

**Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Ricardo Stanziola Vieira**

ORGANIZADORES

CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

AUTORES

Michel Prieur

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Maria Cláudia S. Antunes de Souza

Ricardo Stanziola Vieira

Délton Winter de Carvalho

Juliane Altmann Berwig

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Greice Patrícia Fuller

Marcelo Buzaglo Dantas

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Flávio Ahmed



CAPES

Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

ORGANIZADORES

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

Ricardo Stanziola Vieira

CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

AUTORES

Michel Prieur

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Maria Cláudia S. Antunes de Souza

Ricardo Stanziola Vieira

Délton Winter de Carvalho

Juliane Altmann Berwig

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

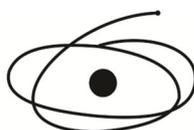
Greice Patrícia Fuller

Marcelo Buzaglo Dantas

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Flávio Ahmed

ISBN: 978-85-7696-160-4



C A P E S
Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Ricardo Stanziola Vieira

Autores

Michel Prieur
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Maria Cláudia S. Antunes de Souza
Ricardo Stanziola Vieira
Délton Winter de Carvalho
Juliane Altmann Berwig
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Greice Patrícia Fuller
Marcelo Buzaglo Dantas
Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida
Flávio Ahmed

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello
Andrey Gastaldi da Silva
Heloise Siqueira Garcia

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi
MSc. José Everton da Silva
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Projeto de Fomento

Obra resultado do projeto "Escola de Altos Estudos" de fomento da CAPES com o Professor Doutor Michel Prieur, de título e temática "Princípio da proibição de retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis", realizada em outubro e novembro de 2014 no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ

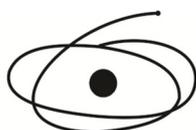
Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Endereço

Rua Uruguaí nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

ISBN: 978-85-7696-160-4



CAPES
Escola de Altos Estudos - EAE



UNIVALI

FICHA CATALOGRÁFICA

C768 Constitucionalismo ambiental e sustentabilidade : [recurso eletrônico] / Organizadores, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Ricardo Stanziola Vieira ; autores, Michel Prieur... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajaí : UNIVALI, 2015.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppci/ebook>>

Incluem referências.

Vários autores.

Incluem textos em inglês e português.

ISBN 978-85-7696-160-4 (e-book)

1. Direito constitucional – Aspectos ambientais. 2. Direito ambiental – Pesquisa. 3. Sustentabilidade. I. Souza, Maria Cláudia da Silva Antunes de. II. Vieira, Ricardo Stanziola. III. Prieur, Michel. IV. Título.

CDU: 342:502.34

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VI
ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN A TRANSBOUNDARY CONTEXT PARTICULARLY ABOUT NUCLEAR ENERGY RELATED ACTIVITIES	11
Michel Prieur	
O PRINCÍPIO DA “NÃO REGRESSÃO” NO CORAÇÃO DO DIREITO DO HOMEM E DO MEIO AMBIENTE	24
Michel Prieur	
A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E OS IMPACTOS AMBIENTAIS NUM CONTEXTO TRANSFRONTEIRIÇO.....	43
Denise Schmitt Siqueira Garcia	
Maria Cláudia S. Antunes de Souza	
JUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOAMBIENTAIS: DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE NA ERA DO DESENVOLVIMENTISMO	60
Ricardo Stanziola Vieira	
A EXPLORAÇÃO <i>OFFSHORE</i> DO PETRÓLEO NO BRASIL: O QUE DEVEMOS APRENDER COM O DESASTRE NO GOLFO DO MÉXICO?	81
Délton Winter de Carvalho	
Juliane Altmann Berwig	
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO MEIO DE CONSUMO SUSTENTÁVEL	113
Liton Lanes Pilau Sobrinho	
O DENOMINADO “PRINCÍPIO” DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO, SUAS ATUAIS REFERENCIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EVENTUAIS APLICAÇÕES NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	134
Celso Antonio Pacheco Fiorillo	
Greice Patrícia Fuller	
ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL	155
Marcelo Buzaglo Dantas	
A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO IMATERIAL DO RIO DE JANEIRO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A TUTELA DOS BENS CULTURAIS DE NATUREZA IMATERIAL	172
Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida	
Flávio Ahmed	

APRESENTAÇÃO

Em novembro de 2014, no âmbito da Escola de Altos Estudos - Michel Prieur (Capes) tivemos a satisfação e honra de realizar um curso e um congresso internacional com a presença do Professor Michel Prieur¹ e outros grandes pesquisadores de Direito Ambiental e Sustentabilidade ²

A presente obra é fruto dos trabalhos produzidos por ocasião do Congresso Internacional de Constitucionalismo Ambiental e Sustentabilidade /Escola de Altos Estudos /CAPES. Este evento foi promovido pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI.

Antes de apresentar propriamente cada um dos artigos aqui publicados, gostaríamos de contextualizar a publicação e alguns de seus elementos motivadores.

Partimos da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento (Rio +20), realizada no Rio de Janeiro em junho de 2012. Neste momento um dos temas destacados, inclusive sob a liderança do professor Michel Prieur, foi o reconhecimento do princípio de não retrocesso. Somem-se a este debate os temas oficiais do evento (“Economia verde e erradicação da pobreza” e “Avanços na governança ambiental”). A definição dos contornos teóricos e operativos do princípio de não retrocesso goza de vital importância para o avanço das pesquisas acadêmicas em direito ambiental, notadamente, em face da necessidade de gestão da crise socioambiental prenunciada em nossos dias, ademais, quando se está diante de um contexto de sobrelevada complexidade e exposição a grandes riscos socioambientais, como é o caso da realidade brasileira.

Desta feita, o livro traz diversos temas e pontos de vista envolvendo temas de vanguarda do direito ambiental, tais como análise da crise do atual modelo desenvolvimento e os desafios do direito da sustentabilidade, proteção de processos ecológicos essenciais, combate à pobreza e

¹ Professor Emérito de Direito na Universidade de Limoges. Diretor Científico do CRIDEAU (Centre de Recherches Interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme). Presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente (CIDCE). Vice-Presidente da Comissão de Direito do Meio Ambiente da União Internacional para a Conservação da Natureza (I'UICN). Doctor Honoris causa da Universidade de Zaragoza (2010), da Universidade de Ecologia de Bucareste (2010), da Universidade de Sherbrooke, Canada (2011) e da Universidade Nacional do Litoral, Argentina (2011).

² A Escola de Altos Estudos consiste em atividade de cooperação acadêmico-internacional na forma de cursos de curta duração. Trata-se de uma iniciativa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) para fomentar a cooperação acadêmica e o intercâmbio internacional em cursos e programas de pós-graduação *stricto sensu*. O objetivo é trazer professores e pesquisadores estrangeiros de elevado conceito internacional para a realização de cursos monográficos, a fim de fortalecer, ampliar e qualificar os programas de pós-graduação de instituições brasileiras.

proteção de grupos vulneráveis diante dos riscos e desastres, bem como temas do Direito Ambiental Internacional como Responsabilidade ambiental transfronteiriça, Desafios do direito diante dos riscos e desastres ambientais, consumo e sustentabilidade, e dilemas da aplicação do direito ambiental e seus princípios na realidade brasileira. A presente obra tem o mérito de estar na linha de frente da construção do direito ambiental (nacional e internacional).

A obra se inicia, em seu primeiro capítulo, com a participação especial do Prof. Dr. Michel Prieur da Universidade de Limoges (França) que prontamente aceitou o convite de compartilhar seus conhecimentos nesta área, fazendo uma reflexão sobre a Avaliação Ambiental Transfronteiriça através do protocolo de Kiev – Ucrânia (2003), proporcionando uma nova e importante área de cooperação regional para abordar questões mais complexas, discutindo no texto – **Environmental impact assessment in a transboundary context particularly about nuclear energy related activity**. Trata-se de texto em inglês publicado sem tradução e na íntegra.

No segundo capítulo - **A proteção ao meio ambiente e os impactos ambientais num contexto transfronteiriço** - também envolvendo o tema da responsabilidade transfronteiriça as professoras Denise Schmitt Siqueira Garcia e Maria Cláudia S. Antunes de Souza abordam como tema principal a análise da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, com base na Convenção da ESPOO. Buscou-se verificar em doutrinas nacionais e estrangeiras considerações sobre o procedimento que deve ser obedecido pelos países que ratificaram essa convenção para minoração dos impactos ambientais causados no caso de uma atividade que cause impacto em países limítrofes. Verificou-se que o Brasil não é signatário dessa convenção, mas nem por isso pode ignorá-la nas relações com os outros países quando se trata de impacto ambiental transfronteiriço.

No terceiro capítulo - **Justiça Ambiental e a Violação dos Direitos Humanos Socioambientais: desafios da sustentabilidade na era do desenvolvimentismo** - **Ricardo Stanzola Vieira procura contextualizar e** discorrer sobre origem, contexto e tensões envolvendo conceitos como Justiça ambiental, desenvolvimentismo e sustentabilidade. O capítulo analisa a abordagem das questões ambientais em relação com variáveis como a exclusão social e ambiental, as diferenças na distribuição de poder nos processos decisórios e a condição de fragilidade daqueles que arcam com parcelas desproporcionais de custos ambientais e enfrentam dificuldades de acessar os recursos ambientais, afetando a sua própria condição de exercício da cidadania. O processo e algumas possibilidades decorrentes da última Conferência da Organização

das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+20) também são avaliadas. O trabalho analisa por fim, no sentido algumas contribuições e propostas, a atual conjunta institucional (acesso à justiça), princípios relevantes de direito ambiental – destaque para o princípio de não-retrocesso e as possibilidades de um “direito da sustentabilidade”, marcado pelo paradigma jurídico do socioambientalismo e a concepção de justiça ambiental, face à complexidade inerente aos conflitos ambientais que ultrapassam a mera análise de questões técnicas de caráter científico e estritamente jurídico.

O quarto capítulo - **A exploração *offshore* do petróleo no Brasil: o que devemos aprender com o desastre no golfo do México?** – de Délton Winter de Carvalho e Juliane Altmann Berwig discorre sobre um dos temas mais delicados da atualidade em se tratando dos dilemas do modelo de desenvolvimento suas consequências. A geração de energia a partir da exploração *offshore* do petróleo traz consigo, inúmeros riscos de desastres ambientais, dentre eles o desastre ocorrido no Golfo do México, que teve como consequências diversos danos ambientais e econômicos. Assim, a partir da análise do *case* ocorrido, a presente pesquisa fará um contraponto das dificuldades e riscos que a exploração *offshore* do petróleo em nosso país tem apresentado e, diante do desastre no Golfo do México, o que pode ser absorvido pelo Brasil para a mitigação dos eminentes riscos de desastres ambientais.

A importância de uma instrumentalização jurídica, frente aos desafios e riscos da exploração *offshore* do petróleo na camada do pré-sal, toma ainda mais revelado, pois, conforme relatos científicos apontados existem fortes evidências de que as empresas exploradoras não possuem estratégias (planos) emergenciais adequadas para acionar em caso de um desastre ambiental.

Outro tema de grande importância e atualidade - **A proteção constitucional brasileira do direito à informação como meio de consumo sustentável**- é apresentado no quinto capítulo da obra, de autoria de Liton Lanes Pilau Sobrinho. Este capítulo trata da proteção constitucional brasileira sobre o direito à informação e sua condição de possibilidade para atingir um consumo sustentável. Analisa o processo de evolução da comunicação, até chegar à proteção jurídico-constitucional do direito à informação no Brasil, com a observância da improbabilidade da comunicação nas ideias de Niklas Luhmann e, também, dando ênfase à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. O trabalho faz ainda uma relação entre à proteção ambiental e o acesso à informação, trazendo como referência a questão sobre a

implementação da rotulagem dos produtos transgênicos no Brasil e o direito dos consumidores de terem acesso a essas informações. Destaca a importância da sustentabilidade como meio de atingir o consumo sustentável.

O sexto capítulo do livro - **O denominado “princípio” da vedação do retrocesso, suas atuais referências no Supremo Tribunal Federal e eventuais aplicações no direito ambiental constitucional brasileiro**”, de autoria de Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Greice Patrícia Fuller objetivou desenvolver a análise do chamado “princípio” da vedação do retrocesso em face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro, observando-se, inclusive sua aplicação perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de uma perspectiva dissidente e polêmica que questiona a ideia da incidência do “princípio” da vedação do retrocesso como proteção imprescindível à tutela dos bens ambientais, sustentando que o princípio de não retrocesso não existe formalmente em nossa Carta Magna. Entendemos que em nome da boa ciência e liberdade de pensamento, trata-se de artigo interessante e que merece leitura, ainda que enseje polêmicas e discordâncias.

O sétimo capítulo do livro - **Algumas reflexões sobre aplicação prática do princípio da legalidade em matéria ambiental** – de Marcelo Buzaglo Dantas procura abordar polêmicas envolvendo o princípio da legalidade no Brasil. Sustenta que no Direito Ambiental o princípio da legalidade vem sofrendo diversos ataques, excepcionando-se significativamente a sua incidência, naquilo que consideramos uma clara distorção do real alcance dos mandamentos constitucionais que o preveem. Com efeito, ao contrário do que dita a Constituição Federal, tem-se aceito, no âmbito da regulamentação ambiental brasileira, que normas inferiores criem deveres e obrigações, ainda que sem base legal para tanto. Neste sentido, o trabalho faz uma análise crítica de algumas hipóteses em que esta situação se verifica na prática e se, em tais casos, o preceito constitucional da legalidade está ou não sendo respeitado.

Por fim, o oitavo capítulo intitulado - **A proteção jurídica do patrimônio imaterial do Rio de Janeiro e sua contribuição para a tutela dos bens culturais de natureza imaterial** – de autoria de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida e Flávio Ahmed, que investiga a eficácia dos instrumentos jurídicos protetivos do patrimônio cultural, notadamente no que se refere à tutela dos bens imateriais na Cidade do Rio de Janeiro.

Com muito prazer e satisfação convidamos o leitor a participar do debate proposto por este livro, composto por talentosos pesquisadores, oportunidade que os agradeço por aceitarem o desafio de registrarem suas pesquisas nesta obra.

Maria Cláudia S. Antunes de Souza, Dr^a

Vice-Coordenadora do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Líder do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e
Sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI.

Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq, intitulado: “Possibilidades e
Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”.

Ricardo Stanziola Vieira, Dr.

Professor do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência
Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e
Sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI.

Coordenador da Escola de Altos Estudos / Michel Prieur, aprovada e executada em 2014.

ORGANIZADORES

ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN A TRANSBOUNDARY CONTEXT PARTICULARLY ABOUT NUCLEAR ENERGY RELATED ACTIVITIES

Michel Prieur

Emeritus professor of environmental law
President of the International Center of comparative environmental
law ([www. cidce .org](http://www.cidce.org))

The United Nations economic Commission for Europe (UNECE) set up in 1947 by UN-ECOSOC which is in Geneva has been a very active UN body for acting in drafting multilateral environmental law treaties. UNECE has 56 countries members including north America. European Union is a party since 1997. It was inside UNECE that were adopted several conventions on transboundary issues: in 1979 the convention on longrange transboundary air pollution with its 5 protocols, in 1992 the convention on the transboundary effects of industrial accidents and the convention on protection and use of transboundary watercourses and international lakes.

One year before the 1992 Rio conference, was adopted in Finland the Espoo Convention signed on 25 february 1991 on environmental impact assessment in a transboundary context. It came into force in 1997 with 16 Parties. Now they are 45 Parties including Canada. But United States who is too member of the UNECE for historical reasons signed but did not ratified the convention. Russia is not a party to Espoo.

There had been before awairness and efforts to promote the use of environmental impact assessment both at national and international levels as a necessary and important tool to develop anticipatory policies and to prevent, mitigate and monitor significant adverse environmental impact. It had been referred to in the declaration of the Stockholm conference on the human environment of 1972 and works had been carried out in the seminar on environmental impact assessment in September 1987 in Warsaw, Poland and mentioned in the ministerial declaration on sustainable development in may 1990 in Bergen, Norway. The governing council of the United Nations environment Programm (UNEP) approved an important document in : “ goals and principles on environmental impact assessment (EIA)” (decision 14/25 of 17 june 1987). In that UNEP decision its is mentioned that goals were “to encourage the development of reciprocal

procedures for information exchange, notification and consultation between States when proposed activities are likely to have significant transboundary effects on the environment of those States". According to Principle 11 of that decision : " States should endeavour to conclude bilateral, regional, or multilateral arrangements, as appropriate, so as to provide , on the basis of reciprocity, notification, exchange of informations, and agreed-upon consultation on the potential environmental effects of activities under the control or jurisdiction which are likely to significantly affect other states or areas beyond national jurisdiction". With this decision of 1987 all the main issues of the future Espoo Convention is already present. It can be said that Espoo convention is the direct legal document implementing the goals and principles of UNEP at regional level. In 1991 Espoo Convention was open only to states members of the UNECE ie European countries and north Americans. But there has been an amendment in opening Espoo to all members of United Nations adopted in 2001. It entered into force on 26 august 2014 and so now Espoo convention is a universal treaty on EIA.

1. OBJECTIVES OF THE ESPOO CONVENTION

According to the Espoo convention several objectives must be obtained. As it is mentioned, especially in the preamble, the Parties affirm the need "to ensure environmentally sound and sustainable development". Before Rio 1992 it is the first international convention referring to sustainable development as an "objective", before becoming later a "principle" and then in some places a "rule". For that it is necessary to enhance international cooperation in assessing environmental impact in particular in a transboundary context by developing anticipatory policies. What for? To prevent, mitigate and monitor adverse environmental impact, but only those being "significant".It concerns all adverse environmentally impact in general, but more specifically in a transboundary context. As EIA is a preventive instrument for sustainable development it should be part of the decision making process. But that means to take into account the environmental factors "at an early stage" in the decision making process and in all appropriate administrative levels. That is why the Parties must take, individually or jointly, all appropriate and effective measures related to proposed activities and adopt the necessary national policy, and legal, administrative or other measures to implement the provisions of the Convention (art. 2 -1 and 2). EIA being a key instrument of environmental policy for the public interest of all, EIA must be a tool to improve the quality of information for the public being aware of environmental damages and

for the decision makers to pay careful attention to minimizing adverse impacts. For that purpose the public, defined as one or more natural or legal persons, must have the opportunity to participate to the decision making process and to comment the draft EIA with specific procedure organizing an effective participation.

2. OBLIGATIONS IN THE ESPOO CONVENTION

For any new proposed activity or any major change of an existing activity listed in appendix 1 that are likely to cause significant adverse transboundary impact, the Party of origine must send notification to affected party or parties asking for a response by a certain date (art. 3). This notification must contain information on the proposed activity, the nature of the possible decision. The affected Party must respond and inform its own authorities and public and shall indicate whether it intends to participate in the environmental impact assessment procedure. Then the Party of origin has to provide to the affected party more informations on the procedure, on the proposed activity.

When no notification has taken place and if a Party considers that it would be affected by a future activity, the concerned Parties should hold discussion and if they do not agree whether there is likely to be a significant adverse transboundary impact, they can decide to ask an opinion to an inquiry commission. There has been one case with submission to an inquiry commission about a project of a canal by Belarus affecting Romania. The inquiry commission said that the project could have a transboundary impact and then the two Parties used the Espoo procedure of exchange of EIA and comments by the affected Party.

When the Party of origin receive EIA documentation from the developer or from the proponent, it must send the EIA documentation to the affected Party. The affected Party must then distribute this documentation to its own authorities and to its public. The concerned Parties shall ensure that the public of the affected Party be informed of the project and be provided with possibilities for making comments or objections. These comments and objections are sent to the Party of origin.

Together the concerned Parties must hold bilateral consultations and discussions relating to possible alternatives including non action alternative and possible measures to mitigate transboundary impact and to monitor the effects of such measures. But the Parties shall agree at

the commencement of such consultations on a reasonable time frame for the duration of the consultation.

At the end of the process, and according to national law of the Party of origin, it takes a final decision. But according to art. 6 the final decisions must take due account of the EIS as well as of the comments received from the affected Party and its public and of the outcome of the bilateral consultation. The final decision must be sent to affected Party “with reasons and considerations on which it was based” (art. 6-2).

Eventually both Parties may agree on need for a post-project analysis A post project analysis shall include the surveillance of the activity and the determination of any adverse transboundary impact. If it appears discover of effective impact or threaten of transboundary impact, the Parties must consult on necessary measures to reduce or eliminate the impact (art. 7).

3. BENEFITS OF ESPOO MECHANISM

There are several. It provides legal framework for discussing planned developments with neighbouring states. Being a Party obliges other parties to notify and consult about planned developments on their territory that are likely to have a significant adverse impact on environment. Article 1 gives a broad definition of environmental impact: any effect on the environment including human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors; it also includes effects on cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors.

The Espoo procedure and requirements can enhance international cooperation, including awareness of importance of the environment, and so help to prevent conflict between states. Anyway sovereignty is retained because decision making process remains in country where the development is planned, but the freedom of decisions of the Party of origin is carefully controlled and obliges to take into account foreign comments. Confidentiality is respected: not prejudicial to industrial and commercial secrecy or national security as mentioned in art. 2-8. A big advantage of Espoo process is that it gives the opportunity, for environmental purpose, to improve the project including by identification of better project alternatives. The result should be a better environmental protection with impacts avoided or reduced by revising project design. Public

information and participation is seriously organised in a non discriminatory way because the opportunity provided to the public of the affected party must be equivalent to that provided to the public of the Party of origin.

The way it works is rather satisfactory because there was about 10 cases per year in 2001 and almost 100 each year since 2010: about wind farms, cross border infrastructure such as railways and roads, nuclear power plants and waste repositories, thermal power plants, power lines, hydropower, oil and gas pipelines, waterways, mining, chemical plants, airports, ground water extraction.

4. THE KIEV PROTOCOL ON STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT (SEA)

This protocol to the Espoo convention was adopted and signed in Kiev (Ukraine) in 2003. It came into force in 2010 with 16 parties. Now they are 26 parties, less than for Espoo convention. Its contents is similar to a European directive on SEA (2001/42) and European Union is a Party to the Kiev protocol since 2008. It must be mentioned that since its adoption in 2003 the protocol is not a European treaty but is open to all United Nations members being a universal treaty (art.23-3) as the Espoo Convention.

The objective of the protocol on SEA is to provide for a high level of protection of the environment that means that any plans and programmes reducing the level of protection would be regressive and contrary to that legal objective. Environmental considerations should be taken into account in the development of plans and programmes as instruments promoting sustainable development. A very specific issue much more developed than in the Espoo Convention is the permanent reference to health issue. The World health organization played an active role in the drafting of the protocol acknowledging the benefits to the health and well being of present and future generations that will follow if the need to predict and improve people's health is taken into account as part of SEA. That is why at each mention of the word "environment" it is specified "including health". That is why it can be considered that this protocol is in reality a legal document dedicated to health protection as intrinsic part of environmental protection.

Environment including health consideration must be included in the development of plans and programs listed in annex 1 and too in the preparation of policies and legislation. For that purpose there should be a clear, transparent and effective procedure for SEA providing for public

participation.

This purpose implement in a binding international instrument principle 4 and 10 of the Rio Declaration on environment and development of 1992.

All the procedure used for SEA about plans and programmes is similar to the Espoo procedure when the plan or programme is likely to have a significant transboundary environmental effect: notification, consultations, public participation, and final decision.

But what is remarkable is that in reality this Kiev protocol does not apply only to transboundary situations but applies too to plans and programmes without transboundary impacts. There is only one article on transboundary issue (art. 10). Article 3 to 9 apply to any national SEA even without transboundary effects. The field of application concerning plans and programmes of art. 4-1 mentions "significant environmental, including health, effects" without mentioning "transboundary".

5. BENEFITS OF KIEV PROTOCOL ON SEA

Because of the requirement of high level of environmental protection, it avoids irreversible and severe effects, safeguard protected areas and sites, maintain critical habitats and important biodiversity conservation areas. There should be too a better planning and programming by helping it to be more focused, rigorous and open to alternatives, and to co insider full range of potential effects and opportunities for achieving more sustainable forms of development. SEA produces a more efficient decision- making enabling environmental issues to be taken into account consistently at different stages or levels of decision making. A better and more consistent decision making at plan and programme level, leads to fewer appeals and less discussion at operational level.

SEA process prevents costly mistake by providing early warning signals about unsustainable development options; it reduces risk of costly remediation of avoidable harm or corrective actions, such as relocating or redesigning facilities, it saves time and money. In general SEA strengthened governance by improving good governance and public trust in policy, plan and programmes making through fostering greater transparency; it allows planners and decision makers, national as local, to consider opinion of key stakeholders early in planning process.

Finally SEA enhance transboundary cooperation providing an important new area of regional cooperation to address difficult issues concerning for example, shared natural resources and transboundary pollution.

6. THE REVIEW OF COMPLIANCE OF THE CONVENTION AND THE PROTOCOL

There is a common tool of reviewing compliance of the Espoo convention and the Kiev protocol with the so called “ implementation committee” which is a compliance committee.

Compliance committees are nowadays common tools for monitoring the compliance of environmental conventions. It is a non judicial process generally open to public claims complementary to the reporting system. States must regularly report to the secretariat of the conventions and the compliance committees gets informations through these reports on difficulties or problems encountered to implement the convention. Sometimes any information received by the secretariat or the compliance committee allow an inquiry about violation of the convention by a Party. The findings of the compliance committee are only recommendations which then must be taken into account by the conference of the Parties. But it is a useful and effective soft way to convince states to respect the convention and to adapt its national legislation to the requirement of the convention.

Since the Montreal protocol on ozone layer of 1987 most multilateral environmental conventions have a specific provision setting up a compliance committee , or if not , the first meeting of the parties decide to create such a committee as a specific body of the convention.

The implementation committee legal basis is for Espoo convention indirect through art. 11-2 of the Convention: “the Parties shall keep under continuous review the implementation of the Convention [...]”. The second amendment to the Convention introduced by decision III/7 of 2004, new article 14 bis precise the compliance mechanism already set up and functioning since a decision of the second COP in 2001 (decision II/4 and decision III/2 of 2004):

The Parties shall review compliance with the provisions of this Convention on the basis of compliance procedure, as a non-adversarial and assisted-oriented procedure adopted by the meeting of the Parties. The review will be based on, but not limited to regular reporting by the Parties. The meeting of the Parties shall decide on the frequency of regular reporting required by the Parties and the information to be included in those regular reports.

The legal basis for the Kiev protocol compliance is a direct mention in the protocol itself

with article 14 para. 6: adopt the modalities for applying the procedure for the review of compliance with the Convention to this Protocol.

That is why now exists one common compliance committee responsible for compliance review for both the Convention and the Protocol.

There are specific procedures and rules for Committee work: rules of procedure (MOP decision I/1), structure and functions of the committee and procedure for the review of compliance (MOP decision III/2, appendix) , operating rules (MOP decisions IV/2, annex IV, and MOP decision V/4 , annex). For each file there is a curator designed among the Committee members who prepare the finding and recommendations.

How the implementation committee intervene? There are different ways of action. There could be a “submission” by a state about non compliance by an other state, or a self referral. It expresses concerns about another Party’s compliance with its obligations backed up by supporting information. Party whose compliance is in question has 3 months to reply. After consideration, including hearing of Parties, the Committee drafts findings and recommendations for adoption by Meeting of the Parties.

An other way of intervention of the implementation Committee is “committee initiative”. But it needs before informations given called “information gathering”. This information comes from the review of implementation or national reports and completed questionnaires, or it comes from other sources as NGO or the secretariat. But for information to lead to a “committee initiative”, the following have to be taken into account by the Committee in accordance with operating rule 15, para.2: the source of the information is known and not anonymous, the information relates to activity listed in Convention’s appendix 1 likely to have a significant adverse transboundary impact, the information is basis for profound suspicion of non compliance, the information relates to implementation of precise and quoted convention provisions, the Committee must have time and resources available for examination. Once, with information gathering, the Committee becomes convinced that there may be an issue of non compliance (profound suspicion), it will begin a committee initiative. Meanwhile, the Committee respects confidentiality of information pending a decision on whether to begin a Committee initiative.

What are the findings of the Compliance Committee? They are not sanctions because the Committee is an assistance-oriented body to help Parties for a better and complete compliance.

To date, Committee has decided on several findings of non compliance for specific provisions and has proposed specific recommendations.

7. APPLICATION TO NUCLEAR ENERGY RELATED ACTIVITIES

There have been a large number of nuclear power plants built before the Espoo convention entered into force in 1997. At that time their construction was rarely subject to environmental impact assessment. But even after the Chernobyl nuclear disaster, mainly in eastern countries, new projects were prepared to plan construction of nuclear plants. In the same time, many older existing plants were being decommissioned as they reach the end of their operational life. Sometimes states and operators want to extend their operational life. There are too many new interim or long term repositories for spent nuclear fuel and radioactive wastes. All these different nuclear activities are now submitted to Espoo Convention because radiation respects no border. That is why the implementation Committee has many cases related to nuclear activities. (see Greenpeace brochure on application of the Espoo Convention to nuclear energy related activities, by Jan Haverkamp, may 2014). It became such a main issue that at the fifth meeting of the Parties in 2011 a note was presented on the application of the Convention to nuclear energy-related activities. It is not a guidance note but only information on the issue (ECE/MP.EIA/2011/5, 2 April 2011). Quoting examples of the application of the Espoo Convention to recent nuclear activities it shows which provisions of the Convention are used for and gives illustrations of some good practice. A list of operating nuclear plants and plants under construction in the UNECE member States was presented to the working group on EIA in 2010 available on the website at http://www.unece.org/env/eia/meetings/wg_eia_13.htm).

Nuclear activities are listed in appendix 1 to the convention and submitted to EIA:

Item 2 includes “nuclear power stations and others nuclear reactors”

Item 3 specifies “installations...solely designed for the production or enrichment of nuclear fuels, for the reprocessing of irradiated nuclear fuels or for the storage, disposal and processing of radioactive wastes”. These items have been revised in the second amendment of the Convention adopted in decision III/7:

Items 2 (b) identifies “nuclear power stations and other nuclear reactors, including the dismantling or decommissioning of such power stations or reactors (except research installations for the production and conversion of fissionable and fertile materials, whose maximum power does not exceed 1 kilowatt continuous thermal load”

Item 3 identifies: (a) installations for the reprocessing of irradiated nuclear fuel (b) installations designed: for the production or enrichment of nuclear fuel; for the processing of irradiated nuclear fuel or high level radioactive waste; for the final disposal of irradiated nuclear fuel ; solely for the final disposal of radioactive waste; or solely for the storage (planned for more than 10 years) of irradiated nuclear fuels or radioactive wastes in a different site than the production site “.

Here are some recent illustrations of findings by the Compliance Committee on nuclear activities. According to transparency principle all documents can be read in the website of the Convention: www.unece.org/env/eia, see bodies: Implementation Committee.

a) About submissions:

Azerbaijan v. Armenia: after a communication in 2011 from Azerbaijan about an Armenian nuclear plant in Metsamor, it was stated that there were difficulties of communication between the two states because they had no diplomatic relations. The Compliance Committee considered that absence of diplomatic relations does not prevent to apply the Espoo Convention using other modern means of communication. The 6th Meeting of the Parties in Geneva on June 2014 endorsed findings prepared by the Compliance Committee that Armenia was in non compliance with its obligation under the article 3 paragraph 1 of the Convention to notify Azerbaijan as early as possible and no later than when informing its own public, with respect to the construction of the nuclear plant in Metsamor. Also endorses the finding of the Committee that Armenia was not in non compliance with art. 3 para. 5 and 8, art. 4 para. 2, art. 5 and 6 of the Convention considering that, to the extent that the final decision on the construction of the nuclear plant had not yet been taken and the works had not yet been initiated, there was still the possibility for Armenia to continue the implementation of the subsequent steps in the transboundary EIA procedure, and requests the implementation Committee to follow up, and as appropriate, monitor the case. (6th MOP, decision VI/2, para. 45-46)

Lithuania v/ Belarus: Lithuania in a submission in 2011 considered that Belarus was in non compliance because of a Belarus project of a nuclear plant at 30 km from Vilnius the capital of Lithuania. Lithuania claim was about the content of the EIA without alternatives and about the consultation procedure between the two states. The meeting of the Parties endorsed most of the Committee findings in the 6th MOP of June 2014. It considered that Belarus has improved its legal framework on EIA and that there were no grounds for finding non compliance with art. 2 para. 2 of the convention requiring taking necessary national legal measures. But the MOP considered that Belarus in 2013 was in non compliance with its obligations about public

participation, about the distribution of EIA documentation, and about the requirement related to the final decision. It request Belarus to provide to Lithuania the final decision with the reasons and considerations on which it was based. It request too both States to continue consultations and exchange of informations, to agree on a reasonable time frame for the consultation period, to improve language requirement of public consultation, to conclude a bilateral agreement for the implementation of the Convention, to establish a permanent joint body on post project analysis (6 th MOP , decision VI/ 2, para. 48 to 64).

b) After Committee initiative:

Regarding Ukraine: after gathering information from an NGO in 2011 about the extension of life time of the nuclear power plant Rivne, the Implementation Committee transformed the information gathering in Committee initiative in 2013. In its finding the Committe considered that extension of life time of a nuclear power plant was a “major change” subject to the provisions of the Convention. There has been a large controversy about that because some nuclear states did not want to submit to EIA the extension of life time considering that it was not a new proposed activity. Finally the meeting of the Parties endorsed the findings of the Committee considering for that specific case (and not as an obiter dictum) that after the initial licence has expired, the extension of life time should be considered as a proposed activity subject to the Convention. Consequently Ukraine was in non compliance with several provisions of the convention without any EIA related to that life extension (6 th MOP , june 2014, decision VI/2, para.68-71).

c) Information gathering :

After an information received in 2011 from a Romanian NGO about a deposit of nuclear wastes near the border of Bulgaria, the Committee asked Romania more precise informations on alternatives on the EIA. In December 2013 the Committee considered that there was not non compliance and closed the file.

After an information received from a Belarus NGO in 2012 about Ukrainian projects of two new nuclear reactors in Khmelnytska , information was asked to Ukraine. Intervention came from Austria, Slovaquia, Hungaria and Poland. There had been notification by Ukraine about the future nuclear power plant, but at different dates. A controversy existed about the final decision. Finally the Committee considered in February 2014 that there was a suspicion of non compliance and opened a Committee initiative to follow up the case with more data.

After an information received from a green party deputy of the German Parliament in 2013 about the project of a nuclear power plant in United Kingdom in Hinkley point, the Committee closed the information and opened a Committee initiative in 2014 because there had been no notification of the project to any Party and that meant a suspicion of non compliance. Opinion were asked to several transfrontier Parties to know if they considered or not to be likely affected by the project and if they asked or not a notification by UK. UK tribunals considered that Espoo convention did not apply and European commission according to art. 37 of Euratom treaty considered a priori that there was not any transfrontier impact. The main question will be to know if, a priori , any nuclear plant is likely to cause a significant adverse transboundary impact in situation not only of normal working , but mainly in situation of a disaster, taking into account, west wind conditions about radiations moving on air long distance. The risk of a nuclear accident cannot be excluded after Chernobyl and Fukushima and the prevention of disaster risk reduction is now an obligation for States as a customary international law obligation according to the International Law Commission of the United Nations draft articles on the “protection of persons in the event of disasters”.

