. Propos introductifs sur le droit souple. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. *Le droit souple*. Madrid: Dalloz, 2009. p. 1-23.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Innovative Citizen Participation*. Disponible sur: <https://www.oecd.org/gov/innovative-citizen-participation.htm> Accédé le: 10 sept. 2020.

RÉPONSE du président de la République aux membres de la Convention citoyenne pour le climat. *Élysée*, juin 2020. Disponible sur: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/06/29/le-president-emmanuel-macron-repond-aux-150-citoyens-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> Accédé le: 10 sept. 2020.

TOUCHARD, Jean. *Histoire des idées politiques*. 11. ed. Madrid: Presses Universitaires de France, 1993.

UN COLLECTIF de maires s'engage à appliquer les propositions de la convention citoyenne sur le climat. *Le Monde*, juil. 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Cambio Climático e Inversiones:

Esbozando estrategias de
armonización para Chile

**Climate Change and
Investments:** Outlining
harmonization strategies for Chile

Andrea Lucas Garín

Jaime Tijmes-Ihl

Johanna Sagner-Tapia

Cambio Climático e Inversiones: Esbozando estrategias de armonización para Chile*

Climate Change and Investments: Outlining harmonization strategies for Chile

Andrea Lucas Garí**

Jaime Tijmes-Ihl***

Johanna Sagner-Tapia****

Resumen

El artículo aborda el Cambio Climático y las inversiones describiendo el entorno en que se presentan estos regímenes internacionales que tienen directas implicancias en los ámbitos nacionales y que en su interrelación presentan oportunidades e impedimentos y potenciales conflictos. Si bien las relaciones entre estas dos temáticas parecen ser asimétricas, se propondrán estrategias que puedan armonizar estos dos tópicos de modo de asegurar que los Estados sigan dando pasos en la conformación de un escenario nacional que asuma la lucha contra el Cambio Climático en tiempos post Acuerdo de París. Se prestará especial atención al caso de Chile como un actor relevante tanto en la lucha climática como de las inversiones en la región.

Palabras claves: Cambio Climático. Derecho Internacional de las Inversiones. Chile

Abstract

The article deals with Climate Change and investments describing the environment in which these international regimes are presented, which have direct implications in national areas and that in their interrelation present opportunities and impediments and potential conflicts. Although the relations between these two themes seem to be asymmetrical, strategies that can harmonize these two topics will be proposed in order to ensure that the States continue taking steps in shaping a national scenario that assumes the fight against Climate Change in time post Paris Agreement. Special attention will be given to the case of Chile as a relevant actor in both the climate fight and investments in the region.

Keywords: Climate Change. International Investment Law. Chile

* Recibido em 11/03/2020
Aprovado em 27/05/2020

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y LLM in International Law por las Universidades de Heidelberg y de Chile. Directora del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile (Santiago de Chile, Chile). Proyecto Fondecyt Regular 1171085.
E-mail: andrea.lucas@uautonoma.cl

*** Abogado de la Universidad de Chile. Dr. iur. de la Universidad de Tübingen, Alemania. Profesor Asociado, Director del Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Universidad de La Frontera, Chile. Miembro del Centro de Investigación Desafíos Internacionales de la Universidad de La Frontera. Proyecto Fondecyt Regular 1171085.
E-mail: jaime.tijmes@ufrontera.cl

**** Investigadora en la Universidad de la Frontera en Temuco, Chile. Recibió un título en Educación Especial de la Universidad Austral en Chile y también posee una Maestría en Antropología Social de la Universidad de Chile. Completó su doctorado en la Universidad Eberhard Karls de Tuebingen, Alemania. Proyecto Fondecyt Regular 1171085.
E-mail: johanna.sagner@ufrontera.cl

1 Introducción

El Cambio Climático tiende a estar presente en innumerables ámbitos, a nivel nacional e internacional, como desafío a largo plazo para los Estados y para la comunidad internacional, y como un fenómeno que llegó para quedarse y que requiere de muchas miradas que lo contemplen.

En ese contexto, las inversiones son un pilar del Derecho Internacional Económico que se presenta como un área donde coinciden Estados e Inversores y que ha crecido en veloz y poco tiempo, por lo que preguntarnos sobre los potenciales conflictos entre inversiones y Cambio Climático es lo que trataremos de responder en este trabajo, al mismo tiempo de proponer estrategias que puedan armonizar estos dos tópicos de modo de asegurar que los Estados sigan dando pasos en la conformación de un escenario nacional que asuma la lucha contra el Cambio Climático en tiempos post Acuerdo de París.

Este artículo se ocupa de las inversiones y el Cambio Climático, dos áreas que a simple vista parecen independientes pero que requieren de sinergias y estrategias jurídicas que las integren.

La metodología utilizada considera un enfoque descriptivo en la primera parte, que procurará comentar los principales desafíos en que el régimen internacional de Cambio Climático se encuentra inmerso en un período post Acuerdo de París. A continuación, se analizará la situación actual del Derecho Internacional de las Inversiones en conexión con los desafíos climáticos; la revisión de los potenciales conflictos serán parte del análisis. Desde un enfoque exploratorio, se revisarán distintas estrategias armonizadoras para superar visiones antagónicas, para ello se seguirán algunas de las propuestas efectuadas por el Profesor Francisco Orrego Vicuña. Las fuentes empleadas son principalmente bibliográficas y documentales, como las siguientes: tratados internacionales, doctrina especializada, documentos de organismos públicos (nacionales e internacionales) y revistas científicas.

La perspectiva del artículo es predominantemente jurídica. Esta preferencia de los aspectos jurídicos no desconoce la interdisciplinariedad que está incita en la temática del Cambio Climático y que vuelve difícil situarlo como un fenómeno político, económico o jurídico en exclusiva¹.

Destacamos el aporte que este trabajo realiza en el marco de la lucha contra el Cambio Climático frente a un régimen internacional que pone en la mira las políticas públicas de los Estados y que requiere medidas urgentes que armonicen las inversiones de cara al ámbito nacional, asegurando que los Estados puedan seguir recibiendo inversiones y no vean obstaculizado su desarrollo a futuro². Se prestará especial atención a Chile como un actor relevante tanto en el ámbito climático (está tramitando una ley marco específica) como en inversiones en la región.

2 El actual marco del Régimen Internacional de Cambio Climático

El Acuerdo de París resulta el último instrumento convencional³ con un inicio exitoso, en noviembre

¹ Se ha señalado que los desafíos más importantes de los asuntos de política climática se pueden encontrar en la investigación interdisciplinaria que se adapta mejor a una perspectiva de la tierra como un sistema holístico. Y esto también determina que se considere primariamente el tamaño de la población, su riqueza y la tecnología. Cfr. BANG, Guri; UNDERTAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 15.

² A primera vista, las inversiones se presentan como un objetivo común de los Estados que requieren atraerlas y conservarlas, para asegurar su propio desarrollo, con el afán de generar espacios seguros para la llegada de las Inversiones, los Estados negocian y concertan Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

³ El régimen internacional de Cambio Climático se construye a partir de la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático (CMNUCC 1992) con dos hitos derivados: el Protocolo de Kioto (1997) y el Acuerdo de París (2015). Para los antecedentes del régimen sugerimos el punto “2. Aquecimiento global antropogénico e mudanzas climaticas” en CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. “Litigância climática como estratégia jurisdiccional ao aquecimento global antropogénico e

de 2016 cuando el número de ratificaciones se produjo en cinco meses, lo que lo convierte en el acuerdo ambiental más exitoso en su entrada en vigor⁴. Tiene dos pilares, el primero es el pilar físico: la limitación del aumento de la temperatura por debajo de 1,5 grados centígrados, y la mantención del aumento de la temperatura global por debajo de los 2°C; el segundo es el pilar jurídico: conformado por el mecanismo jurídico de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés)⁵.

El régimen internacional se ha ido construyendo frente al aumento de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero, las que han estado presentes en la atmósfera desde siempre pero que, dado su aumento en las últimas décadas, la atención se ha focalizado en el clima. La emisión de estos gases por las actividades humanas genera el efecto invernadero, al aumentarse la concentración de estos gases, absorben más energía y, por ende, se eleva la temperatura. Las principales evidencias del fenómeno son precipitaciones cambiantes, glaciares en retroceso, derretimiento de nieve y hielo, aumentos en el nivel del mar, entre muchas evidencias puestas de manifiesto por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (PICC) que desde 1988 a la fecha provee los elementos científicos del riesgo que supone el Cambio Climático en los sistemas naturales y humanos.

Las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional obligan a las Partes a avanzar en sus compromisos, darles seguimiento a sus emisiones y registrar sus progresos frente al régimen internacional, todos los que deberán ir enfocados en la disminución de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Las Contribuciones deberán ser presentadas por todas las Partes cada cinco años y conllevar un progreso de las acciones presentadas la vez anterior; por ende, deben incluir medidas más intensas y ambiciosas adoptadas en el marco de las obligaciones anteriores de ese Estado.

Este contexto internacional revaloriza las acciones nacionales para mitigar el Cambio Climático que son obligatorias para todo los Estados que ratifican el Acuerdo, sin distinción de países desarrollados y en desarrollo. Y a la vez determina que los Estados deban ir diversificando los espacios en que el Cambio Climático es parte de sus preocupaciones.

Debe mencionarse que las estrategias a cargo de los Estados se sustentan en acciones de adaptación, mitigación, transferencia de tecnología y el financiamiento, cuatro pilares de cualquier política y medidas para enfrentar este desafío ambiental. A continuación, definiremos las principales acciones: Adaptación se refiere a los ajustes de los sistemas naturales y humanos ante cambios ambientales, que en el caso del Cambio Climático responden a sus estímulos o a sus efectos, y que modera su daño o explota sus oportunidades benéficas. Mitigación se define como las políticas y medidas diseñadas para reducir las emisiones de Gases Efecto Invernadero y para reducir los efectos del Cambio Climático⁶.

El Acuerdo de París se fundamenta en un compromiso colectivo expresado en el Artículo 4⁷, que los Estados asumen en la medida que están dispuesto a trabajar en post de la estabilización de GEI de un modo proactivo. En consonancia con la Convención Marco de Cambio Climático, cuyo objetivo último es la estabilización de las concentraciones de Gases de Efecto Invernadero en la atmósfera a un nivel que prevenga los peligros derivados de las interferencias antropógenas en el sistema climático.

mudancas climáticas". *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.

⁴ LUCAS GARÍN, Andrea. *Cambio Climático y Acuerdos Comerciales Regionales. Una mirada desde el Sistema Multilateral de Comercio*. Santiago de Chile: Editorial Finis Terrae, 2017.

⁵ Para llegar al Acuerdo de París más de un centenar de Estados presentaron esos avances de INDC que luego se reflejaron en el Art. 4 del Acuerdo. Las INDC hoy son las NDC y se registran en el Registro Internacional de Contribuciones Determinadas a nivel Nacional, que ya cuenta con 184 Partes que han enviado sus Contribuciones. Disponible en: <https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/Pages/Home.aspx> Revisado el: 07 feb. 2020.

⁶ La traducción nos pertenece. ROBINSON, Nicholas A.; XI, Wang; HARMON, Lin; WEGMUELLER, Sarah (ed.). *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited p. 3 y 172.

⁷ Artículo 4 Punto 2 indica: Cada Parte deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar. Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones.

La etapa actual del régimen climático presenta algunos puntos sobresalientes: la actuación nacional adquiere máxima relevancia, ya no se trata de que el Derecho Internacional Ambiental, desde afuera, quiera imponer a los Estados límites a las emisiones de gases de efecto invernadero, sino que son los propios Estados quienes deben determinar sus niveles de emisión y la manera de respetarlos; se acaba la distinción entre países desarrollados y países en desarrollo en cuanto a los compromisos; la transferencia de tecnología y el financiamiento adquieren mayor relevancia; para el período que viene, que se concibe como de largo plazo, hay una apuesta por una cooperación más constructiva, con una acción mancomunada frente al Cambio Climático.

El proceso de implementación en que se encuentra el régimen internacional tiene un carácter técnico, pero también jurídico, y la lectura que proponemos desde el Acuerdo de París debe guiar a los operadores políticos, jurídicos, científicos, etc.

El Acuerdo asegura que los aspectos sociales, económicos y ambientales sean considerados en igualdad de condiciones al abordarse el Cambio Climático, no en forma complementaria ni descoordinada. Asimismo, determina la aplicabilidad práctica de los Principios que consagra por parte de los Estados, que deberán, a través de su legislación, estándares y, en especial, de sus políticas nacionales, implementar el régimen a nivel local⁸.

Desde nuestro análisis, ese cambio de enfoque pasará principalmente por la acción climática mancomunada, sumada a una mayor transparencia, a la equidad, a la buena gobernanza, a la precaución y, con toda certeza, a una mayor cooperación.

3 El marco del Derecho Internacional de las Inversiones

El soporte que el Derecho Internacional Económico puede brindar en sus ámbitos de comercio e inversiones a temáticas ambientales es algo que desde hace algunos años es parte de discusiones institucionales y académicas y que hoy en día son aceptadas⁹; podemos prever que estas relaciones serán mayores en el futuro e incluso pueden llegar a ser parte de la agenda internacional y nacional.

Así, es posible conectar las inversiones y el comercio, no sólo porque históricamente han evolucionado en el mismo período, en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, sino también porque forman parte del universo del Derecho Internacional Económico, a lo que agregamos como factores de convergencia que ambos sistemas comparten terreno jurídico común; que la misma medida puede caer dentro del alcance jurisdiccional de ambos sistemas, invocar una norma jurídica e incluso adjudicarse simultáneamente; entre otros factores explicados por Kurtz¹⁰.

Se reconoce un rol de las inversiones dentro del Cambio Climático dado que la urgencia que plantea el Cambio Climático requiera diversificar las áreas del Derecho Internacional que se ocupan de la problemática. Por ello corresponde conectar inversiones y Cambio Climático. Adelantamos que las perspectivas pueden ser varias.

Las inversiones extranjeras y nacionales son necesarias¹¹. Sin embargo, pueden tener impactos negativos

8 Sobre Principios, recomendamos LUCAS GARÍN, Andrea. "Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático". *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 195-226, sep./dic. 2019.

9 AERNI, Philipp; BOIE, Bertram; COTTIER, Thomas; HOLZER, Kateryna; JOST, Dannie Jost; KARAPINAR, Baris; MATTEOTTI, Sofya; NARTOVA, Olga; PAYOSOVA, Tetyana; RUBINI, Luca; SHINGAL, Anirudh; TEMMERMAN, Fitzgerald; XOPLAKI, Elena; BIGDELI, Sadeq "Climate Change and International Law: Exploring the Linkages between Human Rights, Environment, Trade and Investment". *German Yearbook of International Law*, v. 53, p. 139-188, 2010

10 KURTZ, Jürgen. *The WTO and international investments law: converging systems*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.