According to draft articles adopted on fist reading in May 2014 (A/CN.4/L.831, 15 May 2014) in article 11 “Duty to reduce the risk of disasters”

“1. Each State shall reduce the risk of disasters by taking the necessary and appropriate measures, including through legislation and regulations , to prevent, mitigate, and prepare for disasters.

“2. Disasters risk reduction measures include the conduct of risk assessments, the collection and dissemination of risk and past loss information, and the installation and operation of early warning systems”

That means that States have a duty to reduce risk of disaster by conducting risk assessment normally included in EIA and by disseminating information. Espoo Convention is one of the main preventing instrument for reducing the risk of disaster in taking into account any effect of the activity, here the nuclear plant, on “human health and safety” (art. 1-vii). The European Union Directive 2011/92 on impact assessment in annexe 3 mentions about the characteristics of projects 1(f) “the risk of accidents having regard in particular to substances or technologies used”. The appendix III of the Espoo Convention about “(c) effects” requires mention of effects of proposed activities with particular complex and potentially adverse effects, including giving rise to serious effects on humans”. Nuclear plants activity are surely activities with serious and complex effects on human health. As stated in the note mentioned of 2011 on application of the

Convention to nuclear energy related activities:

“The inclusion of severe accidents is of importance since it has effects on the scope of the EIA, but, more importantly, it directly relates to the scope of the application of the Convention. Not covering severe accidents means weakening the Convention and its goals, especially in the context of nuclear power plants”.

O PRINCÍPIO DA “NÃO REGRESSÃO” NO CORAÇÃO DO DIREITO DO HOMEM E DO MEIO AMBIENTE¹

Michel Prieur²

INTRODUÇÃO

No atual contexto em que o direito ambiental se encontra, consagrado em um grande número de constituições como um novo direito humano, ele se vê paradoxalmente ameaçado em sua substância. Dita ameaça poderia inclusive conduzir a um retrocesso, constituindo-se numa verdadeira regressão prejudicial ao homem e à natureza, doravante reconhecidos como interdependentes³.

Os revezes da concepção do direito do meio ambiente se manifestam atualmente no nível dos direitos internos. Eles resultam de diversos fatores:

- no plano jurídico a teoria clássica do direito refuta a ideia de um direito adquirido às leis, ou seja, aquilo que uma lei consagra pode sempre ser revogado por outra lei.

- no plano político e psicológico: a vontade demagoga de simplificar o direito leva à falta de regulamentação, ou até mesmo à falta de legislação na matéria ambiental, haja vista o número crescente de normas jurídicas ambientais. O conjunto complexo de normas ambientais, tanto jurídica como técnicas, torna este direito inacessível aos leigos e colabora no discurso favorável a uma redução nas limitações por meio de um retrocesso do próprio direito.

- no plano econômico, a crise mundial caminha no sentido de reduzir as obrigações jurídicas em matéria ambiental consideradas como um freio para o desenvolvimento.

O direito do meio ambiente não deveria entrar no rol de regras jurídicas irreversíveis e não

¹ Artigo publicado na Revista Novos Estudos Jurídicos. Revista Quadrimestral do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. –Vol. 17, nº 1 (jan./abr). 2012 – Itajaí: Ed. da Universidade do Vale do Itajaí. 2012. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3644/2187>.

² Professor Emérito da Universidade de Limoges. Diretor científico do. Diretor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de LIMOGES. Diretor da Revista Jurídica do Meio Ambiente. Presidente do “Centre International de Droit Comparé de l'Environnement” (Centro Internacional de Direito Ambiental Comparado). Presidente adjunto da «Commission droit de l'environnement de l'UICN». E-mail: michel.prieur@unilims.fr

³ Preâmbulo da declaração da Rio 1992; 2º considerando do preâmbulo da Carta Constitucional francesa, 2005.

revogáveis (pétreas) em nome do interesse comum da humanidade? A intangibilidade dos direitos humanos deveria socorrer um direito ambiental ameaçado.

A própria finalidade do direito do meio ambiente deveria, em especial no tocante ao direito internacional do meio ambiente, ser suficiente para impedir os revezes do direito ambiental se este direito possuísse um efeito direto. Isso porque toda regra ambiental tem como finalidade a maior proteção do meio ambiente. Todas as convenções internacionais sobre o meio ambiente traduzem um engajamento expresso na luta contra a poluição, conter a perda da biodiversidade e melhorar o meio ambiente. Não há nenhuma convenção sobre o meio ambiente que não declare sua vontade de proteger e melhorar as condições ambientais, o que por consequência torna ilícito todo o comportamento Estatal que busca diminuir o grau de proteção. Pode-se, inclusive, encontrar fórmulas proibitivas de redução do nível de proteção conquistada num determinado contexto interno⁴. Desde 1998 o professor Maurice Kamto, posteriormente presidente da Comissão do Direito Internacional, constatou que: “o direito internacional do meio ambiente é condizente com as obrigações de standstill”⁵.

Para descrever este risco de “não retrocesso”, a terminologia utilizada pela doutrina ainda é hesitante. Em certos países, menciona-se o princípio do standstill. É o caso da Bélgica⁶. Na França se utiliza o conceito do Efeito Cliquet (catraca) ou regra “Cliquet” antirretorno. Alguns autores falam em “intangibilidade” de certos direitos fundamentais ou de cláusula de “statu quo”⁷. Em inglês, encontra-se a expressão “eternity clause” ou “entrenched clause”, em espanhol “prohibicion de regresividad o de retroceso”, em português “proibição de retrocesso”. Utilizaremos, pois, a fórmula do “princípio da não regressão”, para demonstrar que não é uma simples cláusula ou mera regra, mas sim um verdadeiro princípio, é também a expressão de um dever de não regressão imposto ao Poder Público. Utilizando-se da “não regressão” no que tange ao meio ambiente, procura-se sobrelevar os degraus na proteção do meio ambiente e que os progressos legislativos consistem numa segurança “progressiva” da proteção mais elevada

⁴ Art. 10-3 do acordo americano de cooperação em matéria ambiental de 1994; art. 41 do estatuto do Rio Uruguay de 1975; art. 8 K da convenção sobre a biodiversidade biológica de 1992; capítulo 17 art. 2 do tratado de livre comércio entre os Estados Unidos, a América Central e a República Dominicana (CAFTA-DR) de 2003.

⁵ M. Kamto, Singularités du droit international de l’environnement (Singularidades do Direito internacional do meio ambiente). In: **Les hommes et l’environnement**, en hommage à A. Kiss, Frison Roche (Os homens e o meio ambiente, homenagem à A. Kiss, Frison Roche), 1998, p. 321

⁶ Ver Isabelle Hachez, **le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux** : une irréversibilité relative (o princípio do Standstill nos direitos fundamentais: uma irreversibilidade relativa), Bruylant, Belgique, 2008

⁷ Expressão utilizada por S. R. Osmani, relatório para a Comissão dos direitos humanos sobre as políticas de desen-volvimento no contexto da globalização, 7 juin 2004, E/CN.4/sub.2/2004/18

possível do meio ambiente no interesse coletivo da humanidade, da mesma maneira que existe a progressão dos direitos humanos.

Na 1ª edição de nossa obra «Direito do meio ambiente», publicada pela Editora Dalloz em 1984, consagramos a conclusão de forma premonitória à: “regressão ou progressão do direito do meio ambiente?”. Nós constatamos, então, os retrocessos do direito ambiental já detectados em certa reformas em nome, principalmente, da “desregulamentação”⁸. Neste sentido, sendo o meio ambiente consagrado como um direito humano, é possível opor à regressão do direito ambiental fortes argumentos jurídicos embasados na efetividade e na intangibilidade dos direitos humanos.

A não regressão encontra sua fonte nos direitos fundamentais intangíveis reconhecidos no plano internacional e regional, ela também é, segundo um número crescente de direitos nacionais, o fruto da constitucionalização do direito do homem ao meio ambiente. Seu futuro depende, portanto, de jurisprudências constitucionais.

1. A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS REFORÇA A NÃO REGRESSÃO DO DIREITO AMBIENTAL

Segundo Rebecca J Cook, “o princípio do não retrocesso está implícito nas convenções sobre os direitos humanos”⁹. Na realidade, a não regressão dos direitos humanos é muito mais que implícita, ela é ética, prática e quase jurídica. De acordo com a declaração universal dos direitos humanos, a finalidade destes é a de “favorecer ao progresso social e estabelecer melhores condições de vida”. Resulta, portanto, numa obrigação positiva para os Estados, particularmente em matéria ambiental. Deste modo, a não regressão a despeito de sua aparente obrigação negativa conduz a uma obrigação positiva aplicada a uma norma fundamental. Distintos textos internacionais dos direitos humanos evidenciam a característica progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais estão normalmente ligados ao direito ambiental. Deduz-se facilmente desta progressividade uma obrigação de não regressão ou não retrocesso.

O pacto internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 visa ao progresso constante dos direitos ali protegidos; ele é interpretado como proibitivo de regressões.

⁸ M. Prieur, la déréglementation en matière d’environnement, *Revue Juridique de l’environnement*, 1987-3, p. 319; dans la 6^eed. *Droit de l’environnement*, précis Dalloz, 2011, p. 88, le principe de non régression fait partie des principes fondateurs.

⁹ R. J. Cook, *reservation to the convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, V. J. I. L. vol. 30, 1990, p. 683.

Ao elevar-se a categoria de direito humano, o direito ambiental pode se beneficiar desta teoria do progresso constante aplicada, em especial, em matéria de direitos sociais. O Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas, em sua observação geral nº 3 de 14 de dezembro de 1990, condena “toda medida deliberadamente regressiva”. A observação geral nº 13 de 8 de dezembro de 1999 declara: “o Pacto não autoriza nenhuma medida regressiva no que se refere ao direito à educação, nem de quaisquer outros direitos que estão enumerados”. A ideia de que uma vez um direito humano seja reconhecido ele não possa ser limitado, destruído ou suprimido, é comum aos grandes textos internacionais sobre os direitos humanos (artigo 30, Declaração universal; artigo 17 e 53 da Convenção Europeia dos direitos do homem; artigo 5º dos dois Pactos de 1966). A “destruição” ou a “limitação” de um direito fundamental pode ser considerada, pois, como um regresso.

A Convenção Europeia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais interpretadas pela Corte europeia dos direitos do homem integrou o meio ambiente entre os direitos fundamentais protegidos. A partir da decisão Tatar contra Romênia, de 27 de janeiro de 2009, passou-se a admitir o gozo de um meio ambiente saudável como um direito protegido pelo texto do artigo 8º da Convenção¹⁰. Pode-se considerar que os artigos 17 e 53 da Convenção, proibindo as limitações que ultrapassem aquelas previstas pela Convenção, reconhece, prudentemente, certa obrigação de não regressão ou ao menos uma obrigação de se conservar apenas a melhor disposição condizente ao caso concreto, a mais favorável. No caso de conflito entre uma lei e a Convenção ou entre uma e outra convenção e a convenção dos direitos humanos, é o texto mais benéfico ao meio ambiente que deverá ser aplicado. Nenhuma jurisprudência permite ainda mensurar com precisão a maneira pela qual a Corte poderia reagir aos retrocessos de um direito protegido que vá além dos limites normalmente admitidos¹¹.

A convenção americana dos direitos humanos adotada em 1969 prevê em seu artigo 26 assegurar “progressivamente” o pleno gozo dos direitos, o que implica, portanto, assim como o Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, uma adaptação no tempo e a não regressão destes direitos. O artigo 29 sobre as normas de interpretação precisa que não é possível suprimir o gozo dos direitos reconhecidos ou de restringir seu exercício mais além do que

¹⁰ Ver J.P. Marguenaud, *Revue juridique de l'environnement*, 2010-1, p.62.

¹¹ J. P. Marguenaud, *Théorie et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. In: **Le principe de non régression en droit de l'environnement**, M. Prieur et G. Sozzo ed. Bruylant-Larcier, 2012.

ele esteja previsto na própria Convenção. O protocolo de San Salvador sobre os direitos econômicos, sociais e culturais de 1988 comporta um artigo expressamente dedicado ao meio ambiente (artigo 11). Embora este artigo não seja alegável diretamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ele está submetido ao princípio do artigo 1º, relativo à progressividade que conduz ao pleno exercício dos direitos reconhecidos, o que necessariamente implica a não regressão. Conforme precisa um comentário oficial da Organização dos Estados Americanos (OEA), as medidas regressivas são: “... todas as disposições ou políticas as quais a aplicação signifique uma diminuição no gozo ou no exercício de um direito protegido”¹². Um revés na proteção do meio ambiente constituirá, desta forma, numa regressão condenável juridicamente pelos órgãos de controle da Convenção e do protocolo.

No caso «Cinco aposentados contra Peru», a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em sua decisão 23/01 de 5 de março de 2001, declarou: “a característica progressiva da maioria das obrigações dos Estados em matéria dos direitos econômicos, sociais e culturais, implica para estes Estados, com efeito imediato, uma obrigação geral de concretizar a realização destes direitos consagrados sem poder retroceder. As regressões nesta matéria podem constituir uma violação do próprio artigo 26 da Convenção Americana, entre outros.” (parágrafo 86).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua decisão de nº 198 de 28 de fevereiro de 2003, confirmou a decisão de mérito da Comissão sem precisar expressamente que a regressão seja uma violação da Convenção.

A Convenção de Aarhus de 1998 sobre a informação, a participação no processo de decisão e o acesso à justiça em matéria ambiental reconhece, pela primeira vez num tratado regional europeu, o direito do homem ao meio ambiente (preâmbulo e artigo 1º). O Comitê de exame de respeito à Convenção (ou compliance committee) deliberou como consequência que os Estados não devem tomar nenhuma medida que tenha como efeito reduzir os direitos existentes.¹³

No direito ambiental da União Europeia, o objetivo de um nível elevado de proteção ambiental é claramente expresso nos tratados (artigo 191-2 do Tratado sobre o funcionamento da União). Segundo o artigo 3-3 do Tratado sobre a União: “A União trabalha [...] para o desenvolvimento sustentável da Europa fundado sobre [...] um elevado grau de proteção

¹² Conselho permanente da OEA, «Normes pour l'élaboration des rapports périodiques prévues à l'art. 19 du Protocole de San Salvador», OEA/Ser.G.CP/CAJP-222604)17 décembre 2004.

¹³ Recommandation C/ 2004/4 du 18 février 2005.

ambiental e da melhoria de qualidade do meio ambiente”. Esta exigência de um elevado grau de proteção ao meio ambiente, combinada com a teoria do acervo comunitário e a emergência de um direito ao meio ambiente no seio da União, deveria conduzir a uma dedução de não regressão¹⁴.

Mesmo que o direito ambiental não figure como direito fundamental no tratado, ele conserva a essência de norma fundamental, particularmente pelo fato de que depois do Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, a Carta dos direitos fundamentais obteve o mesmo valor jurídico que o tratado (artigo 6º do tratado sobre a União Europeia), combinado com seu artigo 37 sobre a proteção ambiental¹⁵. A Carta tem por objetivo o de “reforçar” a proteção dos direitos fundamentais (preâmbulo). O artigo 37 evidencia o que deve ser interpretado como uma afirmação de irreversibilidade das medidas concernentes ao meio ambiente: “o nível elevado de proteção de meio ambiente e a melhoria de sua qualidade”.

A regressão parece impossível face a duas exigências voltadas a um meio ambiente cada vez melhor. Ditas disposições, como todas as demais disposições dos direitos fundamentais, encontram-se capitaneadas pelos artigos 53 e 54 da Carta de direitos fundamentais. A Carta não pode ser interpretada como “limitante” dos direitos reconhecidos nem implicar o direito de destruir ou de limitar os direitos ali contidos, ou ainda aqueles que ultrapassam seu próprio texto. Ainda, estas disposições reforçam a obrigação de não regressão e, portanto, a interdição da regressão em matéria ambiental. Trata-se de cláusulas clássicas nas Convenções sobre os direitos humanos (ver artigos 17 e 53 da Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem). Neste norte, procura-se dar preferência ao sistema mais protetor e assim privilegiar sempre o nível mais elevado de proteção ao meio ambiente, o que resulta num necessário privilégio concedido à não regressão. O artigo 53 da Carta de direitos fundamentais: “garante que a evolução só pode ocorrer no sentido da progressão, não no da regressão”¹⁶.

¹⁴ N. Hervé – Fournereau , Les acquis communautaires en droit de l’Union européenne. In: **Le principe de non régression en droit de l’environnement**, M. Prieur et G. Sozzo, ed. Bruylant-larcier, 2012.

¹⁵ Michel Prieur, commentaire de l’art. 97 de la Charte des droits fondamentaux. In: L. Bourgogne-Larsen , A. Levade, F. Picod, dir. **Traité établissant une constitution pour l’Europe, partie II la Charte des droits fondamentaux de l’Union**, Bruylant, 2005, Recommandation C/ 2004/4 du 18 février 2005.

N. Hervé – Fournereau , Les acquis communautaires en droit de l’Union européenne. In: **Le principe de non régression en droit de l’environnement**, M. Prieur et G. Sozzo, ed. Bruylant-larcier, 2012.

Michel Prieur, commentaire de l’art. 97 de la Charte des droits fondamentaux. In: L. Bourgogne-Larsen, A. Levade, F. Picod, dir. **Traité établissant une constitution pour l’Europe, partie II la Charte des droits fondamentaux de l’Union**, Bruylant, 005, p. 483.

¹⁶ Loïc Azoulai, art. 53 , niveau de protection. In: L. Bourgogne-Larsen, A. Levade, F. Picod dir., **Traité établissant une constitution pour l’Europe, partie II la Charte des droits fondamentaux de l’Union**. p. 706.

Essa intangibilidade dos direitos humanos, generalizada no plano internacional e regional, está destinada a repercutir inevitavelmente sobre o direito do meio ambiente, toda vez que este, na qualidade de novo direito humano, tem por natureza a vocação de não regredir. A intangibilidade do conteúdo substancial do direito ambiental poderia ensejar talvez em menos objeções e resistência que a aplicação do princípio da não regressão no domínio social. Esta ideia de se garantir um desenvolvimento contínuo e progressivo das modalidades de exercício do direito ao meio ambiente até o nível máximo de sua efetividade pode parecer utópica. A efetividade máxima é a poluição zero. Sabemos que ela não é possível. Mas entre a poluição zero e a utilização das melhores tecnologias disponíveis para reduzir a poluição existente existe uma importante “margem de manobra”. A não regressão vem, portanto, se situar num cruzamento entre a grande despoluição possível (que vai evoluir no tempo graças ao progresso científico e tecnológico) e o nível mínimo de proteção do meio ambiente que também evolui constantemente. Um retrocesso hoje não teria necessariamente sido considerado um retrocesso ontem.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL FUNDADO SOBRE O NÃO RETROCESSO

No direito natural, o princípio do não retrocesso do direito do meio ambiente deveria poder se apoiar sobre o reconhecimento constitucional do direito do homem a um meio ambiente saudável com fundamento em normas constitucionais não revisáveis (pétreas), ou ainda sobre direitos fundamentais não derogáveis.

Convém distinguir o não retrocesso resultante de uma interdição expressa de modificar a disposição ambiental que figura na constituição, do não retrocesso resultante da interdição constitucional imposta ao legislador no sentido de diminuir o porte de um direito fundamental. Nas duas hipóteses a não regressão ou o não retrocesso é garantida sob a reserva de jurisprudência, especialmente de jurisprudências constitucionais.

Com exceção aos casos particulares do Brasil e de Portugal, encontram-se poucas constituições que pretendem ‘congelar’ o direito constitucional aplicável, interditando expressamente qualquer modificação constitucional de seu conteúdo em matéria de direitos humanos e, por consequência, do direito ambiental. A intangibilidade dos direitos fundamentais existe dentro de certas constituições como intangibilidade constitucional absoluta ou cláusula “de eternidade”.

A Constituição Brasileira de 1988 comporta um grande número de disposições sobre o meio ambiente, dando assim a esta política um lugar eminente na hierarquia jurídica interna. Mesmo que ele não figure no título consagrado aos direitos e às garantias fundamentais, a doutrina considera que os direitos ligados ao meio ambiente constituem no plano material, e também formal, direitos fundamentais¹⁷. Esta constituição comporta uma disposição original que consiste em enunciar que os “direitos e as garantias individuais” estão excluídos de uma revisão constitucional, consoante aplicação do artigo 60, § 4º, IV (cláusula pétrea ou cláusula de intangibilidade constitucional). Estes direitos são considerados, assim, como direitos adquiridos. Admite-se, portanto, que a proteção constitucional do meio ambiente faz parte dos direitos adquiridos qualificados como imutáveis e que ela não admite, assim, nenhuma revisão¹⁸.

Quanto a Portugal, a constituição reconhece em seu artigo 66 o meio ambiente como um direito fundamental no título referente aos direitos e aos deveres sociais. Está expresso que o Estado deve fazer respeitar os valores ambientais. É o artigo 288 que enumera as matérias constitucionais intangíveis, entre as quais “os direitos e as liberdades garantidas que gozam os cidadãos”. Entre elas figura o direito ao meio ambiente que não pode, portanto, ser objeto de uma revisão constitucional.

A Constituição Alemã garante, no seu artigo 19-2, «o conteúdo essencial dos direitos fundamentais” que fazem parte da matéria intangível como beneficiários da perenidade constitucional do artigo 79-3 da lei fundamental de 1949¹⁹. O conteúdo essencial de um direito concerne sua substância e sua finalidade. A referência ambígua aos fundamentos naturais da vida e aos animais no artigo 20 não a impede que em teoria “uma lei que violaria de forma manifesta e massiva os direitos ambientais adquiridos seja muito provavelmente inconstitucional”²⁰. Pode-se igualmente recordar a situação da Turquia, que introduziu «o direito de cada um a um ambiente saudável e equilibrado» em sua constituição entre os direitos e os deveres sociais (artigo 56). Poder-se-ia considerar que este artigo é intangível como beneficiário da norma prevista pelo

¹⁷ P. A. Machado, «**La constitution brésilienne et l’environnement**», Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 2005, p.; P. A. Machado, «**Direito ambiental brasileiro**», São Paulo; Tiago Fensterseifer, «**Direitos fundamentais e proteção do ambiente**», Porto Alegre, Libreria do advogado, 2008, p. 159 et suivants.

¹⁸ «**Un amendement du texte constitutionnel ne saurait modifier ce droit fondamental (à l’environnement)**», Solange Teles Da Silva, le droit de l’environnement au Brésil, in Confluences, Mélanges en l’honneur de Jacqueline Morand Deviller, Montchrestien, 2007, p. 928.

¹⁹ Oliver Lepsius, «**Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la république fédérale d’Allemagne**», Les cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, 2009, p.13.

²⁰ Michael Bothe, «Le droit à l’environnement dans la constitution allemande», **Revue juridique de l’environnement**, n° spécial 2005, p. 38.

artigo 4º da constituição no título de disposições inalteráveis. De fato, o artigo 4º proclama intangível o artigo 2º, o qual visa aos direitos humanos e reenvia aos princípios fundamentais dispostos no preâmbulo. Ora, este preâmbulo, por sua vez, reenvia seu conteúdo aos direitos e às liberdades enunciadas dentro da constituição, entre as quais figura claramente o direito ao meio ambiente²¹. A Constituição do Equador de 2008 interditou as reformas da constituição que comportassem “restrições” aos direitos reconhecidos (artigo 441), incluindo, assim, o direito ao meio ambiente e aos direitos da natureza. O exemplo mais esclarecedor em matéria ambiental é o da Constituição do Butão de 2008, na qual o artigo 5-3 proclama que 60% das florestas do país estão protegidas “para a eternidade”.

Ao lado desta intangibilidade de direitos constitucionalmente garantidos, existe de maneira mais respaldada uma não regressão imposta não mais à constituição, mas sim ao legislador.

Encontra-se em diversas constituições sul-americanas esta ideia de limitação dos poderes do legislador quanto às finalidades buscadas pelos direitos essenciais. Existiria, assim, no direito brasileiro, um princípio de interdição da regressão ou do retrocesso ambiental imposto ao legislador²². A expressão é atribuída a Ingo Wolfgang Sarlet em um de seus cursos em Porto Alegre sobre direitos fundamentais e a constituição em 2005²³. Este princípio seria um princípio constitucional implícito imposto ao legislador em nome da garantia constitucional dos direitos adquiridos, do princípio constitucional da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e em nome do princípio da efetividade máxima dos direitos fundamentais (artigo 51§1º da Constituição Federal)²⁴.

Segundo a Constituição Argentina: “os princípios, as garantias e os direitos reconhecidos nos artigos precedentes não poderão ser modificados pelas leis que regulamentam seu exercício” (artigo 28). A Argentina introduziu inclusive entre os princípios relativos ao meio ambiente o da

²¹ Ibrahim O. Kaboglu, «Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie». In: **Les cahiers du Conseil constitutionnel**, n° 27, 2009, p. 38.

²² «**Garantia da proibição de retrocesso ambiental**»; outro autor brasileiro fala do princípio da interdição da: «proibição de retrogradação socioambiental», v. Carlos Alberto Molinaro, «Mínimo existencial ecológico e o princípio de proibição da retrogradação socioambiental». In: Benjamin Antonio herman, ed., **10º congres internacional de droit de l'environnement**, Sao Paulo, 2006.

²³ Tiago Fensterseifer, «**Direitos fundamentais e proteção do ambiente**» p. 258, note 746.

²⁴ Essa justificativa teórica do princípio do não retrocesso é aplicada em material de direito social, mas poderia ser aplicada igualmente em outros ramos dos direitos fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, «La prohibicion de retroceso en los derechos sociales en Brasil: algunas notas sobre el desafio de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis», in Christian Courtis, **Ni un paso atras, la prohibicion de regresividad en materia de derechos sociales**, ed. del puerto, Buenos Aires, 2006, p. 346.

“progressividade”, que implica a não regressão²⁵. Neste norte, a Constituição Chilena estabelece “os preceitos legislativos que, por mandato da Constituição, regulam ou completam as garantias que a Constituição estabeleceu ou que as limitam toda vez que previstos pela Constituição, não poderão afetar estes mesmos direitos em sua essência” (artigo 29-26).

De forma ainda mais clara, a Constituição da Guatemala dispõe em seu artigo 44: “serão nula de direito as leis, as disposições governamentais e outras medidas que diminuam, restrinjam ou deformem os direitos que a Constituição garante”²⁶. Importante frisar que em todas estas constituições o meio ambiente é consagrado como um direito protegido e neste sentido todos estes Estados devem admitir de jure a não regressão do direito ambiental. A Constituição do Equador de 2008 apresenta a originalidade de ser a primeira no mundo a fazer da natureza um sujeito de direito (artigo 71 e seguintes). Defere-se assim a existência de distintas disposições constitucionais que impõem a aplicação de leis sempre no sentido mais favorável à natureza e constituem espaços intangíveis (artigos 385-4 e 397-4). Esta mesma constituição estabelece o princípio constitucional do não retrocesso dos direitos fundamentais, dentro dos quais está o direito ao meio ambiente: “Será inconstitucional todo ato ou omissão de caráter regressivo que diminua, reduza ou anule sem razão o exercício destes direitos” (artigo 11-8). Ademais, o artigo 423-3, relativo à integração latino-americana, precisa que esta integração tem por objetivo principal o de reforçar a harmonização das legislações nacionais em matéria ambiental “no respeito dos princípios da progressividade e da não regressão”. Para a Constituição da Colômbia de 1991, revisada em 2005, os bens de uso público, os parques naturais, as terras de grupos étnicos e o patrimônio arqueológico são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

A Constituição Francesa, em suas disposições sobre a revisão da Constituição (artigo 89 última alínea), impede qualquer revisão constitucional que atente contra a forma republicana do governo. Mas a Carta do Meio Ambiente pode ser modificada desde que respeitado o procedimento constitucional. Nenhuma de suas disposições é formalmente intangível, mesmo que teleologicamente engaje a humanidade e as gerações futuras. Entretanto, contrariamente a muitas outras constituições, a Carta não formula uma obrigação de proteger ou melhorar o meio ambiente expressamente a cargo do Estado, o que poderia constituir-se num fundamento jurídico

²⁵ Ver art. 4 de la loi général sur l’environnement 25.675 et Valeria Barros, Le principe de non régression en droit argentin. In: **Le principe de non régression en droit de l’environnement**, M. Prieur, G. Sozzo ed. Bruylant-Larcier, 2012.

²⁶ Exemplos citados por Christian Courtis, **Ni un paso atras, la prohibicion de regresividad en materia de derechos sociales**. p. 21.

na obrigação do não retrocesso. Mormente, possível é apoiar-se sobre o artigo 2º da Carta, que impõe “tomar parte na preservação e na melhoria do meio ambiente” como dever de “toda pessoa”, incluindo aí o Estado e o legislador²⁷. Ainda assim estes últimos não poderiam tomar quaisquer medidas, tendo por efeitos inversos à preservação e melhoria do meio ambiente. Um comentarista da Carta considera que o “dever” pesa também sobre as pessoas públicas num espírito finalista: “o objetivo consiste não somente em parar ou diminuir a degradação ambiental, no quadro de uma política defensiva, mas igualmente o de melhorar o seu próprio estado”²⁸.

Segundo o mesmo autor, o Conselho Constitucional poderia igualmente censurar o legislador, que reduziria de maneira excessiva os deveres ambientais, introduzindo disposições demasiado permissivas em matéria de instalações que causem impactos no meio ambiente. Um revés na proteção do meio ambiente, por meio da diminuição dos deveres ambientais, poderia, portanto, ser considerado como uma violação da constituição que encontra sua origem na constatação de uma regressão. Mas além do meio ambiente, o professor Emmanuel Decaux, em seu comentário sobre o artigo 60 da Convenção Europeia dos direitos do Homem, menciona precisamente o conceito de “retrocesso” aplicável à França, considerando que uma lei nova ou uma convenção internacional superveniente que seria contrária a um dos elementos do bloco de constitucionalidade (o qual faz parte desde 2005 a Carta do meio ambiente) seria suspensa pelo Conselho Constitucional²⁹. Isso equivale a considerar que em nome do não retrocesso o legislador tem uma obrigação negativa de não introduzir restrições aos direitos fundamentais adquiridos.

A Constituição Belga introduziu em 1994 o direito à proteção de um meio ambiente saudável (artigo 23, alínea 3). Ela confia ao legislador o cuidado de “garantir” os direitos fundamentais enumerados. O objetivo consiste, portanto, em pôr em prática os direitos enunciados, a fim de torná-los efetivos mesmo se considerados sem efeitos diretos e que somente a lei possa transformá-los em objeto de litígio jurídico. Os trabalhos preparatórios e a doutrina belga consideram que o artigo 23 se beneficia da obrigação do standstill, que consiste em garantir a ausência de retrocesso nos direitos protegidos³⁰. Essa obrigação é imposta ao legislador.

²⁷ Ver Jean-Pierre Marguenaud, «Les devoirs de l’homme dans la Charte constitutionnelle de l’environnement». In: **Confluences, Mélanges en l’honneur de Jacqueline Morand Deviller**, Montchrestien, 2007, p.879.

²⁸ Pascal Trouilly, «Le devoir de prendre part à la préservation et à l’amélioration de l’environnement: obligation morale ou juridique ?», *Environnement, Lexis Nexis*, n°4, avril 2005, p.21.

²⁹ L. E. Petitti, E. Decaux et P.H. Imbert, «La convention européenne des droits de l’homme», commentaire article par article, *Economica*, 1995, p. 899.

³⁰ Isabelle Hachez, op.cit. p. 44 et suivants.

Conforme escreveu o professor Louis-Paul Suetens, “o artigo 23 [...] contém ao menos uma obrigação de standstill, ao opor-se que na Bélgica o(s) legislador(es) possa(m) tomar medidas que vão ao encontro dos objetivos da proteção de um ambiente são. A vantagem da nova disposição constitucional consiste, portanto, essencialmente no que tange à impossibilidade de revisão sobre as regras de direito já existentes e sobre a proteção de um ambiente são conquistado graças a essas mesmas regras”³¹. Em 2007, a Bélgica realizou nova inserção do meio ambiente na constituição, visando contemplar os objetivos de desenvolvimento durável e a solidariedade entre as gerações (artigo 7 da Constituição). Submeteu igualmente à obrigação do standstill esta disposição. Mesmo que vaga quanto ao seu conteúdo normativo, ela permitirá reforçar o objetivo ambiental constitucional, a menos que ela não ceda aos sutis retrocessos justificados, com referência ao esquivo desenvolvimento sustentável – boíte de pandore das conciliações impossíveis.

O juiz, em particular o constitucional, pode impedir ou favorecer a regressão por meio do controle do respeito dos direitos do homem ao meio ambiente e dos objetivos ambientais que lhes são conexos?

O não retrocesso dos direitos fundamentais foi reconhecido por Portugal, no tocante ao direito e à saúde, em decisão do Tribunal constitucional (decisão 39 de 1984), segundo o qual: “os objetivos constitucionais impostos ao Estado em matéria de direitos fundamentais o obriga não somente a criar certas instituições ou serviços, mas igualmente a não lhes suprimir uma vez criados”.

Para a Corte constitucional da Colômbia, “a cláusula de não regressão em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais supõe que, uma vez atingido certo nível na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio de disposições legislativas ou regulamentar, as condições preestabelecidas não podem ser enfraquecidas pelas autoridades competentes sem séries justificativas”³². A Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, em sua decisão 18702 de 2010, reconheceu a violação do princípio de progressividades dos direitos humanos em matéria ambiental.

³¹ Paul-Louis Suetens, «Le droit à la protection d’un environnement sain (art. 23 de la Constitution belge)»; in **Les hommes et l’environnement**, en hommage à A. Kiss, Frison Roche, 1998, p. 496.

³² Décision T –1318 de 2005 citée par Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Columbia”. In: Christian Courtis, **Ni un paso atras op.** cit. p. 157.

No Brasil, a não regressão foi admitida pelo juiz em sede de direitos sociais³³. Diversas ações contenciosas estão em curso em matéria ambiental sobre a pressão de uma parte da doutrina que procura consagrar no entendimento jurisprudencial o princípio da interdição de retrocesso ecológico (princípio da proibição de retrocesso ecológico), apoiando-se sobre o princípio da não regressão constitucional estendido aos atos legislativos dos membros da federação.

Ainda, está em curso uma ação direta de inconstitucionalidade de iniciativa do Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina contra uma lei estatal que reduz os limites de um parque (Parque Estadual da Serra do Tabuleiro), «o princípio da interdição da regressão ecológica significa que, fora do alcance de mudança significativa dos fatos, não há que se falar em retrocesso dos níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados. Isto limita as possibilidades de revisão ou de ab-rogação»³⁴. Neste mesmo Estado da Federação, outra ação visa ao questionamento do novo código ambiental considerado pelas associações requerentes como redutor do nível de proteção ambiental. Esta ação está pendente no nível nacional, perante o Supremo Tribunal Federal, que faz o papel da Corte Constitucional (ou Cour Constitutionnelle no caso francês)³⁵. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já anulou uma modificação da constituição do Estado por regressão ecológica, apoiando-se sobre a doutrina relativa ao retrocesso social (que tratava de uma permissão da técnica de queimada de campos para limpeza)³⁶.

O Conselho de Estado grego reconheceu, quando da consagração constitucional do meio ambiente, a existência do “acervo legislativo” (acquis legislatif). A Lei nº 1577/1985 sobre o regulamento geral de construção foi considerada como contrária à constituição por engendrar uma agravação nas condições de vida dos habitantes, atingindo assim de forma violenta a um “adquirido do direito urbano (acquis de droit urbain)”. (Ass. 10/1998). Sobre os direitos adquiridos, a jurisprudência grega seria mais protecionista em matéria ambiental que em matéria

³³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 18 de dezembro de 2008, nº 7002162254; Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 agosto de 2009, nº 5878524400.

³⁴ Ministère public de l'État de Santa Catarina, action d'inconstitutionnalité, nº 14.661/2009, du 26 mai 2009.

³⁵ Action directe d'inconstitutionnalité nº 4252.

³⁶ Action directe d'inconstitutionnalité, ADIN nº 70005054010, décision du 16 décembre 2002.

de direitos sociais³⁷. Na Espanha, algumas decisões do Tribunal Constitucional (195/1998 e 81 e 100/2005) são consideradas como uma aplicação clara do princípio do não retrocesso³⁸.

É na Bélgica e na Hungria que a jurisprudência consagrou mais claramente o princípio do não retrocesso, ou não regressão, em matéria ambiental³⁹. Em decisão de 27 de novembro de 2002 (nº169/2002), a Corte Belga de arbitragem aplicou o artigo 23 da Constituição Belga em matéria social, impondo ao legislador de não atentar contra os direitos garantidos (direitos adquiridos).

Distintas decisões do Conselho de Estado já têm considerado certos decretos como confrontantes à obrigação do standstill, dispensando ou não prevendo as garantias já existentes em favor do meio ambiente. A sentença do Conselho de Estado Jacobs de 29 de abril de 1999 (nº 80018) foi a primeira a aplicar o princípio num caso concreto, ordenando, por conseguinte, a suspensão de um regulamento que relaxa as condições ambientais de um terreno de moto-cross. A Corte de Arbitragem em decisão de 14 de setembro de 2006 (nº 137/2006) censurou uma lei que modificava o Código Wallon de gerenciamento do território, alegando “regressão sensível”. Defere-se, portanto, que um simples revés ou retrocesso que não seria sequer uma regressão sensível não poderia ser sancionado. A maioria das regressões sancionadas concernem a relaxamentos ou a derrogações nas garantias procedimentais existentes (nacionais, comunitárias ou internacionais, tais como a Convenção de Aarhus), suscetíveis de conduzir a uma proteção singela do meio ambiente⁴⁰.

Na Hungria, a Corte Constitucional, em decisão nº 28 de 20 de maio de 1994, considerou que o reconhecimento na constituição de um direito do homem ao meio ambiente implica uma obrigação para o Estado de não abaixar o nível de conservação da natureza figurado dentro das leis do ordenamento jurídico, salvo exceção inevitável devida à aplicação de outro direito fundamental constitucional. A Corte aproveitou para insistir sobre a natureza especial do direito

³⁷ Cité par Constantin Yannakopoulos, «**Le notion de droits acquis en droit administratif français**», LGDJ, bibliothèque de droit public, Tome 188, 1997, p.40, note 128.

³⁸ Fernando Lopez Ramon, El principio de no regression en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el derecho español, in **revista de derecho ambiental**, nº 20-2011/2, p. 22.

³⁹ **Pour une présentation détaillée en matière d’environnement** voir Isabelle Hachez, op.cit. p.109 à 149. ; Isabelle Hachez et Benoît Jadot, «**Environnement, développement durable et standstill : vrais ou faux amis ?**», Aménagement-Environnement, Kluwer, 2009/1, p. 5 à 25 ; Francis Haumont, «Le droit constitutionnel belge à la protection d’un environnement sain, état de la jurisprudence», **Revue juridique de l’environnement**, nº spécial, 2005, p. 41 à 52.

⁴⁰ Exemplos retirados de J. F. Neuray et M. Pallemarts, «**L’environnement et le développement durable dans la Constitution belge**», Aménagement, environnement, Kluwer, mai 2008, nº spécial, p. 150.

ao meio ambiente comparado aos outros direitos sociais, na medida em que envolve direitos subjetivos (individuais) em benefício à humanidade ou à natureza.

Na França, apenas uma jurisprudência do Conselho Constitucional, aplicada depois de 1984 a certos direitos fundamentais, poderia conduzir a um princípio de não retrocesso em matéria ambiental. Trata-se da jurisprudência dita “efeito cliquet”. A expressão vem dos comentaristas, mas jamais foi utilizada pelo Conselho Constitucional⁴¹. A fórmula utilizada é infeliz e faz pensar em uma técnica do mecânico que possui um princípio jurídico. Em razão da evolução da jurisprudência apenas censurando por vezes os retrocessos do núcleo duro dos direitos em causa, Louis Favoreu falou do “efeito alcachofra”, o que pode parecer mais ecológico, mas resta um vocabulário culinário e não jurista. Também seria preferível que, em matéria ambiental, o efeito alcachofra e o efeito lingueta sejam simplesmente chamados: princípios da não regressão ou não retrocesso.

Raphael Romi considera que “o efeito cliquet conduzirá a que o legislador seja limitado pela Carta” cada vez que modifique uma legislação, “é com certeza o principal aporte da constitucionalização do meio ambiente no contexto francês”⁴². Para Guillaume Drago, qualquer modificação legislativa que não estaria no sentido de um dos objetivos definidos pela Carta do Meio Ambiente encontraria a censura do Conselho Constitucional⁴³. Essa também é a opinião de Agathe Van Lang, que escreveu sobre o direito ao meio ambiente e o papel futuro do Conselho constitucional: “ele poderá, assim, censurar as leis que sejam um retrocesso na sua proteção em nome do efeito lingueta”⁴⁴.

A constitucionalização do meio ambiente na Carta adotada em 2005 tem necessariamente por efeito o de impedir que o legislador suprima textos protetores. Da mesma forma a “alta jurisdição poderia também velar para que um novo dispositivo mais restritivo não prive de garantias legais as exigências decorrentes da Carta”⁴⁵. Até o momento nenhuma decisão foi tomada neste sentido em matéria ambiental. Mas isso não tardará a ocorrer. De fato, o Conselho

⁴¹ Com exceção da retomada de formulação dos autores das demandas perante o Conselho Constitucional n° 202-461 DC de 29 agosto de 2002, considerando 64; Jessica Makowiak, **Le principe de non régression en droit français de l'environnement**, M. Prieur/ G. Sozzo, op.cit.

⁴² Raphael Romi, «**Droit à l'environnement, prolégomènes**», in la constitutionnalisation de l'environnement en France et dans le monde, cahiers administratifs et politiques du Ponant, Nantes, n°11-2004, p.10.

⁴³ Guillaume Drago, principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement, AJDA, n°3-2004, p.133.

⁴⁴ Agathe Van Lang, «**Droit à l'environnement**», in Dictionnaire des droits de l'homme, J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.P. Marguenaud, S. Rials, F. Sudre, dir. PUF, 2008, p.374.

⁴⁵ Laurence Gay, «**Les droits- créances constitutionnels**», Bruylant, 2007, p. 423.

Constitucional Francês pode verificar que as leis votadas não são contrárias à Carta do Meio Ambiente e sua jurisdição foi aumentada logo da revisão constitucional de 23 de julho de 2008,⁴⁶ que introduziu a questão prioritária de constitucionalidade, podendo ser levantada perante toda a jurisdição a qualquer instância.

Em matéria ambiental, e também para os demais direitos humanos, o legislador tem uma competência restrita: ele pode apenas tornar mais efetivos os direitos proclamados pela Carta, respeitando as finalidades e os objetivos do direito ambiental tais como estão expressos pela própria Carta, incluindo seu preâmbulo intitulado “considerando”. “O legislador só tem a competência de reforçar um direito ou uma liberdade tornando mais efetivo o exercício deste direito; ele não possui competência para diminuir as garantias de efetividade”⁴⁷. Essa jurisprudência é impositiva da regra do não retrocesso: “O Conselho Constitucional deve obstaculizar a regressão dos direitos humanos cujo respeito é exigido pela Constituição”⁴⁸.

Mesmo na ausência de um princípio de não regressão, na falta de disposição constitucional ou internacional suficientemente explícita ou na falta de jurisprudência inovadora neste campo, é certo que numerosas jurisdições poderiam com facilidade utilizar conceitos já largamente admitidos, cujo resultado seria equivalente à aplicação formal do princípio do não retrocesso. Este conceito que acompanha o racionamento da maioria dos juízes constitucionais é: o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança legítima, o princípio dos direitos adquiridos em matéria dos direitos humanos, o controle da proporcionalidade. Pode-se pensar que a pressão social coletiva em favor de uma melhor proteção do meio ambiente tende a tornar intoleráveis as medidas regressivas, o que conduziria a que o juiz as censurasse. Ressalta-se que os juízes constitucionais censuram a violação pela lei de um direito constitucionalmente protegido, sem necessariamente sobrelevar que se trata na realidade de um retrocesso ou de uma disposição restritiva.

Entre a não regressão absoluta e as exceções toleráveis, a margem ainda continua grande e suscitará muitas controvérsias. O juiz deveria admitir que existem regressões menores toleráveis?

⁴⁶ Introduisant un art. 61-1 dans la Constitution, complété par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 et le décret n° 2010-148 du 16 février 2010.

⁴⁷ Louis Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel», Revue du droit public, n°2-1986, p.482.

⁴⁸ Marie-Anne Cohendet, «Droit constitutionnel», Montchrestien, 2008, p.79-80 et *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2005, p. 109, note 7; Ainda existe uma parte da doutrina que se opõe a esta evolução e considera que: «não há na França «cliquet anti-retour» ao contrário do que havíamos escrito antes», Bertrand Mathieu, *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2005, p. 73.

Os retrocessos procedimentais são toleráveis levando em consideração a Convenção de Aarhus? Qual é o limiar da tolerância? Deveríamos contentar-nos com um “mínimo ecologicamente essencial”? Mas este conceito é perigoso: não existe um mínimo essencial em matéria ambiental, existe apenas um nível adequado de proteção, levando em conta as exigências sanitárias.

O Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais precisou que, para que um Estado cumpra com suas obrigações fundamentais mínimas, “é preciso levar em consideração as restrições que pesam sobre o país, considerando seus recursos naturais”⁴⁹. De certa forma, esse entendimento leva à aplicação do princípio do direito ambiental de responsabilidade comum, mas diferenciada, o que conduzirá a que os limiares variem com os contextos e com os recursos econômicos. Para determinar os limiares ou “o mínimo de proteção” ecológica aplicável, os indicadores do meio ambiente, tanto científicos quanto jurídicos, são indispensáveis. Eles respondem ao movimento em curso de elaboração de indicadores dos direitos humanos⁵⁰.

Um quadro conceitual e metodológico foi elaborado para definir os indicadores quantitativos e outros dados estatísticos para servir na promoção e no seguimento da aplicação dos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais. É conveniente tolerar retrocessos apenas na medida em que não contrariem a busca de um nível mais elevado de proteção do meio ambiente e que preservem o essencial dos adquiridos ambientais.

CONCLUSÃO

A crítica do princípio do não retrocesso ambiental não parará de evocar uma forma nova de rigidez e de conservadorismo. Na realidade, verifica-se com facilidade como o direito ao meio ambiente não é um direito humano como os demais. Proteger os adquiridos do direito ambiental não é um recuo para o passado, ao contrário, é uma segurança sobre o futuro para o benefício das futuras gerações.

O direito do meio ambiente contém uma substância intangível intimamente ligada ao mais intangível dos direitos humanos: o direito à vida, entendida como um direito à sobrevivência face

⁴⁹ Observações gerais nº 3 (1990), p. 10.

⁵⁰ Isabelle Hachez, *op.cit.* p. 636; ver também as Observações gerais do Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais nº 14 a 18 que comportam diversas partes consagradas aos indicadores.

às ameaças que pesam sobre o planeta em consequência das múltiplas degradações dos ecossistemas. Mas essa substância intangível é um conjunto complexo em que todos os elementos são interdependentes. Desta forma, um retrocesso local, mesmo limitado, arrisca ter efeitos nocivos em outros contextos e setores do meio ambiente. Tocar em uma pedra do edifício pode conduzir a seu desabamento. É por isso que os juízes que vão medir até onde podemos retroceder sem ameaçar todo o edifício não deverão atentar-se apenas para velhas jurisprudências relativas à intangibilidade dos direitos tradicionais, mas imaginar uma nova cadeia de valores para melhor garantir a sobrevivência do frágil equilíbrio homem-natureza, levando em conta a globalização do meio ambiente.

Destarte, a não regressão faz parte do debate público e do debate político. A aplicação do não retrocesso foi consagrada democraticamente por um referendo na Califórnia em 2 de novembro de 2010, quando a maioria dos eleitores recusou a suspensão de uma lei sobre a mudança climática e a redução na emissão de gases do efeito estufa demandada por uma companhia de petroleira. A título de preparação da Rio + 20 de junho de 2012, o Parlamento europeu, numa Resolução de 29 de setembro de 2011 (p. 97), que conectou não retrocesso aos direitos fundamentais, solicita «que o princípio do não retrocesso seja reconhecido no contexto da proteção do meio ambiente e de seus direitos fundamentais»⁵¹. Os governos são convidados, portanto, tanto no plano internacional como nacional e sobre qualquer forma jurídica que seja, a inserir no futuro o não retrocesso do direito ambiental como uma garantia de efetividade do direito do homem ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Antonio Embid Irujo, **Derechos economicos y sociales**, Iustel, Madrid, 2009.

Retrogradação socioambiental, in Benjamin Antonio Herman, ed. **10º congreso internacional do direito ambiental**, Sao Paulo, 2006.

Christian Curtis, **Ni un paso atras, la prohibicion de regresividad en materia de derechos sociales**, ed. Del puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵¹ Ver também a Recomendação nº 1 do «Centre international de droit comparé de l'environnement» adotada em Limoges em 1º outubro de 2011 e transmitida ao secretariado geral da Conferência Rio +20 (www.cidce.org)

Isabelle Hachez, **Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative**, Bruylant, Bruxelles, 2008.

Isabelle Hachez/Benoît Jadot, **Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis? Aménagement – Environnement**, Kluwer, 2009-1, p. 5 a 25.

Tiago Fensterseifer, **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2008.

Michel Prieur, **El nuevo principio de no regression en derecho ambiental**, Universidad de Zaragoza, ed. Acto de investidura del grado de doctor Honoris causa, 2010.

Michel Prieur/Gonzalo Sozzo, **le principe de non régression en droit de l'environnement**, Bruylant-Larcier, Bruxelles, 2012.

A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E OS IMPACTOS AMBIENTAIS NUM CONTEXTO TRANSFRONTEIRIÇO

Denise Schmitt Siqueira Garcia¹

Maria Cláudia S. Antunes de Souza²

INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema principal a análise da proteção do Meio Ambiente e a ocorrência de impactos ambientais em países limítrofes, ou seja, a importância da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço³.

O desenvolvimento do artigo se dará primordialmente no âmbito da análise da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, com base na Convenção da ESPOO, no qual se buscará verificar em doutrinas nacionais e estrangeiras considerações sobre o procedimento que deve ser obedecido pelos países que ratificaram essa convenção para minoração dos impactos ambientais causados no caso de uma atividade que cause impacto em países limítrofes.

O desenvolvimento do artigo se dará primordialmente no âmbito do Direito Ambiental,

¹ Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do grupo de pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade”. Pesquisadora do projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

² Doutora e Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. E-mail: mclaudia@univali.br.

³ A escolha do tema se deu a partir das discussões fomentadas na Escola de Altos Estudos CAPES intitulada “Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis”, através de projeto aprovado pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica –PPCJ da UNIVALI para a realização de estudos aprofundados sobre a temática juntamente com o Professor Doutor Michel Prieur, da Universidade de Limoges, na França. As aulas ocorreram no próprio programa nos meses de outubro e novembro de 2014, tendo sido apresentadas em cinco módulos de temáticas diferenciadas: Princípio da não regressão; Avaliação Ambiental e Avaliação Transfronteiriça; Catástrofes, Direitos Humanos e Deslocados; Acidentes nucleares e Direitos Humanos e Governança Ambiental.

onde se analisará legislações ambientais específicas com a temática e doutrinas ambientais nacionais e internacionais relacionadas à Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço.

Este artigo terá como objetivo geral ANALISAR os conceitos teóricos da avaliação de impacto ambiental e da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço; e objetivos específicos IDENTIFICAR alguns dos elementos primordiais da Avaliação de impacto ambiental a partir ditames doutrinários nacionais e internacionais e ELENCAR as características principais da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, bem como onde há sua previsão legal.

Portanto como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: O que é Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço? Quais suas características, seu fundamento legal e seu procedimento?

Para tanto o artigo foi dividido em duas partes: “Avaliação de impacto Ambiental: Instrumento essencial para efetivação ao meio ambiente sadio e equilibrado e Convenção de Espoo de 1991 quanto à Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço.

Para a investigação do objeto, adotou-se o Método⁴ Indutivo⁵, instrumentalizado com as técnicas do referente⁶, da categoria⁷, do conceito operacional⁸ e da pesquisa bibliográfica⁹.

1. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL: INSTRUMENTO ESSENCIAL PARA EFETIVAÇÃO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 225¹⁰, prevê a expressão

⁴ “Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 13 ed. rev.atual.amp.Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015, p.104.

⁵ “Método Indutivo é a forma lógico-comportamental investigatória pela qual o pesquisador identifica as partes de um fenômeno, colecionando-as de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 13 ed. rev.atual.amp.Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015. p. 85.

⁶ “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015, p. 241.

⁷ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. Id., op. cit. p. 229.

⁸ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015, p. 229.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica** - ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2015, p. 240.

¹⁰ **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

“meio ambiente ecologicamente equilibrado”, objetivando evitar a ideia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio. Já o termo “conservação ecológica” consiste na “gestão da utilização da biosfera pelo ser humano, de tal sorte que produza maior benefício sustentado para gerações atuais, mas que mantenha sua potencialidade para satisfazer às necessidades e às aspirações das gerações futuras”¹¹. Por isso que o art. 225 da CRFB dispõe ao Poder Público o papel de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais.

Meio ambiente, por sua vez, consiste no “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”¹².

Sobre esse prisma, observa-se que o Meio Ambiente consiste em direito humano fundamental, o qual configura direito de todos, bem de uso comum do povo e indispensável à

gerações.

§ 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.
- § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
- § 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.
- § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
- § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
- § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

¹¹ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86.

¹² Art. 3, I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

qualidade de vida saudável¹³.

Ocorre que a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, em respaldo a sua conservação ecológica, consiste em direito fundamental que, para encontrar eficácia, precisa adotar um modelo de desenvolvimento econômico diferente, que inclua em seus projetos, a variante de preservação ambiental. É preciso que se analisem os impactos que serão acarretados à natureza com a escolha de uma ou outra atividade¹⁴.

Por esta análise, a política ambiental almeja reduzir a deterioração do meio ambiente e sua potencial qualidade, no mínimo quando comparada ao que ocorreria caso fosse implementada uma política de precaução ao caso em concreto. Nada mais é do que a firme tentativa de redimir a crise ambiental vivenciada nos dias atuais.

A necessidade de avaliação dos impactos ao meio ambiente causados por empreendimentos industriais tem como marco inicial a Lei nº 6.803, de junho de 1980, que “dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento ambiental nas áreas críticas de poluição e dá outras providências”. O artigo 10, § 3º, daquele diploma, estabeleceu que, além dos estudos exigíveis para o zoneamento urbano, havia a necessidade da elaboração de estudos específicos para se avaliar os impactos ambientais decorrentes da implantação de empreendimentos desse tipo.

Contudo, a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) consolidou-se como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, “sem qualquer limitação ou condicionante, já que exigível tanto nos projetos públicos quanto particulares, industriais ou não industriais, urbanos ou rurais, em áreas consideradas críticas de poluição ou não”¹⁵.

Explica, ainda, Édis Milaré que somente a regulamentação da lei vinculou a avaliação de impactos ambientais aos sistemas de licenciamento:

O Dec. 88.351, de 01.06.1983 – depois substituído pelo Dec. 99.274/1990 – ao regulamentar a Lei 6.938/81, vinculou a avaliação de impactos ambientais aos sistemas de licenciamento, outorgando ao Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA competência para “fixar os critérios básicos

¹³ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19 – 20.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.p. 175-176.

¹⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 742/743.

segundo os quais serão exigidos estudos de impacto ambiental para fins de licenciamento”, com poderes, para tal fim, de baixar as resoluções que entender necessárias.

A partir daí, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA vem regulamentando o licenciamento de obras e atividades mediante avaliação de impacto ambiental, estabelecendo para cada caso que mereça regulamentação específica – devido às peculiaridades e características inerentes –, em tipo de estudo capaz de aferir o meio mais adequado e correto de obviar as interferências negativas no ambiente.

Nesse sentido, importa registrar que o primeiro e efetivo passo encetado pelo CONAMA na formulação de regramento legal da AIA foi dado com a edição da Resolução 001, de 23.01.1986, ainda sob o regime constitucional anterior, isto é, o da Emenda 1/69, quando não havia ainda nenhuma disposição nomeada como “proteção ambiental”¹⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil recepcionou a Lei nº 6.938/81, ordenando a exigência do Estudo de Impacto Ambiental - EIA, uma das modalidades da Avaliação de Impacto Ambiental¹⁷, e o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente - RIMA para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (art. 225, §1º, IV). O comando constitucional inseriu relevante abordagem quanto ao EIA/RIMA, sendo que este passou a ser exigido somente em caso de *significativa* degradação do meio ambiente.

A Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (lei n. 6.938/1981) estabelece treze instrumentos com a finalidade de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida”, bem como “a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

Contudo, até o momento, nem todos os instrumentos da PNMA foram regulamentados de forma completa, o que vem causando sobrecarga e prejuízos aos demais, e reduzindo o alcance dos objetivos e metas ambientais previstas nos programas. O exemplo dessa lacuna é observado com relação à AIA, pois apenas a análise da viabilidade ambiental de projetos (obras ou atividades)

¹⁶MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 743.

¹⁷ Existem várias modalidades de avaliação que variam segundo diferentes métodos e objetivos que as caracterizam. Uma dessas variantes é a *Avaliação Ambiental Integrada - AAI*, que tem como escopo a identificação das principais características ambientais, econômicas e sociais das bacias hidrográficas, bem como a identificação dos potenciais conflitos locais e os que podem ocorrer devido a mais de um empreendimento. Assim, na perspectiva relativa à tomada de decisão pela Administração Pública, a Avaliação Ambiental Integrada relaciona conhecimento e ação, avaliando os processos naturais e humanos e suas interações, no espaço e no tempo, facilitando a definição de estratégias para se evitar ou mitigar o dano.

Não se confunde aquele tipo de avaliação com a *Avaliação Ambiental Estratégica - AAE*, esta se ocupa de uma escolha ou decisão necessária à formulação de uma política de governo que se preocupe em determinar, com acerto, área geográfica e tempo para implantar um programa ou projeto de desenvolvimento, como estratégia política, econômica e social. [SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de; DANTAS, Marcelo B; CORTE, Juliana G. Malta. Avaliação Ambiental integrada no Brasil e a legalidade da exigência da sua realização. In: Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza. (Org.). **Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e de apoio à sustentabilidade**. 1 ed. Arraes: Belo Horizonte, 2015, v. 1, p. 14-27].

encontra-se regulamentada, por meio da resolução 001/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, que estabelece definições, responsabilidades, critérios básicos e diretrizes gerais para a elaboração e análise de estudo de impacto ambiental (EIA) e seu respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA) – não existindo regulamentação específica para a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE).

A relevância da AAE está diretamente relacionada à sua utilização como instrumento de diagnóstico amplo dos impactos ambientais e, quando relacionada aos impactos cumulativos e sinérgicos, não é exclusiva, uma vez que a Resolução Conama 01/86 também prevê a ampla avaliação de impacto ambiental, embora somente para projetos, não para políticas, planos e programas (PPP)¹⁸.

Atualmente, não existe arcabouço legal nem referências conceituais bem estabelecidas para adoção da AAE no Brasil, estando à discussão da inserção desse instrumento ainda restrita. No Brasil, a AAE também está sendo inserida de forma tardia em relação aos países desenvolvidos, como por exemplo, Nova Zelândia, EUA, Espanha, que há muito tempo prevê e aplica este eficiente instrumento.¹⁹

Gabriel Real Ferrer²⁰ enfatiza aspectos preventivos das decisões que podem ter impactos significativos sobre o meio ambiente, já entendendo que a Avaliação de Impacto Ambiental se apresenta como instrumento de prevenção ambiental. Cita-se:

Surge una nueva institución, La Evaluación de Impacto Ambiental. Su originalidad consiste esencialmente en que se constituye como un procedimiento singular articulado exclusivamente para asegurarla toma em consideración de las consecuencias ambientales de determinados proyectos sometidos a decisión pública (...), pero el decisivo avance que suponer a EIA y su generalizado éxito, se debe a que es un procedimiento concebido para tener em cuenta única manera repercusión ambiental de un proyecto, lo que dará lugar a una declaración – positiva o negativa- referida a esos solos efectos²¹.

¹⁸BIM, Eduardo Fortunato. Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), licenciamento ambiental e autocontenção judicial. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XIII, n. 41, p. 149-190, jul./set. 2014.

¹⁹No Brasil, a Avaliação Ambiental Estratégica foi e é, objeto de diversos projetos de Lei, iniciando pelo PL 710/1988 (Deputado Fábio Feldmann) e o último PL 4996/2013 (Deputado Sarney Filho) [BRASIL. **Projeto de Lei n. 4996 de 20 de fevereiro de 2013**. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, tornando a Avaliação Ambiental Estratégica um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565264>>. Acesso em: 21 de maio de 2015].

²⁰FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. *Revista **Novos Estudos Jurídicos – NEJ***. Vol. 18. n. 3, p. 356. Disponível em: www.univali.br/periódicos. Acesso em: 19 fevereiro 2014.

²¹Surge uma nova instituição, a Avaliação de Impacto Ambiental. A sua originalidade consiste, essencialmente, em que se constitui como um método singular articulado exclusivamente para garantir a consideração das consequências ambientais de determinados projetos na tomada da decisão pública (...), mas a descoberta envolvendo o AIA e o seu sucesso generalizado se deve a um processo concebido para considerar apenas o impacto ambiental de um projeto, que irá resultar em apenas uma

Nota-se que diferente da Avaliação de Impacto Ambiental, criticada por Gabriel Real Ferrer como mecanismo limitado que atua somente sobre um projeto, a Avaliação Ambiental Estratégica se diferencia por consistir em processo mais amplificado, o qual terá mais larga eficácia e repercussão na proteção ambiental.

Distingue-se a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) da Avaliação Ambiental Integrada (AAI) pelo objetivo de ambas: enquanto a primeira é geral (aplica-se a diversas atividades), a segunda é mais específica (apenas um setor ou tipo de obra)²².

Destaca-se que nesse artigo a abordagem será quanto à avaliação de impacto ambiental e a Avaliação de Impacto Transfronteiriço.

Em respeito ao objeto analisado, o presente artigo passa a destacar o instrumento de AIA e AIT.

2. CONVENÇÃO DE ESPOO DE 1991²³ QUANTO A AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL TRANSFRONTEIRIÇO

Herdou-se dos séculos passados, a visão de mundo mecanicista de Descartes e Newton, trazendo inúmeros prejuízos a natureza, considerando que a ênfase dada por Descartes à mente racional e a divisão entre a mente e a matéria criou-se o sentimento de separação entre pessoas e ambiente, o que resultou a exploração da natureza.

Faz-se necessária, a adoção da visão sistêmica para resgatar o respeito e o compromisso com a natureza. Com este pensamento desenvolve-se a pesquisa, contribuindo para análise do instituto da Avaliação de Impacto Ambiental para uma efetiva proteção ambiental. Sabe-se que em impacto ambiental este pode não conter-se nas fronteiras, eis que um dano pode tranquilamente ultrapassar os limites territoriais de cada país.

declaração - positiva ou negativa – que irá se referir somente a esses efeitos (tradução livre). [FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 18, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. p.356.]

²² BIM, Eduardo Fortunato. Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), licenciamento ambiental e autocontenção judicial. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XIII, n. 41, p. 149-190, jul./set. 2014.

²³ Para além da União Europeia, a convenção já foi assinada e ratificada por 44 países da CEE-ONU. Apenas nove membros da CEE-ONU não assinaram a Convenção (Andorra, Geórgia, Israel, Mônaco, São Marino, Tuquemenistão, Turquia, Tajiquistão e Uzbequistão). Três países assinaram a Convenção, mas ainda não a ratificaram (Estados Unidos, Islândia e Rússia). Portugal foi o único país de língua portuguesa a ter assinado e ratificado a Convenção (JESUS, Júlio. A Convenção de Espoo sobre AIA num Contexto Transfronteiriço. Nov. 2011. **Boletim rede**. Disponível em: <http://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/REDE%20Boletim_03.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>. Consultado em 09 de março de 2015).

Nesse contexto surge a necessidade de um debate promovendo o uso da AIA, tanto a nível nacional quanto internacional, como ferramenta necessária e importante para desenvolver políticas de antecipação para prevenir e atenuar os impactos ambientais adversos.

No âmbito da Comissão das Nações Unidas para Europa a Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço é tratada na Convenção Relativa à Avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiriço, que foi realizada em 25 de fevereiro de 1991 na cidade de Espoo, na Finlândia, entrando em vigor em 10 de setembro de 1997.

Nesse documento foram estabelecidos critérios de avaliação das partes sobre o impacto ambiental de certas atividades, estabelecendo a imposição de notificação e de consultas sobre projetos que possam ter um impacto ambiental nocivo transfronteiras.

Essa convenção considera os fatores ambientais desde o início do procedimento decisório e em todos os escalões administrativos, visando disseminar a qualidade das informações fornecidas aos responsáveis, permitindo-lhes tomar decisões sustentáveis, limitando-se ao máximo os impactos prejudiciais das atividades a serem desenvolvidas.

A Convenção de ESPOO foi aberta apenas para os estados membros da UNECE/ países europeus e os do norte-americanos, mas é evidente que não se pode ignorá-la nas relações com outros países, sobretudo, os países vizinhos e os do MERCOSUL, portanto, mesmo inexistindo legislação específica sobre o tema, não pode o Brasil causar danos fronteiriços sem ao menos, comunicar o estado vizinho.

A Convenção da ESPOO no seu preâmbulo faz menção à Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ocorrida em 1972 em Estocolmo que no seu Princípio 21 já continha: “Os Estados tem o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que essas atividades não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas fora da jurisdição nacional”.²⁴

Em 1975, a ata final da Conferência sobre Segurança e Cooperação Europeias incumbiu a CEE – ONU²⁵ de fazer o seguimento do conceito AIA. No início dos anos 80, procedimentos de AIA já estavam em vigor nalguns Estados da CEE-ONU e, em 1982, foi criado na CEE- ONU um Grupo de Peritos em AIA. Em 1987, o Grupo de Peritos em Direito do Ambiente do Programa das Nações

²⁴ ONU, **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

²⁵ A CEE-ONU foi criada em 1947, é uma das cinco Comissões Regionais das Nações Unidas, estabelecidas pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

Unidas para o Ambiente elaborou o conceito de AIA num contexto transfronteiriço. Em 1987, o Grupo de Peritos da CEE-ONU realizou um seminário sobre AIA em Varsóvia. Nesse seminário, o relator do tema 'AIA em circunstâncias específicas', Robert Connelly (Canadá), escreveu um sumário focalizado na AIA num contexto transfronteiriço. O Grupo de Peritos recomendou aos conselheiros dos Governos o desenvolvimento de um acordo quadro sobre AIA num contexto transfronteiriço. Depois dessa reunião inicial para redação de uma versão preliminar e de seis reuniões de negociação, a Convenção foi adotada, na 4ª sessão dos Conselheiros dos Governos, realizada em Espoo (Finlândia).²⁶

Verifica-se, portanto que desde os anos setenta já se fazia menção da importância do tratamento a ser dado aos países vizinhos no desenvolvimento das suas atividades quando estas tiverem alguma interferência ambiental no outro país.

Como já dito, o Brasil incluiu a Avaliação de Impacto Ambiental em sua legislação ambiental em 1981 e posteriormente na Constituição da República Federativa do Brasil, o que está em consonância ao que é previsto para a Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço.

Destaca-se também que a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 ocorrida no Rio de Janeiro, que no seu Princípio 17 traz: "a avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente."²⁷

Também no Princípio 19 da mesma declaração também há a estipulação sobre a Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço: "Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados, notificação prévia e informações relevantes acerca da atividade que possa vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seja possível e de boa fé".²⁸

Ressalta-se ainda o preâmbulo da Convenção da ESPOO é que esta prioriza o Princípio da Prevenção quando diz: "Conscientes da necessidade e da importância do desenvolvimento de políticas com carácter antecipativo e da prevenção, atenuação e controle de todos os impactos ambientais prejudiciais importantes em geral e, em especial, num contexto transfronteiras".

²⁶ JESUS, Júlio. A Convenção de Espoo sobre AIA num Contexto Transfronteiriço. Nov. 2011. **Boletim rede**. Disponível em: <http://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/REDE%20Boletim_03.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>. Consultado em 09 de março de 2015.

²⁷ ONU, **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

²⁸ ONU, **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

A ideia de proteção ambiental engloba tanto as atividades de reparação, quanto de prevenção. Sobre o princípio da prevenção, Marcelo Abelha Rodrigues ensina que:

Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam²⁹.

Assim, melhor que reparar as mazelas ambientais é reprimir o cometimento de danos, prevenir é sempre melhor que remediar.

Vê-se que essa convenção corrobora aos objetivos do Direito Ambiental, conforme destaca Edis Milaré quando trata desse princípio:

Daí a assertiva, sempre repetida, de que os objetivos do Direito ambiental são fundamentalmente preventivos. Sua atenção está voltada para momento anterior à da consumação do dano – o de mero risco. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução. (...) Na prática, o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através da imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividade consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.³⁰

No artigo 2º a Convenção da Espoo faz nova menção ao Princípio da Prevenção ao dizer que as partes devem adotar todas as medidas adequadas e eficazes para prevenir, reduzir e combater os impactos ambientais transfronteiras.³¹

Na sequência a convenção traz alguns conceitos importantes e depois traça um procedimento para realização da Avaliação de Impactos ambientais transfronteiriço, como se passa a explicar.

O artigo 1º traz algumas definições importantes como parte de origem, parte afetada, partes envolvidas, atividade proposta, avaliação dos impactos ambientais, impacto, impacto transfronteiras e autoridade competente.³²

²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

³⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 263-264

³¹ Artigo 2º. Disposições gerais. § 1. As Partes adotarão, individualmente ou em conjunto, todas as medidas adequadas e eficazes para prevenir, reduzir e combater os impactos ambientais transfronteiras prejudiciais importantes que as atividades propostas sejam susceptíveis de exercer sobre o ambiente. (NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015).