11 En palabras de Vadi "El régimen de inversiones internacionales pueden y han desempeñado un papel en la gobernanza global del clima". La traducción nos pertenece. VADI, Valentina. *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?* *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. VAN AAKEN, Anne. "Defragmentation of Public Inter-

en el medio ambiente y pueden significar el aumento de las emisiones de Gases Efecto Invernadero en el país receptor. “Al igual que muchos otros problemas ambientales, el cambio climático inducido por el hombre es en su nivel más básico una externalidad. Aquellos que producen emisiones de gases de efecto invernadero están provocando el cambio climático, imponiendo costos al mundo y a las generaciones futuras, pero no enfrentan directamente, ni a través de los mercados ni de otra manera, las consecuencias totales del costo de sus acciones”, señalaba Stern en su célebre informe¹².

El Cambio Climático presenta oportunidades e impedimentos para las inversiones extranjeras. Las oportunidades están representadas por la apertura de mercados de tecnologías eco-eficientes y de fuentes de energías renovables, y al mismo tiempo, las medidas de mitigación envuelven la promoción de aperturas económicas de mercados nuevos o partes de mercados internos.

La actualidad de la temática se impone, frente a la generación de medidas nacionales que impliquen limitaciones a las emisiones de GEI de los sectores en que están incluidas esas inversiones, tanto las nuevas como las antiguas. Esto puede generar un real impedimento para la llegada y permanencia de inversiones. Así, el Cambio Climático plantea la eventual contradicción que pudiera llegar a existir entre las garantías dadas a los inversionistas extranjeros y las medidas que luego se tomen para gestionar o mitigar los efectos del Cambio Climático.

Esto nos lleva a considerar que en el ámbito internacional y de las “...inversiones extranjeras han surgido también normas a nivel internacional que gobiernan la relación entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Estos inversionistas pueden reclamar ante tribunales internacionales, sin antes tener que agotar los recursos internos. De esta manera, el derecho administrativo de los Estados es evaluado por órganos jurisdiccionales internacionales conforme a estándares internacionales derivados de un conjunto de tratados y normas consuetudinarias. Entre estas reglas y/o estándares se encuentran: el trato nacional, el trato justo y equitativo, y la compensación por la expropiación directa e indirecta”¹³.

Este Derecho de las Inversiones, sin un acuerdo global ni un texto único sino conformado sustancialmente por más de 3000 acuerdos de promoción y protección de inversiones (“APIs”), conforman el “spaghetti bowl” de reglas de inversiones aplicando el concepto desarrollado por Bhagwati para el comercio internacional¹⁴. La primera generación de estos Acuerdo de Protección, también llamados BITs (“bilateral investment treaties”), surge a fines de la década del cincuenta del siglo pasado. En la década del noventa se registra un frenesí por suscribir estos acuerdos entre los Estados¹⁵, que en sus últimas generaciones van incluyendo otros temas como medio ambiente.

La característica principal es que habilitan a reclamar directamente a los Estados Anfitriones sin necesidad de agotar las vías internas judiciales¹⁶, lo que va conformando actualmente un contexto en que se están

national Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

12 La traducción nos pertenece. STERN, Nicholas. *The economics of Climate Change. The Stern Review*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007. p. 27. Cabe indicar que la economía del Cambio Climático es un área que se ocupa de aplicar conceptos económicos al Cambio Climático y que en nuestro continente ha sido seguida por la CEPAL.

13 FUENTES TORRIJO, Ximena. “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional”. En: BARRAGUIRRE, Jorge; FUENTES TORRIJO, Ximena. *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*. CEPAL, LC/W.325. Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. p. 31-46, p. 33.

14 BHAGWATI, Jagdish. *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs*. Discussion Paper Series No. 726, 1995. Disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8CN7BFM>. Revisado el: 07 feb. 2020.

15 MOROSINI, Fabio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. “Regulacao do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 420-447, 2015.

16 En palabras de Montt “Al liberar a los inversionistas extranjeros de la exigencia de recurrir a sus propios gobiernos en busca de protección diplomática y al eximirlos de la obligación de agotar los remedios procesales locales, estos tratados constituyen una clara demostración –entre otras muchas presentes en el mundo actual– de cómo la globalización está afectando profundamente al Derecho desde fines del siglo XX”. MONTT OYARZÚN, Santiago. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los po-

revisando algunas de las medidas de los Estados sobre Cambio Climático, que han sido llevadas al Arbitraje de Inversiones.

De este modo, el Derecho de las Inversiones a nivel internacional denota una falta de acuerdo de los Estados que ha derivado en la inexistencia de un acuerdo multilateral que ponga en evidencia las múltiples visiones sobre el tema, y denota la existencia de sistemas confrontacionales relacionados con el tratamiento de las inversiones extranjeras que han evolucionado en estos últimos años¹⁷.

No obstante, García y López Escarcena sostienen que en el marco internacional hay un proceso de reforma del Derecho Internacional de las Inversiones¹⁸, en vez de acabar con el sistema para promover las inversiones internacionales, porque ellas, a pesar de sus desventajas, también benefician a los Estados,¹⁹ con lo que pretendemos hacer un aporte a la discusión tanto internacional como nacional con este trabajo en ese contexto.

En el fondo, lo que está en juego son tres elementos principales. Primero, la capacidad regulatoria de los Estados y las limitaciones que pudieren imponerle los tratados de promoción de inversiones. Segundo, la posibilidad de que el Estado, al ejercer su capacidad regulatoria, modifique las condiciones jurídicas bajo las cuales el inversor deba desarrollar su actividad económica, lo que podría generar perjuicios económicos al inversor. Y tercero, la posibilidad de que una inversión extranjera pueda causar un daño ambiental. Es decir, hay intereses contrapuestos en juego.

Por una parte, muchos Estados tienen un interés en atraer inversión extranjera y también quieren cautelar su capacidad regulatoria para evitar los riesgos y los daños ambientales que la inversión pudiere causar. Por otra parte, los inversores tienen un interés en evitar que el Estado perjudique la inversión por ejercer esa capacidad regulatoria. Los conflictos entre esos intereses se han entrado expresado cuando los inversores han demandado para que un Estado les indemnice el perjuicio económico derivado de una regulación ambiental. En algunas ocasiones, los inversores han tenido éxito (p.ej. Eiser y Energía Solar c. España²⁰) y en otras, el Estado (p.ej. Charanne c. España²¹). Algunos autores evalúan de manera negativa el efecto general que los arbitrajes de inversiones han tenido respecto de la regulación ambiental²², pero otros argumentan que la gran mayoría de los laudos arbitrales ha rechazado las demandas por expropiación regulatoria.²³

Sin embargo, durante el último tiempo se han celebrado tratados de promoción de inversiones que intentan conciliar los intereses contrapuestos del Estado y de los inversores y buscan promover las políticas ambientales. Hay tres mecanismos principales para lograrlo.

Primero, numerosos tratados han incluido disposiciones que cautelan la capacidad regulatoria de los Estados en materia medioambiental. Así, por ejemplo, el Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones²⁴ establece en su artículo 12 inciso 2: “Nada de lo dispuesto en el presente Tratado se interpretará como un impedimento para las Partes de adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida de otra forma compatible con este

deres públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 16, p. 33-70, 2006. p. 33-34.

17 Cfr. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017. p. 288.

18 GARCÍA, Frank J.; LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Introduction: Investment Law for the Twenty-First Century”. *Boston College Law Review*, v. 59, p. 2595-2605, 2018. p. 2595.

19 SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 21-23.

20 Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.I. c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo de 2017.

21 Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012, SCC Case No. V 062/2012, laudo final de 21 de enero de 2016.

22 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 106-119.

23 VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 107.

24 Disponible en http://www.sicce.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf.

Tratado que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales”. De manera análoga, en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por su sigla en inglés), establece en su artículo 9.16, titulado “Inversión y Objetivos de Medio Ambiente, Salud y otros Objetivos Regulatorios”: “Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida, que sea compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios”²⁵. Por un lado, ambos tratados reconocen un margen relativamente amplio de discrecionalidad al Estado, pues es él quien considera si una medida es pertinente. Eso genera el riesgo de que los Estados invoquen esas disposiciones de manera injustificada para incumplir sus obligaciones jurídicas y frustrar las legítimas expectativas de los inversores²⁶. Por otro lado, ese margen está limitado por el requerimiento de que la medida sea compatible con el tratado.²⁷ Sería conveniente que los tratados de promoción de inversiones incluyeran una disposición que reconociese que los inversores no pueden demandar una compensación económica por las medidas que adoptare el Estado para cumplir con sus obligaciones ambientales multilaterales, a menos que constituyeren una nacionalización o una expropiación directa²⁸, y que indicasen que el impacto ecológico de un proyecto es un criterio válido para que el Estado discrimine entre inversores.²⁹ Cláusulas como esas significarían un aporte significativo para promover la compatibilidad de los tratados de promoción de inversiones con los acuerdos sobre el cambio climático, como el Acuerdo de París.

Un segundo mecanismo responde a que los inversores eligen el negocio y la ubicación geográfica más rentable para invertir. La regulación que promueve la protección ambiental genera costos para las actividades económicas. Por eso, una preocupación común se refiere a que los Estados, y especialmente los países en desarrollo, debiliten o no refuercen sus medidas de protección ambiental, para así atraer más inversiones extranjeras. Más aun, los Estados podrían competir entre sí por cuál tiene la regulación ambiental que genere menos costos; esto se ha llamado la competencia a la baja (“*race to the bottom*”). Estas aprehensiones son plausibles, pero también hay argumentos para matizarlas. En efecto, los costos ambientales no son el único criterio que determina la decisión del inversor. También inciden la estabilidad política y económica, la calidad de las instituciones y de la infraestructura, la eficiencia de los trabajadores, etc. Además, la protección del medio ambiente parece ser un bien suntuario, por lo que nivel bajo de desarrollo económico suele ir acompañado de deterioro ambiental, pero a medida que aumenta el nivel, suele mejorar la calidad ambiental. Este factor se denomina la curva ambiental de Kuznets. Por último, no necesariamente un inversor extranjero perjudicará más al medio ambiente que un inversor nacional. En definitiva, la competencia a la baja es plausible, pero no parece haber investigaciones empíricas que hayan podido confirmar que ocurra³⁰.

Aun cuando las aprehensiones por una posible competencia a la baja no hayan podido ser comprobadas de manera empírica, es frecuente que los tratados de promoción de inversiones de los últimos años se refieran a la materia. En efecto, el segundo mecanismo para promover las políticas ambientales se refiere a que varios tratados declaran inadmisibles que los Estados reduzcan los niveles de protección ambiental para atraer más inversiones extranjeras. Por ejemplo, el Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones³¹ establece en

25 Recomendamos el trabajo de Adin, Morosini y Trubek sobre la influencia del Modelo TPP en las nuevas políticas comerciales y de inversiones, con particular énfasis en Brasil. ADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. “Brasil face os novos padrões de comércio e investimento dos acordos internacionais”. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.

26 SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 399.

27 SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 400.

28 PUSHKAREVA, Elvira. “Environmentally Sound Economic Activity, International Law”. En: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2015. p. 249.

29 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 198.

30 VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 103-104.

31 Disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf.

su artículo 12 inciso 1: “Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna [nota al pie omitida]. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no declina ni de otra forma deroga, ni ofrece declinar ni de otra forma derogar tal legislación de manera que se debilite o reduzca la protección otorgada por la misma como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido tal incentivo, podrá solicitar consultas con la otra Parte y las dos Partes realizarán las consultas con el fin de evitarlo”. Ahora bien, en la práctica puede ser un problema obtener el cumplimiento forzado de una cláusula de este estilo.

Un tercer mecanismo para que estos tratados promuevan la protección del medio ambiente, se refiere a que algunos Estados han interpuesto demandas reconventionales para que el inversor indemnice el daño ambiental que ha causado.³²

En definitiva, estos mecanismos reflejan un cambio en las percepciones sociales. Las exigencias ambientales hoy en día gozan de un apoyo social muy amplio y ya no constituyen posturas radicales, sino que forman parte de la cultura dominante. Aunque una parte del sector empresarial se ha resistido, la conciencia ambiental ha logrado incidir en nuestra percepción de las actividades económicas y en las expectativas de comportamiento empresarial.³³ Especialmente las inversiones destinadas a explotar recursos naturales o generar energía enfrentan estas nuevas percepciones sociales. Cada vez con más fuerza, para los inversores no sólo la regulación ambiental puede constituir un costo económico, sino también la responsabilidad por haber causado un daño ambiental y la oposición de la sociedad civil contra la inversión³⁴. La transparencia y la participación pueden retrasar y encarecer los proyectos de inversión, pero a fin de cuentas la inversión será menos riesgosa porque reflejará de mejor manera los intereses y los derechos de todas las partes afectadas.³⁵

Ahora bien, los tratados de promoción de inversiones no son una panacea. Una parte de la doctrina los ha criticado con fuerza, entre otros motivos porque muchos de estos tratados no toman en consideración los efectos ambientales de las inversiones, y porque en ocasiones los tribunales arbitrales han calificado la regulación ambiental como un incumplimiento a las obligaciones convencionales.³⁶ En efecto, estos tratados necesariamente contienen disposiciones que protegen los intereses económicos de los inversores. Por eso, en caso de que un inversor impugne una regulación ambiental estatal, el tribunal deberá dirimir cuáles intereses preponderan en el caso concreto, si los intereses económicos (como en Tecmed³⁷ o Metalclad³⁸) o los ambientales (como en Methanex³⁹ o Parkerings-Compagniet⁴⁰).

En definitiva, todavía no ha acabado el proceso de buscar un equilibrio entre proteger los intereses de los inversores extranjeros y la necesidad pública de proteger el medio ambiente⁴¹. Mientras mejores sean los mecanismos para sopesar los intereses en conflicto, más fácil será prevenir y solucionar los conflictos generados por la colisión entre los intereses económicos y ambientales.⁴²

32 COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 242.

33 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 106, 114-115.

34 MILES, Kate. “The Origins of International Investment Law”. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 209. Citando a Wälde y Ndi, “Stabilizing international investment commitments” *Tex. Int’l LJ* 31, p. 230-1, 1996.

35 Paráfrasis de BENEVISTI, Eyal. “Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?”. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 45, 2018.

36 MILES, Kate. “The Origins of International Investment Law”. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 210.

37 Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI caso número ARB (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003.

38 Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, CIADI caso número ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000.

39 Methanex Corporation v. United States of América, laudo final de 3 de agosto de 2005.

40 Parkerings-Compagniet AS v. Republic Of Lithuania, CIADI caso número ARB/05/8, laudo de 11 de septiembre de 2007.

41 Schill aborda los enfoques unilaterales de la mitigación del Cambio Climático y de cómo esto afecta a los inversionistas extranjeros, concluyendo que los tratados de inversión no conducen necesariamente a una afectación regulatoria. SCHILL, Stephen W. “Do Investment Treaties chill unilateral State regulation to mitigate Climate Change?”. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 5, p. 469-477, 2007.

42 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 119.

4 Potenciales conflictos entre Inversiones y Cambio Climático

El debate sobre el cambio climático es, en el fondo, un debate sobre cómo proveer un bien público mundial. El Derecho Internacional Económico ha sido eficiente en proveer ciertos bienes públicos mundiales, como las telecomunicaciones, pero ha sido deficitario para proveer otros, como proteger el medio ambiente y evitar el cambio climático.⁴³ Muy pocos tratados de promoción de inversiones contienen disposiciones relacionadas de manera específica con el cambio climático⁴⁴. Será importante corregir esta falencia, ya que las controversias entre inversores y Estado podrían abarcar la regulación respecto del cambio climático, p.ej. si el Estado ofrece incentivos para proyectos de energía renovable, si el Estado crea barreras para invertir en proyectos de energía renovable⁴⁵, restringe la emisión de carbono o prohíbe ciertas actividades económicas que generan gases de efecto invernadero⁴⁶.

Los textos de los Acuerdos Internacionales de Inversiones incluyen acuerdos o capítulos sobre la solución de controversias inversionista-Estado, que se dirimen en la mayor parte de los casos, mediante el arbitraje en materia de inversión, que puede ser ad hoc o institucional, siendo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) las más usadas para la primera opción y para la segunda, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) es la institución que lleva a cabo el arbitraje institucional de manera más extendida. Desde la perspectiva sustantiva, una parte importante de los casos se ocupan de las disputas regulatorias surgidas de la relación Estados e Inversores⁴⁷.

En muchas de estas disputas, se discute sobre la necesidad de reducir "...la protección legal otorgada a los intereses económicos privados extranjeros, por un lado, y al poder regulador soberano de los Estados anfitriones para perseguir el interés y el bienestar público, en el otro", al decir de Tanzi⁴⁸. En igual sentido, Ortino describe que los tribunales arbitrales están dedicados a revisar una amplia gama de actos públicos, incluidos actos de cualquier órgano estatal que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de cualquier otro tipo⁴⁹, varios de estos actos estatales se alojan en las políticas climáticas que están emprendiendo los Estados actualmente.

De este modo, "...el marco regulatorio internacionalizado (está) compuesto por aquellos acuerdos de promoción y protección de inversiones ("APPis") y Tratados de Libre Comercio ("TLCs") celebrados en los últimos años por nuestro país con diversos Estados..." como explica López Escarcena⁵⁰.

Siguiendo a Miles⁵¹, para reducir las emisiones podemos identificar tres enfoques en los esfuerzos: 1) Cortar dramáticamente el uso intensivo de carbono como fuente de energía; 2) Promover la innovación y

43 PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Law in the 21st Century*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 60-61.

44 POLANCO, Rodrigo. "Integrating Trade, Investment and Climate Change". En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren. (ed.) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 635.

45 HAFNER, S.; JAMES, O.; JONES, A. "A Scoping Review of Barriers to Investment in Climate Change Solutions". *Sustainability*, v. 11, p. 3201, 2019.

46 MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 195.

47 Esta multiplicidad de decisiones por tribunales internacionales y arbitrales es parte de la discusión sobre Fragmentación del Derecho Internacional. Recomendamos a Anne van Aaken, quien propone para lograr la integración el Principio de Proporcionalidad del Derecho Internacional. VAN AAKEN, Anne. "Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

48 TANZI, Attila. "On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 11, Issue 1, p. 47-76, 2016. p. 49.

49 ORTINO, Federico. "Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case against Strict Proportionality Balancing". *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 71-91, 2017.

50 LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. "La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MITD", *Revista Chilena de Derecho*, v. 32, n. 1, p. 79-88, 2005. p. 79.

51 MILES, Kate. "International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World". *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008* (July 2, 2008). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1154588>
Revisado el: 07 feb. 2020. p. 4.

desarrollo (I+D) en tecnologías bajas en carbono y energías renovables; 3) Facilitar el Desarrollo Sostenible y el uso de tecnologías amigables con el clima en los países en desarrollo. La autora indica que es en el curso de la implementación de estas medidas donde pueden surgir los conflictos con las inversiones internacionales.

En las medidas regulatorias para enfrentar el Cambio Climático es donde pueden surgir los enfrentamientos con el régimen de inversiones extranjeras. Pensamos específicamente en las medidas de mitigación que consisten en limitar las emisiones en sectores de la economía, que por cierto respondan a la característica de ser los más emisores (es decir, que con frecuencia las inversiones tienen mucho que ver con sectores emisores fuertes de GEI). También puede tratarse de medidas regulatorias que prohíban la actividad o que impongan límites o mejoras tecnológicas a los sectores. Un tercer problema que puede surgir está en la diferenciación entre los operadores de los mismos sectores, que no sean tratados de igual manera frente a las medidas regulatorias emprendidas. Así, la variedad de medidas que colisionen pueden darse en varios contextos. Mencionaremos algunos ejemplos: introducción de subsidios a favor de tecnologías limpias, desaparición de subsidios para uso de combustibles fósiles, o reducción de subsidios garantizados al inversor de energías renovables⁵². Respecto de los combustibles fósiles, se ha argumentado que para reducir su consumo será necesario que los Estados incentiven el redireccionamiento de las inversiones desde las energías fósiles hacia las renovables, y también que las empresas incorporen el cambio climático en sus análisis de riesgo.⁵³

La potencial amenaza es que se presenten reclamos de inversores⁵⁴. Esto ha ocurrido en los últimos años en los siguientes temas, según categoriza Vadi: Inversores en energías renovables como demandantes y Desafíos a las medidas reglamentarias relacionadas con el Cambio Climático, que subdivide en casos por Expropiación, Discriminación, Cláusulas de Estabilización, Trato Justo y Equitativo⁵⁵. La doctrina ha debatido si los posibles reclamos de inversores pueden generar que los Estados se paralicen y eviten regular en materias medioambientales (el llamado “*regulatory chill*”). Es muy difícil comprobar esa parálisis, entre otros motivos por la falta de hipótesis de contraste, pero hay indicios que indican que no es una posibilidad descabellada⁵⁶.

Al fijar los APPIs garantías como trato justo y equitativo, de nación más favorecida o la prohibición de expropiación directa o indirecta sin compensación, muchas de estas garantías no están detalladas ni se fijan los derechos y deberes de las partes, por lo que queda en manos de los árbitros su definición, con la correspondiente incertidumbre y falta de seguridad tanto para el Estado, que por un lado está comprometido en avanzar frente a las urgencias que el Cambio Climático impone, como para el inversor (que muchas veces desea actuar con responsabilidad frente a las propias imposiciones de sus accionistas).

Lo expuesto nos permite identificar que estas dos áreas del Derecho Internacional pareciera que son asimétricas, áreas herméticas que en las controversias ponen en evidencia la necesidad de construir mecanismos que eviten las controversias y apuesten a un escenario de mayor seguridad jurídica para los inversores y también para un Estado respetuoso de sus compromisos internacionales en materia climática.

52 Seguimos a VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. United States of America: Cambridge University Press, 2012. p. 258.

53 OSOFSKY, H. M.; PEEL, J.; McDONNELL, B. H.; FOERSTER, A. “Energy Re-Investment”. *Indiana Law Journal*, v. 94, n. 2, Article 6, 2019.

54 Desde la perspectiva de los inversores, la evaluación de las medidas climáticas se vuelve relevante al igual que la evaluación de los medios legales con los que cuentan, los que brindan el Derecho Nacional y las vías habilitadas por los APPIs o TLC.

55 VADI, Valentina. *Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?* *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. p. 1315-1332.

56 COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 241-242.

5 El caso de Chile frente al Cambio Climático y las inversiones

Chile se ha presentado como un caso paradigmático en términos de apertura comercial sostenida por tres vías principales: multilateral, regional y bilateral. Al negociar distintos tipos de acuerdos, Chile ha demostrado su interés en incorporar los temas ambientales como forma de prevenir decisiones unilaterales de las contrapartes y aclarar las relaciones con sus socios comerciales. También han contribuido a ello otros factores, como el consenso interno en favor de la inclusión de estos temas y un avance de la temática en las preocupaciones ciudadanas. Las inversiones han sido parte de esta política de apertura a través de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

Según un estudio de la OECD⁵⁷, Chile tiene 56 Acuerdos Internacionales de Inversión al 2011 y de ellos, seis cuentan con referencias específicas a la preocupación ambiental, lo que representa un 11%⁵⁸. Esta cifra coincide con la relevada por Cristani y Polanco Lazo entre APPIs y TLCs⁵⁹. Por su parte, Direcon, con información más general, se refiere a los Acuerdos Comerciales con disposiciones ambientales, alistando 14 acuerdos que Chile ha firmado desde el año 1997 en adelante⁶⁰. Chile, además, destaca por haberse sumado a la tendencia de negociar mega acuerdos comerciales que se ocupan de las inversiones extranjeras, como lo hace el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) firmado en marzo de 2018.

De cara a las inversiones, Chile tiene un nuevo contexto nacional desde el año 2016 dispuesto por la Ley 20.848 que “Establece Marco para la Inversión Extranjera Directa en Chile y Crea La Institucionalidad Respectiva”, que reemplazó el Decreto Ley 600 “Estatuto de la Inversión Extranjera”, que por muchos años rigió las inversiones extranjeras en Chile⁶¹ ⁶². De manera complementaria, se ha dictado el Decreto N° 56 que aprueba la Estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera, que contiene las directrices fundamentales que guiarán el accionar de la nueva agencia, que opera bajo la denominación de InvestChile.

En la labor de la agencia destacan en Chile como sectores priorizados la industria alimentaria, el turismo sustentable y las energías renovables⁶³. Entendemos que los desafíos que enfrenta la agencia pasan por atraer

57 Tener presente que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE o Organisation for Economic Cooperation and Development OECD en inglés) ha realizado estudios sobre la dimensión económica de la conexión entre inversiones extranjeras y protección ambiental desde la década del noventa, DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015. p. 383. Destacamos también la línea de estudio de Inversiones y Desarrollo Sostenible desarrollada por UNCTAD (2015).

58 GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “*Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing, 2011.

59 CRISTANI, Federica; POLANCO LAZO, Rodrigo. “International Investment Agreements concluded by Latin American Countries”. En: TANZI, Atila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO LAZO, Rodrigo; TURRINI, Paolo (ed.). *International Investment Law in Latin America: Problems and Perspectives = Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 837-862.

60 Estos acuerdos comerciales con disposiciones ambientales requieren revisarse para ver si incluyen disposiciones sobre inversiones y en tal caso, analizar los alcances en clave ambiental y si son aplicables o no a la problemática del Cambio Climático. El primer tratado fue el Acuerdo de Cooperación Ambiental, suscrito con Canadá en el marco del TLC, que entró en vigencia en 1997. Informa la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (reemplazo desde mediados de 2019 de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON). SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Medioambiente y Comercio*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/minisitio/medio-ambiente-y-comercio/> Revisado El: 08 feb. 2020.

61 Cfr. GALLEGOS ZUÑIGA, Jaime. “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”. *Revista Tribuna Internacional*, v. 5, n. 9, p. 29-51, 2016.

62 Los puntos destacables de la Ley 20.848 son los siguientes: se refiere a la Inversión Extranjera Directa (IED) (Artículo 2); define qué entiende por inversionista extranjero (Artículo 3); consagra el Principio de Trato Nacional (Artículo 9); en términos de toma de decisiones sobre inversiones, prevé que es el Presidente de la República debe establecer una estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera (Artículo 10), a la vez que funciona asesorándolo al Comité de Ministros para el Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera (Artículo 12); una innovación interesante es que crea la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera (APIE) que se encargará de promover y atraer el ingreso de todo tipo de capitales (y sucesora del Comité de Inversiones Extranjeras) (Artículo 15).

63 INVESTCHILE. Disponible en: <https://investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2017/06/investchile-britcham.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

inversiones que colaboren con el escenario climático en construcción. Entendemos que parte de esas estrategias se originarán en los APPIs en la medida que esa interrelación sea parte de los temas contemplados en los Acuerdos.

Desde la perspectiva del Cambio Climático, en Chile las emisiones totales alcanzaron los 109.908,8 Gg CO₂ eq, incrementándose 113,4% en relación con los índices de 1990. La matriz de emisiones se conforma así: “Respecto de las emisiones de GEI totales por sector, el sector Energía (que incluye Minería) representó un 77,4%, seguido del sector Agricultura (12,5%), del sector Procesos Industriales y Uso de Productos (IPPU) (6,0%), y finalmente del sector Residuos (4,1%)”⁶⁴. El total de la participación de Chile en las emisiones globales de GEI no exceden el 0,3%, sin embargo, la tendencia al alza de las emisiones se mantiene.

Está claro que el Cambio Climático resulta de las emisiones de GEI asociadas a las actividades económicas que acabamos de describir, donde la participación de las Inversiones es fundamental⁶⁵. Al mismo tiempo la necesidad de recibir Inversiones se incrementa frente a las consecuencias del Cambio Climático, las que deben ir encaminadas a Infraestructura, a la Seguridad Alimentaria, a más I+D, entre otras áreas.

De cara al régimen internacional, en la Tercera Comunicación Nacional de Chile expresa “El modelo económico chileno es abierto y estable, lo que favorece el comercio y la inversión. En gran medida, el crecimiento económico del país esta regido por la actividad minera, cuyas exportaciones al año 2014, correspondieron al 54,2% del total exportado por el país (DIRECON, 2015)”⁶⁷.

Chile frente al régimen internacional presentó en 2015 su compromiso de Contribuciones Determinadas, que incluye medidas de mitigación, medidas de adaptación, construcción y fortalecimiento de capacidades, desarrollo y transferencia de tecnologías y financiamiento⁶⁸. Se encuentra en proceso de actualizar la Contribución Nacional, avanzando en una propuesta de neutralidad al 2050⁶⁹.