³² Artigo 1º. Definições

Destaca-se que se faz é ao conceito de avaliação dos impactos ambientais que no parágrafo 6º conceitua nos seguintes termos: “§6º. A expressão ‘avaliação dos impactos ambientais’ designa um processo nacional tendo como objetivo a avaliação dos impactos prováveis de uma atividade proposta sobre o ambiente”.³³

Salienta-se o conceito de impacto transfronteiras que está previsto no § 8º: “Designa qualquer impacto e não exclusivamente um impacto de carácter mundial, que a atividade proposta é susceptível de exercer dentro dos limites de uma zona abrangida pela jurisdição de uma outra parte e cuja origem física se situa, no todo ou em parte, dentro da zona abrangida pela jurisdição de uma outra Parte”.³⁴

O Artigo 2º e seus parágrafos apresentam as disposições gerais para a avaliação de impacto ambiental transfronteiriça: que seriam sucintamente: Os países engajam-se a tomar, isolada ou conjuntamente, todas as medidas apropriadas e eficazes para prevenir, reduzir e combater o

Para efeitos da presente Convenção:

§1. O termo «Partes» designa, salvo indicação em contrário, as Partes Contratantes na presente Convenção;

§2. A expressão «Parte de origem» designa a(s) Parte(s) Contratante(s) na presente Convenção sob a jurisdição da qual (ou das quais) se prevê que venha a realizar-se uma atividade proposta;

§3. A expressão «Parte afetada» designa a(s) Parte(s) Contratante(s) na presente Convenção na qual (ou nas quais) a atividade proposta é susceptível de exercer um impacto transfronteiras;

§4. A expressão «Partes envolvidas» designa a Parte de origem e a Parte afetadas que procedem a uma avaliação dos impactos ambientais em aplicação da presente Convenção;

§5. A expressão «atividade proposta» designa qualquer atividade ou projeto destinados a modificar sensivelmente uma atividade cuja execução deva ser objeto de uma decisão por parte de uma autoridade competente de acordo com qualquer processo nacional aplicável;

§6. A expressão «avaliação dos impactos ambientais» designa um processo nacional tendo como objetiva a avaliação dos impactos prováveis de uma atividade proposta sobre o ambiente;

§7. O termo «impacte» designa todos os efeitos da atividade proposta sobre o ambiente, nomeadamente sobre a saúde e a segurança, a flora, a fauna, o solo, a atmosfera, as águas, o clima, a paisagem e os monumentos históricos ou outras construções ou a interação entre estes fatores; designa, igualmente, os efeitos sobre o património cultural ou as condições socioeconómicas que resultam das modificações destes fatores;

§8. A expressão «impacte transfronteiras» designa qualquer impacte e não exclusivamente um impacte de carácter mundial, que a atividade proposta é susceptível de exercer dentro dos limites de uma zona abrangida pela jurisdição de uma Parte e cuja origem física se situa, no todo ou em parte, dentro da zona abrangida pela jurisdição de uma outra Parte;

§9. A expressão «autoridade competente» designa a(s) autoridade(s) nacional (ou nacionais) designada(s) por uma parte para desempenhar as atribuições definidas na presente Convenção e ou a(s) autoridade(s) habilitada(s) por uma Parte a decidir relativamente a uma atividade proposta;

§10. O termo «público» designa uma ou diversas entidades singulares ou coletivas. (NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015).

³³ NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

³⁴ NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015

impacto ambiental transfronteiriço; A Avaliação de Impacto Ambiental deverá ser efetuada antes da autorização administrativa e do começo da atividade proposta; As partes envolvidas se obrigam a notificar os países que poderão ter consequências das atividades propostas; O procedimento de avaliação ambiental é aberto à participação do público, tanto no país que o elabora, como do público das áreas dos países que poderão sofrer o impacto ambiental; Além de avaliar a atividade proposta concretamente, os países farão esforços no sentido de aplicar os princípios da avaliação de impacto ambiental nas políticas, planos e programas; As Partes envolvidas podem fazer negociações com base na avaliação de impacto ambiental elaborada.

Vê-se que neste artigo além de preocupar-se com a realização de uma avaliação de impacto ambiental existe a necessidade de uma participação do público de todos os países envolvidos, pois o “Direito Ambiental deve reforçar os mecanismos de participação na medida do possível para progredir no Princípio da Corresponsabilidade”³⁵.

Segundo Edis Milaré:

[...] é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dão que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam para proteção e melhoria do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos.³⁶

Sucintamente a convenção traz um procedimento a ser seguido para realização de uma Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço, qual seja³⁷:

1º) A parte de origem notificará a parte que considera ser afetada acerca dos possíveis impactos ambientais transfronteiriços que possam ocorrer.

2º) A parte notificada terá o direito a resposta dentro do prazo estipulado pela parte notificante, devendo dizer se vai querer participar do processo de Avaliação de Impacto Ambiental.

3º) A parte notificada pode não responder o que permite a parte notificante a proceder uma avaliação de impactos ambientais com base em sua legislação e na sua prática nacional, ou

³⁵ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. *Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos*. ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 18, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128)>. p.356.

³⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 263-275.

³⁷ Esse procedimento foi retirado da Convenção de ESPOO que trata do assunto. (NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015).

poderá, responder manifestando sua intenção de participar de todo o processo.

4º) Caso as partes não cheguem num consenso sobre o provável impacto transfronteiras prejudicial, qualquer uma delas, poderá submeter a questão a uma comissão de inquérito que emitirá um parecer.

5º) O público da parte afetada deve ser sempre informado de tudo.

6º) Será feito um dossiê de avaliação dos impactos ambientais para informar para parte de origem, sendo que esta deve repassar a parte afetada todas as informações. Tudo isso também deve ser informado para o público da parte afetada.

Esse dossiê deve incluir informações de acordo com o apêndice II da convenção como, por exemplo, a descrição da atividade proposta e do seu objetivo; a descrição do ambiente no qual a atividade proposta e as soluções alternativas são suscetíveis de exercer um impacto importante; descrição das medidas corretivas destinadas a reduzir, na medida do possível, os impactos ambientais, dentre outras.³⁸

7º) A parte de origem com base no dossiê deve consultar a parte afetada a respeito de medidas que possam ser tomadas para diminuir ou eliminar o impacto.

8º) Será proferida decisão definitiva a respeito da atividade e caso surja alguma informação diferente acerca dos impactos ambientais causados essa decisão pode ser reexaminada.

A decisão definitiva tomada pelas partes, após o processo de avaliação, ainda poderá ser revista, caso entendam ser necessário, em consonância com o artigo 7º da convenção que prevê uma análise posterior, sempre que fatos novos surgirem e apontarem para impactos prejudiciais não detectados ao tempo de todo o procedimento.³⁹

Verifica-se que em todo o procedimento há uma preocupação com a participação tanto da parte afetada como de todo o público envolvido nos impactos que surgirão, atendendo-se dessa forma ao princípio da participação e da informação que são tão importantes no Direito Ambiental.

Para utilização dessa ferramenta de avaliação previsto na ESPOO é necessário ser verificado se a atividade faz parte da lista que consta na convenção. Além de estar na lista ainda precisa ser analisado se a atividade vai gerar um impacto significativo. A crítica é que essa análise vai ser feita

³⁸ FERREIRA, Rosana Maria Perillo; FREITAS, Vânia Maria Alves Bittencourt. A proteção ao meio ambiente em nível internacional da avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiriço. **FRONTEIRAS Revista do mestrado multidisciplinas em sociedade, tecnologia e meio ambiente**. V.1. n. 1, 2012. Disponível em: <File:///C:/users/Denise/Downloads/395-1133-PB.pdf> Consultado em 18 de fevereiro de 2015. p. 34.

³⁹ FERREIRA, Rosana Maria Perillo; FREITAS, Vânia Maria Alves Bittencourt. A proteção ao meio ambiente em nível internacional da avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiriço. **FRONTEIRAS Revista do mestrado multidisciplinas em sociedade, tecnologia e meio ambiente**. V.1. n. 1, 2012. Disponível em: <File:///C:/users/Denise/Downloads/395-1133-PB.pdf> Consultado em 18 de fevereiro de 2015. p. 34.

antes do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e somente este que poderia dizer se haveria ou não impacto.⁴⁰

Assim, esse procedimento permite que haja um estudo sobre os impactos que surgirão nos países afetados, para que estes possam tomar todas as medidas necessárias para proteção ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No anseio da busca por um Meio Ambiente sadio e equilibrado buscam-se meios de proteção ambiental, como é o caso da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), eis que a prevenção é a melhor forma de proteção.

A AIA consolidou-se no Brasil como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) com a Lei 6.983 de 31 de agosto de 1981. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também trouxe em seu contexto a exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto do Meio Ambiente (RIMA) como espécies da AIA.

Dentro desse contexto uma discussão também trazida neste artigo foi a inexistência de legislação brasileira sobre a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), que também seria uma espécie da AIA, porém com diagnóstico mais amplo dos impactos ambientais.

Todos esses instrumentos descritos acima possuem um tratamento mais setorial do impacto ambiental ocasionado, porém já é consolidado que a proteção ambiental não pode conter fronteiras, deve sim atingir uma esfera transnacional, surgindo a necessidade de uma avaliação que analise os impactos gerados nos empreendimento e/ou atividades desenvolvidas em um país e que podem interferir no ambiente de outro.

O que se apresenta então é a Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço como uma forma de mitigação ou eliminação dos impactos ambientais ocasionados em países limítrofes.

A Convenção da ESPOO de 1991 regulamenta essa avaliação considerando os fatores ambientais nos países afetados desde o início do procedimento decisório e em todos os escalões

⁴⁰ PRIEUR, Michel. **Avaliação Ambiental e Avaliação Transfronteiriça**. 2ª Módulo da Escola de Altos Estudos CAPES "Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis". Itajaí: PPCJ/UNIVALI, 2014. (Comunicação Oral) Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppscj/mestrado-em-ciencia-juridica/escola-de-altos-estudos/programacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

administrativos, visando disseminar a qualidade das informações fornecidas aos responsáveis, permitindo-lhes tomar decisões sustentáveis, limitando-se ao máximo os impactos prejudiciais das atividades a serem desenvolvidas. Essa convenção vem baseada no Princípio da Prevenção.

Verificou-se que o Brasil não é signatário dessa convenção, mas nem por isso pode ignorá-la nas relações com os outros países quando se trata de impacto ambiental transfronteiriço.

Desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano ocorrida em 1972 já se falava da Avaliação de Impacto Ambiental Transfronteiriço.

Essa Convenção contém um procedimento para o desenvolvimento da Avaliação de Impacto Transfronteiriço que visa a participação dos países afetados e da população, atendendo-se dessa forma o Princípio da Participação e da Informação que são tão importantes no Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL, **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4996 de 20 de fevereiro de 2013**. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, tornando a Avaliação Ambiental Estratégica um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565264>>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BIM, Eduardo Fortunato. Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), licenciamento ambiental e autocontenção judicial. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XIII, n. 41, p. 149-190, jul./set. 2014.

FERREIRA, Rosana Maria Perillo; FREITAS, Vânia Maria Alves Bittencourt. A proteção ao meio ambiente em nível internacional da avaliação dos impactos ambientais num contexto transfronteiriço. **FRONTEIRAS Revista do mestrado multidisciplinas em sociedade, tecnologia e meio ambiente**. V.1. n. 1, 2012. Disponível em: <File:///C:/users/Denise/Downloads/395-1133-

PB.pdf> Consultado em 18 de fevereiro de 2015.

JESUS, Júlio. A Convenção de Espoo sobre AIA num Contexto Transfronteiriço. Nov. 2011. **Boletim rede**. Disponível em: <http://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/REDE%20Boletim_03.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>. Consultado em 09 de março de 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **CONVÊNIO SOBRE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL EN UN CONTEXTO TRANSFRONTERIZO**. Disponível em <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventioncontextspanish.pdf>> Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

ONU, **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

ONU, **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Consultado em 19 de fevereiro de 2015.

PRIEUR, Michel. **Avaliação Ambiental e Avaliação Transfronteiriça**. 2ª Módulo da Escola de Altos Estudos CAPES "Princípio da proibição do retrocesso em matéria socioambiental e proteção de processos ecológicos essenciais e tutelas de grupos sociais vulneráveis". Itajaí: PPCJ/UNIVALI, 2014. (Comunicação Oral) Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/mestrado/ppsscj/mestrado-em-ciencia-juridica/escola-de-altos-estudos/programacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2015.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 18, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <[HTTP://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128](http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128)> . p.356.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes de; DANTAS, Marcelo B; CÔRTE, Juliana G. Malta. Avaliação

Ambiental integrada no Brasil e a legalidade da exigência da sua realização. In: Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. (Org.). **Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e de apoio à sustentabilidade**. 1 ed. Arraes: Belo Horizonte, 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

JUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOAMBIENTAIS: DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE NA ERA DO DESENVOLVIMENTISMO

Ricardo Stanziola Vieira¹

INTRODUÇÃO

Uma vez conscientes da opção brasileira e da maioria dos Estados do mundo pelo desenvolvimentismo e conseqüentemente pelo difícil acesso à informação, participação e controle social cidadão em temas socioambientais, temos as conseqüências certas deste processo. Situações de conflitos socioambientais ou de injustiça ambiental (violação de direitos humanos socioambientais) como as descritas neste breve artigo vêm sendo debatidas, apresentadas e de certa forma enfrentadas por lideranças, alguns intelectuais e setores mais organizados da sociedade civil organizada em diversos contextos nacionais e internacionais.

No entanto trata-se de uma luta ainda em grande disparidade. De um lado a sociedade civil e suas lideranças que a partir de movimentos críticos como a justiça ambiental começam a se dar conta da mencionada disparidade e violência estrutural gerada pelo modelo de desenvolvimento em curso (aqui designado por desenvolvimentismo). De outro lado temos todo o sistema de mercado globalizado e o setor público que o ampara formal e financeiramente cada vez mais. A questão socioambiental tem sido o palco principal destes conflitos. Em grande parte pelo fato de que o sistema econômico globalizado (especulativo ou produtivo) cada vez mais necessita de recursos naturais e territórios “virgens” e novos mercados consumidores – critério essencial de expansão e sobrevivência do sistema em si mesmo. Aliás, em que pese conquistas sociais importantes, disso é que se trata a essência de políticas de “inclusão social” tão bem propagandeadas e midiáticas pelos últimos governos no Brasil. Se endividamento e dependência ao consumo de bens supérfluos e descartáveis constitui “inclusão social” e desenvolvimento como se apresenta, então é necessário repensar todo o sentido do que seja o presente Estado de Direito Brasileiro.

¹ Professor Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica (mestrado e doutorado) e Programa de Mestrado em Políticas Públicas– UNIVALI. Pós-doutorado em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território pela Universidade de Limoges.

Nestes termos seria uma grande ingenuidade esperar das instituições estatais (com exceção de secretarias e ministérios menos importantes estrategicamente) que façam um enfrentamento deste modelo.

Ainda para não cair na armadilha fácil e linear do pessimismo ou, o que é pior, do ceticismo e apatia, lembramos a estratégia adotada por alguns setores da sociedade civil organizada: trata-se da chamada “estratégia de enxameamento”². Em linhas gerais consiste em fazer um enfrentamento temático em várias frentes simultâneas de forma a confundir o adversário que tradicionalmente espera o ataque (previsível), linear e “racionalizado”, “institucionalizado” em apenas uma frente.³

Com relação à juventude brasileira e mundial é auspicioso perceber que muitos têm naturalmente percebido este dilema. Pedir aos jovens para se resignar ou desistir de “mudar o mundo” é tarefa quase impossível, felizmente. Mas é relativamente fácil canalizar seus “impulsos” ainda pouco carregados de consciência crítica para o sistema de consumo e assim fortalecer ainda mais a engrenagem desenvolvimentista que causa tantas injustiças ambientais. Este trabalho ardiloso tem sido bem feito (de forma cada vez mais sofisticada e intensiva) desde a mais tenra idade, já na educação infantil.⁴ Talvez essa seja uma das maiores injustiças ambientais de nossos tempos.

Tendo em vista todo este contexto é uma alegria acompanhar movimentos (marcadamente jovens), ainda que um pouco ingênuos talvez, com pautas desafiadoras como mídia livre, acesso a recursos naturais, bens comuns, territórios, ecologia, multiculturalismo, entre tantos outros.

Não podemos ignorar a morte de Aron Schwartz e os esforços de criminalização e prisão de

² Não é o momento de aprofundar a “estratégia de enxameamento”, mas basta dizer que diversas lideranças já fizeram uso dela ao longo da história. É o caso de Luiz Carlos Prestes (que nunca enfrentava seus adversários “linearmente”), Gandhi (que fazia uso de diversas “armas pacíficas” para sua luta: identidade nacional, modelo de desenvolvimento, religiosidade, modo de vida – tecelagem, nacionalismo, desobediência civil, manifestações variadas, luta por direitos humanos, acesso a recursos naturais – bens comuns, como o sal marinho, entre outros). Por sua vez resistências e movimentos marcados pela estratégia linear e de enfrentamento raramente tiveram sucesso e em geral foram massacrados, rendidos ou cooptados e “integrados” institucionalmente.

³ Assim por exemplo, o combate aos alimentos transgênicos não se limitaria apenas a esfera institucional da CTNBIO (marcada pelo discurso sofisticado e tecnicista do governo e setor privado), como querem o governo e indústria da biotecnologia. É certo que o debate se dá aí, mas pode se estender para os mais amplos espaços imaginados: donas de casa, consumidores, ecologistas (profundos ou não...), especialistas de saúde pública, zoneamento ambiental, debate sobre recursos hídricos, judiciário, pescadores, populações tradicionais, gestão da biodiversidade, comissões internacionais de direitos humanos, OIT, etc...

⁴ Sobre isso é interessante notar o dismantelamento de qualquer sistema de limites públicos que impediam publicidade para crianças nos EUA. Uma vez quebrada esta barreira jurídico-estatal neste Estado, muitos outros Estados do planeta seguiram o modelo Norte Americano.

Neste sentido recomendamos analisar o trabalho realizado pelo Instituto Alana, organização que atua em defesa dos direitos das crianças no Brasil. In: <http://alana.org.br/>. Acesso em 12 de Fevereiro de 2014.

Julian Assange, entre tantos e tantos exemplos dos riscos que o enfrentamento sério e consciente implica.

Em se tratando de Aaron Schwartz vale citar recente texto de Eliane Brum⁵.

Aaron Swartz tinha 22 anos quando explicou por que fazia o que fazia, era quem era. Aos 26, ele está morto. Foi encontrado enforcado em seu apartamento de Nova York na sexta-feira, 11 de janeiro. Provável suicídio. Talvez a maioria não o conheça, mas Aaron está presente na nossa vida cotidiana há bastante tempo. Desde os 14 anos, ele trabalha criando ferramentas, programas e organizações na internet. E, de algum modo, em algum momento, quem usa a rede foi beneficiado por algo que ele fez. Isso significa que, aos 26 anos, Aaron já tinha trabalhado praticamente metade da sua vida. E, nesta metade ele participou da criação do RSS (que nos permite receber atualizações do conteúdo de sites e blogs de que gostamos), do Reddit (plataforma aberta em que se pode votar em histórias e discussões importantes), e do Creative Commons (licença que libera conteúdos sem a cobrança de alguns direitos por parte dos autores). Mas não só. A grande luta de Aaron, como fica explícito no depoimento que abre esta coluna, era uma luta política: ele queria mudar o mundo e acreditava que era possível. [...]

Havia, porém, um processo penal: Aaron foi enquadrado nos crimes de fraude eletrônica e obtenção ilegal de informações, entre outros delitos. “Roubo é roubo, não interessa se você usa um computador ou um pé-de-cabra, e se você rouba documentos, dados ou dólares”, afirmou a procuradora dos Estados Unidos em Massachusetts, Carmen Ortiz (United States Attorney). Aaron seria julgado em abril. E, se fosse acatado o pedido da acusação, esta seria a sua punição: 35 anos de prisão e uma multa de 01 milhão de dólares. [...]

Não diferente do controle e pressão sobre o acesso à livre informação existente internacionalmente, o mesmo acontece também em terras brasileiras. Um dos casos recentes e mais emblemáticos que cumpre aqui mencionar e divulgar foi o ataque covarde de hackers ao site da Campanha *Justiça nos Trilhos* que exerce papel fundamental de controle social e transparência sobre as atividades muitas vezes insustentáveis daquela que se apresenta como a 2ª maior mineradora do mundo – VALE, e se apresenta à luz de indicadores, no mínimo, “questionáveis” como uma das empresas mais “sustentáveis” do Brasil⁶. Isso prejudicou as atividades desta rede

⁵ BRUM, Eliane. **Perdão, Aaron Swartz**. Disponível em: <http://goo.gl/2vWkbF>. Acesso em 04 de Abril de 2014.

⁶ Em seu sítio na internet a empresa Vale anuncia-se como uma das 5 mais sustentáveis do Brasil e uma das mais sustentáveis do mundo, segundo critérios e indicadores de uma consultoria canadense. In: <http://goo.gl/NFpk0j>. Por outro lado a mesma empresa Vale ganhou inglório título de pior empresa por uma premiação criada desde 2000 pelas ONGs Greenpeace e declaração de Bernia, a "Public Eye People's". O prêmio, também conhecido como o "Oscar da Vergonha" foi anunciado durante o Fórum Econômico Mundial de Davos, na Suíça em 2012. In: <http://goo.gl/IQtsfv>. Isto revela o quanto conceitos como desenvolvimento e sustentabilidade sem sido manipulados (por todos os lados, diga-se) a ponto de perder sua objetividade e significância, passando a ser muito mais uma categoria de marketing do que critério para políticas públicas sérias. Aliás, é interessante (e admirável) perceber o esforço (e certo sucesso junto a públicos sem muita consciência crítica) em apresentar setores ligados à exploração de combustíveis fósseis, mineração, papel e celulose, monocultura transgênica, biopirataria, como “sustentáveis” em nosso país. Assim também temos sido bombardeados com a ideia de que consumo e aumento do PIB são sinônimos de inclusão social. Isso revela o quanto os grandes nomes da propaganda nos tempos de nazismo, holocausto e 2ª guerra mundial teriam a aprender nos dias de hoje...

por um período de dois meses, justamente em um período de operações bastante impactantes e questionáveis pela empresa.⁷

Além de casos emblemáticos como os acima mencionados, as situações de conflitos socioambientais e injustiça ambiental, de mais a mais, vem ocorrendo de forma difusa em decorrência de fenômenos, de um lado, como aumento da pobreza e das desigualdades econômico-sociais e consequente vulnerabilidade, e de outro lado pelas alterações climáticas, naturais ou causadas pelo homem (aumento de eventos extremos, desastres naturais) e o avanço do modelo desenvolvimentista.

Destaque para temas como desastres ambientais (e seus atingidos mais frequentes), violação dos direitos socioambientais de grupos vulneráveis como as crianças e adolescentes, modelo de desenvolvimento do agronegócio (muitas vezes caracterizado pelo forte êxodo rural de pequenos produtores ou quando não, pela sua submissão sistemática ao que se denomina, pomposamente, de “contratos de integração” e pôr fim a dramática situação do reconhecimento de territórios das populações e comunidades tradicionais.⁸

⁷ Foram necessários dois meses de trabalho para recuperar os estragos decorrentes de uma agressão violenta de hackers ao site "Justiça nos Trilhos". Em todo esse tempo o site ficou fora do ar e as *newsletters* não puderam ser mandadas a seus seguidores. Esse veículo de comunicação tem procurado, ao longo dos últimos quatro anos, apresentar o lado perverso dos empreendimentos da cadeia de mineração e de siderurgia no Brasil e no mundo e em especial daqueles levados a cabo pela empresa Vale S.A., que investe anualmente dezenas de milhões de reais somente em ações de propaganda. O site "JnT" é expressão de uma rede de movimentos sociais, pesquisadores universitários, organizações sindicais, pastorais da igreja católica e lideranças comunitárias que se consideram atingidas pelos negócios da Vale S.A. nos Estados do Maranhão e do Pará. Justiça nos Trilhos faz parte de redes mais amplas, como a Rede Brasileira de Justiça Ambiental, a Rede Internacional dos Atingidos pela Vale e o Observatório de Conflictos Minereros de América Latina. Tem servido como fonte de informação para meios de imprensa de prestígio no Brasil e no mundo.

Ao longo desses anos o site "JnT" tem divulgado denúncias, pesquisas e reportagens sobre os impactos da mineração e sua cadeia de produção e escoamento, focando em especial sobre o corredor de Carajás (onde a Vale S.A. está mais investindo recentemente), mas dando ressonância a vários outros conflitos no Brasil e no mundo.

O ataque dos hackers aconteceu poucos dias depois de um encontro tenso que envolveu integrantes da Rede Internacional de Atingidos pela Vale e o presidente da companhia, Murilo Ferreira. Os representantes dos atingidos evidenciaram, na presença do presidente da Vale S.A., numerosas contradições da empresa, documentadas e aprofundadas no recém publicado 'Relatório de Insustentabilidade da Vale'.

Na ocasião, houve também a entrega oficial a Murilo Ferreira do prêmio de 'Pior empresa do mundo', reconhecimento-denúncia conferido à Vale no processo de voto popular internacional "Public Eye", organizado em sua 12ª edição pelas entidades Berne Declaration e Greenpeace Suisse.

A ação dos hackers contra o site "JnT" coincidiu também com a campanha midiática em torno do processo de reformulação do site oficial da empresa Vale S.A., para, nas palavras dela, "reposicionar sua marca na web". Este teria sido um processo que contou com um total de 60 profissionais ligados a sua gerência de Relacionamento com a Imprensa, Conteúdo Estratégico e Mídias Digitais.

Nessas semanas em que o site esteve fora do ar, não foi possível aos integrantes e colaboradores de JnT divulgarem suas considerações sobre a polêmica e nefasta concessão pelo IBAMA da licença ambiental de instalação para a duplicação da Estrada de Ferro Carajás. Também foi impossível dar ressonância através desse meio às seis matérias da reportagem especial sobre Carajás realizada pela Agência Pública de Reportagem e Jornalismo Investigativo, bem como outros trabalhos jornalísticos relevantes. In. "Após dois meses de 'censura', volta no ar o site da Justiça nos Trilhos 'hackeado'", In: *Justiça nos Trilhos*, Disponível em: <http://goo.gl/pfco4H>. Acesso em 23 de janeiro de 2013.

⁸ Se por um lado a agenda da Reforma Agrária vem aos poucos desaparecendo do horizonte do governo, a questão indígena sequer entrou na agenda da esquerda brasileira no poder. "Retrocedemos muito neste período. Se antes lutávamos pelo cumprimento dos nossos direitos, hoje lutamos para não perder esses direitos reconhecidos na Constituição", lamenta Sônia Guajajara, coordenadora da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab).

Em média, os governos dos presidentes Lula e Dilma homologaram menos terras, em número e extensão, do que os antecessores

A questão territorial merece destaque no cenário de injustiça ambiental decorrentes direta ou indiretamente do modelo desenvolvimentista. Sem pretensão de enunciar todos os casos conhecidos⁹ ou de aprofundá-los mencionamos alguns que tem chamado a atenção no Brasil dos últimos tempos: o caso dos povos indígenas (caso de Belo Monte¹⁰, Aldeia Maracanã, Kaiowaa Guarani, Ticuna, entre outros)¹¹; territórios quilombolas (o exemplo de Alcântara – MA é um dos mais citados por apresentar às claras a postura do Estado Brasileiro); caso das caiçaras e pescadores artesanais (como nos enfrentamentos de grandes grupos transnacionais – em parceria com o Estado – como no caso de CSA e Thyssenkrupp Sepetiba – RJ e do complexo petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ - na Baía da Guanabara, grandes obras de infraestrutura como os portos de Pecém- CE, Suape – PE entre tantos outros grandes projetos quase “inquestionáveis” do PAC - Plano de Aceleração do Crescimento)¹².

José Sarney, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, destaca reportagem do Brasil de Fato.

Na avaliação dos defensores dos direitos indígenas, a razão para este retrocesso está na opção de modelo desenvolvimentista para o campo e para as florestas adotado pelos governos nesta última década. “Pela origem do governo ligado aos movimentos sociais, o movimento indígena criou muita expectativa, mas ele fez uma aliança com os latifundiários e as mineradoras, deixando os nossos interesses de lado”, lembra Rildo Kaingang, coordenador da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. (Cenários para 2013. Povos indígenas, ‘entraves’ ao modelo de desenvolvimento. Publicado em janeiro 24, 2013 por HC. In. <http://goo.gl/SNquTq>. Acesso em 14 de Fevereiro de 2014.

⁹ Algumas referências neste sentido são o site da Rede Brasileira de Justiça ambiental, www.justicaambiental.org.br, o Blog “Combate ao Racismo ambiental” - <http://racismoambiental.net.br/>, e o “Mapa de conflitos envolvendo a justiça ambiental e saúde no Brasil” - <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/>

¹⁰ A construção da Hidrelétrica de Belo Monte, na barragem do Rio Xingu, no Pará, também é emblemático nessa questão. Considerada a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do governo federal, a construção além de ter sérios impactos ambientais (ver na matéria publicada no site da EPSJV), deve deslocar 14 diferentes povos indígenas, totalizando milhares de famílias, de suas terras originárias. O estudo de viabilidade técnica vem sendo executado desde 1980, mas foi em 2009, momento em que foi apresentado o novo Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e logo após, no início de 2010, quando o Ministério de Meio Ambiente concedeu a licença ambiental prévia para sua construção, que os conflitos ficaram mais tensos. Até agora grande parte das condicionantes propostas no estudo não foram cumpridas, no entanto, o projeto está sendo realizado em meio a grandes entraves e tensões.

¹¹ Trata-se do espaço do antigo Museu do Índio, no Rio de Janeiro. Instalado em um antigo casarão de 1862, o local abrigava a chamada “Aldeia Maracanã”, na qual conviviam índios de diversas etnias como Puris, Botocudos, Tapajós, Guajajara, pataxós, tukanos, fulni-o e apurinãs, Potiguaras, Guarani, Kaingáng, Krikati, Pankararu, Xavante, Ashaninkas, entre outras. O espaço fica nas proximidades do Estádio Mário Filho, o Maracanã – que esteve em reforma desde 2010 por conta das exigências da Fifa para abrigar jogos da Copa do Mundo a ser realizada em 2014.

¹² Cite-se a entrevista com Alexandre Anderson da ONG AHOMAR concedida à EPSJV: “Os pescadores artesanais, que trazem sua cultura de várias gerações e têm o cordão umbilical diretamente ligado com os ecossistemas também estão sofrendo violações de direitos humanos. Eles estão sendo expulsos dos seus territórios porque as baías estão perdendo a finalidade de ecossistemas e de bens comuns. Dentre as suas reivindicações está o reconhecimento dessas comunidades como tradicionais, o direito à pesca e aos seus territórios, a exemplo do Movimento Pescadores e Pescadoras artesanais (MPP)”, Jô Brandão, secretária especial sobre populações e comunidades tradicionais (Governo Federal) explica que desde o Decreto 6040/07 as comunidades caiçaras e os pescadores artesanais já são consideradas comunidades tradicionais e também têm representantes na Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), que atua com apoio do Ministério do Desenvolvimento Social no fortalecimento social, econômico, cultural e ambiental dos povos e comunidades tradicionais. “O caso dos caiçaras que vivem de pesca artesanal ainda é mais complicado porque esbarra também na questão ambiental, como é vivido pela comunidade da região da Jureia, em São Paulo, que se encontram agora em uma área de preservação ambiental. Dependendo do formato e do modelo desta área de preservação, ela não permite a presença das pessoas no local, que é o caso de lá, e isso tem gerado muito conflito porque os caiçaras estão ficando desamparados”, lembra. Disponível em: <http://goo.gl/QsklLE>. Acesso em: 07 de Outubro de 2013.

Após discorrer sobre origem, contexto e tensões envolvendo conceitos como Justiça ambiental, desenvolvimentismo e sustentabilidade, o artigo analisa a abordagem das questões ambientais em relação com variáveis como a exclusão social e ambiental, as diferenças na distribuição de poder nos processos decisórios e a condição de fragilidade daqueles que arcam com parcelas desproporcionais de custos ambientais e enfrentam dificuldades de acessar os recursos ambientais, afetando a sua própria condição de exercício da cidadania. O processo e algumas possibilidades decorrentes da última Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+20) também são avaliadas.

O trabalho analisa por fim, no sentido algumas contribuições e propostas, a atual conjunta institucional (acesso à justiça), princípios relevantes de direito ambiental – destaque para o princípio de não-retrocesso e as possibilidades de um “direito da sustentabilidade”, marcado pelo paradigma jurídico do socioambientalismo e a concepção de justiça ambiental, face à complexidade inerente aos conflitos ambientais que ultrapassam a mera análise de questões técnicas de caráter científico e estritamente jurídico.

1. DESENVOLVIMENTISMO X SUSTENTABILIDADE – CONTEXTO DA JUSTIÇA AMBIENTAL, E SOCIOAMBIENTALISMO

1.1. Desenvolvimentismo: conceituação e críticas

Na ótica do modelo econômico desenvolvimentista - que deu o tom às políticas de expansão econômica do pós-guerra -, a superação da pobreza extrema, da fome e da marginalização social das maiorias viria naturalmente como resultado dos investimentos em grandes obras de infraestrutura, tais como rodovias, hidrelétricas e projetos de irrigação. Salvaguardas ambientais eram vistas como entraves ao progresso, concebido como resultado de taxas elevadas de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

No Brasil, em vez de serem privilegiadas a distribuição de renda, uma economia mais autônoma e a proteção ambiental, o que vingou foram os incentivos públicos - que levaram ao desmatamento do Cerrado, da Mata Atlântica e da Amazônia e a instalação do parque automobilístico em detrimento das ferrovias. Importava remover obstáculos naturais para o progresso avançar, como foi o caso da chamada Revolução Verde, iniciada na década de 1940. A expressão, cunhada em 1966, refere-se a um programa para aumentar a produção agrícola no

mundo e assim acabar com a fome, por meio de sementes geneticamente melhoradas, uso de agrotóxicos, fertilizantes e maquinário.¹³

Além do agravamento dos problemas sociais e da herança econômica – hiperinflação, elevado endividamento externo e arrocho salarial, as políticas convencionais de desenvolvimento afetaram profundamente o meio ambiente. Tornaram-se corriqueiros os desastres ecológicos, por conta de acidentes químicos e derramamento de petróleo; a poluição do ar e dos recursos hídricos; o desmatamento; a devastação de mangues e as áreas úmidas; a contaminação por agrotóxicos e outras substâncias e uma montanha de lixo que se esparrama por cidades, mares, rios e lagos.

Apesar da prevalência do desenvolvimentismo, ambientalistas, movimentos sociais e cientistas que pesquisavam os efeitos do modelo de produção e consumo vigentes na saúde humana e no meio ambiente, gradualmente aumentavam sua influência sobre a opinião pública.

O primeiro grande encontro internacional a questionar a ótica economicista e perdulária do conceito de desenvolvimento vigente no pós-guerra foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972. Em que pese seu relativo insucesso, foi a primeira vez que a comunidade internacional reuniu-se para considerar conjuntamente as necessidades globais do desenvolvimento e do meio ambiente¹⁴.