En el plano internacional del Cambio Climático, Chile ha sido un Estado activo tanto en las negociaciones como en su adhesión a este especial régimen ambiental. Chile enfrentó el pasado fin de año, la organi-

64 El balance entre emisiones y absorciones de GEI de Chile (incluyendo FOLU) alcanzó los 70.054,4 Gg CO₂ eq. Cuando hablamos de este ítem, hacemos referencia al balance de emisiones y absorciones de GEI, expresadas en dióxido de carbono equivalente (CO₂ eq) Considerar que la media de emisiones de GEI a nivel global se ha incrementado casi un 50% desde el noventa, por lo que Chile está muy por encima del aumento de emisiones globales. En cuanto a los gases emitidos, el dióxido de carbono (CO₂) sigue siendo el principal gas emitido (78,4), luego el metano (10,7%), N₂O (10%) y gases fluorados (0,9%) (p. 198). MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

65 A modo de ejemplo, la matriz de emisiones de GEI de Brasil se conforma por Agricultura 26,6%, Energía 30,2%, Uso del Suelo, Cambio del Uso del Suelo y Silvicultura 34,6%, Procesos industriales 5,5% y Basura 3,1%. Ver AAMODT, Solveig. “To be - or not to be - a low carbon economy: a decade of climate politics in Brazil” en BANG, Guri; UNDERTAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 27.

66 Siguiendo a Borner hacemos presente que minería y energía son áreas de alto riesgo que requieren altas inversiones por ello tradicionalmente están protegidas, y que estas industrias tienen muchos antecedentes de resolverse por arbitraje, siendo CIADI el ámbito que provee una ruta conocida. BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” en BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (eds.). *International Investment Law*, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, p BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” En: BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (ed.). *International Investment Law*. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015. p. 1644-1675.

67 MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.

68 En la mencionada Contribución Nacional del 2015, Chile ha asumido ante el régimen internacional el compromiso de disminuir al 2030 sus emisiones de CO₂ por unidad de PIB en un 30% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando un crecimiento económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso. Contribución Nacional Tentativa de Chile (INDC) para el Acuerdo Climático París 2015. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>. 02 feb. 2020.

69 En la propuesta para presentar al Régimen Internacional de Cambio Climático en el 2020 se propone disminuir en 45% sus emisiones contaminantes anuales para 2030, con base en 2016 (último año de medición en el inventario nacional de emisiones de Chile), pasando de los actuales 46 millones de toneladas de CO₂ a 25 millones. Se puede consultar en: https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/10/Propuesta_actualizacion_NDC_Chile_2019.pdf Revisada el: 12 feb. 2020.

zación de la Conferencia de las Partes, o más conocida como COP 25 con dispares resultados⁷⁰, pero que pusieron de manifiesto la necesidad de avanzar en una agenda climática más diversificada para cumplir con los compromisos internacionales.

Desde la perspectiva nacional, el Cambio Climático es el área medioambiental que más ha crecido y que más dinámicamente se está desarrollando en el Derecho Ambiental. Muestra de ello es la arquitectura climática que está conformada por la institucionalidad y los instrumentos de gestión, de modo que el Cambio Climático es parte de la agenda pública⁷¹. Chile está dando pasos de mayor complejidad atento a que se ha presentado el pasado enero el proyecto de ley de Cambio Climático sometido a la discusión del Congreso Nacional⁷².

Chile está abocado en un proceso de conformación del escenario nacional, con los principales instrumentos de gestión, a saber: la Estrategia Nacional de Cambio Climático de 2006 y el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-2012 (PANCC I), reemplazado el año pasado por el nuevo Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (PANCCII) 2017-2022 (Acuerdo N° 22/2017 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad CMS). Destacamos que el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático ampara a los planes sectoriales. La adaptación ha seguido un criterio de sectorialidad y vulnerabilidad en su aparición temporal.

En cuanto a mitigación, la principal medida es Ley 20.698 que propicia la ampliación de la matriz energética mediante fuentes renovables no convencionales, del año 2013, que establece que para el año 2025 el 20% de la energía producida en Chile provendrá de fuentes renovables. En el marco de dicha Ley, Chile asumió un conjunto de acciones de mitigación que fueron más allá de los compromisos establecidos en la Convención para los países no Anexo I del Protocolo de Kioto. Entre las principales acciones tempranas de mitigación ubicamos el Programa de Eficiencia Energética y la Ley 20.257 de fomento de las Energías Renovables, del año 2008⁷³.

A nivel internacional Chile ha sido un receptor de inversiones importante que en estos últimos años registra un descenso en los ingresos⁷⁴. Por ende, enfocarse en estos temas le permitirá seguir participando en un escenario global que requiere actualizaciones y claridad. Al mismo tiempo, las inversiones en general tienen un carácter extractivo y de explotación de recursos naturales, como indica el Ministerio del Medio Ambiente en la Tercera Comunicación citada. Por ello, avanzar en estrategias que armonicen APPIs e inversiones y Cambio Climático se hace imprescindible.

70 Un breve comentario de la COP25 se encuentra disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/01/17/Los-resultados-de-la-COP-25-hacia-donde-se-mueve-Chile.aspx>. Revisado el: 12 feb. 2020

71 Más informaciones sobre la adhesión de Chile al régimen internacional de Cambio Climático y toda su performance, remitimos a LUCAS GARÍN, Andrea. “Más de una década de cambio climático en Chile: análisis de las políticas domésticas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 153, p. 587-625, sep./dic. 2018.

72 El proyecto de Ley Marco de Cambio Climático se ubica como Boletín N° 13.191-12, ingresado al Senado el pasado 13 de enero de 2020 y está en trámite parlamentario.

73 En el sector energía, el Ministerio de Energía está avanzando con el Plan de Mitigación de Gases de Efecto Invernadero para el Sector Energía, donde convergen las acciones de mitigación en el marco del Acuerdo de París asociadas a la Política Energética Nacional 2050 (PEN 2050); este plan fue sometido a consulta pública y aprobado por el Acuerdo N°42/2017 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (30 de noviembre de 2017). Además, el nuevo Gobierno lanzó la “Ruta Energética 2018-2022” el 14 de Abril de 2018, confirmando que el sector energía es el mayor emisor de GEI y que se definirán los pasos para implementación del Plan de Mitigación del sector, que incluye la búsqueda de financiamiento.

74 “Mientras que en 2016 se registraron descensos en las entradas de IED en la gran mayoría de los países de la región, en 2017 la IED se incrementó en la mayor parte de ellos. La caída se concentró en el Brasil (en que la IED disminuyó un 9,7%), en Chile (donde se redujo un 48,1%) y, en menor medida, en México”. Este panorama es distinto al de los años 2007 y 2011 cuando Chile atraía grandes flujos de inversiones dirigidos a la explotación de minería e hidrocarburos como explica el informe. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2018). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, p. 11 y 34. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf. Revisado el: 07 feb. 2020.

6 Posibles estrategias para armonizar inversiones y Cambio Climático

Para abordar las estrategias que armonicen Cambio Climático e inversiones realizaremos tres propuestas que pueden conciliar estos ámbitos: 1) Incorporación, en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) ya suscritos tanto se traten de Acuerdos Bilaterales de Inversión (BITs) y Tratados de Libre Comercio (TLC), de disposiciones ambientales con expresa mención al Cambio Climático; 2) Implementación voluntaria de estándares medioambientales; 3) Incentivos de mercado. Las dos últimas propuestas fueron efectuadas por el Profesor Francisco Orrego Vicuña en el artículo titulado “Trade and environment: new issues under International Law” del año 1998⁷⁵, las incluimos aquí para dialogar de manera crítica con sus propuestas. A continuación, nos referiremos a estas propuestas:

1) Incorporación, en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) ya suscritos tanto se traten de Acuerdos Bilaterales de Inversión (BITs) y Tratados de Libre Comercio (TLC), de disposiciones ambientales con expresa mención al Cambio Climático. En general los AII no especifican el alcance de la discreción de un Estado anfitrión para regular en interés público a favor de declaraciones amplias sobre objetivos de política o, en algunos casos, conceptos expansivos como el desarrollo sostenible. Tales justificaciones indeterminadas para la interferencia regulatoria con los inversores extranjeros a menudo se tratan en los Preámbulos⁷⁶. Lo cierto es que hay una tendencia a favor de que Derecho Internacional de las Inversiones reconozca las actividades generadas por las empresas transnacionales que estresan el medioambiente y que en especial, en las inversiones enfocadas en sectores extractivos provocan daños a los ecosistemas. Este reconocimiento hoy debe incluir hacerse cargo de las emisiones de GEI que generan estas inversiones en los países anfitriones.

2) Implementación voluntaria de estándares medioambientales: los estándares pueden tener distinto origen, establecidos por instituciones públicas, semipúblicas y privadas⁷⁷; así debe mencionarse que la Organización Internacional de Normalización (ISO en inglés) ha emprendido la tarea de desarrollar estándares internacionales en relación con la mitigación para instituciones, proyectos y productos, lo que se ha concretado con normas específicas⁷⁸ que incluyen prescripciones para la cuantificación y la declaración de las emisiones de GEI y de las reducciones de esas emisiones. Asimismo, estas normas ISO se ocupan de la huella de carbono, e indican los requisitos y guías para la cuantificación y las comunicaciones, todo ello sujeto a normas internacionales de evaluación del ciclo de vida para la cuantificación de las etiquetas y declaraciones ambientales para el público. La posibilidad de que se avance en un proceso de la mano de normas ISO es recomendable.

3) Incentivos de mercado: el Profesor Orrego brinda como ejemplos: “Los permisos de emisión transferibles, el pago de tasas, los depósitos financieros como garantía, la información al consumidor y otros esquemas deben destacarse especialmente a este respecto”⁷⁹. La multiplicidad de instrumentos económicos

75 Propone una ‘competitividad sustentable’ (sustainable competitiveness), si bien el trabajo está enfocado en la compatibilidad entre Comercio Internacional desde la perspectiva de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Derecho Internacional Medioambiental, pensamos que son válidas para inversiones y Cambio Climático. ORREGO VICUÑA, Francisco. “Trade and environment: new issues under International Law” En: GÖTZ, V.; SELMER, P.; WOLFRUM, R. (ed.) *Liber amicorum Günther Jaenicke - Zum 85. Geburtstag* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg: Springer, 1998. p. 701-726.

76 Seguimos a COLLINS, David. *An introduction to International Investment Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017. p. 252-253.

77 Las normas ISO, siglas de la Organización Internacional de Normalización (ISO en inglés), son acuerdos documentados basados en el consenso de las partes interesadas, que contienen grupos de reglas técnicas que al utilizarse de manera sistemática construyen un sistema de garantía de calidad para asegurar los materiales, productos y servicios, como una forma también de tener mejores procesos de producción.

78 Las normas principales son las ISO 14064-1 (GHG emissions and removals for organizations – corporate level); ISO 14064-2 (GHG emissions and removals for organizations – project level); ISO 14064-3 (validation and verification of GHG statements); ISO 14065 (requirements for verification bodies); ISO 14066 (requirements for verifiers); ISO 14067 (GHG emissions of products). ISO. *Climate Change Mitigation*, 2019. Disponible en: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100271.pdf>. Revisado el: 13 mar. 2020.

79 La traducción nos pertenece., ORREGO VICUÑA, 1998, p. 725.

que pueden utilizar los Estados (que por el principio de ‘trato nacional’ deben estar disponibles para nacionales e inversores extranjeros) es diversa⁸⁰. Los mercados de emisiones se presentan como una tendencia para reducir las emisiones de GEI al imponer un precio sobre los permisos de emisiones⁸¹. En igual sentido aquí se ubica el impuesto verde aprobado en 2014 por Chile mediante el artículo 8 de la ley 20.780, del año 2014⁸²; otros incentivos pueden devenir de la creación de fondos de financiamiento para la adquisición de tecnologías más verdes.

De este modo, junto con la prevención de que las alternativas no se agotan en estas estrategias y que entre estas áreas del Derecho Internacional las soluciones pueden provenir del ámbito internacional, regional y nacional, rescatamos el valor del diálogo frente a un tema de tanta complejidad como resulta la lucha contra el Cambio Climático.

7 Conclusiones

Coincidimos con el Profesor Orrego cuando remarcaba a mediados de los noventa que la premisa de que algunos países pudieran atraer inversiones reduciendo a propósito sus exigencias ambientales es inexacta. No había en este plano un riesgo de un “race to the bottom”⁸³.

Las propuestas en torno a la integración del Cambio Climático y las inversiones a partir del diseño de estrategias que puedan ser incluidas en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que permitan atraer inversiones que participen de la lucha contra el Cambio Climático, o que pasen por la implementación voluntaria de estándares internacionales por los inversionistas (presentes y los nuevos), o por la incorporación de incentivos de mercado por parte de los Estados, son todas opciones de cuyo éxito depende el cumplimiento de los pilares físicos y jurídicos que el Acuerdo de París propone.

En la medida que los Estados puedan anticiparse para asegurar la compatibilidad entre los compromisos que han asumido, por un lado, con los inversores (a través de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)) y, por otro lado, frente al régimen climático, más exitoso se presentará el período post Acuerdo de París.

En el caso de Chile, está demostrando que quiere avanzar en las medidas de mitigación y adaptación, que se espera se profundicen de la mano de la ley marco de Cambio Climático. La posibilidad que dicha área se enfrente con las inversiones se acrecienta. Por ello, la exploración de estrategias de armonización se hace imprescindible.

80 Destacamos el trabajo de SANTOS, PORTO y SAMPAIO quienes analizan tres instrumentos económicos de gestión ambiental (impuestos, sistemas de certificados negociables y pagos por servicios ambientales), y la experiencia brasileña al respecto. “SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antonio Jose Maristrello; SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. “Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas”. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017.

81 “En términos generales, un permiso brinda al tenedor el derecho a emitir una tonelada de GEI y se basa en el recorte de emisiones por sectores usualmente. Las empresas pueden reducir voluntariamente sus emisiones y venden sus permisos sobrantes, o si fallan en la reducción de emisiones, pueden comprar los permisos en mercado de carbono para tener la disponibilidad de emitir en sus procesos industriales”. LUCAS GARÍN, Andrea. “Cambio climático e instrumentos económicos: propuestas de regulación jurídica para un mercado de emisiones para Chile”. *Revista Universitas* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n. 137, jul./dic. 2018.

82 Remitimos al mismo texto, LUCAS GARIN, 2018.

83 ORREGO VICUÑA, Francisco. “Medio Ambiente y competitividad exportadora: un nuevo desafío para el derecho internacional del medio ambiente”. *Estudios Internacionales*, v. 28, n. 110, p. 251-259, 1995. p. 253.