Uma crítica interessante que tem sido feita ao “desenvolvimentismo” e ao “consumerismo” de nossos dias provém de diversos trabalhos acadêmicos, ou não, como o estudo do Clube de Roma – Limites ao crescimento –, e mais recentemente a revisão de indicadores sobre capacidade de suporte dos ecossistemas planetários. Um autor de destaque na atualidade é o sociólogo francês Serge Latouche¹⁵. Este pesquisador apresenta a tese provocadora: “Um certo modelo de

¹³ No Brasil, além da expansão do agronegócio em regiões antes não intensamente ocupadas pelo ser humano, houve rápida urbanização, e em consequência da falta de preocupação com o bem-estar das pessoas, ampliaram-se favelas e moradias insalubres e cresceu a poluição ambiental (também resultante do déficit em saneamento). Por outro lado, demandas por mais “desenvolvimento”, sobretudo no setor industrial, para ofertar empregos à população urbana, passaram a povoar o imaginário de progresso de pequenas, médias e grandes cidades brasileiras.

¹⁴ Em tempos de Guerra Fria, a conferência foi boicotada pela União Soviética e aliados no Leste Europeu, em protesto contra a ausência da Alemanha Oriental, que não integrava a ONU na ocasião. O boicote abriu espaço para emergir a principal polêmica da cúpula, o embate entre os países desenvolvidos do Hemisfério Norte com as nações em desenvolvimento do Hemisfério Sul, que defenderam seu direito à industrialização e ao desenvolvimento econômico. Criticaram abertamente o que entendiam como tentativas dos países desenvolvidos em frear seu desenvolvimento com políticas ambientais restritivas à atividade econômica. No lado dos países ricos, a maior preocupação foi apoiar políticas rigorosas de controle da poluição, sem aludir à revisão de padrões de produção, de consumo e de estilo de vida. Pode-se consultar o documento: “Por dentro das Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável” In: Radar Rio+20. www.radarrio20.org.br/ Acesso em 23 de janeiro de 2014.

¹⁵ Serge Latouche é professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud, universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz.

sociedade de consumo acabou. Agora, o único caminho para a abundância é a frugalidade, pois permite satisfazer todas as necessidades sem criar pobreza e infelicidade”. Serge Latouche é professor emérito de ciências econômicas da Universidade de Paris-Sud e universalmente conhecido como o profeta do decrescimento feliz ou da teoria do decrescimento.

Entenda-se que o “decrescimento” aqui não significa apologia à recessão. Ao contrário, visa justamente questionar as bases do atual modelo de “crescimento” que agride tanto o equilíbrio ecossistêmico, os bens difusos, como também a qualidade de vida e saúde da população.

Trata-se de produzir um novo ou verdadeiro tipo de abundância, ou como bem explica de forma didática o próprio Latouche¹⁶:

Eu falo de “abundância” no sentido atribuído à palavra pelo grande antropólogo norte-americano Marshall Sahlins no seu livro Economia da Idade da Pedra. Sahlins demonstra que a única sociedade da abundância da história humana foi a do paleolítico, porque então os homens tinham poucas necessidades e podiam satisfazer todas elas com apenas duas ou três horas de atividade por dia. O resto do tempo era dedicado ao jogo, à festa, ao estar juntos.

Quer dizer que não é o consumo que faz a abundância?

Na realidade, precisamente por ser uma sociedade de consumo, a nossa sociedade não pode ser uma sociedade de abundância. Para consumir, deve-se criar uma insatisfação permanente. E a publicidade serve justamente para nos deixar descontentes com o que temos para nos fazer desejar o que não temos. A sua missão é nos fazer sentir perenemente frustrados. Os grandes publicitários gostam de repetir que uma sociedade feliz não consome. Eu acredito que pode haver modelos diferentes. Por exemplo, eu não defendo a austeridade, mas sim a solidariedade, esse é o meu conceito-chave. Que também prevê o controle dos mercados e o crescimento do bem-estar.

1.2. O socioambientalismo e a justiça ambiental: uma nova perspectiva para a dicotomia Desenvolvimentismo x Sustentabilidade

Para além de um debate mais técnico e econômico acima apresentando entre desenvolvimentismo x sustentabilidade, o socioambientalismo e o conceito de justiça ambiental apresentam-se como novas concepções na abordagem da questão ambiental, que visam à conjugação dos fatores estritamente ambientais e de caráter técnico, com o seu contexto social, econômico, cultural, étnico e político. Reconhecem os saberes, os fazeres populares, as suas construções culturais sobre o seu ambiente como fatores determinantes no trato jurídico dos

¹⁶ LATOUCHE, Serge. **Pensar diferente.** Por um ecologia da civilização planetária. Unisinos. <http://www.ecodebate.com.br/2012/01/20/pensar-diferentemente-por-uma-ecologia-da-civilizacao-planetaria-entrevista-com-serge-latouche/>. Publicado em : 20 de janeiro de 2012. Acesso em dezembro de 2012.

conflitos incidentes sobre bens socioambientais e como fontes de renovação do Direito Ambiental rumo a um “Direito da Sustentabilidade”. Como bem coloca Santilli¹⁷, “o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental”.

Esta abordagem tem, portanto, uma estreita relação com a criação de condições estruturais mais favoráveis ao exercício da cidadania, por meio da criação e da consolidação de espaços públicos decisórios, entendendo-se que as decisões em matéria ambiental devem ser construídas coletivamente. Assim, propugna o desenvolvimento de uma democracia ambiental, capaz de fortalecer a cidadania ambiental e o exercício dos direitos ambientais essenciais que integram seu núcleo: acesso à informação, participação pública nos processos decisórios e acesso à justiça.

A concepção de Justiça Ambiental, desenvolvida pelo movimento internacional – *Environmental Justice*, tem como foco central a distribuição equitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, independentemente de fatores não justificáveis racionalmente, tais como etnia, renda, posição social e poder; o igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios de caráter ambiental, traduzindo-se em sua democratização. Para tanto, faz-se necessária a criação de condições estruturais favoráveis à organização e ao empoderamento da sociedade como sujeitos ativos do processo de gestão ambiental. Parte da constatação de que grupos fragilizados em sua condição socioeconômica, étnica e informacional, que afetam a sua aptidão para o exercício da cidadania, arcam com uma parcela desproporcional de custos ambientais e enfrentam maiores dificuldades de participação nos processos decisórios ambientais.¹⁸

Como conceito objetivo de Justiça Ambiental, adotado neste trabalho, destaca-se aquele firmado durante o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói, Rio de Janeiro, em 2001 e consolidado na Declaração de Princípios da Rede Brasileira

¹⁷ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos** – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis.2004. p. 34.

¹⁸ O Termo justiça ambiental, entendido como reação à planejada desigualdade na distribuição de custos e benefícios do no decorrer do processo de crescimento/ desenvolvimento, surge nas décadas de 70/80 a partir de ações do movimento negro (especialmente nos EUA e África Sul), que percebeu as novas formas de violência e discriminação, agora através do cenário ambiental, de que vinham sendo vítimas. A partir deste momento nasce o conceito de “racismo ambiental” e posteriormente de “justiça ambiental” uma vez que tais discriminações e violências decorrentes do modelo de crescimento adotado vitimizava igualmente outros grupos fragilizados étnica, social, cultural e politicamente.

de Justiça Ambiental¹⁹:

Por justiça ambiental [...] designamos o conjunto de princípios e práticas que:

- a) Asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
- b) Asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;
- c) Asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;
- d) Favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.

2. TEMAS SOCIOAMBIENTAIS EMERGENTES: ALGUMAS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO E A JUSTIÇA AMBIENTAL NO CONTEXTO PÓS RIO+20

Em relação a um último e menos mencionado objetivo da Conferência Rio+20, os temas emergentes, procurou-se aqui trazer uma perspectiva crítica socioambiental ou pautada pela Justiça ambiental.

Alguns pontos podem ser mais destacados: A relação mudança climática/desastres/vulnerabilidade; a importância de proteção dos processos ecológicos essenciais e sua relação com o princípio de não retrocesso; a incorporação e a prática dos princípios da justiça ambiental e o correspondente papel do Poder Judiciário.

2.1. A proteção dos processos ecológicos essenciais e o Princípio da Proibição de Retrocesso em matéria socioambiental

A garantia dos processos ecológicos essenciais ou, por assim dizer, dos serviços ecossistêmicos, já vem sendo discutida no meio científico há muito tempo. Contudo os limites ao

¹⁹ Sobre Justiça ambiental ver: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos Ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004; ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004. ALONSO, Ângela; COSTA, Valeriano. Por uma sociologia dos conflitos ambientais no Brasil. In: ALIMONDA, Héctor (Org.). **Ecología Política. Naturaleza, Sociedad y Utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

atual modelo dito de desenvolvimento da sociedade globalizada trouxeram este debate para a ordem do dia.

Segundo a Avaliação Ecosistêmica do Milênio (AEM), estudo realizado a pedido da Organização das Nações Unidas (ONU) entre 2001 e 2005 envolvendo mais de 1.360 especialistas de 95 países, cerca de 60% (15 entre 24) dos serviços dos ecossistemas examinados (incluindo 70% dos serviços reguladores e culturais) vêm sendo degradados ou utilizados de forma não sustentável. A AEM resultou de solicitações governamentais por informações provenientes de quatro convenções internacionais - Convenção sobre Diversidade Biológica, Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação, Convenção Ramsar sobre Zonas Úmidas e Convenção sobre Espécies Migratórias, visando suprir também as necessidades de outros grupos de interesse, incluindo comunidade empresarial, setor de saúde, organizações não governamentais e povos nativos.

Caso se mantenha o atual ritmo de crescimento, a humanidade precisará de pelo menos dois outros planetas Terra no final do século XXI para manter os padrões correntes de consumo. Para atenuar e reverter esses inúmeros problemas, esperava-se que na Conferência Rio+20 os líderes globais definissem um caminho para a transição rápida e justa ao desenvolvimento sustentável, que assegurasse um padrão de vida razoável para a população mundial e interrompesse a destruição dos ecossistemas.

Daí decorre justamente a ideia de defesa do princípio de não retrocesso em matéria socioambiental. Este princípio vem da pauta de direitos humanos e terá grande repercussão na pauta do debate jurídico ambiental no nosso país. Da mesma forma que não aceitamos retrocesso das garantias individuais, também não há que se falar em retrocesso nas garantias coletivas e difusas. Um exemplo simples é a proteção dos recursos naturais das cidades: as cidades já não podem perder espaços verdes, que não dizem respeito apenas à extinção de espécies, mas à sobrevivência e à qualidade de vida das pessoas. Neste sentido também é o pensamento de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁰, ao associar os preceitos constitucionais de direitos e deveres do artigo 225, com o princípio do não retrocesso:

²⁰ Outros importantes autores do Direito Ambiental, como CANOTILHO e LEME MACHADO, têm seguido a mesma linha. Paulo Affonso Leme Machado (2008), por exemplo, traz a ideia de que o Poder Público passa a figura como gestor e não como proprietário de bens ambientais. Como gestor de bens que não são seus, o Poder Público deve explicar convincentemente sua gestão, e, para tanto, deve lançar mão de todas as medidas necessárias para a consecução de tal objetivo.

[...] A CF 88 (art. 225, *caput*, e art. 5º par. 2º) atribuiu ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito Brasileiro, o que conduz ao reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objeto e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico. A partir das considerações, resulta caracterizada a obrigação do Estado de adotar medidas – legislativas e administrativas – atinentes à tutela ecológica, capazes de assegurar o desfrute adequado do direito fundamental em questão. [...] Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.²¹

2.2. Vulnerabilidade ambiental e pobreza - desastres ecológicos, deslocados socioeconômico-ambientais e justiça ambiental

Muito se tem discutido a respeito das mudanças globais, mais especialmente das mudanças climáticas, sobretudo após as divulgações dos relatórios do IPCC, desde a década de 1990. O que não se tem discutido em profundidade e mais uma vez o processo decorrente da Conferência Rio+20 poderia ter sido uma oportunidade, são as relações destas mudanças climáticas (e seus termos de referência: mitigação, adaptação e resiliência) com as populações afetadas. Estas últimas muitas vezes estão em condições de absoluta fragilidade/vulnerabilidade e acabam, sem ironia ou coincidência, sendo “vítimas preferenciais” das mudanças globais. Trata-se de uma nova espécie (muito indireta) de injustiça ambiental, ou já dito na introdução de injustiça climática. Neste sentido, é que nos propomos aqui a debater temas como desastres ecológicos e suas implicações para os Direitos Humanos e as Políticas Públicas (governança).

Uma primeira aproximação ao significado do termo “desastre ecológico” é necessária para estabelecer sua relação com a vulnerabilidade ambiental ante os seus efeitos, especialmente aquela gerada pela pobreza. É um ponto complexo estabelecer um conceito, já que o desastre pode ser entendido a partir de diferentes perspectivas, sejam elas social, ambiental, econômica, etc. Mas, em linhas gerais, se pode dizer que se tem como característica principal a sua dimensão

²¹ SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 181-182.

coletiva. Como destaca Lienhard²², é um evento que leva da passagem de um incidente, natural ou tecnológico, a um acidente de dimensões coletivas.

Nesse sentido, o desastre ecológico pode ter como causa estritamente a ação humana, decorrente do desenvolvimento de atividades e tecnologias ditas perigosas e que envolvem certo nível de risco ou ser produto de fenômenos naturais, nos quais também incidem fatores humanos, a exemplo do agravamento de fenômenos climáticos decorrentes do aquecimento global, em grande medida provocado pela ação humana. Em muitos documentos originados de organismos internacionais, verifica-se a predominância da referência a desastres naturais, em detrimento dos tecnológicos, mas é importante ressaltar que intrínsecas à concepção de desastre natural estão as ações humanas que contribuem ou intensificam os efeitos do desastre. Nesse sentido, o “Guia operacional sobre direitos humanos e desastres naturais”, elaborado pelo *Inter-Agency Standing Committee* (IASC)²³, ressalta a utilização do termo “naturais” por ser mais simples, sem desconsiderar que a magnitude das consequências de um desastre natural é determinada pela ação humana ou falta dela. Nesse documento, assim como no Manual que o acompanha, designado “Direitos humanos e desastres naturais: linhas diretrizes operacionais e manual sobre o respeito aos direitos humanos em situações de desastres naturais”, os desastres naturais são entendidos como consequências de eventos decorrentes de perigos naturais que ultrapassam a capacidade local de resposta e afetam seriamente o desenvolvimento econômico e social de uma região, gerando perdas humanas, materiais, econômicas e/ou ambientais e excedendo a habilidade dos afetados de fazer frente a elas por seus próprios meios. Este conceito se coaduna ao adotado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)²⁴, em seu documento intitulado “Meio ambiente e riscos de desastres: perspectivas emergentes”, que entende por desastre:

[...] uma séria perturbação no funcionamento de uma comunidade ou sociedade causando geralmente perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais que excedem a capacidade das comunidades ou sociedades afetadas para enfrentá-la usando seus próprios recursos. Um desastre é uma função do processo de risco. Ele resulta da combinação de perigos, condições de

²² LIENHARD, C. **Pour un droit des catastrophes**. Paris: Recueil Le Dalloz, 1995. p. 91.

²³ IASC é um fórum de interagências único, de coordenação, desenvolvimento de políticas e processos decisórios, envolvendo parceiros humanitários tanto do sistema das Nações Unidas quanto externos. Foi criado em 1992, em consequência da Resolução 46/182 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o fortalecimento da assistência humanitária e seu papel como primeiro mecanismo de cooperação interagências para a assistência humanitária foi afirmado pela Resolução 48/57 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

²⁴ Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Environment and disaster risk: emerging perspectives**. 2008. Disponível em: <http://goo.gl/42QZUU>. Acesso em: 02 de Maio de 2014. p.12

vulnerabilidade e capacidade ou meios insuficientes para reduzir as consequências negativas potenciais do risco.^{25 26}

Considerando o aspecto da vulnerabilidade, se verifica que os desastres ecológicos não atingem a todos indistintamente. Determinados fatores podem gerar maior vulnerabilidade para a prevenção e para o enfrentamento dos seus efeitos. Dessa forma, a própria Declaração do Milênio, adotada pelas Nações Unidas em 2000, prevê como meta a proteção dos vulneráveis, entre os quais se encontram as populações que sofrem de maneira desproporcional com as consequências dos desastres naturais. Entre os fatores que podem gerar maior vulnerabilidade ambiental aos desastres, destaca-se a pobreza, que afeta a capacidade de determinados indivíduos e comunidades de se prevenir e proteger dos desastres ecológicos. A maior dificuldade em acessar determinadas informações e mesmo de mobilidade, a necessidade de ocupar áreas de risco e de grande fragilidade ambiental, ou mesmo de superexplorar os recursos naturais de seu ambiente para garantir a sobrevivência, fazem dos mais pobres as vítimas preferenciais dos desastres. Essa relação entre pobreza, degradação ambiental e desastres é bem explicitada pelo PNUMA²⁷:

[...] os pobres são os mais vulneráveis aos desastres porque eles são frequentemente forçados a se estabelecer nas áreas marginais e têm menos acesso à prevenção, preparo e pronta advertência. Além disso, os pobres são os menos resilientes na recuperação dos desastres porque eles não dispõem de redes de suporte, seguros e opções alternativas de subsistência.²⁸

O tema aqui debatido, profundamente relacionado a questões como os deslocados ou refugiados ecológicos e os impactos socioambientais das mudanças globais (climáticas, tecnológicas, resultantes do modelo de desenvolvimento) deverão constituir algumas das maiores preocupações no que se refere à governança ambiental global. Revelam a insuficiência dos atuais instrumentos de gestão e governança, da falta de credibilidade dos indicadores (inclusive de

²⁵ Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Environment and disaster risk: emerging perspectives**. 2008. Disponível em: <http://goo.gl/42QZUU>. Acesso em: 02 de Maio de 2014. p.6.

²⁶ Pode-se extrair dessa aproximação da ideia de desastre ecológico três elementos: 1 - dimensão coletiva; 2 - incapacidade das vítimas para enfrentar a situação de desastre sem auxílio externo; 3 - resultado de uma combinação de fatores ambientais, socioeconômicos e institucionais, destacando-se, entre eles, a vulnerabilidade. É nesse sentido que Lienhard (1995) se refere à causalidade complexa das catástrofes, ou seja, à dificuldade de estabelecer uma só causa para o evento, que é resultado de diversas interações entre fatores humanos e naturais e distintas formas de vulnerabilidade.

²⁷ De outro lado, o PNUMA reforça a relação entre desastres ecológicos e degradação ambiental, demonstrando que áreas degradadas estão mais expostas ao risco de desastres. Em consequência, os indivíduos e as comunidades que ocupam áreas degradadas são, por sua vez, mais vulneráveis aos desastres ecológicos. Também a Declaração de Hyogo (Conferência Mundial Sobre Redução De Desastres, 2005), adotada durante a Conferência Mundial para a Redução de Desastres, enfatiza as relações entre pobreza, vulnerabilidade ambiental e desastres.

²⁸ Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA). **Environment and disaster risk: emerging perspectives**. 2008. Disponível em: <http://goo.gl/42QZUU>. Acesso em: 02 de Maio de 2014. p. 25.

sustentabilidade) e apontam para a necessidade de um novo paradigma de governança, mais solidário e participativo. Eis por que o conceito de justiça ambiental, antes periférico no contexto ambientalista, tem sido amplamente debatido e reconhecido.

3. PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA AMBIENTAL (INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL) E PAPEL ESTRATÉGICO DO PODER JUDICIÁRIO

O respeito do acesso à justiça em matéria ambiental já está consagrado em diversos diplomas. Citamos alguns: - Previsão inicial no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento; 1998 – Convenção de Aarhus (sobre informação, participação e acesso à justiça em matéria ambiental). Embora esta última tenha sido adotada no contexto regional europeu, ela está aberta a todos os Estados que integram o Sistema das Nações Unidas; 2002 – África do Sul, antes da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+10): encontro de cúpula de representantes do Poder Judiciário de diversos países para tratar do acesso à justiça, pela via do judiciário.

Sobretudo por sua interface com o tema da governança, que por sua vez implica o tema do acesso à justiça (ao poder judiciário). O fortalecimento do acesso à justiça em matéria ambiental, sobretudo em realidades como a brasileira, pode ajudar a superar as omissões e a ineficiência do Poder Público no controle de atividades degradadoras e em implementar e executar os programas de ação e políticas públicas ambientais (o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado).

Neste sentido, o poder judiciário atuante e aberto ao acesso do cidadão poderia questionar o evidente retrocesso na legislação e na ação governamental em matéria ambiental, como nos casos de revisão do código florestal e da não consideração da variável ambiental nas grandes obras de infraestrutura nos últimos anos (barragens, portos, estradas).²⁹

E neste quesito, o Brasil situa-se em condição privilegiada. Nossa legislação avança ao estender a titularidade de agir em juízo aos indivíduos (no caso de Ações Populares) e aos entes intermediários habilitados a agir na defesa do meio ambiente. Assim, além de associações, também possuem legitimidade o Ministério Público e a Defensoria Pública. Difere do sistema da

²⁹ Esta situação agravou-se com as obras para a Copa de 2014, uma vez que simplificaram-se os procedimentos de concessão/licitação, bem como de licenças. A via judicial apresenta-se como importante e em alguns casos como última via de recurso e também como única via possível para que a sociedade civil realize o controle do poder público. Eis por que é tão importante o tema do acesso à justiça em matéria ambiental, que deve ser neste caso invariavelmente participativo.

Convenção de Aarhus em que esta abertura se refere aos indivíduos e às associações e não aos órgãos como o Ministério Público e a Defensoria.³⁰

Desta forma, a tarefa de fazer o controle social de planejamento, execução e, não raro, omissão de políticas públicas, acaba sendo direcionada cada vez mais aos chamados “entes intermediários”, como o Ministério Público e a Defesa civil. Estes órgãos deveriam inclusive acompanhar a disponibilidade financeira do poder executivo para executar essa tarefa.

Em meio a este cenário, o poder judiciário se destaca como espaço privilegiado, por meio do qual a sociedade civil (direta ou indiretamente) pode fazer controle social. Para tanto, há que se efetuar uma sensibilização dos juízes; maior especialização dos magistrados com cortes especializadas em matéria ambiental; criação de um Tribunal Ambiental Internacional ou ‘Corte Internacional Ambiental’, não apenas para disputas entre Estados, mas que possam ser também provocadas por indivíduos, Ministério Público e entes intermediários, como a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a qual permite acesso de indivíduos e entes intermediários.³¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Élargir la démocratie à la taille de la cité mondiale, tout en ménageant le sort des générations futures, constitue l'enjeu le plus considérable du droit post moderne.³²

Todo o processo envolvido nas Conferências das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento (e também outros envolvendo outros temas de interesse planetário como habitação e urbanismo, gênero, direitos sociais) tem levado a um repensar da essência do Direito Ambiental. A realização da Rio+20 constituiu, assim, como visto anteriormente, mais uma “janela

³⁰ Isto é importante, na medida em que existe um esforço de aumentar o número de Estados partes na Convenção de Aarhus. Devemos ficar atentos, contudo, a essa limitação quanto aos entes intermediários. É sabido que a maior parte das ações coletivas (especialmente as Ações Cíveis Públicas) tem no Ministério Público e mais recentemente na Defensoria Pública seus principais protagonistas. É muito difícil, e não raro ato de coragem, a atuação de associações da sociedade civil neste sentido, especialmente em tempos de crise de financiamento, carência técnica e aproximação com o Estado (isso é notório no Brasil, tendo em vista o financiamento público e a proximidade com o governo, de muitas organizações da sociedade civil, as quais inclusive passaram a ter designação específica: OSCIPs).

³¹ São estas mesmas instituições (Ministério Público, Defensoria Pública – da União ou dos Estados, bem como organizações da sociedade civil) que tem tido atitude constitucionalmente condizente na defesa de bens e direitos socioambientais no Brasil. Casos como os mencionados na introdução deste trabalho (Belo Monte, Adeias indígenas, territórios quilombola, lutas de caiçaras, pescadores, entre tantos outros) revelam que apesar destes importantes esforços a postura desenvolvimentista intransigente do Estado associada a interesses privados e particulares ainda tem pautado a prática das políticas públicas no Brasil. Convém destacar instrumentos de participação e controle social (nacionais e internacionais) como os mencionados neste trabalho.

³² OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 241.

de oportunidade” para se avançar no sentido do que se pode chamar didaticamente de Direito da Sustentabilidade, por sua vez incorporado pela reivindicações e alertas trazidos pela movimento da justiça ambiental e mais especificamente, no Brasil, pelo chamado socioambientalismo.

Para que o Direito Ambiental possa cumprir esta função, faz-se necessária uma ampliação do seu escopo para uma perspectiva socioambiental. É nesta direção que tem se desenvolvido e consolidado, no caso brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³³, um novo paradigma para o entendimento e a análise das inter-relações entre ambiente e sociedade, sugerindo até mesmo que o modelo de Estado no Brasil possa ser denominado, por alguns autores como “Estado Ambiental de Direito”.³⁴

Neste sentido, experiências jurídicas pioneiras, como as que vêm sendo desenvolvidas no Direito Comunitário Europeu, no Direito Ambiental Internacional, bem como no Direito Interno Brasileiro (um dos casos de maior avanço do Direito Ambiental Interno), merecem estudo mais aprofundado. A isso se nos propomos denominar de uma perspectiva de emergência de um “novo Direito Socioambiental”. O socioambientalismo brasileiro se aproxima do movimento de Justiça Ambiental e de certas tendências e experiências europeias e internacionais.

Um dos aspectos mais inovadores deste debate é a renovação do conjunto do Direito Ambiental, aqui entendido em suas dimensões internacionais, comunitárias e estatais, sendo que esse Direito, por sua vez, representa um grande fator de renovação do Direito como um todo. Sobre esta “tendência” inovadora do Direito e do Direito Ambiental mais especificamente, têm se dedicado pensadores, como Gérard Monédiaire, François Ost, Mireille Delmas Marty, Charles Albert Morin, entre outros.

Resta claro que as inovações do socioambientalismo têm sido acompanhadas de experiências semelhantes. É o caso do movimento de Justiça Ambiental de significativas inovações do sistema jurídico internacional e comunitário europeu, com destaque para a consagração dos princípios do acesso à informação e à participação em matéria ambiental. O princípio já

³³ Marés aponta a natureza essencialmente coletiva dos direitos constitucionais reconhecidos aos povos indígenas, aos quilombolas e às outras populações tradicionais, e a quebra do paradigma constitucional individualista, reafirmando a “quase impossibilidade” de sobrevivência do multiculturalismo em um mundo no qual o Estado reconheça apenas os direitos individuais. Cf. MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 93 e ss. (série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

³⁴ Cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

consagrado do desenvolvimento sustentável também representa um dos ícones deste esforço renovatório. Este princípio foi originalmente apresentado na forma de três pilares: eficácia econômica, proteção do meio ambiente, equidade social. Atualmente, insere-se ainda um quarto pilar: o respeito pelas culturas.³⁵

Este novo “Direito do Desenvolvimento Sustentável”, mais versátil e flexível, seria a forma mais adequada para dar conta da complexidade e das grandes transformações que assolam o mundo contemporâneo.

Se a Rio-92 mostrou que a segurança econômica e o bem-estar humano dependem umbilicalmente de ecossistemas saudáveis e fortaleceu a noção da necessidade de acordos políticos globais para promover a transição rumo ao desenvolvimento sustentável, de outro lado o progresso tem sido lento e insuficiente na materialização de tais acordos em ações concretas de proteção ao ambiente planetário nos últimos vinte anos. O vigor econômico das economias ricas provou, porém, ser pouco sustentável. Desde 2007, o mundo tem testemunhado uma grande crise global dos alimentos, volatilidade nos preços do petróleo, crescente instabilidade climática e a pior crise financeira mundial desde a grande depressão causada pela queda na Bolsa de Nova Iorque em 1929. Após anos de declínio, a pobreza, a fome e a desnutrição voltaram a aumentar e a esperança de realizar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015 está ameaçada.

O alcance da sustentabilidade ultrapassa a mera preservação e conservação de bens ambientais e a análise técnico-jurídica dos dilemas ambientais da humanidade. Requer a promoção da qualidade de vida em toda a sua amplitude, que inclui geração de emprego e renda; desenvolvimento humano e econômico equitativo; acesso à educação e, em especial, à informação; possibilidade de exercício da cidadania e democratização dos processos decisórios; promoção do multiculturalismo; superação da desigualdade; exclusão social e ambiental; bem como o respeito a todas as etnias. Este, portanto, é o objeto do “Direito da Sustentabilidade”, mais amplo do que aquilo que se tem entendido como objeto do Direito Ambiental. Tem como meta a integração entre as questões ambiental *stricto sensu*, social, econômica, política e cultural

³⁵ Monediaire (2005) atenta para a importância e os desafios quanto ao reconhecimento do desenvolvimento sustentável como um princípio jurídico. Para o autor, o Tratado que institui a Comunidade Europeia, por exemplo, não apresenta jamais o desenvolvimento sustentável em condição de um princípio jurídico autônomo. Por outro lado, o autor entende que o Desenvolvimento Sustentável vem sendo reconhecido em diversos outros âmbitos do direito, sobretudo o Direito Internacional. Apresenta-se, portanto, a hipótese de que a consagração destes novos princípios e valores deverá exigir uma nova conformação e percepção do direito. A isso Monediaire (2005, p. 146–167) tem denominado “Direito Pós-moderno mundializado”.

na análise e no tratamento dos dilemas de sustentabilidade enfrentados pela sociedade contemporânea. Portanto o socioambientalismo e a Justiça Ambiental, ao preconizarem uma maior interface entre o social e o ambiental e a consideração de variáveis mais amplas do que o conhecimento técnico e científico na abordagem da questão ambiental, podem se apresentar como suportes teóricos e práticos para o Direito da Sustentabilidade e a consequente proteção aos Direitos Humanos Socioambientais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução. In: **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

ALONSO, Ângela; COSTA, Valeriano. Por uma sociologia dos conflitos ambientais no Brasil. In: ALIMONDA, Héctor (Org.). **Ecología Política. Naturaleza, Sociedad y Utopia**. Buenos Aires: CLACSO, 2002.

ANTYPAS, A. et. al. **Linking environmental protection, health, and human rights in the European Union: an argument in favour of environmental justice policy**. New York: Environmental Law & Management, 2008.

BROWN, Lester. **Plano B 4.0 Mobilização para salvar a civilização**. São Paulo: New Content Editora e Produtora, 2009.

BRUM, Eliane. **“Perdão, Aaron Schwartz- A morte de um gênio da internet, aos 26 anos, é um marco trágico do nosso tempo. É hora de pensar sobre nossas ações – ou omissões”**, Revista Época, 21 de janeiro de 2013, In: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2013/01/perdao-aaron-swartz.html>; acesso em 21 de janeiro de 2013).

CIDCE/CRIDEAU. Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais. **Revue Européenne du Droit de L’Environnement**, Paris, n. 4, p. 381-393, 2008.

COMISSÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DA ONU. **Direitos humanos e meio ambiente como parte do desenvolvimento sustentável** (UNDoc/ACNUDH/Res 2003/71).

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. **Resolução 7/23 Direitos Humanos e Mudanças Climáticas**.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné – Les forces imaginantes du droit (II)**. Paris: Seuil, 2006.

DOBSON, Andrew. **Justice and the environment – conceptions of environmental sustainability and dimensions of social justice**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GOULD, Kenneth. A. Classe social, justice ambiental e conflito político. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

LATOUCHE, Serge. *Penser différemment. Por uma ecologia da civilização planetária*, entrevista com Serge Latouche. In: **Ecodebate- Cidadania e Meio Ambiente**. Disponível em: <http://goo.gl/pUm7vJ>. Acesso em 23 de abril de 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LIENHARD, C. **Pour un droit des catastrophes**. Paris: Recueil Le Dalloz, 1995.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In: LIMA, André (Org.). **O Direito para o Brasil Socioambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 93 e ss. (série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, 3).

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 244.

MONEDIAIRE, Gérard. L'hypothèse d'un droit du développement durable. In: MATAGNE, Patrick. **Les Enjeux du Développement Durable**. Paris: L' Harmattan, 2005, p. 146 – 167.

MORAND, Charles-Albert. Le droit néo-moderne des politiques publiques. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999. Coleção Droit et Société. ----- (direction.) **Le Droit Saisi par la mondialisation**. Bruxelles: Bruyant, 2001.

OST, François. Júpiter, Hercule, Hermes: trois modeles du juge. In: BOURETZ, Pierre. **La force du droit – Panorama des débats contemporains**. France: Éditions Esprit, 1991. p. 241 to 272.

PNUMA, 2011. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza – Síntese para Tomadores de Decisão**. Disponível em: www.unep.org/greeneconomy. Acesso em: 08 de novembro de 2013.

PORTO, Marcelo Firpo; ALIER, Joan Martinez. **Ecologia política, economia ecológica e saúde coletiva: interfaces para a sustentabilidade do desenvolvimento e para a promoção da saúde**. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, 2007.

PETRELLA, Ricardo. **Désir D’Humanité – Le Droit de rêver**. Bruxelles: Editions Labor, 2004.

SACHS, Ignacy. Qual desenvolvimento para o século XXI? *In: Barrère M. Terra, patrimônio comum: A ciência a serviço do meio ambiente e do desenvolvimento*. São Paulo: Nobel, 1992.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos – proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2004.

SICHES, Recasens. **Nueva filosofia de la interpretacion del derecho**. México: Porrúa, 1973.

A EXPLORAÇÃO *OFFSHORE* DO PETRÓLEO NO BRASIL: O QUE DEVEMOS APRENDER COM O DESASTRE NO GOLFO DO MÉXICO?

Délton Winter de Carvalho¹

Juliane Altmann Berwig²

INTRODUÇÃO

As diversas fontes de geração de energia trazem consigo, além dos benefícios (crescimento mundial, conforto, praticidade, tecnologias, etc.) também inúmeros riscos, que, por diversas ocasiões, podem gerar desastres ambientais com consequências irreversíveis.

No Brasil, uma parcela representativa da demanda energética é atendida pelos combustíveis derivados de petróleo e gás natural, sendo o petróleo responsável por quase 90% do consumo no setor de transportes. Com cerca de 29 bacias sedimentares, 90% destas estão em campos *offshore*.³ Diante deste cenário, a presente pesquisa irá focar-se na análise do caso concreto e, por consequência, no direcionamento do problema a ser discutido atinente à geração de energia a partir da exploração *offshore* do petróleo. Ademais, em razão deste tipo de fonte dominar o mercado brasileiro e, especificamente, em relação a exploração *offshore* do pré-sal carecer de discussões diante das incertezas e certo desconhecimento de suas possíveis consequências, compreende-se ser de relevante interesse social e legal trazer à baila este diálogo.

Neste sentido, a pesquisa circunda sobre a exploração *offshore* do petróleo em território nacional, áreas foram determinadas pela Lei 8.617/93,⁴ ou seja, somente dentro dos limites em

¹ Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres pela University of California at Berkeley, USA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Advogado, Parecerista e Consultor jurídico. delton@deltoncarvalho.com.br. Autor de diversos artigos publicados nacional e internacionalmente, sendo ainda autor dos livros CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Direito dos Desastres. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

² Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.

³ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Licenciamento**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/portal-nacional-de-licenciamento-ambiental/licenciamento-ambiental/atualidades-empreendimentos/item/8324>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.617 de 04 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a

que prevalecem os poderes soberanos estatais sobre os internacionais de aproveitamento do petróleo. Estas áreas são determinadas de Mar Territorial –MT, Zona Contígua – ZC, Zona Econômica Exclusiva - ZEE e Plataforma Continental –PC. No caso do pré-sal, considerando que as plataformas de exploração situam-se na ZEE, nesta vige a jurisdição do Brasil e está limitada à exploração e ao aproveitamento dos recursos naturais.

Apesar de existir uma vasta legislação acerca da exploração *offshore* do petróleo, percebe-se, de outro lado, que a medida que a indústria evolui sobre estas novas fronteiras de exploração, os desafios tecnológicos se modificam e os riscos da atividade se transformam ou até mesmo aumentam e se tornam evidentes, enquanto as demandas tecnológicas não são perfeitamente atendidas. Deste modo, entende-se que é necessário que o “ambiente” institucional, correspondente ao momento da indústria, se adapte a estes novos desafios de maneira a permitir que a exploração e produção de petróleo ocorram em níveis de segurança adequados, evitando acidentes, danos ao meio ambiente e à sociedade.⁵

O forte crescimento da participação da exploração e produção *offshore* implica na necessidade de avanços tecnológicos e adaptação institucional aos desafios intrínsecos desta fronteira tecnológica. Este segmento apresenta um potencial de expansão muito importante nos próximos anos, em particular no Brasil, com a descoberta do pré-sal.⁶

Apesar da vasta legislação regente da matéria de exploração *offshore* do petróleo, verifica-se que os desastres nesta atividade são muito recorrentes e tem como consequências grandes e significativos danos ambientais. Esta necessidade de mudanças regulatórias relativas ao setor ficou evidente a partir do acidente na plataforma DWH, em abril de 2010.⁷ Neste sentido, a fim de detectar as falhas legais ou quiçá investigar quais as possíveis formas de instrumentalização jurídica para controlar mais ativamente a não ocorrência destes eventos, será realizado um estudo de um *hard case* ocorrido, o qual seja: o desastre na DWH, no Golfo do México, Estados Unidos.

plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm> Acesso em: 15 abr. 2014.

⁵ INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em:<<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁶ INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em:<<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁷ INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em:<<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

1. ANÁLISE DO DESASTRE AMBIENTAL DA DEEPWATER HORIZON NO GOLFO DO MÉXICO

A explosão da plataforma DWH, da Transocean, a serviço da BP, no Golfo do México, ocorreu às 9 horas e 45 minutos do dia 20 de abril de 2010, ao final das fases de exploração do poço de Macondo, quando um gêiser marítimo entrou em erupção no espelho d'água, em direção à plataforma, e a impulsionou a 73 metros no ar. Fato seguido por uma erupção com a combinação de lama, gás metano e água. O gás que compunha o material lamacento transformou-se em gás rapidamente e então começaram uma série de explosões, seguidas por uma bola de fogo vista a 56km de distância. O fogo não pode ser apagado e, em 22 de abril de 2010 a DWH afundou, deixando o poço fora de controle e causando o maior derramamento de petróleo da história dos Estados Unidos.⁸

O poço que estava há cerca de 80 quilômetros da costa da Louisiana, causou danos humanos, ambientais e econômicos. Ou seja, na explosão 11 pessoas que trabalhavam na plataforma morreram, o vazamento contínuo de 5.000 (cinco mil) barris de petróleo por dia gerou a contaminação generalizada do Golfo do México e, por consequência, um incalculável dano ambiental e econômico.⁹

Os esforços para conter o fluxo de petróleo falharam, quando um dispositivo de segurança, o "*blowout preventer*",¹⁰ não pôde ser ativado e estancar o vazamento. Somente depois de uma série de tentativas de parar o vazamento, a BP conseguiu tampar o poço em 15 de julho de 2010, (ou seja, quase 03 meses após o desastre),¹¹ mas somente em 19 de setembro de 2010 o poço foi finalmente selado, conforme mencionou o funcionário Thad Allen Adm da Guarda Costeira federal

⁸ BRET-ROUZAUT, Nadine; FAVENNEC, Jean-Pierre. **Petróleo e gás natural**: como produzir e a que custo. Tradução Rivaldo Menezes. 2 ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Synergia, 2011. p.336.

⁹ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

¹⁰ Uma espécie de válvula(s) instalada no topo de um poço de petróleo durante a perfuração e fechadas em caso de um desastre. Descrição encontrada em OXFORD DICTIONARIES. Disponível em: <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/blowout-preventer>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BOP - blowout preventer este dispositivo de segurança é uma válvula grande na parte superior de um poço utilizado para controlar o fluxo de líquidos e gases durante as operações de perfuração. Os carneiros de corte cego em um BOP são projetados para cortar o tubo de perfuração e selar o poço no caso em que um aumento descontrolado de fluidos e de gases que ocorre, evitando assim uma ruptura. WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

¹¹ DEUTSCHE WELLE. **Petróleo não é mais visto, mas ainda polui Golfo do México**. Disponível em: <<http://www.dw.de/petr%C3%B3leo-n%C3%A3o-%C3%A9-mais-visto-mas-ainda-polui-golfo-do-m%C3%A9xico/a-16627427>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

dos EUA, supervisor do desastre.¹²

Quanto aos aspectos técnicos de perfuração do poço, especialistas informaram que a BP tomou decisões que vislumbraram o corte de custos em matéria de segurança, para obter, em contrapartida, um aumento de seus lucros. Igualmente, as decisões da BP resultaram em um cenário que aumentou os riscos de desastres para economizar tempo e dinheiro. Evidência confirmada pelo fato da empresa não ter implementado um certo tipo de dispositivo de segurança reserva, embora os peritos tivessem recomendado que cada equipamento deveria comportar dois destes se, por alguma eventualidade, ocorresse falhas na ativação de um ou de outro. Procedimento este que é padrão em muitos outros países.¹³ Dan Albers, engenheiro de perfuração, que faz parte de uma investigação independente sobre o desastre, disse que “o equipamento é como uma espécie de pára-quedas, por isso é sempre importante ter uma cópia de segurança.”¹⁴

Em maio 2010, durante o vazamento, a BP estimou que 5.000 barris de petróleo estavam vazando por dia. Já em junho 2010, as estimativas da BP subiram para quase 19.000 por dia. Diferentemente, os cientistas trabalhando sob os auspícios da Pesquisa Geológica dos EUA, estimaram que, na verdade, o fluxo do vazamento do poço poderia estar entre 20.000 e 40.000 barris de petróleo por dia. Com a grande oscilação nas estimativas de vazamento de óleo, a BP logo perdeu a sua credibilidade com o governo federal, estadual e com a opinião pública. No entanto, afrontada com a pressão dos cientistas, revisou suas estimativas para cima. Sem dúvida, a partir de uma imagem pública, do ponto de vista desastre ambiental, a BP enfrentou uma das maiores crises de imagem corporativa conhecida pela humanidade.¹⁵

Ao final do desastre, foi mensurado, que cerca de 5 milhões de barris de petróleo foram lançados ao longo dos 86 dias de vazamento, tornando a DWH o maior derramamento de petróleo

¹² BBC NEWS US E CANADA. **Timeline: BP oil spill**, 2010. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-10656239>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

¹³ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence**. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁴ NEW YORK TIMES. **Regulators Failed to Address Risks in Oil Rig Fail-Safe Device**, 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/06/21/us/21blowout.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 21 abr. 2014.

¹⁵ GRANT, Joseph Karl. **What can we learn from the 2010 BP oil spill?: five important corporate law and life lessons**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1701892>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

offshore na história.¹⁶ Estima-se que a BP capturou apenas 1/5 (um quinto) do vazamento de óleo em sua operação de limpeza, em torno de 800 mil barris. Além disso, os danos ambientais se agravaram, em razão dos dispersantes utilizados para controlar o derramamento que eram potencialmente tóxicos e prejudiciais ao ambiente, deixando uma espessura de resíduo no ambiente marinho.¹⁷

Especialistas projetaram imagens que demonstraram que 7.000 quilômetros de águas e praias foram expostas ao risco,¹⁸ a pesca foi prejudicada por várias temporadas, espécies frágeis extintas e a indústria economicamente arrasada por anos.¹⁹

A pesquisadora da *Universidade de Standford*, Barbara Block, em recente estudo apontou que as consequências danosas do petróleo vazado no Golfo do México persistem. E que, em razão do acidente ter coincidido com a época de reprodução de algumas espécies marinhas, que depositavam ovos na superfície oceânica, o petróleo tem causado anomalias em peixes. O estudo mostrou ainda, que o petróleo age como um fármaco que impede processos-chave nas células cardíacas. Assim, o movimento de contração e descontração do músculo cardíaco é afetado, o que provoca arritmias. Estes problemas cardíacos afetam diretamente a capacidade de natação dos peixes, criando uma mortalidade tardia relacionada ao derramamento. Como a pesquisa confirmou deformidades que já haviam sido registradas, os autores acreditam que peixes-espada, marlins, cavalas e outras espécies também estejam enfrentando o mesmo problema. Além disso, o estudo afirmou que os hidrocarbonetos aromáticos policíclicos derivados do óleo, que são as substâncias que afetam diretamente o coração dos peixes, podem permanecer nos habitats marinhos por muitos anos, ampliando os impactos ambientais do acidente.²⁰

Cumprido ressaltar, neste sentido, que no Golfo existem 8.332 espécies de plantas e animais, incluindo um número substancial de espécies ameaçadas de extinção. E, inconformadamente, não

¹⁶ NEW YORK TIMES. **Gulf oil spill**, 2014. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/o/oil_spills/gulf_of_mexico_2010/index.html>. Acesso em: 21 abr. 2014.

¹⁷ GRANT, Joseph Karl. **What can we learn from the 2010 BP oil spill?**: five important corporate law and life lessons, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1701892>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

¹⁸ DEUTSCHE WELLE. **Petróleo vazado no Golfo do México em 2010 causa anomalias em peixes**. Disponível em: <<http://www.dw.de/petr%C3%B3leo-vazado-no-golfo-do-m%C3%A9xico-em-2010-causa-anomalias-em-peixes/a-17518776>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

¹⁹ NEW YORK TIMES. **Gulf oil spill is bad, but how bad?**, 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/05/04/science/earth/04enviro.html?_r=0>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²⁰ DEUTSCHE WELLE. **Petróleo vazado no Golfo do México em 2010 causa anomalias em peixes**. Disponível em: <<http://www.dw.de/petr%C3%B3leo-vazado-no-golfo-do-m%C3%A9xico-em-2010-causa-anomalias-em-peixes/a-17518776>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

há nenhuma maneira de saber com certeza quais são e/ou serão os efeitos ao longo prazo deste desastre, mas, as pesquisas apontam, que o óleo derramado no passado, como no caso da Exxon Valdez, perfaz impactos remanescentes até mesmo após o decurso de décadas. Estudos mostraram que, no Alasca, as lontras do mar e outras espécies continuam sendo prejudicadas pela exposição ao óleo depositado pelo desastre da Exxon Valdez, mesmo mais de duas décadas depois.²¹

Apesar da tragédia não ter sido causada por um único fator isolado, mas, por uma sequência de falhas, envolvendo diferentes partes, o evento deixou muitas lições a serem aprendidas²² e, destacou, a necessidade de reformas legais significativas com a consideração de circunstâncias e informações como as decorrentes da explosão. Ademais, os doutrinadores norte-americanos sugerem, inclusive, que na exploração *offshore* seja sempre levado em consideração o pior cenário, bem como, seja o projeto proposto analisado de forma robusta pelas agências governamentais e outras partes interessadas, além da agência responsável ter o dever analisar, de forma rigorosa, precisa e imparcial, todos os riscos e danos potenciais identificados.²³

2. O ANTES E O DEPOIS DA LEGISLAÇÃO E ORGANIZAÇÃO NORTE-AMERICANA: O QUE MUDOU COM O DESASTRE AMBIENTAL NO GOLFO DO MÉXICO - DWH

O maior desastre ambiental da história dos Estados Unidos alertou a sociedade e os governos sobre os riscos existentes na atividade. O enorme passivo ambiental e financeiro que o acidente representou, não apenas para as empresas diretamente envolvidas, mas também para o governo, torna evidente que as normas existentes na indústria, referentes à segurança operacional das plataformas e aos procedimentos de fiscalização, devem ser melhorados.²⁴

²¹ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

²² FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

²³ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind**: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

²⁴ FARBER, Daniel A. **Disaster law and emerging issues in Brazil**. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do*

Por esta via, os erros apontados como causadores do desastre foram atribuídos a três fatores principais: (1) erro humano e falha dos equipamentos na unidade de perfuração *offshore* DWH da BP; (2) falha do governo dos EUA para atribuir e permitir, recursos para ajudar na contenção do derramamento de óleo, e (3) desinformação disseminada pela mídia a respeito da quantidade e localização da poluição por petróleo na água e nas praias do Golfo do México.²⁵

Farber, em seu recente artigo apontou que dentre as principais causas do desastre: i) erros claros feitos em primeira instância pela BP, Halliburton e Transocean, e ii) imprudência dos funcionários do governo que, confiando nas afirmações dúbias da indústria sobre a segurança de suas operações, e assim, não conseguiram criar e aplicar um programa de regulamentação supervisão que teriam devidamente minimizados os riscos de perfuração em águas profundas.²⁶

Joseph Grant, em sua abordagem acerca do que podemos aprender com o desastre, mencionou que em 2004 e 2009, o *Department of the Interior Minerals Management Service-MMS* advertiu aos operadores da plataforma de petróleo que era necessário instalar sistemas de *backup* para controlar as válvulas subaquáticas, conhecidas como “*blowout preventers*”, que são usados para cortar o fluxo de óleo de um poço em caso de emergência. Entretanto, a MMS, contou apenas com a garantia de que a indústria o faria, mas nunca se assegurou a existência e segurança das mesmas, mesmo com os alertas dos registros da agência, que computavam que de 2001 a 2007, haviam ocorrido 1.443 acidentes graves de perfuração em operações *offshore*, ocasionando 41 mortes, 302 lesões e 356 derramamentos de petróleo. Apesar deste histórico horrível, a MMS continuou permitindo esta situação, afirmando que os melhores técnicos trabalhavam para a indústria e não para o governo. Grant assim afirma que, “neste momento, os serviços minerais estão prejudicados por esta dependência da indústria e por um clima de indulgência regulamentar.”²⁷

Por outro lado, no histórico do empreendimento, à época de sua autorização, a MMS foi a responsável por assegurar que o *National Environmental Policy Act- NEPA* seria devidamente

direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 4, n. 1, jan./jul., 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

²⁵ SMITH, Lawrence C.; SMITH, Murphy e ASHCROFT, Paul. **Analysis of environmental and economic damages from British Petroleum’s Deepwater Horizon oil spill**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1653078>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

²⁶ FARBER, Daniel A. **Lessons from the BP Oil Spill**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 6, n. 3, out./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.01>>. Acesso em: 26 jan.. 2015.

²⁷ GRANT, Joseph Karl. **What can we learn from the 2010 BP oil spill?: five important corporate law and life lessons**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1701892>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

aplicado nas atividades de perfuração *offshore*. Entretanto, na Avaliação Ambiental, ela afirmou que o plano era categoricamente passível de exclusão do NEPA, pois o perigo de uma explosão ou o potencial de dano ambiental era mínimo ou até mesmo inexistente. Logo, as exigências técnicas na implementação ficaram muito aquém dos requisitos legais existentes, justamente por não considerar e planejar a atividade para o pior cenário, e por, indevidamente, realizar exclusões categóricas²⁸ de análises em camadas de potenciais efeitos ambientais.²⁹

Para clarificar, estas exclusões existem, pois o NEPA ao criar o *Council on Environmental Quality* – CEQ, o autorizou a desenvolver regulamentos sobre o cumprimento do NEPA. Assim, o CEQ criou conjunto de regulamentos que se aplicam a todas as agências federais, dentre os quais autorizam as agências a preparar os seus próprios procedimentos específicos do NEPA. Sendo obrigadas a identificar e estabelecer critérios para três categorias de ações: 1) ações que são categoricamente excluídas do estudo ambiental - isenção de avaliação ambiental destinada a acautelar projetos menores; 2) ações que exigem a elaboração de uma *Environmental Assessment* - EA, que é uma análise concisa utilizada para determinar se um EIA mais completo é necessário; e 3) ações que exigem preparação de um *Environmental Impact Statement* - EIS. EAs são seguidas por um EIS ou uma conclusão da inexistência de significativo impacto, o que explicaria o fato da atividade não possuir alto risco de desencadear um significativo efeito sobre o meio ambiente.³⁰

Neste sentido, a agência simplesmente aceitou, sem qualquer avaliação ou verificação, as afirmações dúbias da BP de que: i) as condições ambientais específicas do local foram levadas em conta para as atividades propostas e não haviam impactos esperados como resultado dessas condições; ii) devido à distância da costa (48 milhas) e a capacidade de resposta, não eram esperados significativos efeitos sobre as zonas úmidas; iii) seria pouco provável um impacto decorrente de um vazamento por uma ruptura inesperada, haja vista a existência de diversos equipamentos e tecnologias na indústria, com comprovada experiência em resposta de emergência; iv) em caso de derramamento, apenas efeitos "sub-letais" sobre os peixes e

²⁸ Exclusões categóricas são prerrogativas da legislação ambiental norte-americana atinente a avaliação dos possíveis riscos que a atividade a ser desenvolvida representa. Neste caso, não apresentando graves riscos o processo de licenciamento é simplificado, ao contrário, apresentando a realização dos estudos de impacto ambiental tende a ser mais rigorosa e abrangente.

²⁹ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

³⁰ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

mamíferos marinhos ocorreriam, sendo que não haveriam impactos negativos significativos nas praias da região, zonas úmidas e nidificação de aves costeiras. Ou seja, a empresa, observou que a atividade não continha qualquer possibilidade de risco para um cenário de desastre em potencial.³¹ E que, por conta disso, era desnecessária a realização de estudos mais aprofundados sobre remotos riscos de danos ambientais.

Ademais, ao descrever os riscos para tartarugas marinhas, pesca e mamíferos marinhos, a avaliação dos riscos precisaria estar associada a magnitude e a frequência dos acidentes, a capacidade de resposta, o local e a data dos acidentes, bem como, a vários outros fatores meteorológicos e hidrológicos. Assim, ao avaliar os riscos que a atividade traria para a vida selvagem e às espécies ameaçadas de extinção, a MMS concluiu que as chances do projeto de perfuração prejudicar tais habitats eram "baixas", com base no pressuposto de que se ocorresse um vazamento este iria despejar apenas 1.000 a 15.000 barris de petróleo para a Golfo.³²

Rick Steiner, professor aposentado de ciência marinha da Universidade do Alasca, que ajudou a liderar a resposta científica para o desastre Valdez, declarou que "este plano de resposta não vale o papel em que está escrito. Por incrível que pareça, este documento volumoso nunca discutiu como parar uma ruptura em águas profundas." Consequentemente, concluiu que a MMS emitiu exclusões categóricas para a BP, mesmo quando não tinha as autorizações necessárias para proteger espécies ameaçadas de extinção.³³

Timothy L. Dickinson, professor de direito internacional na *Michigan Law School*, declarou que numa análise preliminar do desastre, realizada por cientistas de um grupo de estudos independentes, concluiu-se que a MMS não conseguiu impor uma série de leis ambientais, incluindo a *Clean Water Act*. Em outros versos, a MMS e a BP não estavam dispostas a tomar as medidas regulamentares que poderiam ter evitado o incidente.³⁴

³¹ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout.** *Journal of Energy and Environmental Law*, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

³² FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence.** California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

³³ DICKINSON, Timothy L. **The spill, the scandal and the president**, 2010. *Rolling Stone Politics*. Disponível em: <<http://www.rollingstone.com/politics/news/the-spill-the-scandal-and-the-president-20100608page=3#ixzz300bdaFL9>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

³⁴ DICKINSON, Timothy L. **The spill, the scandal and the president**, 2010. *Rolling Stone Politics*. Disponível em: <<http://www.rollingstone.com/politics/news/the-spill-the-scandal-and-the-president-20100608page=3#ixzz300bdaFL9>>.

Neste mesmo sentido, o relatório final da *Oil Spill Commission* apontou que as principais causas do acidente decorreram da imprudência da BP, visando a redução de custos nas operações da plataforma, e da fragilidade institucional dos órgãos responsáveis pela garantia da segurança operacional nos Estados Unidos.³⁵

Em relação à fragilidade institucional, foi ressaltada a sobreposição de funções nas instituições americanas, uma vez que o papel normativo era atribuído tanto a MMS quanto a *American Petroleum Institute* - API. Além disso, o pequeno número de agentes de fiscalização em relação ao número de plataformas a serem inspecionadas sobrecarregou o trabalho e implicou na ineficácia do serviço de fiscalização. Neste sentido, o relatório apontou a falta de recursos financeiros da MMS e, em paralelo, a falta de apoio político para o estabelecimento e aplicabilidade de novas normas.³⁶

“Se a MMS tivesse tido um olhar mais duro para os potenciais riscos de danos da atividade da BP, pode ser que o plano da DWH não teria sido aprovado,” declararam Zellmer e Glicksman. Assim, desde a explosão da DWH, o poder executivo tem tomado medidas para resolver os problemas internos. Inicialmente, foi criado o *Bureau of Ocean Energy Management-BOEM*³⁷ e algumas das funções anteriormente detidas pela MMS foram divididas. Anteriormente, a MMS possuía três tarefas: i) era encarregada de promover o desenvolvimento da exploração de petróleo no mar; ii) era uma cobradora de receitas; e iii) supervisora de segurança das operações de perfuração.³⁸ Todavia, a agência deu pouca atenção à sua missão de segurança. A implementação de mecanismos para manter o foco no núcleo da missão estatutária e assegurar a supervisão constante poderiam ter ajudado a prevenir as falhas regulatórias que aconteceram.

Deste todo modo, é possível apontar que o desastre da DWH teve como consequência um

300bdaFL9>.Acesso em: 26 abr. 2014.

³⁵ INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em:<<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>.Acesso em: 17 abr. 2014.

³⁶ INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em:<<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>.Acesso em: 17 abr. 2014.

³⁷ BUREAU OF OCEAN ENERGY MANAGEMENT – BOEM é o órgão norte-americano responsável pela gestão responsável ambiental e econômica dos recursos *offshore* do país. Suas funções incluem *leasing* no exterior, avaliação de recursos, análise e administração de planos de exploração e desenvolvimento de petróleo e gás, o desenvolvimento de energias renováveis, análise Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (NEPA) e estudos ambientais. Explicação disponível em:<<http://www.boemre.gov/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

³⁸ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. *Journal of Energy and Environmental Law*, 2011. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1760425>>.Acesso em: 17 abr. 2014.

novo nível de exigência de segurança operacional para a indústria da exploração e produção *offshore* de petróleo. Logo, para garantir este novo patamar de segurança, importantes mudanças no arcabouço institucional serão necessárias. Estas mudanças e este maior nível de segurança terão impactos relevantes sobre os custos do setor. Desta forma, é importante uma reflexão dos agentes e do governo não apenas sobre nível de segurança desejado, mas também sobre as implicações referentes aos níveis de custos possíveis de serem absorvidos pela indústria e pela sociedade.³⁹

Poucas semanas depois da explosão, o presidente Barack Obama nomeou uma comissão independente *National DWH Commission* a fim de descobrir o que deu errado e que medidas poderiam ser tomadas para reduzir o risco de um novo desastre como este.⁴⁰ Em março de 2011, em resposta à recomendação da *National DWH Commission*, foi criado por líderes da indústria o *Center for Offshore Safety-COS*. Neste mesmo ano, o *Bureau of Ocean Energy Management, Regulation and Enforcement* - BOEMRE, anteriormente denominada de MMS, foi substituído pelo BOEMRE e *Bureau of Safety and Environmental Enforcement* – BSEE, como parte de uma grande reorganização.⁴¹

Neste sentido, o COS foi nomeado como a organização da indústria patrocinada e focada exclusivamente em segurança *offshore* em águas profundas no (lâmina d'água > 1000 pés) Golfo do México. O centro hoje atende à indústria de petróleo e gás *offshore* dos Estados Unidos com o objetivo de adotar padrões de excelência para garantir a melhoria contínua da segurança e integridade operacional *offshore*. Também, é responsável por prestar assistência às empresas associadas para a sua implementação dos programas de segurança *offshore*; garantir que os auditores do programa cumpram os objetivos do programa; compilar e analisar o desempenho de segurança da indústria; coordenar as funções destinadas a facilitar a partilha e aprendizagem; identificar e promover oportunidades para a indústria para melhoria e desenvolvimento contínuo de programas de extensão para facilitar a comunicação das partes externas interessadas com o

³⁹ AMERICAN PETROLEUM INSTITUTE. Oil & natural gas overview. **Exploration and production**. Disponível em: <<http://www.api.org/oil-and-natural-gas-overview/exploration-and-production/offshore>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁴⁰ BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BPGulf oil spill**, 2013. Disponível em: <<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁴¹ Explicação encontrada em **BUREAU of Ocean Energy Management, Regulation and Enforcement**. Disponível em: <<http://www.boemre.gov/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

governo.⁴² O centro deve, como missão promover o mais alto nível de segurança para perfuração *offshore*, por meio da liderança eficaz de sistemas de gestão que abordam a comunicação do trabalho em equipe, independentemente, de auditorias de terceiros.⁴³

O BSEE ficou responsável pela segurança e fiscalização ambiental das operações de petróleo e gás *offshore*, incluindo o licenciamento e a inspeção das operações. As suas funções incluem: o desenvolvimento e a execução das normas de segurança e ambientais, as inspeções, os programas de regulamentação no exterior, as respostas aos vazamentos de óleo e os programas de conformidade ambiental.⁴⁴ Como metas estratégicas, podem ser citadas: i) "regular, fazer cumprir e responder" a OCS, usando uma "ampla gama de autoridades, políticas e ferramentas para obrigar a segurança"; e ii) a construção de "capacidade intelectual" dentro do BSEE para manter o ritmo com os avanços tecnológicos do setor, inovar a regulação e fiscalização, reduzir o risco de operações *offshore* através de "avaliação sistêmica" e ações regulatórias.⁴⁵ Ressalta-se que a missão do COS é diferente da missão da BSEE. O COS é um centro de aprendizagem que promove a contínua melhoria da segurança no mar e que restaura a confiança do público na indústria *offshore*. Estas duas entidades passaram a constituir os dois pilares do sistema regulamentar de segurança *offshore* norte-americana.⁴⁶

O BOEM ficou responsável pelo desenvolvimento da gestão ambiental e econômica nos recursos *offshore* do país. Suas funções incluem: arrendamento no mar, avaliação de recursos, análise e administração de planos de exploração e desenvolvimento de petróleo e gás, o desenvolvimento de energias renováveis, análise da NEPA e estudos ambientais.⁴⁷

Ainda, na tentativa de prevenir a ocorrência de futuros desastres, desde a explosão do DWH, o governo norte-americanotambém começou a explorar as possíveis mudanças no uso das

⁴² CENTER FOR OFFSHORE SAFETY. **About the Center for Offshore Safety**, 2013. Disponível em: <<http://www.centerforoffshoresafety.org/about.html>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴³ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster: business as usual or sea change?**. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁴ Explicação encontrada em **BUREAU of Ocean Energy Management, Regulation and Enforcement**. Disponível em: <<http://www.boemre.gov/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁴⁵ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster: business as usual or sea change?**. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁶ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster: business as usual or sea change?**. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁷ BUREAU OF OCEAN ENERGY MANAGEMENT – BOEM é o órgão norte-americano responsável pela gestão responsável ambiental e econômica dos recursos *offshore* do país. Suas funções incluem *leasing* no exterior, avaliação de recursos, análise e administração de planos de exploração e desenvolvimento de petróleo e gás, o desenvolvimento de energias renováveis, análise Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (NEPA) e estudos ambientais. Explicação disponível em: <<http://www.boemre.gov/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

exclusões categóricas nas atividades de exploração do petróleo e gás. O Relatório do CEQ⁴⁸ recomendou o BOEM rever a utilização das exclusões categóricas para exploração de petróleo e gás, tendo em vista os níveis crescentes de complexidade, risco e os potenciais impactos ambientais associados a perfuração em águas profundas.⁴⁹

Vários meses após o desastre, o CEQ emitiu orientações sobre as aplicações das exclusões categóricas. A orientação da CEQ incluiu alterações dignas que confinam as exclusões categóricas à circunstâncias estreitas: propostas que não tenham nenhuma perspectiva de criação de efeitos significativos no ambiente e nos casos em que avaliação ambiental não daria nenhuma informação útil. A orientação prevê também que as agências, considerando uma nova exclusão, devem reunir e avaliar as informações e emitir resultados para apoiar qualquer conclusão de que as atividades excluídas não resultarão, de forma individual ou cumulativamente, em efeitos ambientais significativos. Assim, as agências devem documentar aplicações de exclusões categóricas semelhantes existentes e fornecer uma análise de suporte dos motivos pelos quais a exclusão não é barrada por circunstâncias extraordinárias. Inclusive, as agências devem rever periodicamente exclusões existentes para garantir que as previsões dos efeitos ambientais mínimos, em que foram baseados, não mudaram, de modo a exigir a revogação ou limitações sobre as exclusões, e que circunstâncias extraordinárias não previstas não ocorreram em relação aos projetos. Todas estas revisões devem ajudar a evitar aplicações equivocadas de exclusões categóricas como no caso da DWH em que a MS erroneamente as aprovou.⁵⁰

De fato, a orientação reconheceu que as agências federais raramente informam ao público das exclusões categóricas, observando que estas são algumas das circunstâncias em que o público pode ser capaz de fornecer a agência informações valiosas, como quando uma proposta envolve circunstâncias extraordinárias ou impactos potencialmente significativos e cumulativos que possam ajudar a agência a decidir se irá ou não aplicar uma exclusão categórica. Logo, o

⁴⁸ COUNCIL ON ENVIRONMENTAL QUALITY – CEQ é o Conselho de Qualidade Ambiental (CEQ) que coordena os esforços ambientais federais e trabalha em estreita colaboração com as agências e outros escritórios da Casa Branca para o desenvolvimento de políticas e iniciativas ambientais. O CEQ foi estabelecido dentro do Escritório Executivo do Presidente pelo Congresso como parte da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente de 1969 (NEPA) e as responsabilidades adicionais foram fornecidas pela Lei de Melhoria da Qualidade Ambiental de 1970. Explicação disponível em White House. CEQ. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/administration/eop/ceq/about>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁴⁹ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. Journal of Energy and Environmental Law, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁵⁰ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. Journal of Energy and Environmental Law, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

engajamento público deve ser a regra e não a exceção. A posição padrão deve exigir das agências notificar e buscar a interferência pública na aplicação ou não de uma exclusão categórica, tendo a agência o ônus de justificar sua ação. Em todo o caso, o BOEM deve, em sua rotina, acrescentar os comentários do público quando da solicitação de alguma atividade de perfuração. A orientação também previu, que agência deve considerar as informações e registros de outras agências com experiência na exclusão categórica proposta.⁵¹

Com relação às propostas para corrigir os problemas identificados, a *Oil Spill Commission* apresentou duas recomendações: i) a formação de uma entidade independente, gerida pelas principais empresas do setor, visando à adoção de práticas de segurança em comum e ii) a sofisticação do aparato institucional e normativo do país. Neste aspecto, é importante observar que as medidas propostas apontam para a aplicação de normas direcionadas para as atividades que envolvem a perfuração e operação de poços, pois foi onde o acidente da BP teve sua origem, sendo este também a fase mais arriscada da atividade.⁵²

Relatórios apontam que mesmo após decorrido três anos do desastre, o Golfo continua lutando contra os danos sofridos, enquanto as atividades de perfuração *offshore* avançam. Neste período, o Congresso aprovou uma legislação *RESTORE Act*, que está diretamente ligada ao desastre da BP, cujo objetivo visa à reconstrução da região. Segundo essa lei, 80% (oitenta por cento) das multas BP pagas nos termos da *Clean Water Act* irão para projetos de restauração ambiental e econômico da região do Golfo.⁵³

Em outubro 2010, o BSEE implementou novas regras de segurança que se baseiam em lições aprendidas com o desastre da BP.⁵⁴ Esta regra denominada de *Safety and Environmental Management Systems II* - SEMS, ampliou a regra original SEMS, também conhecida como a regra de segurança do trabalho, que foi emitida a fim de proporcionar maior proteção dos operadores e

⁵¹ ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout**. Journal of Energy and Environmental Law, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁵² INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em: <<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

⁵³ BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BPGulf oil spill**, 2013. Disponível em: <<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵⁴ BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BPGulf oil spill**, 2013. Disponível em: <<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

empregados em formação, capacitar pessoal de nível de campo com as decisões de gestão de segurança e reforçar os procedimentos de auditorias, obrigando que estes sejam concluídos por terceiros independentes. A regra tornou obrigatórias as práticas do *API Recommended Practice 75* - RP 75. A regra final SEMS II, que entrou em vigor em 15 de novembro de 2010, expande, revisa, e acrescenta várias novas exigências. Contudo, os operadores tinham até 4 de junho de 2014 para estar em conformidade com as disposições da Regra SEMS II, com exceção dos requisitos de auditoria. Ademais, todas as auditorias SEMS devem estar em conformidade com a Regra de SEMS II até 4 de Junho de 2015.⁵⁵

Apesar desta alteração, após o desastre DWH, existem apelos para uma reforma legislativa mais abrangente. O Congresso norte-americano, até o momento, não tomou nenhuma outra medida para que as perfurações *offshore* sejam mais seguras.⁵⁶ Inclusive, levando-se em consideração que outra fonte de vida marinha insubstituível, o Oceano Ártico, está na mira da indústria do petróleo.⁵⁷

Frente a este cenário, é mister sejam trazidos à discussão quais são os pareceres publicados recentemente pelos profissionais da área, em vista das alterações do sistema normativo norte-americano, objetivando fortalecer o procedimento regulatório e, conseqüente, tornar o processo mais seguro, gerindo os desastres ambientais no setor petrolífero.

3. APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS NORTE-AMERICANOS

As publicações dos autores norte-americanos apontam, em suma, que ainda há a necessidade de uma ampla revisão legal e organizacional para antecipar e prevenir outros tipos de catástrofes, bem como ser sempre essencial uma rotina de revisão para evitar a estagnação da regulamentação no futuro.⁵⁸ Jacqueline Weaver menciona que a infrequência dos acidentes gera a

⁵⁵ BSEE. **Safety and Environmental Management Systems**– SEMS.SEMS II. Disponível em:<<http://www.bsee.gov/BSEE-Newsroom/BSEE-Fact-Sheet/SEMS-II-Fact-Sheet/>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵⁶ BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BP Gulf oil spill**, 2013. Disponível em:<<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵⁷ BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BP Gulf oil spill**, 2013. Disponível em:<<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

⁵⁸ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence**. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em:

estagnação dos reguladores no aprimoramento técnico e legal, o qual se traduz como uma forma de complacência e, por esta via; é uma forma de negligência. Neste sentido, os reguladores da indústria devem elaborar procedimentos operacionais que protejam contra a complacência, a fim de manter a indústria sempre no limite do possível. Uma gestão eficaz de segurança sistêmica pode fornecer este limite, mas, somente se os procedimentos do plano são realmente praticados por trabalhadores em todos os níveis, situação que deve ser monitorada pelos reguladores para seu fiel cumprimento.⁵⁹ Na visão de Nancy Leveson, todos os sistemas complexos migram para estados de alto risco, conforme o tempo passa, as pessoas diminuem suas estimativas de quão arriscado é uma operação, reduzindo as estimativas da probabilidade de ocorrer um acidente. No entanto, os riscos vão provavelmente aumentando em vez de diminuir, com a complacência como um fator conjunto.⁶⁰

Em sentido semelhante, os autores do *Regulatory Blowout* entendem que o Congresso deve providenciar estudos de investigação de acidentes, coleta de informações em outras indústrias de alto risco que envolva sistemas complexos, tais como companhias aéreas e de energia nuclear, para desenvolver um programa que maximize a oportunidade de aprendizagem e melhoria contínua.⁶¹ Logo, as agências devem financiar e dispor de pessoal suficiente com competência técnica para supervisionar as atividades. Sem financiamento adequado, a agência não pode realizar as funções importantes que lhes são atribuídas, tais como: planejar e regular as atividades de perfuração de petróleo, bem como monitorar e aplicar medidas de segurança para proteger a saúde pública e meio ambiente.⁶²

Assim, a análise eficaz e a disseminação das informações sobre acidentes pode fornecer tanto à indústria quanto para os reguladores a oportunidade de observar padrões e desenvolver

15 abr. 2014.

⁵⁹ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁶⁰ LEVESON, Nancy G. **Engineering a safer world**: systems thinking applied to safety, 2011. Disponível em: <http://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/free_download/9780262016629_Engineering_a_Safer_World.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁶¹ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁶² FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

respostas eficazes. Isso pode ajudar a evitar novos acidentes por falha de equipamentos ou erros humanos, em que os riscos poderiam fornecer as informações sobre os padrões quem erem a execução de um monitoramento mais intensificado envolvendo *players* reincidentes e reguladores.⁶³

Na sequência, o Congresso deve garantir que seja realizada uma contínua e sistemática avaliação das lições aprendidas e medidas alternativas de regulamentação e técnica que se mostraram eficazes em outros lugares. Com maior atenção para as abordagens regulatórias de outros países, os comitês de supervisão poderiam garantir não só a segurança dos EUA e da regulamentação ambiental, mas também que as taxas de *royalties* e outros aspectos do sistema de *leasing* do óleo sejam adequados. Estas fontes adicionais de experiências e informações podem também ajudar a aumentar o conhecimento dos reguladores norte-americanos sobre as práticas da indústria e tecnologias disponíveis, área esta que tem se demonstrado frágil e, de forma generalizada, na MMS durante os anos que antecederam o derramamento de óleo da BP.⁶⁴

Além disso, o Congresso deveria condicionar a autoridade da agência para aprovar a exploração e planos de desenvolvimento sobre a apresentação, por parte da indústria, de dados e análises adequadas, para demonstrar a segurança da atividade proposta e a adequação do plano de resposta de vazamento. Ao fazer isso, o Congresso deveria exigir das agências que estas condicionem as aprovações a dois aspectos quanto, a capacidade de resposta em caso de vazamento: 1) o nível de capacidade de resposta ao vazamento e 2) o nível de certeza de que as tecnologias identificadas podem realmente alcançar uma resposta eficaz em caso de vazamento.

⁶⁵ No que diz respeito ao nível da capacidade de resposta ao vazamento, o Congresso deve exigir da agência a definição de padrões de resposta a derrames baseada em avaliações de peritos sobre

⁶³ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁶⁴ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁶⁵ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

o nível de mitigação necessário para evitar que piores impactos ambientais negativos ocorram. Os locatários devem ser obrigados a demonstrar que os seus equipamentos e procedimentos são adequados para cumprimento dessas normas, e que o equipamento e pessoal necessário estão disponíveis para responder uma ocorrência. Caso não existam tecnologias ou técnicas de operação para se proteger contra um risco conhecido e significativo, a aprovação para prosseguir com a atividade deve ser suspensa até que tais tecnologias ou técnicas sejam desenvolvidas e estejam disponíveis.⁶⁶

Devido à excessiva e ampla aplicação das exclusões categóricas, muitas atividades, que representam sérios riscos ambientais, são aprovadas e implementadas sem qualquer consideração de suas possíveis consequências adversas. Além disso, o abuso das exclusões categóricas no processo permite que essas ações prossigam sem a participação pública porque as agências às vezes não conseguem fornecer um aviso público antes da concessão destas. Para tanto, é preciso fortalecer o processo de exclusão categórica e não ignorar os riscos de baixa probabilidade de danos catastróficos.⁶⁷ Da mesma forma, o Congresso descontando os riscos desta magnitude para habitats ou espécies ameaçadas ou em perigo de extinção, sua atuação está sendo contrária em relação à intenção da *Endangered Species Act* -ESA⁶⁸ que visa fornecer um alto nível de proteção a essas espécies. Logo, as agências devem realizar uma melhor avaliação dos riscos, contando com a ESA, para atuar com base nas melhores informações científicas disponíveis. Além disso, os profissionais podem exigir que a agência use todas as informações disponíveis para fornecer uma análise dos possíveis resultados de risco em relação a atividade proposta, incluindo as consequências devastadoras que um risco de probabilidade relativamente baixa poderia vir a gerar.

⁶⁶ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁶⁷ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁶⁸ **Endangered Species Act** - é a lei de Espécies Ameaçadas dos EUA que visa proteger das atividades humanas os animais e plantas que estão em perigo de extinção, bem os ecossistemas dos quais estas dependem. Fonte: FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

Assim, a ESA forneceria a sua própria base regulamentar para exigir uma análise do pior caso para ações que geram risco para as espécies listadas e seu *habitat*. Além disso, devem ser revistos, de forma significativa, os regulamentos que regem o processo de consulta, a fim de melhor mensurar os tipos dos riscos de baixa probabilidade que acompanham a perfuração em águas profundas.⁶⁹

No entanto, a combinação de muitas atividades com uma baixa probabilidade de danos graves, invariavelmente, leva mais tempo para uma probabilidade global de tais danos ocorrer (por exemplo, uma atividade que traz a chance de 1/100 de causar um acidente grave é praticamente certo que causará um acidente se a atividade for repetida por 100 vezes). Apesar deste fato, os serviços nunca tentam agregar um risco total para as espécies “listadas” (ameaças de extinção). Como resultado, os serviços acabam ignorando cada vez mais os riscos para as espécies que um evento grave ou catastrófico, como um derramamento de óleo maciço significa. Assim, a reforma proposta é a de garantir que os serviços agregados considerem os impactos dos riscos com baixas probabilidades de danos graves.⁷⁰

Outra sugestão apontada é a de exigir dos empreendedores garantias financeiras antes de qualquer perfuração, assim, o Congresso garantiria que estes avaliassem cuidadosamente os riscos associados às propostas atividades, incluindo cenários de pior caso. Tal exigência criaria um adiantado preço associado aos planos de perfuração de maior risco. Este, por sua vez, resultaria num incentivo adicional para as empresas para reduzir o seu risco, seguindo um plano de seguro e o desenvolvimento de novas tecnologias de segurança com capacidade de resposta em caso de derrames.⁷¹

As principais mudanças traçadas, até o momento, na administração norte-americana,

⁶⁹ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁷⁰ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

⁷¹ FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout**: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

segundo os autores mencionados foram: 1.A MMS foi reorganizada e agora o BSEE possui o foco exclusivo na regulamentação da segurança e meio ambiente na indústria *offshore*. No entanto, ele não é independente de qualquer política do Congresso ou executivo.2. Dois grandes *rulemakings* por BSEE resultou em dois novos regulamentos no mar: (a) a regra de segurança de perfuração, em grande parte prescritiva, que requer aos operadores de ter, nomeadamente, duas barreiras para evitar explosões durante a perfuração, o acesso para nivelamento e contenção de sistemas e planos de perfuração, certificados por um profissional engenheiro; e (b) a SEMS I e II que regem os processos de segurança que os operadores devem seguir para trabalhar em ambiente *offshore*. 3. A API criou o COS -*Center for Offshore Safety* - sob sua unidade de normas técnicas como ANSI-*American National Standards Institute*. O COS está focado na criação de ferramentas para auditorias SEMS e em certificar as empresas de auditoria que irão avaliar se os operadores estão realmente cumprindo os programas SEMS e que estão prontos para mostrar ao BSEE caso solicitado. COS desenvolveu protocolos de auditoria que lhe permitem montar um banco de dados valioso a ser usado para melhoria contínua das práticas de segurança *offshore*.4. Uma vastidão de relatórios de diversos grupos de peritos (incluindo braços da *National Academies of Science*, reguladores de *offshore* e associações da indústria em outras jurisdições, API's Joint Industry Task Forces, Chemical Safety Board's e várias instituições acadêmicas e comissões especiais) criaram um corpo monumental de pesquisa sobre as práticas de segurança que podem ser usados para avaliar o regime regulatório dos EUA e traçar um mapa do caminho que ainda precisa ser feito.⁷²

No entanto, a adoção de um sistema de gestão de segurança no papel não garante que ele será aplicado de modo adequado. Na avaliação de Hopkins, *apud* Levenson “existem deficiências graves que ainda permanecem no regime norte-americano.”⁷³

Farber menciona que, regulamentos que visem a segurança das operações são especialmente difíceis quando uma indústria está usando uma tecnologia de ponta, exigindo grande experiência para entender os processos. Garantir a segurança através de modalidades e frequente inspeção é susceptível de ser ineficaz, quando a indústria é grande, os orçamentos de

⁷² WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁷³ HOPKINS, Andrew. Disastrous decisions: the human and organizational causes of the gulf of mexico blowout. *Apud* WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

regulação são limitados, e a relevante especialização é majoritariamente detida pela indústria. No entanto, a indústria tende a não se auto-regular. Tudo isso demonstrou-se ser verdadeiro na prática com o desastre do Golfo do México. 'Uma abordagem regulamentar exigiria claramente um grande investimento de recursos para manter uma grande equipe de peritos e inspetores do governo, o que não parece estar disponível no momento.'⁷⁴

De tal modo, ainda há muito a ser feito para fortalecer o BSEE, a nova agência que regulará segurança no mar. A BSEE está longe de ser um regulador de classe mundial. Neste sentido, pode-se dizer que poucas mudanças ocorreram no governo, com uma exceção: dentre os objetivos estratégicos do BSEE até 2015, há o reconhecimento de que uma reconstrução total de sua capacidade humana e de gestão de sistemas informações deve estar por vir.⁷⁵

4. PROBLEMAS JÁ DIAGNOSTICADOS NA EXPLORAÇÃO *OFFSHORE* DO PETRÓLEO NO BRASIL

A partir da análise do *hard case* norte-americano, passa-se a esboçar, quais as lições que o Brasil deve aprender com o desastre da BP, inclusive considerando que, conforme relatado no primeiro capítulo, o nosso país concentra quase a metade de sua fonte de energia no petróleo, sendo que 90% deste, atualmente, é extraído em campos de exploração *offshore*.

De mais a mais, como sabido, o Brasil também sofreu um grande derrame de petróleo, em 07 de novembro de 2011, quando um aumento da pressão ocorreu durante a perfuração de um poço exploratório em uma profundidade de 1.000 metros, há cerca de 120 quilômetros da costa.⁷⁶ Embora o poço da Chevron tenha sido imediatamente selado, o vazamento começou nas proximidades a partir do fundo do mar e continuou durante quatro dias. Ao final, estimou-se que 2,4 mil barris de petróleo foram lançados em águas ao longo da costa do Rio de Janeiro.⁷⁷ Há, inclusive, fortes suspeitas, que a Chevron estava tentando, indevidamente, alcançar a camada pré-

⁷⁴ FARBER, Daniel A. **Lessons from the BP Oil Spill**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 6, n. 3, out./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.01>>. Acesso em: 26 jan.. 2015.

⁷⁵ WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster: business as usual or sea change?**. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁷⁶ CHEVRON. **Frade Response – Background**, 2011. Disponível em: <<http://www.chevron.com/fraderesponse/background/>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁷⁷ REUTERS. **Chevron, Transocean in \$11 billion Brazil oil suit**, 2011. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2011/12/15/us-chevron-transocean-idUSTRE7BE03B20111215>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

sal do campo de Frade, quando a inesperada pressão do campo ocasionou o desastre.⁷⁸

Neste íterim, o promotor federal, responsável pelo ajuizamento da Ação Civil Pública, alegou que "a Chevron e a Transocean não foram capazes de controlar os danos causados pelo vazamento" e que haviam "evidências de falta de planejamento e gestão ambiental por parte das empresas".⁷⁹

Neste sentido:

Como também aconteceu com o acidente de Fukushima, derramamentos de óleo podem ser em algum sentido acidental, mas também podem refletir falhas organizacionais e regulamentares. Danos ao ambiente decorrentes destes acidentes não são simplesmente um evento aleatório, mas um reflexo de falhas por sociedade para mitigar os riscos de forma adequada.⁸⁰ (tradução nossa)

Esta é uma evidência das consequências que a falta de planejamento e gestão ambiental por parte das empresas pode ocasionar. Acrescido a isso, cumpre ser relevante mencionar que, em relação a exploração *offshore* do petróleo na camada do pré-sal (águas ultraprofundas), onde pouco se sabe, torna-se essencial trazer esta discussão ao presente trabalho. O desconhecimento deve ser acrescido como um fator de risco, pois não se sabe ao certo as possíveis e reais consequências desta extração ultraprofunda, bem como os efeitos de um vazamento desta magnitude.

No campo de Tupi, por exemplo, onde ocorre a exploração na camada do pré-sal, o campo se encontra a 300 quilômetros do litoral, numa profundidade de 7.000 metros e sob 2.000 metros de sal.⁸¹

⁷⁸ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **PF investiga se Chevron tentou atingir pré-sal ao perfurar poço que vazou**, 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/503543-pf-investiga-se-chevron-tentou-atingir-pre-sal-ao-perfurar-poco-que-vazou>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁷⁹ CHEVRON. **Frade Response – Background**, 2012. Disponível em: <<http://www.chevron.com/fraderesponse/background/>> Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸⁰ FARBER, Daniel A. **Disaster law and emerging issues in Brazil**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 4, n. 1, jan./jul., 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸¹ Niemeyer observa, neste caso, que: [...] em geral, as medidas de prevenção para o pré-sal são as mesmas adotadas em outros tipos de exploração com perfuração, só que neste caso as águas são mais profundas, com alta pressão e temperaturas mais elevadas, o que eleva os riscos exploratórios. Isto significa custos mais altos e cuidados extras para desenhar e estruturar poços e desenvolver os planos de perfuração. Por si só, a exploração de petróleo é uma atividade repleta de riscos. Requer tarefas perigosas, como perfurar rochas em regiões ultraprofundas, enfrentar pressões altíssimas e manipular volumes gigantescos de gás. Com o pré-sal, é importante considerar que como o material que é encontrado durante a perfuração ainda é desconhecido, as características do petróleo podem ser diferentes de poço para poço, variando conforme diversos fatores. As características deste petróleo podem variar e muito, uma vez que as condições nas quais foi sintetizado, em áreas mais profundas do solo do fundo do mar, lhe atribuíram particularidades bem específicas, que não sabemos até onde se estendem. Os equipamentos de exploração de petróleo usados até o momento são dimensionados para características conhecidas. Mas o material pode ser mais ácido, com densidade mista ou até abrasiva, altamente volátil, com uma grande quantidade de gases acumulados. Pode, ainda, estar disposto sob altíssima pressão, que as máquinas e mangueiras podem não suportar. A prevenção, assim, é a melhor forma

Neste sentido, questiona-se se será possível que sejam utilizadas as mesmas técnicas da exploração tradicional, ou em razão das particularidades desta nova forma de exploração, estas técnicas já conhecidas, se tornariam ineficientes na contenção de um eventual desastre ambientais como o ocorrido no Golfo do México? Destarte, combinada com a grande dependência à esta fonte de geração de energia e as suas incertezas científicas, geradas a partir desta inovadora forma de sua exploração, entende-se seja importante expor a opinião dos profissionais do ramo a respeito.

Wilson Iramina, do departamento de engenharia de minas e de petróleo da Universidade de São Paulo, entende que os desafios tecnológicos e relativos à segurança se tornarão exponencialmente maiores no Brasil quando a exploração comercial do petróleo localizado na camada pré-sal do oceano começar. Tendo em vista que nunca se extraiu petróleo de uma profundidade tão grande, em que, para atingir o reservatório de petróleo, os dutos e as sondas de perfuração precisarão atravessar 2 quilômetros de oceano (média de profundidade da água na Bacia de Santos), 1 quilômetro de rocha (camada pós-sal) e mais 2 quilômetros da camada de sal, até chegar, ao pré-sal. A temperatura onde se localiza a camada pré-sal pode atingir até 100 graus. Assim, o calor, aliado à alta pressão, faz com que as propriedades das rochas se alterem, amolecendo-as. Isso dificulta a perfuração, porque, se o poço não for revestido de concreto rapidamente, ele se fecha. A grande vantagem do petróleo do pré-sal é de ser do tipo leve, assim como o do Oriente Médio. O petróleo extraído atualmente no Brasil é do tipo pesado, de menor valor no mercado. Neste sentido, Iramina orienta que “prestes a entrar na era do pré-sal, é preciso que o Brasil se posicione também na era pós-vazamento no Golfo do México.”⁸²

Na mesma linha, a Auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, na ANP, no IBAMA e na Marinha do Brasil, constatou índices precários nos controles de segurança operacional e ambiental em unidades *offshore* de produção de petróleo e gás natural, além da demora de respostas em casos de desastres ambientais.⁸³

de obter sucesso neste novo e potencial ramo. VISÃO SOCIOAMBIENTAL: cultura da sustentabilidade. **Riscos e desafios do pré-sal.** Disponível em: <http://www.visaosocioambiental.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=390&Itemid=55> Acesso em: 21 mai. 2014.

⁸² VEJA. **As lições do abismo**, 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/020610/licoes-abismo-p-180.shtml>>. Acesso em: 27 abr. 2014

⁸³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&num>>

227. Ao longo dos trabalhos, constataram-se limitações estruturais e lacunas de regulamentação que prejudicam a atuação plenamente satisfatória das instituições à frente da execução da política de prevenção e resposta a acidentes. E, tendo em vista o cenário de intensificação das atividades no mar, principalmente em decorrência da exploração de petróleo na área do pré-sal, vê-se que serão necessários mais investimentos na ampliação da estrutura fiscalizatória, além da normatização de procedimentos e de aprimoramentos na condução dos trabalhos.⁸⁴

Segundo a auditoria, a ANP peca ao autorizar o funcionamento de plataformas petrolíferas com base, apenas, em documentos declaratórios oriundos da concessionária energética, denominados Documentação de Segurança Operacional - DSO. Embora tenham plataformas com autorização da ANP para funcionar, estas ainda não foram submetidas a inspeções *in loco*, o que denota maior risco de acidentes e possíveis impactos ambientais. Também foi constatado que, nos casos de acidentes, a ANP não tem investigado todas as ocorrências e os resultados das auditorias não são disponibilizados na internet nem informados ao IBAMA e à Marinha.⁸⁵

Outro fator que reforça a precariedade do controle operacional é a falta de critérios técnicos mínimos dos guias de preenchimento da DSO que permitam uma análise, pelos servidores da ANP, das informações prestadas pelos concessionários. De acordo com a auditoria, a falta de definição desses critérios dá margem a diferenças de interpretação e prejudica a transmissão de conhecimentos ao longo do tempo.⁸⁶

Ademais, no que se refere ao controle ambiental, o IBAMA não estabelece formalmente critérios para orientar suas vistorias nas plataformas petrolíferas. Assim, não há a definição de itens de verificação obrigatória nem da periodicidade mínima das inspeções. Além disso, foi

Documento=1&totalDocumentos=1>.Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁵ 228. No que se refere à segurança operacional, constatou-se que a ANP, quando da aprovação da DSO, não realiza vistoria prévia *in loco* nas plataformas, nem possui instrumentos de certificação que confirmem a existência e o estado dos elementos críticos de segurança da planta industrial. Com isso, algumas plataformas entram em operação sem inspeção prévia das suas estruturas de produção. De fato, identificaram-se diversas unidades em operação que nunca passaram por auditorias do SGSO. Essa situação concorre para o aumento do risco de ocorrência de acidentes, uma vez que diminui a expectativa de controle e o estado de alerta por parte dos concessionários. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

identificado que o IBAMA não fiscaliza regularmente a disponibilidade de equipamentos e materiais de resposta a emergências estabelecidos nos PEIs nem a localização das embarcações de apoio às plataformas *offshore*. O trabalho também identificou a ausência da implementação do PNC e dos PAs, complementares aos PEIs. A ausência desses planos, segundo o ministro-relator do processo Raimundo Carreiro, *prejudica a cooperação entre as entidades envolvidas em possíveis acidentes, além de dificultar a produção de respostas céleres para estes casos*. O ministro destacou a importância da implementação do PNC por parte da Casa Civil e do Ministério de Minas e Energia - MME.⁸⁷

O TCU recomendou à ANP que adote meios para confirmar as principais informações declaradas nas DSOs, por meios de inspeções ou diligências, além de estabelecer critérios técnicos mínimos para análise das informações prestadas pelos concessionários por meio das DSOs. Também destacou a importância do desenvolvimento de indicador correlacionando os volumes de fluidos poluidores derramados no mar com os correspondentes volumes de produção.⁸⁸

No que se refere à segurança ambiental das plataformas *offshore*, foi recomendado ao IBAMA que elabore procedimentos que orientem o planejamento e a execução das vistorias técnicas nas plataformas; que fiscalize a efetiva possibilidade, *in loco*, dos equipamentos e materiais relacionados nos PEIs, além de buscar a regulamentação dos procedimentos administrativos e operacionais relacionados às ações de gestão de risco, prevenção e atendimentos a acidentes e emergências ambientais.⁸⁹

Fabio Moretzsohn, biólogo, Ph.D em Biodiversidade Marinha e cientista assistente de

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

⁸⁹ 233. Como oportunidades de melhoria, verificou-se que a ANP pode incorporar, ao planejamento anual de auditorias do SGO, sugestão fornecida pelo IBAMA de plataformas prioritárias para a fiscalização operacional sob a ótica do risco e do potencial de dano ao meio ambiente. Quanto ao IBAMA, a equipe de auditoria identificou carência de regulamentação dos procedimentos relacionados às ações de gestão de riscos, prevenção e atendimento a acidentes e emergências ambientais. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

pesquisa do *Harte Research Institute for Gulf of Mexico Studies*, vinculado à *Texas A&M University*, dos Estados Unidos, acredita que, em caso de um acidente, a maior parte do óleo não chegaria a atingir a costa brasileira devido à distância, o que não deixaria de ser grave. O perigo do pré-sal está no fato de que por ser muito profundo, seria difícil conter o derramamento no topo do poço um caso de acidente, devido à grande pressão. Provavelmente a solução final seria perfurar um poço de alívio, o que demoraria meses para se concluir. Nesse intervalo, uma quantidade enorme de óleo e gás poderia ser derramada e atingiria seriamente as comunidades de águas profundas, além das de águas mais rasas (numa escala menor). O óleo é menos denso que a água, então ele naturalmente sobe à superfície, porém, no caso do DWH, a BP usou, pela primeira vez, um dispersante (um tipo de detergente tóxico, para "quebrar" o óleo) em profundidade. Como o dispersante dissolve o óleo e o faz solúvel, no caso do DWH, uma boa parte do óleo não chegou à superfície, mas ficou dissolvido no fundo do mar, em plumas de partículas microscópicas difíceis de serem mapeadas.⁹⁰ Os cientistas acreditam que, pelo uso excessivo de dispersantes, enormes plumas de petróleo se formaram Golfo, uma das quais era de 22 quilômetros de comprimento e 06 milhas de largura.⁹¹

Assim, aliar a exploração do pré-sal com a conservação somente é possível a partir da confecção de estudos de impactos ambientais, estes realizados antes de se começar a exploração, com escopo preventivo e precaucional. Além disso, torna-se essencial o desenvolvimento de um plano emergencial preventivo de combate a possíveis acidentes em águas profundas, baseados em pesquisas detalhadas sobre a geologia e ecologia local.

Inclusive, além da necessidade de um maior conhecimento científico das jazidas, os estudos poderiam mostrar as possíveis "consequências ambientais dessa atividade, que poderiam superar amplamente seus eventuais ganhos sociais".⁹² Como no caso da BP em que os gastos decorrentes do desastre foram astronômicos (36,9 bilhões de dólares).⁹³

⁹⁰ ECO AGÊNCIA NOTÍCIAS AMBIENTAIS. **Vazamento no Golfo do México deixa marcas profundas na biodiversidade marinha**, 2012. Disponível em: <<http://www.ecoagencia.com.br/?open=noticias&id=VZISXRVVONIYHZFTT1GdXJFbKVVVB1TP>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁹¹ CENTER FOR BIOLOGICAL DIVERSITY. **Catastrophe in the Gulf of Mexico: devastation persists**. Disponível em: <http://www.biologicaldiversity.org/programs/public_lands/energy/dirty_energy_development/oil_and_gas/gulf_oil_spill/index.html>. Acesso em: 22 mai. 2014.

⁹² INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Estamos preparados para o pré-sal e o gás de xisto?**, 2013. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/523936-estamos-preparados-para-o-pre-sal-e-o-gas-de-xisto>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁹³ SMITH, Lawrence C.; SMITH, Murphy e ASHCROFT, Paul. **Analysis of environmental and economic damages from British Petroleum's Deepwater Horizon oil spill**, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1653078>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

Por outro lado, a projeção de triplicar a produção de petróleo, como prevê o Plano Decenal de Energia 2011/2020, vai lançar na atmosfera mais 955,82 milhões de toneladas de gás carbônico equivalente (CO₂ eq).⁹⁴ Em 2015, a produção do pré-sal estará começando a ganhar peso, com 543 mil barris diários. Em 2020, terá saltado para 1,9 milhão barris/dia.⁹⁵

Em suma, os apontamentos descritos acima demonstram, fortemente, que a exploração do petróleo *offshore* por si só já resulta em sérios riscos em todos os setores envolvidos na complexa teia (exploração, transporte, refino, derivados, produtos, etc.). Com a exploração na camada do pré-sal estes riscos são exponencialmente ampliados, ademais, frente a precariedade da regulamentação e dos órgãos envolvidos, conforme demonstrou o TCU, o cenário é no mínimo alarmante. Portanto, existem inúmeras situações que podem ser levadas como lição do desastre da DWH. Para tanto, o papel deste trabalho, é levantar e expor os riscos da exploração *offshore* do petróleo e apontar quais as possíveis formas do Direito trazer respostas antecipadas aos eventos futuros que possam gerar desastres ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração *offshore* do petróleo por si só já resulta em sérios riscos ecossistêmicos, sociais e econômicos, entrelaçados entre si. Estes riscos, claramente, serão potencializados a partir da descoberta da camada do pré-sal. Para tanto, o Direito precisa impor uma conscientização do risco, através de instrumentos que obriguem a sua gestão aos desastres, para alcançar as respostas antecipadas aos eventos futuros que possam gerar desastres ambientais, tendo em vista, primordialmente, seus efeitos deletérios que se perpetuam no tempo, nas gerações e não percebem as fronteiras territoriais.

É necessário e urgente um sistema de gestão, de monitoramento dos riscos, a fim de enfrentar o potencial de falhas catastrófica dos sistemas, ao invés de simplesmente ocultar os riscos. A síndrome da cegueira do desastre não possui uma cura fácil e, talvez, nunca terá. Sendo mais uma condição médica crônica que pode ser controlada, mas jamais eliminada. Os desastres estão *além da nossa imaginação* e para que haja um controle dos riscos para sua ocorrência é

⁹⁴ Gás que correspondente às emissões de gases de efeito estufa.

⁹⁵ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Greenpeace: pré-sal colocará o Brasil entre os grandes poluidores**. 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/504605-o-petroleo-do-pre-sal-vai-fazer-o-brasil-subir-de-posicao-no-indesejado>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

necessário que haja uma conjugação de atores e fatores, tendo como ponto de partida a realização de estudos transdisciplinares dos riscos implicados em cada atividade de geração de energia, bem como das causas e agravantes dos desastres ambientais.

O processo promovido pelo TCU demonstrou claramente, que a exploração do petróleo *offshore* por si só já resulta em sérios riscos em todos os setores envolvidos na complexa teia (exploração, transporte, refino, derivados, produtos, etc.). *Com a exploração na camada do pré-sal estes riscos são exponencialmente ampliados e, frente a precariedade da regulamentação e das órgãos envolvidos, o cenário é no mínimo alarmante.*

Em caráter comparativo ao *case* da *Deepwater Horizon*, levantam-se inúmeras situações que podem ser absorvidas para que o setor petrolífero brasileiro não incorra nos mesmos erros cometidos naquele contexto.

A importância de uma instrumentalização jurídica, frente aos desafios e riscos da exploração *offshore* do petróleo na camada do pré-sal, toma ainda mais revelado, pois, conforme relatos científicos apontados existem fortes evidências de que as empresas exploradoras não possuem estratégias (planos) emergenciais adequadas para acionar em caso de um desastre ambiental. Exemplo disso foi o derramamento da Chevron, ocorrido em 07 de novembro de 2011. Na mesma linha, a Auditoria realizada pelo TCU, apontou índices precários nos controles de segurança operacional e ambiental em unidades *offshore* de produção de petróleo além de problemas de respostas em casos de desastres ambientais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN PETROLEUM INSTITUTE. Oil & natural gas overview. **Exploration and production**. Disponível em: <<http://www.api.org/oil-and-natural-gas-overview/exploration-and-production/offshore>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

BBC NEWS US E CANADA. **Timeline: BP oil spill, 2010**. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-10656239>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BEINECKE, Frances. **3 years later: act on the lessons of BPGulf oil spill, 2013**. Disponível em: <<http://theenergycollective.com/francesbeinecke/214071/three-years-later-act-lessons-bp-disaster>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.617 de 04 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8617.htm> Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Licenciamento**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/portal-nacional-de-licenciamento-ambiental/licenciamento-ambiental/atualidades-empresendimentos /item/8324>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 036.784/2011-7**, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO110686&texto=50524f43253341333637383432303131372a&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0& num Documento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

BRET-ROUZAUT, Nadine; FAVENNEC, Jean-Pierre. **Petróleo e gás natural**: como produzir e a que custo. Tradução Rivaldo Menezes. 2 ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

BSEE. **Safety and Environmental Management Systems– SEMS**. SEMS II. Disponível em: <<http://www.bsee.gov/BSEE-Newsroom/BSEE-Fact-Sheet/SEMS-II-Fact-Sheet/>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BUREAU of Ocean Energy Management, Regulation and Enforcement. Disponível em: <<http://www.boemre.gov/>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

CENTER FOR OFFSHORE SAFETY. **About the Center for Offshore Safety**, 2013. Disponível em: <<http://www.centerforoffshoresafety.org/about.html>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

CENTER FOR BIOLOGICAL DIVERSITY. **Catastrophe in the Gulf of Mexico**: devastation persists. Disponível em: <http://www.biologicaldiversity.org/programs/public_lands/energy/dirty_energy_development/oil_and_gas/gulf_oil_spill/index.html>. Acesso em: 22 mai. 2014.

CHEVRON. **Frade Response – Background**, 2011. Disponível em: <<http://www.chevron.com/fraderesponse/background/>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

DEUTSCHE WELLE. **Petróleo não é mais visto, mas ainda polui Golfo do México**. Disponível

em:<<http://www.dw.de/petr%C3%B3leo-n%C3%A3o-%C3%A9-mais-visto-mas-ainda-polui-golfo-do-m%C3%A9xico/a-16627427>>. Acesso em: 12 mai. 2014.

DICKINSON, Timothy L. **The spill, the scandal and the president**, 2010. Rolling Stone Politics. Disponível em:<<http://www.rollingstone.com/politics/news/the-spill-the-scandal-and-the-president-20100608page=3#ixzz300bdaFL9>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

ECO AGÊNCIA NOTÍCIAS AMBIENTAIS. **Vazamento no Golfo do México deixa marcas profundas na biodiversidade marinha**, 2012. Disponível em:<<http://www.ecoagencia.com.br/?open=noticias&id=VZISXRVVONIYHZFTT1GdXJFbKVVVB1TP>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

FARBER, Daniel A. **Disaster law and emerging issues in Brazil**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 4, n. 1, jan./jul., 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

FARBER, Daniel A. **Lessons from the BP Oil Spill**. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito, São Leopoldo: Unisinos, v. 6, n. 3, out./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.01>>. Acesso em: 26 jan.. 2015.

FLOURNOY, Alyson; ANDREEN, William L.; BRATSPIES, Rebecca M.; DOREMUS, Holly; FLATT, Victor Byers; GLICKSMAN, Robert L.; MINTZ, Joel A.; ROHLF, Dan; SINDEN, Amy; STEINZOR, Rena I.; TOMAIN, Joseph P.; ZELLMER, Sandra B.; GOODWIN, James. **Regulatory Blowout: how regulatory failures made the BP disaster possible, and how the system can be fixed to avoid a recurrence**. California: University of California Berkeley, 2010. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1685606>> . Acesso em: 15 abr. 2014.

GRANT, Joseph Karl. **What can we learn from the 2010 BP oil spill?: five important corporate law and life lessons**, 2011. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=1701892>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

HOPKINS, Andrew. **Disastrous decisions: the human and organizational causes of the gulf of mexico blowout**. Apud WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster: business as usual or sea change?**. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em:<<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

INFOPETRO. **Acidentes ambientais, segurança operacional e custos da exploração offshore**, 2012. Disponível em: <<http://infopetro.wordpress.com/2012/04/16/acidentes-ambientais-seguranca-operacional-e-custos-da-exploracao-offshore/>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Estamos preparados para o pré-sal e o gás de xisto?**, 2013. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/523936-estamos-preparados-para-o-pre-sal-e-o-gas-de-xisto>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Greenpeace: pré-sal colocará o Brasil entre os grandes poluidores**. 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/504605-o-petroleo-do-pre-sal-vai-fazer-o-brasil-subir-de-posicao-no-indesejado>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **PF investiga se Chevron tentou atingir pré-sal ao perfurar poço que vazou**, 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/503543-pf-investiga-se-chevron-tentou-atingir-pre-sal-ao-perfurar-poco-que-vazou>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

LEVESON, Nancy G. **Engineering a safer world: systems thinking applied to safety**, 2011. Disponível em: <http://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/free_download/9780262016629_Engineering_a_Safer_World.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2014.

NEW YORK TIMES. **Gulf oil spill**, 2014. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/o/oil_spills/gulf_of_mexico_2010/index.html>. Acesso em: 21 abr. 2014.

NEW YORK TIMES. **Regulators Failed to Address Risks in Oil Rig Fail-Safe Device**, 2010. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2010/06/21/us/21blowout.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 21 abr. 2014.