Referencias

- AAMODT, Solveig. “To be - or not to be- a low carbon economy: a decade of climate politics in Brazil”. In: BANG, Guri; UNDERDAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- ADIN, Michelle Sanchez; MOROSINI, Fabio Costa; TRUBEK, David M. “Brasil face os novos padrões de comercio e investimento dos acordos internacionais”. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 304-332, 2019.
- AERNI, Philipp; BOIE, Bertram; COTTIER, Thomas; HOLZER, Kateryna; JOST, Dannie Jost; KARAPINAR, Baris; MATTEOTTI, Sofya; NARTOVA, Olga; PAYOSOVA, Tetyana; RUBINI, Luca; SHINGAL, Anirudh; TEMMERMAN, Fitzgerald; XOPLAKI, Elena; BIGDELI. Sadeq “Climate Change and International Law: Exploring the Linkages between Human Rights, Environment, Trade and Investment”. *German Yearbook of International Law*, v. 53, p. 139-188, 2010.
- BANG, Guri; UNDERDAL, Arild; ANDRESEN, Steinar (ed.). *The domestic politics of global climate change*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- BENEVISTI, Eyal. “Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?”. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 45, 2018.
- BHAGWATI, Jagdish. *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs*. Discussion Paper Series No. 726, 1995. Disponible en: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8CN7BFM>. Revisado el: 07 feb. 2020.
- BÖRNER, Achim-R. “IV. Investment Law and Energy” En: BUNGENBER, Marc; Griebel, Jörn; HOBE, Stephan; REINISCH, August (ed.). *International Investment Law*. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015. p. 1644-1675.
- CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly de Souza. “Litigância climática como estratégia jurisdiccional ao aquecimento global antropogénico e mudancas climáticas”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 54-72, 2019.
- COLLINS, David. *An introduction to International Investment Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2018). *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf. Revisado el: 07 feb. 2020.
- COUTULA, Lorenzo. “Environmental Protection”. En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren (ed.). “*Elgar Encyclopedia of International Economic Law*”. Edward Elgar Publishing, 2017. p. 242.
- CRISTANI, Federica; POLANCO LAZO, Rodrigo. “International Investment Agreements concluded by Latin American Countries”. En: TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO LAZO, Rodrigo; TURRINI, Paolo (ed.). *International Investment Law in Latin America: Problems and Perspectives = Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. Leiden: Brill Nijhoff, 2016. p. 837-862.
- DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. *International Environmental Law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2015.
- FUENTES TORRIJO, Ximena. “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional”. En: BARRAGUIRRE, Jorge; FUENTES TORRIJO, Ximena. *Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales*. CEPAL, LC/W.325. Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2010. p. 31-46.

- GALLEGOS ZUÑIGA, Jaime. “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”. *Revista Tribuna Internacional*, v. 5, n. 9, p. 29-51, 2016.
- GARCÍA, Frank J.; LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “Introduction: Investment Law for the Twenty-First Century”. *Boston College Law Review*, v. 59, p. 2595-2605, 2018.
- GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “*Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing, 2011.
- HAFNER, S.; JAMES, O.; JONES, A. “A Scoping Review of Barriers to Investment in Climate Change Solutions”. *Sustainability*, v. 11, p. 3201, 2019.
- ISO. *Climate Change Mitigation*. 2019. Disponible en: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100271.pdf>. Revisado el: 13 mar. 2020.
- KURTZ, Jürgen. *The WTO and international investments law: converging systems*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián. “La aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y del trato justo y equitativo en la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. El caso MTD”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 32, n. 1, p. 79-88, 2005.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Cambio climático e instrumentos económicos: propuestas de regulación jurídica para un mercado de emisiones para Chile”, *Revista Vniversitas* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n. 137, jul./dic. 2018.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Más de una década de cambio climático en Chile: análisis de las políticas domésticas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 153, p. 587-625, sep./dic. 2018.
- LUCAS GARÍN, Andrea. “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revista Derecho del Estado*, n. 44, p. 195-226, sep./dic. 2019.
- MILES, Kate. “International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World”. *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008* (July 2, 2008). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1154588> Revisado el: 07 feb. 2020.
- MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*. 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/TCN-2016b1.pdf> Revisado el: 08 feb. 2020.
- MONTT OYARZÚN, Santiago. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del Estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 16, p. 33-70, 2006.
- MOROSINI, Fabio; XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. “Regulacao do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 420-447, 2015.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. “Medio Ambiente y competitividad exportadora: un nuevo desafío para el derecho internacional del medio ambiente”. *Estudios Internacionales*, v. 28, n. 110, p. 251-259, 1995.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. “Trade and environment: new issues under International Law”. Em: GÖTZ, V.; SELMER, P.; WOLFRUM, R. (ed.) *Liber amicorum Günther Jaenicke - Zum 85. Geburtstag* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Heidelberg: Springer, 1998. p. 701-726.
- ORTINO, Federico. “Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case against Strict Proportionality Balancing”. *Leiden Journal of International Law*, v. 30, p. 71-91, 2017.

OSOFSKY, H. M.; PEEL, J.; McDONNELL, B. H.; FOERSTER, A. "Energy Re-Investment". *Indiana Law Journal*, v. 94, n. 2, Article 6, 2019.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Economic Law in the 21st Century*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

POLANCO, Rodrigo. "Integrating Trade, Investment and Climate Change". En: COTTIER, Thomas; SCHEFFER, Krista Nadakavukaren. (ed.) *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*. Edward Elgar Publishing, 2017.

PUSHKAREVA, Elvira. "Environmentally Sound Economic Activity, International Law". En: LACHENMANN, Frauke; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, 2015. p. 249.

ROBINSON, Nicholas A.; XI, Wang; HARMON, Lin; WEGMUELLER, Sarah (ed.). *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited.

SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SANTOS, Laura Meneghel dos; PORTO, Antonio Jose Maristrello; SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. "Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental: uma análise das atribuições implícitas". *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 97-120, 2017.

SCHILL, Stephen W. "Do Investment Treaties chill unilateral State regulation to mitigate Climate Change?". *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 5, p. 469-477, 2007.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

STERN, Nicholas. *The economics of Climate Change. The Stern Review*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

SUBSECRETARIA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. *Medioambiente y Comercio*. Disponible en: <https://www.subrei.gov.cl/minisitio/medio-ambiente-y-comercio/> Revisado El: 08 feb. 2020.

TANZI, Attila. "On Balancing Foreign Investment Interests with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 11, Issue 1, p. 47-76, 2016.

VADI, Valentina. Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 48, p. 1286-1351, 2015. VAN AAKEN, Anne. "Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, Issue 2, Article 5, p. 483-512, 2009.

VANDENVELDE, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. United States of America: Cambridge University Press, 2012.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Mudanças climáticas e
responsabilidade civil:** um
estudo de caso sobre a reparação
de danos climáticos

**Climate change and civil
liability:** a case study about
climate damage reparation

Sabrina Jiukoski da Silva

Thatiane Cristina Fontão Pires

Mudanças climáticas e responsabilidade civil: um estudo de caso sobre a reparação de danos climáticos*

Climate change and civil liability: a case study about climate damage reparation

Sabrina Jiukoski da Silva**

Thatiane Cristina Fontão Pires***

Resumo

Como resposta às mudanças climáticas por fatores antrópicos, a litigância climática alcança importância ímpar para a atribuição do ônus específico de reparar o dano climático. Nesse contexto, o presente artigo tem por escopo averiguar a caracterização da responsabilidade civil por danos climáticos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da metodologia do estudo de caso. Na primeira seção, apresenta-se o caso escolhido, relativo aos danos climáticos relatados na Ação Civil Pública movida pela Advocacia-Geral da União (AGU), representando o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), em face de Siderúrgica São Luiz Ltda e de seu sócio administrador, em trâmite sob o n.º 1010603-35.2019.4.01.3800, perante a 15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Em seguida, passa-se à verificação dos pressupostos da responsabilidade civil ambiental, para, então, por fim, realizar-se o cotejo do caso concreto. Ao final, conclui-se que a responsabilidade por dano climático resta configurada quando a emissão de Gases do Efeito Estufa (GEE) for enquadrada como poluição ambiental, seja por ação de poluidor direto, seja por ação de poluidor indireto, por consistir em emissão antijurídica de energia ou material que contribua, negativamente, para com o equilíbrio climático, mediante alteração da composição da atmosfera mundial, resultando em degradação ambiental climática.

Palavras-chave: Mudanças climáticas. Litígios climáticos. Danos. Responsabilidade Civil.

Abstract

As a response to climate change due to anthropic factors, climate litigation is unparalleled in the attribution of the specific burden of repairing environmental damage. In this context, this article aims to investigate the characterization of civil liability for climate damage in the Brazilian legal system based on the case study methodology. In the first part, the case chosen is presented, which concerns the climate damage reported in the Public Civil Action filed by the Federal Attorney General (AGU), representing the Brazilian Institute of Environment and Renewable Natural Resources (Ibama), in the

* Recebido em 29/09/2020
Aprovado em 11/01/2021

** Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc. Bolsista CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. E-mail: sjiukoski@gmail.com

*** Thatiane Cristina Fontão Pires: Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. E-mail: thaticp@gmail.com

face of Steel Industry São Luiz Ltda and its managing partner, assessed under n. 1010603-35.2019.4.01.3800 and pending at the 15th Civil Court of the Judicial Section of the State of Minas Gerais. In the second part, the environmental liability requirements are verified and, in the last part, the case chosen is analyzed. In the end, it was concluded that the responsibility for climate damage remains, in theory, when the emission of greenhouse gases (GHG) is framed as environmental pollution, either by direct or indirect polluter action, because it consists of illicit emission of energy or material that contributes negatively to the climate balance, by altering the composition of the world atmosphere, resulting in climatic environmental degradation.

Keywords: Climate litigation. Climate changes. Damage. Civil liability.

1 Introdução

O alvorecer do Estado Constitucional Ambiental em 1988 veio como resposta à sociedade de risco e seus reflexos às gerações passadas, presentes e futuras, reconhecendo-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como marco histórico no Brasil (art. 225 da CRFB/88). Trata-se, pois, não apenas da consolidação de um direito fundamental, mas também de um compromisso intergeracional de gerir os riscos ambientais, como um legado ambiental a ser deixado de geração para geração, dado que, à medida que o desenvolvimento tecnológico, a industrialização e o consumo de massa crescem, agravam-se os riscos ao meio ambiente e à sociedade como um todo.

As mudanças climáticas causadas por fatores antrópicos, nesse contexto, não passam despercebidas. O planeta Terra sempre passou por ciclos naturais de aquecimento e resfriamento. Contudo, nos últimos anos, as atividades industriais estão afetando, diretamente, a variação natural do clima terrestre, realidade que não é estranha ao Brasil.^{1,2} Projeta-se que, nos próximos anos, as áreas semiáridas e áridas do Nordeste sofram uma redução ainda maior dos recursos hídricos e a vegetação semiárida seja substituída por uma vegetação típica da região árida; a região Norte passe pelo aumento da seca e que haja um efeito direto do dióxido de carbono (CO₂) na fotossíntese nas áreas não fragmentadas da floresta Amazônica; e as regiões Sul e Sudeste do país sofram com fortes chuvas torrenciais, alagamentos, desmoronamentos etc.³

Como resposta a esse cenário, bem como um compromisso com as gerações futuras, a litigância climática no âmbito da responsabilidade civil ganha uma importância ímpar na atribuição do ônus específico de reparar o dano climático, tão complexo que é capaz de afetar ecossistemas inteiros no âmbito mundial. Por

¹ MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e seus efeitos sobre a biodiversidade: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI*. 2. ed. Brasília: MMA, 2007.

² Segundo os últimos dados divulgados pelo *The Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), as emissões globais líquidas de dióxido de carbono (CO₂) causadas pelo homem precisariam cair cerca de 45% em relação aos níveis de 2010 até 2030 para estabilizar os riscos ao meio ambientais (ROGELJ, Joeri; SHINDELL, Drew; JIANG, Kejun (coords.). *Mitigation pathways compatible with 1.5°C in the context of sustainable development*. 2018. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_Chapter2_Low

[_Res.pdf](#). Acesso em: 9 set. 2020). Nesse sentido, também merece destaque a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), firmada em 1992. Nesse tratado, países concordaram em “estabilizar concentrações de gases causadores do efeito estufa na atmosfera”, para impedir a interferência perigosa das atividades humanas no sistema climático. A cada ano, desde que o tratado entrou em vigor, em 1994, uma “Conferência das Partes” (COP) é realizada para discutir como caminhar rumo a esse propósito, de cujas tratativas destaca-se o Protocolo de Kyoto, de 1997, acordo que definiu limites de emissões para países desenvolvidos até 2012, e o Acordo de Paris, adotado em 2015, no bojo do qual todos os países concordaram em aumentar esforços para limitar o aquecimento global a 1,5°C acima de temperaturas pré-industriais, bem como impulsionar o financiamento de ações climáticas.

³ DAMASIO, Kevin. *Brasil já sente impactos das mudanças climáticas e situação pode se agravar*. 2020. Disponível em: <https://www.nation-algeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/02/brasil-ja-sente-impactos-das-mudancas-climaticas-e-situacao-pode-se-agravar>. Acesso em: 9 set. 2020; e BRASIL e as mudanças climáticas: os impactos das mudanças climáticas no Brasil segundo o 4º relatório do IPCC. WWF-Brasil. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/politicas_de_clima/brasil_mudancas_climaticas/. Acesso em: 9 set. 2020.

meio da litigância climática, postula-se a responsabilização por dano ambiental própria, com a peculiaridade de buscar que emissores de Gases de Efeito Estufa (GEE), em razão da caracterização da atividade ou do dano ambiental que está interligado com a emissão, sejam condenados a interiorizar a externalidade negativa que produziram em desfavor do meio ambiente e da sociedade como um todo.

Nesse sentido, o presente estudo tem com o escopo investigativo a caracterização da responsabilidade civil nas demandas envolvendo danos climáticos, com destaque ao problema da causalidade, que se revela como possível (ou único) critério delimitativo de responsabilização, na medida em que a doutrina e a jurisprudência brasileiras demonstram-se favoráveis à adoção da Teoria do Risco Integral no âmbito do direito ambiental.

Para tanto, utiliza-se a metodologia do estudo de caso que, além de propiciar o exame dos fundamentos adotados pelos protagonistas no caso concreto, possibilita a realização de uma abordagem interativa e crítica sobre a possível solução a ser adotada, com a indicação de fatos relevantes, critérios hábeis a ensejar a responsabilização do agente poluidor e possíveis caminhos alternativos para os litígios climáticos.⁴

Nesse contexto, como pano de fundo, opta-se pela análise da “Ação Civil Pública por Dano ao Meio Ambiente natural e por Dano Climático”, movida pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio da Procuradoria Federal de Minas Gerais, representando o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), em face de Siderúrgica São Luiz Ltda e de Geraldo Magela Martins, sócio administrador, autuada sob o n.º 1010603-35.2019.4.01.3800 e em trâmite na 15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

Anota-se que, apesar de recentemente protocolada (em 2 de julho de 2019) e ainda sem desfecho, a ação é uma importante lente de estudo, pois um dos cerne da controvérsia é a condenação da siderúrgica ré a indenizar os danos climáticos supostamente ocorridos a partir da utilização de carvão vegetal irregular, sendo a postulação marcada como um novo paradigma para os tribunais e um campo recente na literatura brasileira⁵.

Dessa forma, na primeira seção do presente artigo, será apresentado o caso, com a descrição fática e o apontamento dos fundamentos jurídicos relevantes ao tema dos danos climáticos. Em seguida, na segunda seção, será realizada uma síntese da doutrina ambientalista acerca dos requisitos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil ambiental, com destaque ao problema da causalidade. Em um terceiro momento, o litígio climático é analisado à luz dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil por danos climáticos. Ao final, serão tecidas as notas finais e conclusivas sobre o presente estudo.

2 A análise do caso da Siderúrgica São Luiz Ltda.

A realidade fática narrada na Ação Civil Pública⁶ remonta à utilização de grandes volumes de carvão vegetal sem origem regular. Segundo o Ibama, a empresa ré estaria adquirindo insumos oriundos de desmatamentos ilegais, provenientes, por exemplo, da Amazônia, da Mata Atlântica ou do Cerrado, por meio de guias florestais do Estado do Mato Grosso (Documento de Origem Florestal – DOF) ideologicamente falsas, dado que não apontam a origem regular e o lastro real do carvão vegetal utilizado como insumo na siderúrgica.

⁴ PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018.

⁵ Entre os doutrinadores nacionais que, nos últimos anos, vem se dedicando ao tema, cita-se: WEDY, Gabriel. *Climate legislation and litigation in Brazil*. Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School, out. 2017. p. 1-28. Disponível em: <http://columbia-climatelaw.com/files/2017/10/Wedy-2017-10-Climate-Legislation-and-Litigation-inBrazil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁶ BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região (15ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais). *Autos n.º 1010603-35.2019.4.01.3800*. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjmg/pagina-inicial.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

Considerando-se os dados levantados na operação “Corgel Negro III”, o órgão ambiental apontou que a empresa ré e seu administrador teriam, por muitos anos, comprado e utilizado carvão vegetal irregular, chegando ao numerário de 44.636,000 metros cúbicos de carvão (o que equivale a 2.231,80 campos de futebol), e as carvoeiras ou as carvoarias indicadas nas guias florestais como fornecedoras dos insumos não possuiriam condições estruturais de garantir o quantitativo de carvão vegetal declarado.

O órgão ambiental ajuizou a demanda, portanto, a partir do entendimento de que a siderúrgica ré seria responsável pela reparação de danos ambientais e climáticos, pois teria contribuído, diretamente, para a degradação ambiental (prejuízos hídricos, à flora, à fauna e ao solo) e para a emissão de GEE acima do permitido, segundo a responsabilidade civil objetiva⁷.

Entre os fundamentos jurídicos utilizados para a sustentar a ocorrência de danos climáticos indenizáveis, o órgão ambiental apontou que se devem avaliar os danos segundo os conceitos de mudanças climáticas e de fonte causal inseridos nas diretrizes da Lei n.º 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilidade civil por danos climáticos estaria configurada, conforme extrai-se da petição inicial, pois (i) “a ré utilizou carvão sem lastro legal, sendo responsável pela supressão de vegetação não autorizada, que veio a ser queimada por seus altos-fornos;” (ii) “a supressão de vegetação afeta a biomassa de carbono, transformado em carvão por meio da queima, o que por sua vez irá resultar em nova queima do carvão na siderúrgica”; (iii) “a supressão de vegetação e a queima citadas acarretam lançamento de GEE na atmosfera”; (iv) “o lançamento de GEE ocorreu a partir de uma fonte ilegal, já que foi gerado e consumido carvão sem lastro legal, carvão sem regularidade no DOF”; (v) “se o lançamento de GEE ocorreu sem lastro legal, a fonte emissora é ilegal, sendo configurada como poluidora, pois lançou matéria ou energia em desacordo com os limites e regras legais, nos termos da Lei n. 6.938”; e (vi) “a Lei n. 12.187 determina a responsabilidade individualizada pela participação no lançamento de GEE, fator que acarreta a internalização pela empresa de suas externalidades negativas, inclusive quanto à poluição e ao dano climático”.

Em outras palavras, o Ibama sustentou que a siderúrgica ré, enquanto agente poluidora, deve indenizar as mudanças climáticas provenientes de suas ações (humanas), as quais causaram a liberação de gases de efeito estufa em nível acima do tolerável legalmente. Além disso, a identificação da área de vegetação suprimida já possibilitaria mensurar o quantitativo de GEE lançado na atmosfera com a queima de carvão sem lastro legal e, como consequência, estaria configurado o dever de indenizar os danos climáticos.

O órgão ambiental defendeu, ainda, que o *quantum* indenizatório deve ser fixado com base no custo social do carbono e as toneladas de GEE emitida irregularmente. A metodologia utilizada seria a pontuação financeira estimada pelos critérios do CSS (*carbono social cost*), da média de carbono lançado na atmosfera multiplicada pelo custo social do carbono, sendo o último, na visão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 60 (sessenta) euros por tonelada como ponto médio de estimativa. Defendendo o órgão que a condenação deve ser revertida em criação de sumidouros de carbono ou em fundos de prevenção e resposta a efeitos de desastres ambientais.

Por sua vez, a empresa ré e seu administrador, no bojo de sua contestação,⁸ sustentam que não se pode imputar a eles qualquer responsabilidade civil por danos climáticos, uma vez que a empresa apenas adquiriu carvão vegetal das carvoeiras e carvoarias fornecedoras do insumo, não existindo qualquer conduta ilegal

⁷ Não é objeto do presente artigo analisar todos os pedidos realizados pela Advocacia-Geral da União ao representar o Ibama no ajuizamento da intitulada “Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente natural e por dano climático” — condenação à reparação ambiental através da compensação ecológica *in natura* e *in pecúnia*, ao pagamento de multa ambiental, ao pagamento de danos morais coletivos, considerando como parâmetro o lucro da intervenção, à suspensão de financiamento, incentivos fiscais e acesso a linhas de crédito e à adoção de programa de integridade ambiental —, mas sim compreender a causa de pedir da demanda e a fundamentação jurídica utilizada como base para uma possível caracterização do dever de indenizar da empresa ré diante da existência de danos climáticos.

⁸ Não é objeto do presente artigo analisar todos os argumentos trazidos pela tese de defesa, mas, assim como ocorreu na análise da inicial, compreender a fundamentação jurídica em matéria do litígio climático.

relativa à celebração dos negócios jurídicos — dado que seguiu todos os procedimentos oficiais de aquisição e controle do insumo, cabendo tão somente ao Estado a fiscalização da origem do carvão —, tampouco o preenchimento das DOF's (documento emitido pelas autoridades estatais e preenchido pelas fornecedoras de carvão).

Dessa forma, discorrem que acreditavam adquirir carvão vegetal com lastro regular e, mesmo que se comprove a irregularidade aventada pelo órgão ambiental, trata-se de conduta a ser imputada exclusivamente aos fornecedores, inexistindo qualquer prova da participação da empresa no alegado desmate de vegetação nativa ou do nexo de causalidade entre a atividade exercida e o “aquecimento global existente”, sem falar que a atividade de siderurgia, por si só, é considerada atividade poluidora.

Nesse contexto, a tese de defesa ainda acrescenta que a aceitação de responsabilização por danos climáticos configura *bis in idem*, haja vista que o órgão ambiental pretende a aplicação de “várias penalidades” da mesma natureza, e que as diretrizes do custo social do carbono sequer foram incorporadas pelo direito brasileiro e não podem ser utilizadas. Por fim, defende que não pode ser compelida a criar sumidouros de carbono com base na generalidade.

Antes de aprofundar os aspectos específicos tangentes à responsabilização decorrente de danos climáticos, o estudo do caso proposto pressupõe a contextualização dos fundamentos da responsabilidade civil ambiental em geral, bem como os princípios que a informam, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, sobre os quais se debruça a próxima seção.

3 A responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental

A responsabilidade civil extracontratual é entendida, em essência, como uma modalidade em que o dever de indenizar a vítima se origina a partir da violação de deveres gerais positivados em normas jurídicas, sem a intermediação de qualquer negócio jurídico entre autor e vítima⁹. Tal sistema no ordenamento jurídico nacional é definido a partir de grandes cláusulas gerais fulcradas ora no Princípio da Culpa ou ora no Princípio do Risco, as quais possibilitam imputar o dever de indenizar a partir da identificação dos seguintes pressupostos: dano suportado pela vítima, conduta antijurídica do agente, nexo de causalidade entre o dano e a conduta antijurídica e, por fim, culpa — elemento necessário somente no caso de responsabilidade civil subjetiva, baseada no princípio da culpa¹⁰.

Seguindo as premissas gerais, o legislador nacional em matéria ambiental optou por positivar no artigo 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), uma cláusula geral de responsabilidade civil com fulcro no princípio do risco ao tratar de danos causados ao meio ambiente. O artigo, assim, dispõe “o poluidor [é] obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, considerando-se poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da LPNMA).

O dever de indenizar no âmbito ambiental nasce, portanto, da prática de fatos antijurídicos que causaram

⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019.

¹⁰ A grande cláusula geral da responsabilidade civil baseada no princípio da culpa, ou responsabilidade civil subjetiva, é composta pela junção do *caput* do art. 927 e do art. 186 ambos do CC/02, os quais dispõem, respectivamente, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. A responsabilidade civil pautada no princípio do risco, ou responsabilidade civil objetiva, tem como cláusula geral o parágrafo único do art. 927 do CC/02: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas a doutrina ambientalista nacional defende que a visão tradicional dada a Teoria da Responsabilidade Civil não é suficiente para atuar em defesa do meio ambiente. Pela lógica ambientalista, a responsabilidade civil ambiental foge da visão indivíduo-indivíduo, de caráter essencialmente patrimonial do Direito Civil, para salvaguardar as relações homem-natureza e, por isso, passa a beber em novas fontes e a orientar-se por princípios específicos do Direito Ambiental, curvando-se à colossal posição do bem jurídico tutelado.¹¹

Como disserta Antônio Herman Benjamin¹², o dano ambiental atinge as gerações presentes e futuras, num tal cenário de causa-efeito de grande complexidade e imensurabilidade, e deve-se acordar para a relevância da responsabilidade civil como promissor instrumento de proteção ao meio ambiente baseado nos princípios elementares do direito ambiental.

Alinhando as diversas acepções de meio ambiente, o alicerce dessa concepção ambientalista está, assim, associado aos princípios da precaução e do poluidor-pagador e ao que a doutrina defende de função preventiva da responsabilidade civil, diante do reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental intergeracional e bem socioambiental (art. 225 da CRFB/88¹³). Nas palavras de Annelise Steigleder, a responsabilidade civil ambiental “tem como pressuposto a existência de uma atividade que implique em riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador)”.¹⁴

Com efeito, a responsabilização em matéria ambiental serviria não somente para compensar os danos ambientais, mas também como uma espécie de alerta para a tomada das cautelas necessárias para a preservação desse bem da vida, evitando danos futuros.¹⁵ Nesse contexto, Carolina Bahia disserta que o ordenamento jurídico brasileiro optou por um sistema abrangente de responsabilidade civil ambiental e a consagração da teoria objetiva acaba por atender a um imperativo de justiça distributiva e simplificar o processo de imputação da responsabilidade, na medida em que se prescinde da demonstração de culpa, cabendo à vítima comprovar o nexo de causalidade entre a atividade do poluidor e o dano suportado.¹⁶

Contudo, ainda assim, existem diferentes correntes concernentes ao sentido e ao alcance da responsabilidade civil objetiva prevista na LPNMA, debatendo-se, em especial, sobre qual teoria do risco é agasalhada para a responsabilização no campo ambiental.¹⁷

Segundo a corrente minoritária, a LPNMA admite que se exima a responsabilização do agente uma vez

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano e ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998; e LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 1999. 351 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano e ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998.

¹³ 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”.

¹⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 83-103, out. 2003. p. 43-44.

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano e ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998; e LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Contornos atuais da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

¹⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

¹⁷ Entre os doutrinadores que defendem a aplicação da teoria do risco integral estão: Jorge Alex Nunes Athias (1993), José Edis Milaré (1996, 2015), José Afonso da Silva (1997, 2002) e Antônio Herman Benjamin (1998). Em defesa à teoria do risco criado estão Mukai (2016), Carvalho Filho (2015) e Bandeira de Mello (2015). Outros doutrinadores, como Yussef Said Cahali (2014), defendem a equiparação das teorias e outros, ainda, defendem que o ordenamento jurídico nacional não comporta a Teoria do Risco Integral, entre eles: Hely Lopes Meireles (2016). Morato Leite (1999) e Annelise Steigleder (2003) adotam um “posicionamento intermediário” ao defenderem a aplicação da teoria do risco integral, mas com a possibilidade de exonerar a responsabilidade em determinados casos.

comprovada alguma das excludentes da causalidade, como o caso fortuito ou de força maior e o fato de terceiro. Nesse viés, a base da responsabilidade civil ambiental corresponde à Teoria do Risco Criado, consoante a qual “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.¹⁸

Por outro lado, a corrente predominante sustenta estar a responsabilidade civil ambiental alicerçada na Teoria do Risco Integral, o que corresponde a uma responsabilidade objetiva agravada ou extremada, haja vista não se admitir qualquer hipótese de exclusão da responsabilidade do agente poluidor.¹⁹ Para esse entendimento, como ensina Lucarelli²⁰,

a indenização [no âmbito ambiental] é devida somente pelo fato de existir a atividade da qual adveio o prejuízo, independentemente da análise da subjetividade do agente, sendo possível responsabilizar todos aqueles aos quais possa, de alguma maneira, ser imputado o prejuízo.

Dessa forma, para aqueles que coadunam com o segundo entendimento, todo e qualquer risco conexo ao empreendimento, e não só os que lhe são próprios, devem ser integralmente absorvidos pelo processo produtivo do agente, recaindo sobre os respectivos responsáveis o dever de indenizar a vítima na medida em que se materializou o dano, não se admitindo qualquer excludente do nexo de causalidade.²¹ Em outras palavras, a aplicação da teoria do risco integral é defendida na doutrina ambiental, pois “supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir à responsabilização”.²²

Na literatura ambientalista, ainda, é possível encontrar um terceiro posicionamento, diga-se intermediário, o qual defende a atenuação dos rigores da teoria do risco integral. Nesse sentido é a posição de Morato Leite, que acaba por admitir o caso fortuito ou de força maior como excludente do nexo de causalidade, elidindo o dever de indenizar os danos ambientais, mesmo defendendo a aplicabilidade da teoria do risco integral, como se verifica no trecho:

se o dano foi causado somente por força da natureza, como um abalo sísmico, sem a concorrência do agente poluidor, dita força maior, nestas condições, faz excluir o nexo causal entre prejuízo e ação ou omissão da pessoa a quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo. Porém, se, de alguma forma, o agente concorreu para o dano, não poderá excluir-se da responsabilidade, prevalecendo a regra segundo a qual a imprevisibilidade relativa não exclui a responsabilidade do agente.²³

O entendimento é adotado, também, por Annelise Steigleder, que, mesmo defendendo que na base da responsabilização em matéria ambiental está a teoria do risco integral e que o nexo de causalidade deve ser determinado pela teoria da equivalência das condições, entende existir a exclusão da obrigação quando: “a) o risco não foi criado; b) o dano inexistiu; ou c) não houver relação de causalidade entre o dano e aquele que gerou o risco.”²⁴

A caracterização da responsabilidade civil ambiental como agravada ou extrema ressalta, ademais, a im-

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 24.

¹⁹ LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 07-26, fev. 1994; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014; e THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

²⁰ LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 07-26, fev. 1994. p. 15.

²¹ Nesse sentido, estão: BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014; LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 07-26, fev. 1994; e MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 83-103, out. 2003. p. 51.

²³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 1999. 351 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999. p. 199.

²⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 83-103, out. 2003. p. 61.

portância da aferição do pressuposto do nexo de causalidade. Parte dominante da doutrina ambientalista sustenta a flexibilização ou dispersão do pressuposto do nexo de causalidade em razão da complexidade do dano ambiental.²⁵

Alguns doutrinadores, a exemplo de Antônio Herman Benjamin, Fábio Lucarelli e Carolina Bahia²⁶, pontuam que a prova do nexo de causalidade é extraordinariamente complexa no direito ambiental, quando não impossível, e está coberta por constantes incertezas científicas, sobretudo porque o dano ambiental pode resultar de uma multiplicidade de causas, fontes, comportamentos e efeitos. Na visão de Carolina Bahia, é necessário haver uma flexibilização da prova do nexo de causalidade ao tratar de hipóteses de lesão ambiental intolerável e, nessa hipótese, a própria compreensão do pressuposto deve ser alterada, “deixando de ser encarado como um vínculo naturalístico ou material entre um fato e um resultado lesivo, para significar um elo de probabilidade que liga uma ameaça intolerável de dano futuro (risco) a uma atividade” ou, ainda, na hipótese de atividade arriscada e com alta probabilidade de produzir danos, defende a autora a adoção de raciocínio presuntivo²⁷.

Não obstante a mencionada inovação doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça fixou, por meio de recurso repetitivo, o entendimento de que

a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar (Tema n.º 707)²⁸.

Ou seja, na prática forense, o nexo de causalidade continua a ser pressuposto indispensável, ao lado do dano ambiental e do fato antijurídico, para que haja a responsabilização do agente-poluidor pelos danos causados ao meio ambiente.

Delineados os principais aspectos da responsabilidade civil por danos ambientais, passa-se à análise dos fundamentos aplicáveis ao caso concreto.

4 Os desafios da responsabilidade civil por dano climático

Cinge-se a problemática do caso em apreço a saber se a utilização de carvão vegetal sem lastro legal como insumo na produção siderúrgica é circunstância hábil a ensejar a imputação da responsabilidade civil ambiental por dano climático.

Dois são os posicionamentos apresentados. O primeiro, favorável à responsabilização, sobreleva que, ao adquirir carvão vegetal sem lastro legal, deixando de exigir a prova da origem regular do carvão, e queimá-lo, a siderúrgica efetuou a emissão de GEE em desacordo com os padrões ambientais e, como

²⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Sabrina Jukoski da. O caso do navio Vicuña (STJ, Resp. n.º 1.596.081/PR e Resp. n.º 1.602.106/PR): estudo de caso sobre o problema da causalidade na responsabilidade ambiental. In: MARTÍN, Ignacio Durbán; CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Direito civil, de família e constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 122-142.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998; LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 07-26, fev. 1994; e BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

²⁷ BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 299.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção). *REsp n.º 1374284/MG*. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, 27 ago. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201082657&dt_publicacao=30/09/2014. Acesso em: 25 set. 2020.

corolário lógico, gerou poluição ambiental que contribui para as mudanças climáticas nos ecossistemas. O segundo, salienta tratar-se de conduta a ser imputada exclusivamente a terceiro (fornecedor), inexistindo qualquer prova de participação da siderúrgica na alegada produção irregular de carvão vegetal, além de restar ausente a prova do nexo de causalidade entre a atividade exercida e o “aquecimento global existente”.

Para além dos debates científicos e sociais, inclusive de importante abrangência mundial, a respeito do fenômeno do aquecimento global, o primeiro passo para compreender a litigância climática no Brasil²⁹ é pontuar, essencialmente, que essa advém de um marco regulatório definido pelo próprio ordenamento jurídico pátrio. Trata-se da Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e estabeleceu seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos.

Em outras palavras, a despeito das discussões de pano de fundo, para a aferição da responsabilização por danos climáticos deve-se atentar, em um primeiro momento, para a circunstância de que as mudanças climáticas *sub examine*, suas possíveis causas e efeitos, bem como agentes responsáveis, estão delimitados normativamente. Além disso, a imputação do dever de indenizar os danos climáticos não foge à regra da responsabilidade civil ambiental, ou seja, devendo-se comprovar os pressupostos elementares da responsabilidade civil objetiva: evento danoso, conduta antijurídica e nexo de causalidade.

A propósito, o inciso VIII do artigo 2º da Lei n.º 12.187/2009 define mudança climática como “mudança de clima que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis”. E o inciso II destaca os “efeitos adversos das mudanças climáticas”, quais sejam as

mudanças no meio físico ou biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e manejados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos.

Igualmente assentada normativamente está a definição de fonte causal de mudança climática antropogênica, ou seja, aquela provocada por ação humana. Segundo o artigo 2º, inciso IV, da referida lei, fonte é todo “processo ou atividade que libere na atmosfera gás de efeito estufa, aerossol ou precursor de gás de efeito estufa”. Por oportuna, a definição de Gás de Efeito Estufa (GEE) está presente no inciso V, do mesmo dispositivo legal, compreendendo “constituintes gasosos, naturais ou antrópicos, que, na atmosfera, absorvem e reemitem radiação infravermelha”. Ou seja, GEE são identificados para fins legais por sua origem em atividades antrópicas e que se revelem como contaminantes para o meio ambiente.³⁰

Curial destacar, ainda, ter o artigo 3º da PNMC explanado a correlação entre a participação na fonte causal e a responsabilidade pelo lançamento e impacto antropogênico na mudança climática.

Art. 3º. A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

I – todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático; [...]

²⁹ Gabriel Wedy destaca o âmbito de aplicação da litigância climática no Brasil como um campo ainda recente e frágil, donde persiste certa resistência e distância na problematização do tema. A esse respeito, ler: WEDY, Gabriel. *Climate legislation and litigation in Brazil*. Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School, out. 2017. p. 1-28. Disponível em: <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/10/Wedy-2017-10-Climate-Legislation-and-Litigation-inBrazil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

³⁰ Conforme Callan e Thomas, “gases de efeito estufa são substâncias coletivamente responsáveis pelo processo de absorção que naturalmente aquece a Terra. Este grupo de poluentes inclui: Dióxido de carbono (CO₂); Metano (CH₄); Óxido nitroso (N₂O); Hidrofluorcarbonetos (HFC); Perfluorcarbonos (PRCs); e Hexafluoreto de enxofre (SF₆). Em 2009, a EPA [Environmental Protection Agency] apresentou duas principais conclusões: (1) sua Análise de Perigo – que as concentrações atuais e projetadas dos GEE ameaçam a saúde pública e o bem-estar; e (2) sua Análise de Causa ou Contribuição – que as emissões de fontes móveis contribuem para a poluição por GEE e ameaçam a saúde pública e o bem-estar.” (CALLAN, Scott J.; THOMAS, Janet M. *Economia ambiental: aplicações, políticas e teoria*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 232-233).

III – as medidas tomadas devem levar em consideração os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima;

Da leitura do dispositivo exposto acima infere-se que a norma brasileira estabeleceu uma responsabilidade civil ambiental pela *contribuição e efeito* na geração de fonte emissora de GEE e a subsequente mudança climática e seus efeitos³¹.

Sob tal perspectiva, Annelise Steigleder discorre que inúmeros são os desafios probatórios em relação aos danos climáticos, muitas vezes uma fonte de emissão de poluentes atmosféricos está licenciada, mas, ainda assim, causa danos climáticos ao ultrapassar o limite real de suporte da bacia aérea a qual está inserida (o seu grau de tolerabilidade). Diante disso, defende a autora: “o cumprimento ou não dos limites máximos de emissão de GEE consiste em um critério muito importante para a imputação da responsabilidade civil”³².

Nesse ponto, é importante ressaltar a lição de Morato Leite e Patryck Ayala acerca do grau de tolerabilidade de uma ação humana que leve a reflexos ambientais. A toda evidência, qualquer a ação humana é hábil a gerar reflexos ambientais. A exemplo, o mero deslocamento com um automóvel lança GEE na atmosfera. A diferença está, pois, na tolerância da norma acerca dessa fonte específica. Por isso, a análise da gravidade do dano ambiental será sempre indispensável para a responsabilização³³.

Tal aspecto é sanado com a leitura conjugada da previsão contida no artigo 3º, inciso III, alínea “e”, da PNMA, segundo a qual se entende por poluição “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente lancem matérias ou energia *em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos*” (grifou-se).

A partir dessas definições, pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade pelo dano climático (mudança climática ou efeito decorrente) resta configurada quando: (i) ocorrer atividade que se configura como fonte de emissão de GEE; (ii) a emissão for enquadrada como poluição ambiental, seja por ação de poluidor direto, seja por ação de poluidor indireto, por consistir em emissão intolerável de material que contribua negativamente para com o equilíbrio climático; e (iii) a emissão ilegal resultar em degradação ambiental climática.

A diretriz normativa pontua, assim, a própria identificação da antijuridicidade da conduta danosa, que, como ensina Judith Martins-Costa “estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo ordenamento”³⁴.

Em outras palavras, a antijuridicidade, que é um importante critério para a identificação dos prejuízos que podem ser considerados danos indenizáveis³⁵, estará configurada quando a fonte emissora, embora regularmente licenciada, lançar gases de efeito estufa em desacordo com os padrões préestabelecidos.

A conduta se caracteriza antijurídica, por exemplo, pela emissão de GEE diante da queima de insumo

³¹ Steigleder ensina que os danos climáticos se dividem em duas categorias: “1. Os danos ao próprio clima em virtude das emissões de gases de efeito estufa; e 2. Os danos decorrentes da mudança do clima.” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (orgs.). *Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas*. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2010. p. 23).

³² STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (orgs.). *Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas*. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2010. p. 27.

³³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, Parte Geral do Código Civil. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 520.

³⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019.

acima do permitido, pois, ainda que a atividade normalmente desenvolvida pelo empreendedor seja considerada lícita, a conduta de queimar um determinado insumo em nível superior ao permitido está em contradição com a norma imposta e, portanto, antijurídica.

No que tange ao pressuposto da causalidade, a doutrina ambientalista, que vem se debruçando nos recentes anos sobre a temática das mudanças climáticas, reitera a perspectiva geral da responsabilidade ambiental de que a maior parte das teorias clássicas da causalidade não é capaz de dar uma resposta satisfatória nos casos de danos climáticos, por estarem muito vinculadas a uma concepção naturalística. Dessa forma, o nexo de causalidade em matéria climática restaria aferido normativamente em virtude do âmbito de proteção da norma que foi violada e não a partir de um nexo de causalidade adequado (Teoria da Causalidade Adequada).³⁶

No entanto, importa salientar que no âmbito dos danos climáticos a causalidade deve ser analisada a partir da contribuição da emissão, implicando na relação direta entre a fonte poluidora e as mudanças climáticas ou seus efeitos. Assim, ao que tudo indica, tanto a teoria da causalidade adequada quanto a Teoria do Escopo de Proteção da Norma Violada serviriam de importante mecanismo para aferição das causas do dano climático, seja o dano climático próprio, sejam os efeitos decorrentes das mudanças climáticas.

A esse respeito, Carolina Bahia pontua que a Teoria da Causalidade adequada fornece elementos relevantes à análise da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, em virtude da realização de uma análise probabilística da possível causa da lesão ambiental, considerando os efeitos usualmente esperados, inclusive pela própria norma.³⁷ Para a Teoria da Causalidade Adequada, deve-se ponderar se a conduta do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano. Para ser considerado causa, assim, o antecedente terá que ser não só necessário (*conditio sine qua non*), mas também adequado à produção do resultado, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação.³⁸

Por sua vez, a teoria do escopo de proteção da norma violada ou Teoria da Norma Jurídica Violada, pouco conhecida no direito civil brasileiro³⁹, também vem sendo invocada na doutrina ambientalista, notadamente pela obra de Patrícia Lemos, em razão de seu “mérito de afastar-se da aproximação fática, buscando o nexo causal jurídico da norma violada, o que nos parece significativamente melhor para a responsabilização por danos ao meio ambiente”.⁴⁰

Conforme essa teoria, em síntese, o dano suportado pela vítima será imputável se estiver dentro do escopo de proteção da norma violada, ou seja, se corresponder justamente ao mal que a norma que fundamenta o dever de indenizar foi elaborada para prevenir ou proteger.⁴¹ Uma vez identificada uma norma jurídica violada, interpreta-se o seu sentido e alcance para decidir se a lesão que deu início ao processo danoso insere-se, ou não, no escopo protetivo dessa norma jurídica.⁴²

³⁶ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (orgs.). *Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas*. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2010.

³⁷ BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. p. 345. Lembrando que a autora defende a possibilidade de flexibilização do nexo de causalidade em algumas hipóteses, como analisado na seção anterior.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁹ A esse respeito, ler: REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237-309, 2018.

⁴⁰ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 165.

⁴¹ KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. *Deliktsrecht*: Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.

⁴² REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237-309, 2018.

Ambas as teorias da causalidade adequada e do escopo de proteção da norma violada são as mais flexíveis e, por isso, as mais adequadas para orientar a identificação da causalidade ambiental. Isso ocorre porque, apesar de adotarem a condição necessária (*conditio sine qua non*)⁴³ como ponto de partida, as duas teorias são as que melhor incorporam a noção de causalidade jurídica.⁴⁴

Se, como dito alhures, para a aferição do dano climático, tem especial relevo a circunstância de que as mudanças climáticas, sua fonte e efeitos, bem como agentes responsáveis, estão delimitados normativamente.

Assim, para a solução do caso concreto, em tese, devidamente delineada a norma de conduta violada referente à emissão de GEE e seu potencial danoso ao clima, bem como à poluição ambiental, chega-se à identificação do escopo protetivo, em seus mais diversos aspectos. Da mesma forma é possível identificar a causa adequada do dano, considerando-se a relação de adequação entre a emissão de GEE, as mudanças climáticas ou aos seus efeitos, ou seja, verificar se determinada condição elevou, objetivamente, o risco de dano ambiental.

Partindo de tais premissas, conclui-se que a conduta de adquirir e queimar carvão vegetal sem lastro legal, por consistir em emissão de GEE em desacordo com os padrões ambientais, gera poluição ambiental que, por si só, contribui para as mudanças climáticas, ensejando, assim, a responsabilidade da fonte sobre os danos climáticos.

A esse respeito, Steigleder ainda pontua que ao não ser possível identificar o alcance da norma ou a causa adequada nos casos de mudança climática, considerando-se o dano ao próprio clima ou o dano decorrente da mudança do clima (por exemplo, um desastre ambiental específico), o pressuposto da causalidade estaria presente ao aplicar a Teoria das Probabilidades. Segundo a qual, “a causalidade deve restar comprovada quando os elementos apresentados levam a um ‘grau suficiente de probabilidade’”, o que resta apurado a partir da

observação jurídica do diagnóstico científico (laudos periciais), determinando uma decodificação da análise científica para a probabilidade jurídica, atribuindo ou não a imputação objetiva a partir de uma causalidade probabilística entre a conduta e o dano⁴⁵.

Defendendo a autora, portanto, que a partir de um juízo de probabilidade, que não se confunde com presunção de causalidade, a identificação do pressuposto do nexo de causalidade estaria configurado.

Por derradeiro, é de se destacar a metodologia de cálculo indicada pela requerente, a fim de “precificar” o dano climático, baseada no Custo Social do Carbono (*Carbon Social Cost – CSS*). A metodologia é utilizada em diversos países, como Estados Unidos da América, Canadá, Finlândia, França, Alemanha, Itália, México, Holanda, Noruega, e Reino Unido. Em suma, o CSS é reconhecido como o custo social estimado de impacto que uma unidade incremental de GEE lançado pela fonte de emissão ocasiona no ambiente, durante

⁴³ Como ensina Steigleder, os defensores da aplicação da teoria do rico integral acabam entendendo que “havendo mais de causa provável do dano [ambiental], todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, não se distinguindo entre causa principal e causa secundárias [...]” (STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 83-103, out. 2003. p. 51), tratando-se, assim, da aplicação da teoria da equivalência das condições para análise do nexo de causalidade, mas, aparentemente, a STJ vem afastando este entendimento, como se infere: “A abalizada doutrina especializada [civilista] em responsabilidade civil é uníssona ao afirmar que, na seara da responsabilidade civil, inclusive no tocante ao risco integral, para aferir se um dano pode ser imputado a outrem em razão de sua conduta, não há falar em invocação da teoria da equivalência das condições, de índole generalizadora, admitida apenas no âmbito penal.” (STJ, REsp n.º 1.602.106/PR). Além disso, para Patrícia Lemos, a teoria da equivalência das condições é descabida em matéria ambiental, pois não é capaz de lidar com problemas de causalidade alternativa (LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

⁴⁴ BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

⁴⁵ CARVALHO, Delton Winter; LEITE, José Rubens Morato. Nexos de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 47, jul./set. 2007.p. 92.

todo o período de tempo que permanecer na atmosfera.⁴⁶

Sob tal perspectiva, a responsabilidade da siderúrgica requerida pelo dano ambiental climático seria aferida pela quantidade de GEE emitido ilegalmente pelo carvão sem lastro legal multiplicada pelo CSS.

Apenas para ilustrar em números⁴⁷, o *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices* (2017), resultado de estudo apoiado pelo Banco Mundial, indicou valor a ser imputado para reparação ambiental para cada tonelada de GEE emitido irregularmente, *in verbis*:

os países podem escolher diferentes instrumentos para implementar suas políticas climáticas, dependendo das circunstâncias nacionais e locais e do apoio que recebem. Com base na experiência da indústria e da política, e na literatura revisada, considerando os respectivos pontos fortes e limitações dessas fontes de informação, esta Comissão conclui que o nível de preço do carbono consistente com o cumprimento da meta de temperatura de Paris é de pelo menos US \$ 40-80 / tCO₂ até 2020 e US \$ 50-100 / tCO₂ até 2030, desde que haja um ambiente político de apoio em vigor.

A implementação da precificação de carbono precisaria levar em consideração os benefícios não climáticos da precificação de carbono (como o uso de receitas derivadas dela), o contexto local e a economia política (incluindo a política ambiental, os custos de ajuste, os impactos distributivos e a aceitabilidade política e social do preço do carbono). Dependendo de outras políticas específicas implementadas, um preço de carbono pode ter co-benefícios poderosos que vão além do clima, por exemplo, melhorias potenciais na poluição do ar e congestionamento, saúde dos ecossistemas, acesso à energia moderna e assim por diante.

Ademais, em um contexto realista onde as transferências compensatórias nacionais e internacionais são limitadas, imperfeitas e caras, é impossível desconsiderar as considerações distributivas e éticas ao formular políticas climáticas. Em vista disso, os níveis adequados de preço do carbono irão variar entre os países. Em países de baixa renda, eles podem, na verdade, ser menores do que as faixas propostas aqui, em parte porque as ações complementares podem ser menos onerosas e as questões distributivas e éticas podem ser mais complexas⁴⁸.

Da análise das razões elencadas pela Comissão, deduz-se, pois, referir-se à funcionalidade do CSS tanto com relação à avaliação do impacto negativo sobre os efeitos climáticos, e respectivos custos sociais, quanto às medidas complementares de redução e de reversão do caminho de geração da externalidade.

⁴⁶ KOTCHEN, Matthew J. *Which social cost of carbon?: a theoretical perspective*. National Bureau of Economic Research, 2016.

⁴⁷ Por sua vez, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresenta como estimativa do CSS o valor equivalente a sessenta euros por tonelada de carbono. Cf. OECD. *Better Policies for better lives*. Effective Carbon Rates. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/effective-carbon-rates-2018-brochure.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

⁴⁸ WORLD BANK GROUP. *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*. Agence de l'Environnement et de la Mairise de l'Énergie; Ministère de la Transition Écologique et Solidaire. Carbon Pricing Leadership Coalition, maio 2017. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53decccfb4c/t/59244eed17bffc0ac256cf16/%201495551740633/Carbon-Prici>. Acesso em: 24 set. 2020. No original: "Countries may choose different instruments to implement their climate policies, depending on national and local circumstances and on the support they receive. Based on industry and policy experience, and the literature reviewed, duly considering the respective strengths and limitations of these information sources, this Commission concludes that the explicit carbon-price level consistent with achieving the Paris temperature target is at least US\$40-80/tCO₂ by 2020 and US\$50-100/tCO₂ by 2030, provided a supportive policy environment is in place. The implementation of carbon pricing would need to take into account the non-climate benefits of carbon pricing (such as the use of revenues derived from it), the local context, and the political economy (including the policy environment, adjustment costs, distributional impacts, and political and social acceptability of the carbon price). Depending on other particular policies implemented, a carbon price could have powerful co-benefits that go beyond climate, for instance, potential improvements in air pollution and congestion, the health of ecosystems, access to modern energy, and so on. Further, in a realistic context where domestic and international compensatory transfers are limited, imperfect, and costly, it is impossible to disregard distributional and ethical considerations when designing climate policies. In view of this, the appropriate carbon-price levels will vary across countries. In lower-income countries they may actually be lower than the ranges proposed here, partly because complementary actions may be less costly and the distributional and ethical issues may be more complex".

5 Considerações finais

Está claro que as mudanças climáticas são um dos maiores desafios da contemporaneidade. O clima e os ecossistemas mundiais estão sendo alterados ano após ano e grande parte dessas mudanças são ocasionadas por fatores antrópicos. É premente, assim, a necessidade de se avançar não só nos padrões de controle criados para conter os riscos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com o corte das emissões de GEE nos parâmetros acordados em Paris, no ano de 2015, mas também reconhecer a responsabilidade civil do agente-poluidor pelo dano climático próprio ou pelos danos decorrentes de tais mudanças.

Sob tal perspectiva, conclui-se que, para além dos requisitos constitutivos do dever de indenizar no âmbito ambiental, ou seja, a presença do dano ambiental, da conduta antijurídica do agente-poluidor e do nexo de causalidade como um fator aglutinante dos dois primeiros requisitos, em matéria climática, a caracterização da responsabilidade civil necessita de um olhar mais detalhado para as diretrizes contidas na Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) no ordenamento jurídico nacional.

A norma brasileira traça indicadores específicos sobre a matéria, suas possíveis causas e efeitos, bem como os agentes responsáveis. O dever de indenizar está, pois, configurado quando a emissão de GEE for enquadrada como poluição ambiental, seja pela ação de um poluidor direto, seja pela ação de um poluidor indireto, por consistir em emissão antijurídica de energia ou material que contribui, negativamente, para com o equilíbrio climático. Em outras palavras, ocorre quandoque a idade desenvolvida pelo agente-poluidor, ainda que permitida e lícita, esteassando osmites do tolerável em termos de alteraçãondo damp

Nesse contexto, ao pensar no caso concreto, uma vez comprovada na fase instrutória que houve a queima de insumo acima dos índices normalmente permitidos para a atividade desenvolvida pelo empreendedor, se está diante de uma conduta antijurídica e em contradição com o escopo de proteção da norma imposta. Da mesma forma que se identifica a causa adequada do dano climático considerando-se a relação de adequação entre a emissão de GEE e as mudanças climáticas (e seus efeitos), dado que seria possível identificar a condição que elevou, objetivamente, o risco de dano ambiental ou de mudanças climáticas.

Do exame proposto, longe de se esgotar o tema, riquíssimo em detalhes e de elevado grau de interdisciplinaridade e complexidade, pode-se dizer, assim, que se cumpriu com o objetivo proposto no presente estudo, na medida em que foram delineados os principais aspectos da responsabilidade civil por danos climáticos considerando-se a realidade nacional, o que serviu de importante lente para se traçar os desafios de responsabilização presentes no caso destacado como objeto de estudo que, certamente, servirá de paradigma para casos futuros.

Referências

- ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente: breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIM, Antônio Herman (coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental*. 2012. 377 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- BRASIL e as mudanças climáticas: os impactos das mudanças climáticas no Brasil segundo o 4º relatório do IPCC. WWF-Brasil. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/politicas_de_clima/brasil_mudancas_climaticas/. Acesso em: 9 set. 2020.

- BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região (15ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais). *Autos nº 1010603-35.2019.4.01.3800*. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjmg/pagina-inicial.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção). *REsp n.º 1374284/MG*. Ministro Relator Luis Felipe Salomão, 27 ago. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201082657&dt_publicacao=30/09/2014. Acesso em: 25 set. 2020.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano e ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, a. 3, n. 9, p. 10-52, jan./mar. 1998.
- CAHALI, Said Yusef. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CALLAN, Scott J.; THOMAS, Janet M. *Economia ambiental: aplicações, políticas e teoria*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- CARVALHO, Delton Winter; LEITE, José Rubens Morato. Nexos de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 47, jul./set. 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DAMASIO, Kevin. *Brasil já sente impactos das mudanças climáticas e situação pode se agravar*. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/meio-ambiente/2020/02/brasil-ja-sente-impactos-das-mudancas-climaticas-e-situacao-pode-se-agravar>. Acesso em: 9 set. 2020.
- KOTCHEN, Matthew J. *Which social cost of carbon?: a theoretical perspective*. National Bureau of Economic Research, 2016.
- KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. *Deliktsrecht*: Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 1999. 351 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Contornos atuais da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. *In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.
- LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LUCARELLI, Fábio Dutra. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 07-26, fev. 1994.
- MARENGO, José A. *Mudanças climáticas globais e seus efeitos sobre a biodiversidade: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI*. 2. ed. Brasília: MMA, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). Novo Código Civil: questões controvertidas, Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OECD. *Better Policies for better lives. Effective Carbon Rates*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/effective-carbon-rates-2018-brochure.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PINTO JÚNIOR, Mário Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237-309, 2018.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Sabrina Jiuoski da. O caso do navio Vicuña (STJ, Resp. nº 1.596.081/PR e Resp. nº 1.602.106/PR): estudo de caso sobre o problema da causalidade na responsabilidade ambiental. In: MARTÍN, Ignacio Durbán; CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Direito civil, de família e constitucional*. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 122-142.
- ROGELJ, Joeri; SHINDELL, Drew; JIANG, Kejun (coords.). *Mitigation pathways compatible with 1.5°C in the context of sustainable development*. 2018. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_Chapter2_Low_Res.pdf. Acesso em 9 set. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, p. 169-214, 2019.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêscia Buzelato (orgs.). *Direito e mudanças climáticas: responsabilidade civil e mudanças climáticas*. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2010.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 32, p. 83-103, out. 2003.
- THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- WEDY, Gabriel. *Climate legislation and litigation in Brazil*. Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School, out. 2017. p. 1-28. Disponível em: <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/10/Wedy-2017-10-Climate-Legislation-and-Litigation-inBrazil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.
- WORLD BANK GROUP. *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*. Agence de l'Environnement et de la Mairise de l'Énergie; Ministère de la Transition Écologique et Solidaire. Carbon Pricing Leadership Coalition, maio 2017. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53deccfb4c/t/59244eed17bffc0ac256cf16/%201495551740633/CarbonPrici>. Acesso em: 24 set. 2020.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 10, nº3