OXFORD DICTIONARIES. Disponível em: <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/blowout-preventer>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

REUTERS. **Chevron, Transocean in \$11 billion Brazil oil suit**, 2011. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2011/12/15/us-chevron-transocean-idUSTRE7BE03B20111215>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

SMITH, Lawrence C.; SMITH, Murphy e ASHCROFT, Paul. **Analysis of environmental and economic damages from British Petroleum's Deepwater Horizon oil spill**, 2011. Disponível em:

<<http://ssrn.com/abstract=1653078>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

WEAVER, Jacqueline Lang. **Offshore safety in the wake of the Macondo disaster**: business as usual or sea change?. Houston Journal of International Law, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2390184>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

VEJA. **As lições do abismo**, 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/020610/licoes-abismo-p-180.shtml>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

VISÃO SOCIOAMBIENTAL: cultura da sustentabilidade. **Riscos e desafios do pré-sal**. Disponível em: <http://www.visaosocioambiental.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=390&Itemid=55> Acesso em: 21 mai. 2014.

ZELLMER, Sandra B.; GLICKSMAN, Robert L. e MINTZ, Joel A., **Throwing precaution to the wind**: NEPA and the Deepwater Horizon Blowout. Journal of Energy and Environmental Law, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1760425>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO MEIO DE CONSUMO SUSTENTÁVEL

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da proteção constitucional brasileira sobre o direito à informação e sua condição de possibilidade para atingir um consumo sustentável. Inicialmente vamos verificar o processo de evolução da comunicação, até chegarmos à proteção jurídico-constitucional do direito à informação no Brasil, com a observância da improbabilidade da comunicação nas ideias de Niklas Luhmann e, também, dando ênfase à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990.

Ainda, faremos uma relação entre a proteção ambiental e o acesso à informação, trazendo como referência a questão sobre a implementação da rotulagem dos produtos transgênicos no Brasil e o direito dos consumidores de terem acesso a essas informações. Destacaremos, também, a importância da sustentabilidade como meio de atingir o consumo sustentável.

Salientamos que este texto é um aprofundamento de reflexões publicadas pelo autor em sua tese de doutorado e outros artigos publicados.

1. EVOLUÇÃO DA COMUNICAÇÃO

A comunicação é um fenômeno fundamental na sociedade. Estamos diante de um processo evolutivo fantástico. Em épocas remotas, o homem tentava se comunicar através de gestos, ruídos e desenhos, etc., mas foi através da fala que a comunicação ganhou grande expressão, e não parou por aí. O homem, através do uso de sua inteligência, criou formas e técnicas para facilitar este processo de comunicação, dentre as quais podemos citar: a linguagem, a escrita, a

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor do Programa *Stricto Sensu*, Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Professor da Universidade de Passo Fundo e Coordenador do Balcão do Consumidor.

mensagem, o telégrafo, o jornal, o rádio, a televisão, a Internet, como fórmula revolucionária de comunicação social. Ainda, podemos entendê-la como um processo de três seleções, sobre o qual Marcondes Filho afirma:

Comunicação é um resultado de três seleções: um agente sinaliza alguma coisa, eu percebo nisso uma intenção de comunicar e, por fim, eu entendo que esse agente está se comunicando comigo. Ou então, a síntese entre um sinalizar, um informar e um entender a diferença entre o sinalizar e o informar. É como a visão humana, que pode ver dois planos, mas tem como resultado final apenas um terceiro, que funde os anteriores.²

Para haver a comunicação é necessário que haja um agente que utiliza a informação como intenção de comunicação e um receptor que a recebe ou não. Temos ainda, o entendimento de comunicação estruturado em sistemas, segundo o qual Puig diz:

Los procesos propios de la adaptación de un SISTEMA a su MEDIO, o del ACOPLAMIENTO entre dos sistemas en tanto que adaptación mutua, pueden ser entendidos, en su conjunto, como procesos de comunicación: intercambios de conductas o mensajes entre sistemas, que posibilitan el establecimiento, mantenimiento, ruptura o cambio de las relaciones entre ellos.³

Temos então, uma nova proposição sobre comunicação, centrada na matriz sistêmica, relacionada ao processo de acoplamento do sistema e seus subsistemas, sendo a comunicação o condutor de mensagens entre os sistemas, possibilitando a troca de informações entre eles. Em consonância, Marcondes Filho afirma:

As comunicações são produzidas nessa rede recursiva de comunicações que constitui a unidade do sistema. [...] a comunicação é a operação que caracteriza os sistemas sociais, a de separar o que é sistema do que não é: continuar a comunicação é dar manutenção à autopeiose destes mesmos sistemas. Os sistemas sociais não fazem outra coisa a não ser comunicações, e fora dos sistemas não há comunicação. Ela é uma operação interna de cada sistema social, não havendo comunicação entre eles e o ambiente externo.⁴

Através do processo de produção de comunicação do sistema social, pode-se compreender que a circulação da comunicação entre os sistemas só é possível dentro do próprio sistema, estando assim fechado ao ambiente externo.

A própria evolução social faz com que se tenha uma adequação do sistema em que vivemos, pois, com a evolução em todas as áreas da sociedade, tem-se uma sociedade de

² MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios**: formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004. p.457.

³ MARCÉ PUIG, Francesc. **Conducta y comunicación**: Una perspectiva sistémica. Barcelona: PPU, 1990. p. 169.

⁴ MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios**: formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II. São Paulo: Paulus, 2004. p.458-459.

mudança e adequação. Nessa seara, Luhmann conceitua o sistema social:

É o sistema que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ele capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la as bases da ação, passível de decisões.⁵

Em consonância, Arnaud afirma que “o sistema social é o lugar de interação social dos indivíduos, já o jurídico tem como função principal a interação ou o controle social”.⁶ Logo, essa interação é trabalhada na esfera social, colocando a parte jurídica para a manutenção do controle social. Refere Luhmann:

Los sistemas sociales son formas de relación comunicacional. Todas las realidades sociales, de cualquier rango, se encuentran preformadas por formas específicas de comunicación que las delimitan frente a otras. [...] El poder, la economía, el derecho, la educación son formas de relación comunicacional que pre estructuran las interacciones sociales. [...] Estos sistemas sociales son autopoieticos.⁷

Em virtude dessa relação da comunicação presente nos sistemas sociais, pode-se agregar a ideia de uma inter-relação dos modelos estatais propostos pela sociedade através dos tempos. Com isso, podemos chegar a uma imposição dos sistemas no mundo. Em consonância, Rocha afirma que: “A sociedade como sistema social é possível graças à *comunicação*. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas.”⁸

A comunicação é um dos instrumentos mais antigos da humanidade. É através dela que o homem consegue se expressar, desde os tempos das cavernas, onde a comunicação era feita através de gestos, sons e, posteriormente, da palavra. Temos então, o surgimento do desenho, da escrita, das sílabas, das palavras, do papiro, do papel, da tipografia, do correio, do jornal, da eletricidade, do telefone, do rádio, da televisão, do satélite e da Internet. De acordo com Hansen, este processo evolucionista começa com a comunicação e afirma que:

[...] a comunicação existe desde o instante em que o homem das cavernas deixou sua história registrada. Um primitivo grupo humano começou a se entender por gestos e sons indicativos de objetos e também de intenções. [...] Da palavra surgiu o desenho, e o homem passou a reproduzir figuras de animais, plantas e cenas da vida que levava junto à natureza. [...] A escrita remonta há mais de quatro mil anos. É chamada primeiramente de escrita pictográfica ou hieroglífica, pois mostra objetos que acabam formando, por sequência um relato bastante coerente de uma situação

⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 168.

⁶ ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. 2000. p. 11.

⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998. p. 9.

⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p.104.

vivida. [...] Depois vieram as sílabas, as palavras, que traduziam a voz humana. [...] o papiro, fabricado de uma planta da família das ciperáceas, foi sem dúvida alguma, o primeiro papel da humanidade. [...] somente no ano de 105 de nossa era é atribuída a chinês chamado Tsai-Lun a invenção do papel[...] Mais tarde surge a tipografia, sendo sua invenção atribuída a Gutenberg, com 200 exemplares da primeira Bíblia impressa, em aproximadamente 1456. [...] Em seguida vem o correio, o jornal, a eletricidade, que mudará os aspectos da comunicação, já não mais escrita. Surge, o telégrafo[...] A invenção do telefone foi atribuída a Alexander Graham Bell. [...] Depois temos a fantástica radiodifusão, a televisão, o satélite e a Internet.⁹

A comunicação passa por um processo de transformação como a própria evolução da sociedade. Com o passar dos tempos, a comunicação é possível através do descobrimento de outros meios de comunicação, permitindo que, conforme Luhmann apud Amado, “La sociedad – dice Luhmann - no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas”¹⁰. Luhmann coloca a ideia de que a sociedade não é formada de pessoas, mas da comunicação entre as pessoas, somente através da comunicação é possível desenvolver a sociedade. Por outro lado,

La comunicación es un evento extremadamente improbable. Basta con dejar de considerar durante un instante que ya existe de hecho un sistema social y que este sistema reproduce comunicación, para caer en la cuenta de la improbabilidad de que ocurra la comunicación.¹¹

A comunicação dentro do sistema social funciona como fenômeno de sua autorreprodução. Assim, só é possível estabelecer a comunicação através dela própria, “la comunicación es una síntese que resulta de três selecciones: información, acto de comunicación, comprensión”.¹²

Nesse sentido, o processo de autorreprodução comunicacional está relacionado com seu próprio sistema, sendo “El entorno que possibilita todo esto nos permite comprender muchas cosas. [...] no puede explicarnos cómo es posible acceder a la autopoiesis de la comunicación, a la clausura operacional de los sistemas de comunicacion.”¹³ O entorno é colocado como condição de possibilidade de abrir links, para permitir que a comunicação se acople e saia de sua clausura operacional.

Assim, podemos observar que a comunicação é um instrumento fundamental, viabilizador de condição de possibilidade nos processos de interações realizadas no sistema social e sua interações com os subsistemas sociais.

⁹ HANSEN, João Henrique. **Como entender a saúde na comunicação?** São Paulo: Ed. PAULUS, 2004. p. 9-10.

¹⁰ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colômbia. 1997. p. 113.

¹¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. México: Ed. Universidad Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993. p. 81.

¹² LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**, p. 81.

¹³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**, p. 83.

Dando continuidade ao assunto, no próximo tópico será feita uma análise também da evolução, mas agora do direito à informação no Brasil, a partir do disposto na Constituição Federal de 1988.

2. O DIREITO À INFORMAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988

O direito à informação é caracterizado como um direito fundamental na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, previsto no art. 5º Inc. XIV¹⁴, que tem como base o acesso à informação como um direito de todos. Também, estabeleceu o direito à informação no art. 5º Inc XXXIII¹⁵, o acesso à informação de dados relativos à pessoa e dados públicos mantidos pelo Estado. No âmbito da proteção ambiental foi o art. 225, *caput* e § 1º, inc. IV¹⁶, que trouxe também o direito à informação.

Com a implementação do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, o direito à informação veio inserido em seu art. 6º Inc. III¹⁷, sendo caracterizado como princípio básico das relações de consumo, possibilitando o acesso à informação de dados relativos ao consumidor, como por exemplo: cadastro de dados relativos ao consumidor, dados relativos à rotulagem dos produtos, entre outros. Também, o direito a informação foi previsto no Decreto nº 99.274, de 6.6.1990, no art. 14, inc. I, *d*¹⁸, e a Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 8º¹⁹, estabelecendo uma obrigação imposta ao Poder Público de informar a sociedade regularmente sobre acontecimentos relacionados ao ambiente (art. 4º, inc. V²⁰ e art. 9º,

¹⁴ BRASIL, **CRFB/88**, art. 5º, XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

¹⁵ BRASIL, **CRFB/88**, art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁶ BRASIL, **CRFB/88**, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

¹⁷ BRASIL, **CDC**. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

¹⁸ BRASIL, **Dec. 99.274/90**- art. 14- A atuação do Sisnama efetivar-se-á mediante articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, observado o seguinte: I - o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo Conama;

¹⁹ BRASIL, **Lei 7.347/85**- art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁰ BRASIL, **Lei 6.938/81**, art. 4º, V- A Política Nacional do Meio Ambiente visará: V - à difusão de tecnologias de manejo do meio

inc. X e XI²¹, da Lei 6.938/81; e art. 6º²², da Lei nº 7.347/85²³), e a Lei nº 10.650, de 16.4.2003, através da Lei do Direito à Informação Ambiental, possibilitando o acesso a informação, mantida no banco de dados do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA²⁴, possibilitando com isso, uma relação de transparência na relação do Estado para com a sociedade. Outro grande marco para o reconhecimento do direito à informação no Brasil, foi a positivação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso, que em seu art. 5º²⁵ estabelece o acesso à informação por parte do Estado, de forma ágil e transparente, em consonância com o art. 4º²⁶, o qual dispõe ser um dever do Estado fornecer-la para a sociedade em linguagem clara. A lei também estabelece ao Estado a obrigação de organizar o serviço de informação ao cidadão, de acordo com seu o art. 9º²⁷. No art. 40²⁸, estabelece os prazos de implementação e a autoridade competente da

ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

²¹ BRASIL, **Lei 6.938/81**, art. 9º- São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

²² BRASIL, **Lei 7.347/85**, art. 6º - Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

²³ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 12, n. 45, jan.-mar.2007, p. 167-183, p. 179.

²⁴ BRASIL, **Lei 10.650**, de 16.4.2003, art. 2º - Os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a:

I - qualidade do meio ambiente;

II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental;

III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas;

IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais;

V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos;

VI - substâncias tóxicas e perigosas;

VII - diversidade biológica;

VIII - organismos geneticamente modificados

²⁵ BRASIL, **Lei 12.527/2001**, art. 5º- É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

²⁶ BRASIL, **Lei 12.527/2001**, art. 4º - Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;.

²⁴ BRASIL, **Lei 12.527/2001**, art. 9º- O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;

b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;

c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e

II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

²⁵ BRASIL, **Lei 12.527/2001**,- Art. 40. No prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da vigência desta Lei, o dirigente máximo de cada órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta designará autoridade que lhe seja diretamente

administração pública federal. Esses mecanismos possibilitam à sociedade civil de terem acesso às informações contidas nos bancos de dados dos entes da administração pública, não somente a dados relativos às pessoas mas também aos dados públicos.

No tópico a seguir serão expostos assuntos relevantes com relação à improbabilidade da comunicação e, também, sua condição de possibilidade.

3. IMPROBABILIDADE DA COMUNICAÇÃO

Na atualidade, vivemos em uma sociedade altamente complexa, na qual as diversas possibilidades de acesso à informação nem sempre trazem consigo a real e verdadeira informação. Diante dessa complexidade, em mundo altamente conectado, ou seja, interligado, no qual a comunicação é o condutor entre o emissor e o receptor, a comunicação só é possível desde que a informação que está se *linkando* seja liberada pelo entendimento, conectada, produzindo, dessa forma, a linguagem. “Cada ponto dessa rede está ligado direta ou indiretamente com todos os outros pontos, onde eles se encontram, se façam encontrar ou devam encontrarem-se em certo momento”²⁹. Para proceder a essa leitura, no entanto, será necessário ter o código de acesso, o qual será o passaporte para permitir o entendimento.

[...] a teoria da comunicação não pode limitar-se a analisar aspectos parciais da convivência social, nem contentar-se em examinar as diversas técnicas de comunicação, embora estas e suas consequências despertem, pela sua novidade, particular interesse na sociedade actual.³⁰

A comunicação é um evento extremamente improvável, despertando um interesse social no sentido da superação dessas improbabilidades, pois estamos no terceiro milênio e os avanços tecnológicos criam novas condições de possibilidade, ou seja, novos meios de exercê-la. Nesse sentido, para Luhmann, a improbabilidade da comunicação pode ser vista sob três aspectos

subordinada para, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, exercer as seguintes atribuições:

- I - assegurar o cumprimento das normas relativas ao acesso a informação, de forma eficiente e adequada aos objetivos desta Lei;
- II - monitorar a implementação do disposto nesta Lei e apresentar relatórios periódicos sobre o seu cumprimento;
- III - recomendar as medidas indispensáveis à implementação e ao aperfeiçoamento das normas e procedimentos necessários ao correto cumprimento do disposto nesta Lei; e
- IV - orientar as respectivas unidades no que se refere ao cumprimento do disposto nesta Lei e seus regulamentos.

²⁹ ESCARPIT, Robert. **Teoría de la Información y Práctica Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 17: “Cada punto de esa red está ligado directa o indirectamente con todos los otros puntos, donde ellos se encuentren, se hayan encontrado o deban encontrarse en cierto momento.”

³⁰ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 39.

distintos:

[...] em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, tendo em conta o isolamento e a individualização de sua consciência. O sentido só se pode entender em função do contexto, é basicamente o que sua memória lhe faculta.³¹

A improbabilidade de compreensão se dá em função da percepção, eis que nem todos têm conhecimento daquilo que se quer dizer, o que possibilitado pela memória grava aquilo que interessa. Em outras palavras, o isolamento operacional dos sistemas apenas faculta a compreensão da informação com base num contexto prévio, facultado pela memória do sistema. Nesse sentido, não há troca ou imposição de informação, mas uma permanente construção com base no sentido dado pelo contexto sistêmico.

A segunda improbabilidade é a de aceder aos receptores. É improvável que uma comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes numa situação dada. O problema assenta na extensão espacial e temporal.³²

Para ocorrer a comunicação é necessário que ela chegue a um maior número de pessoas das que estão presentes numa dada situação. Ela poderá ocorrer em cada caso desde que os indivíduos se comuniquem e desintegrem-se quando não desejam mais se comunicarem, já que cada um possui interesses diferentes.

A terceira improbabilidade é a de obter o resultado desejado. Nem sequer o facto de que uma comunicação tenha sido entendida garante que tenha sido também aceite. Por <<resultado desejado>> entende o facto de que o receptor adopte o conteúdo selectivo da comunicação (a informação) como premissa do seu próprio comportamento, incorporando à selecção novas selecções e elevando assim o grau de selectividade. A aceitação como premissa do próprio comportamento pode significar actuar em virtude das directrizes correspondentes, bem como experimentar, pensar e assimilar novos conhecimentos, supondo que uma determinada informação seja correta.³³

A improbabilidade da obtenção do resultado desejado relaciona-se à extrema complexidade da atual sociedade pós-moderna. As múltiplas possibilidades irradiadas no meio social obscurecem as decisões, tornando-as cada vez mais contingentes e arriscadas. Nesse passo, a assimilação de determinada comunicação é diretamente proporcional aos níveis de certeza – se é que se pode utilizar tal expressão – em relação ao seu resultado. Pelo fato de a sociedade apresentar-se cada vez mais distante de certezas, a redução de complexidade é requisito à

³¹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 39.

³² LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 42.

³³ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 39.

assimilação de determinada comunicação, o que pode ocorrer mediante planejamentos. A obtenção do resultado desejado é maximizada mediante o planejamento pela delimitação comunicativa, ainda que, mesmo assim, seja impossível a certeza acerca de seu resultado final.

Essa terceira improbabilidade da comunicação relaciona-se com as expectativas, ou seja, com a incerteza de alcançar o resultado desejado. O processo seletivo só é acessível para quem possui o poder, noutro sentido, “não são somente obstáculos para que uma comunicação chegue ao destinatário, actuam ao mesmo tempo como ‘factores de discussão’, que induzem a abster-se de uma comunicação que se considera utópica”.³⁴

Os sistemas sociais não podem se formar se não houver comunicação; a comunicação é uma operação eminentemente social³⁵, “por conseguinte, as improbabilidades do processo de comunicação e forma em que as mesmas se superam e se transformam em probabilidades regulam a formação dos sistemas sociais”³⁶. Logo, entende-se o processo evolutivo da sociedade precisamente no sentido da superação das improbabilidades e da possibilidade de obtenção de sucesso da comunicação.

A superação das improbabilidades, com sua conseqüente transformação em probabilidades, é dada pelos chamados meios de comunicação simbolicamente generalizados³⁷. Esses meios podem ser compreendidos como uma aquisição evolutiva dos sistemas sociais; por meio deles determinadas comunicações, antes improváveis, são transmutadas em prováveis. Logo, os meios de comunicação simbolicamente generalizados operam como influências à aquisição e incorporação de determinada comunicação.

Hasta muy avanzada la Edad Moderna, se ha reaccionado a la improbabilidad extrema con esfuerzos creados por una especie de técnica persuasiva, así por la elocuencia como meta educativa, como la retórica como teoría especial, o por la disputa como arte del conflicto y de la imposición. Ni siquiera la invención de la imprenta logró que estos esfuerzos se volvieran obsoletos, más bien los reforzó. El éxito, sin embargo, no estuvo en esta tendencia más bien conservadora, sino en el desarrollo de los medios de comunicación simbólicamente generalizados, que se refieren con exacta función a este problema. Denominaremos “simbólicamente generalizados” a aquellos medios que utilizan

³⁴ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 43.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder Editorial/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 57: Conforme o autor: “[...] la comunicación tiene todas las propiedades necesarias: es una operación genuinamente social, la única genuinamente social. Lo es porque presupone el concurso de un gran número de sistemas de conciencia pero, precisamente por eso, no puede atribuirse como unidad a ninguna conciencia individual”.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 44.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamentos para una teoría general**. Barcelona/México/Santafé de Bogotá: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. 1998, p. 59.

generalizaciones para simbolizar la relación entre selección y motivación, es decir, para representarla como unidad. Ejemplos importantes son: verdad, amor, propiedad/dinero, poder/derecho; hasta cierto punto también fe religiosa, arte y actualmente, quizá, “valores básicos” civilizatoriamente estandarizados”.³⁸

O sucesso das comunicações no sistema social depende, por isso, da atuação dos meios simbolicamente generalizados. Cada sistema funcional possui o seu próprio meio de modo a garantir a comunicação esperada. Nesse passo, a problemática acerca da comunicação é explicitada por Luhmann, o qual diz que:

[...] quando uma comunicação foi correctamente entendida dispõem-se de maior número de motivos para rejeitar. Se a comunicação transborda o círculo dos presentes, a sua compreensão torna-se mais difícil e é mais fácil, por sua vez, que se produza a rejeição.³⁹

O entendimento da comunicação permeia o risco de sua rejeição, que é paradoxal ao poder estabelecido pela compreensão. Essa relação pode ser vista sob a égide estatal de fomento da saúde. Em contrapartida, verifica-se que os problemas atuais são derivados de problemas anteriores.

O sistema político atua diante da formação da opinião pública, que possibilita uma observação de observações. Nesse passo, a política opera segundo a distinção governo/oposição, restando aquilo esperado pela sociedade como perturbações que a política deve abarcar de acordo com sua estrutura binária específica, diga-se novamente, governo/oposição. Na temática proposta, a política deve captar os estímulos levados adiante pelos meios de massas, pela formação da opinião pública, incorporando-os ao seu modo de operar. Por isso, a superação das improbabilidades da comunicação reveste-se de extrema importância.

A correta compreensão das comunicações biotecnológicas é condição de possibilidade para uma efetiva transformação da realidade social. Assim, a política deve agir mediante seu código próprio. Em verdade, a política costumeiramente opera mediante o código econômico, levando em consideração não a realidade na qual se insere, mas a realidade de atores privados transnacionais. Isso acaba por causar um rompimento para com suas funções originárias, desdiferenciação⁴⁰ e, conseqüentemente, acena para uma crise sistêmica.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: lineamentos para una teoría general**. Barcelona/México/Santafé de Bogotá: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. 1998, p. 59.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001, p. 44.

⁴⁰ Saliente-se, aqui, a posição aposta em CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 74: “Quando o sistema político se confunde com os sistemas econômico e jurídico; quando há sobreposição de funções entre os sistemas; quando a diferenciação funcional encontra resistências em estruturas hierárquicas, o poder passa a

Desse modo, a opinião pública reveste-se de extrema importância à realização das novas tecnologias, pois, ao possibilitar observações de segunda ordem, viabiliza a autopoiese sistêmica com vistas à realidade na qual se insere a política.⁴¹ Logo, ao possibilitar essas observações de observações, a opinião pública levada adiante num ambiente democrático cristaliza-se enquanto meio apto à superação das improbabilidades e como maneira legítima de pressão ao Estado, para a superação e concretização dos processos de manutenção do ambiente e transformação nas relações de consumo sustentável.

Dessa forma, é necessário um mecanismo de implementação e garantia de implementação das dimensões da sustentabilidade pelo critério social, ambiental, econômico e tecnológico, como forma de concretização do consumo sustentável.

4. A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O ACESSO À INFORMAÇÃO

No Brasil, o processo de regulamentação do acesso à informação das questões ambientais perpassa pela positivação do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, no art. 14, inc. I, *d*⁴², e a Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 8º⁴³, que concretizaram a obrigação do Estado, enquanto Poder Público, de garantir o acesso à informação para toda a sociedade, sobre os dados do Estado, bem como sobre fatos relacionados ao meio ambiente (art. 4º, inc. V⁴⁴ e art. 9º, incs. X e XI⁴⁵, da Lei

ter donos [...] e a democracia transforma-se num lamentável mal-entendido”.

⁴¹ Salientem-se as inquietações trazidas em WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. São Paulo: Paulus, 2006, p. 122: “O outro, hoje mais próximo, mais acessível, tornou-se meu igual. Ao mesmo tempo, a experiência da comunicação prova que ele é dificilmente atingível. E que todas as liberdades e todas as técnicas não bastam para aproximar-me dele. A esta realidade antropológica da incomunicação, em somar-se a questão política da autoridade. Numa sociedade democrática, os indivíduos são iguais e o poder legítimo resulta da eleição. Mas numerosas situações de autoridade e de poder não se baseiam em eleição. Qual é o seu futuro? Como fazer com que coabitem essas lógicas de poder com outras lógicas sociais, culturais, religiosas, estéticas, não ligadas ao poder? O que significa obedecer hoje em dia? Até onde é possível discutir-se tudo? Qual é a base da autoridade? Qual é o fundamento dos direitos e dos deveres de indivíduos livres?... São a própria abertura do espaço público, sua democratização e sua visibilidade que reativam as questões do poder, da autoridade, e de todos os outros modos de regulação”.

⁴² Dec. 99.274/90- art. 14- A atuação do Sisnama efetivar-se-á mediante articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, observado o seguinte: I - o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo Conama;

⁴³ Lei 7.347/85- art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

⁴⁴ Lei 6.938/81, art. 4º, V- A Política Nacional do Meio Ambiente visará: V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

⁴⁵ Lei 6.938/81, art. 9º- São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

6.938/81; e art. 6º⁴⁶, da Lei nº 7.347/85⁴⁷), e a Lei nº 10.650, de 16.4.2003, denominada Lei do Direito à Informação sobre os Dados do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA⁴⁸, garantindo a proteção jurídica que foi se reforçando solidariamente entre Poder Público e sociedade, para a proteção e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As convenções internacionais também possibilitaram a promoção de acesso à informação, como podemos destacar através da ECO 92 - Declaração do Rio de Janeiro, que em seu Princípio 10⁴⁹, garante a informação, participação e cooperação para a gestão dos riscos ambientais.

Vale dizer, da responsabilidade de cada um e de todos para com o futuro da humanidade. A cidadania tradicional tem uma preocupação com os direitos, sem visualizar a necessidade de uma atuação efetiva de cada ser humano sobre a face da terra para que se tenha uma sociedade melhor para todos⁵⁰.

No âmbito internacional, o marco foi a Convenção de Aarhus que veio a reconhecer o acesso à informação e a participação do poder público no processo de tomada de decisão, adotada em 25 de junho de 1998 através da 4ª Conferência Ministerial "Ambiente para a Europa", entrou em vigor em 30.10. 2001⁵¹ prevendo em seu preâmbulo o acesso a informação⁵². A

⁴⁶ Lei 7.347/85, art. 6º - Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

⁴⁷ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 12, n. 45, jan.-mar.2007, p. 167-183, p. 179.

⁴⁸ Lei 10.650, de 16.4.2003, art. 2º - Os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do Sisnama, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a:

I - qualidade do meio ambiente;

II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental;

III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas;

IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais;

V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos;

VI - substâncias tóxicas e perigosas;

VII - diversidade biológica;

VIII - organismos geneticamente modificados

⁴⁹ Princípio 10- O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e os recursos pertinentes. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complementos-materias/rio+20-widgets/pdf/declaracao-do-rio-de-janeiro-sobre-meio-ambiente-desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2014.

⁵⁰ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 33-34.

⁵¹ Convenção de Aarhus. **Agência Portuguesa do Ambiente**. Disponível em: <<http://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=726&sub3ref=727>>. Acesso em: 20 set. 2014.

referida convenção vem a estabelecer o tripé: informação (art. 4 e 5) participação (art. 6,7 e 8) e acesso à justiça (art.9), como elementos essenciais para a concretização da participação da sociedade em relação à proteção ambiental.

Uma questão interessante referente ao direito/acesso à informação é a relativa ao consumo de transgênicos no Brasil, trazida pelo Decreto-Lei 4.680 de 2003, que estabelece, em seu artigo 40⁵³, a necessidade de conter na embalagem dos produtos a rotulagem do transgênico, especialmente nos produtos que contenham 1% de componentes na sua apresentação.

Podemos perceber a importância da informação na rotulagem desses produtos, já que estão no mercado e o consumidor tem o direito ao seu acesso. O consumo consciente e sustentável só poderá ser efetivado se o consumidor puder saber o que está comprando.

Diante disso, verifica-se que estamos diante de uma nova discussão em relação ao advento tecnológico, especificamente no dilema da exploração dos recursos naturais e o acesso da sociedade. Nesse sentido devemos observar os apontamentos de Pérez Luño, que diz:

La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre como los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano para consigo mismo.[...] La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos.⁵⁴

Devemos visualizar uma relação harmoniosa entre homem, natureza e as novas tecnologias, onde devemos estabelecer quais são os limites de exploração das novas tecnologias

⁵² [...] reconhece que o ambiente é essencial para o bem-estar dos indivíduos e para satisfação dos direitos humanos fundamentais, incluindo o próprio direito à vida; que todos os indivíduos têm o direito de viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar, e o dever de proteger e melhorar o ambiente em benefício das gerações presentes e futuras; que para poderem exercer e cumprir esse direito e dever, os cidadãos devem ter acesso à informação, poder participar no processo de tomada de decisões e ter acesso à justiça na seara do ambiente; e que a melhoria do acesso à informação e da participação pública no processo de tomada de decisões aumenta a qualidade das decisões, possibilitando manifestar as suas preocupações e permitindo às autoridades públicas ter em conta essas preocupações, entendidas como contribuição à proteção do direito substantivo implícito ao ambiente decente. **Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente.** Disponível em: <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁵³ BRASIL. Decreto-lei 4.680 de 2003. Art. 40. Os rótulos dos alimentos destinados ao consumo humano, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham organismos geneticamente modificados, com presença superior a1% de sua composição final, detectada em análise específica, deverão informar o consumidor, a natureza transgênica do alimento.

⁵⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica.** Madrid: Editorial Universitas, 2012, pgs.107-108.

em relação ao meio ambiente e, acima de tudo, possibilitar que toda a sociedade tenha seu acesso, não ficando condicionada a questão da mercantilização da vida humana, buscando seu equilíbrio sustentável.

Estamos vivenciando um novo ciclo que se estabelece como, segundo Rifkin, “o século da biotecnologia”⁵⁵. Em relação a isso, o entendimento de Moser é de que “a biotecnologia leva uma grande vantagem sobre outras tecnologias, pois ela é baseada na biologia, e com uma atuação muito precisa, tanto na produção quanto na solução de problemas ecológicos existentes.”⁵⁶

Precisamos ficar atentos à proteção jurídica estabelecida aos futuros consumidores, pois é extremamente relevante que na relação de consumo seja observado o princípio da informação.

Para Stepke:

A tarefa de informar aos consumidores e usuários potencialmente afetados, por motivos de saúde ou de segurança, os riscos ou as irregularidades existentes, a identificação do produto e, se for o caso, as medidas adotadas, assim como as precauções procedentes, tanto para que possam se proteger do risco, como para que colaborem na eliminação de suas causas. É evidente que o dever de informar aos cidadãos deve ser conciliado com o também dever de confidencialidade relativo aos segredos industriais e comerciais. [...] Um dos procedimentos que atendem este dever de informação é a obrigação de rotulagem dos produtos destinados ao consumo humano por parte das pessoas ou empresas responsáveis pela sua comercialização (“operadores”, em termos comunitários). Durante os últimos anos, vem ocorrendo uma crescente insistência na exigência de tal medida em relação aos produtos alimentares que contenham OGMs ou que neles consistam, apesar de esse requisito não constituir, como tal, uma novidade, por ser prática obrigatória utilizada há anos (cf. Diretiva 79/112/CEE⁵⁷).⁵⁸

Nesse sentido, a Lei nº 12.527 de 18.11.2011, chamada Lei de Acesso à Informação e instrumento de transparência da Administração Pública considera, em seu art. 4º, inc. I, a informação como sendo os “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”⁵⁹.

Podemos afirmar que o acesso à informação é de fundamental importância para a efetivação da proteção ambiental, já que tanto às normas ambientais referentes a sua proteção

⁵⁵ RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia – a valorização dos genes e a reconstrução do mundo**. São Paulo: Makron Books, 1999, pg.16.

⁵⁶ MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética – Para onde vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004, pg. 129.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Disponível na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:13:09:31979L0112:PT:PDF>, acessado no dia 28/02/2012.

⁵⁸ STEPKE, Fernando Lolas. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Desafios jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, pg. 58-59.

⁵⁹ BRASIL. Lei 12.527 de 18.11.2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 30 jun. 2015.

quanto a educação ambiental e sustentável, devem ser passadas de geração em geração, para que se possa garantir um ambiente saudável para todos. Logo, verificamos a necessidade de uma consciência ambiental, pois segundo Gabriel Ferrer:

La transición, desde un derecho orientado a la individualizada protección de los recursos al Derecho Ambiental, se produce cuando se toma conciencia de que las alteraciones producidas en el ecosistema global pueden influir en las expectativas de subsistencia del Hombre sobre el Planeta. En la calidad del medio en que éste habrá de desenvolverse, desde luego, pero también en la prematura desaparición de las condiciones que hacen posible la vida humana⁶⁰.

Ainda, o mesmo autor refere que:

La comprensión de que el crecimiento ilimitado es imposible en un contexto cerrado e inexpandible. La constatación científica, puramente aritmética, de que el crecimiento del consumo de bienes y servicios “per cápita” a que legítimamente aspira la mayor parte de la humanidad conduce un colapso ambiental cierto, aunque no aumentase el número de habitantes del Planeta⁶¹. O, finalmente, la asunción de que para evitar ese colapso debemos modificar urgentemente nuestras pautas de comportamiento, ajustándonos a patrones de sostenibilidad; son nociones que fluyen naturalmente de la idea nuclear consistente en que sabemos lo que tenemos y eso, y sólo eso, debemos gestionar⁶².

Podemos entender que o autor reforça a importância da consciência ambiental, mas não é só isso, para ele deve haver também uma mudança urgente de comportamento, que se ajustem aos padrões de sustentabilidade, para que se consiga evitar maiores prejuízos ao meio ambiente, tendo em vista o crescimento acirrado do consumo de bens e serviços. Diante disso, Ferrer conclui:

Alcancemos un pacto con la Tierra de modo que no comprometamos la posibilidad de mantenimiento de los ecosistemas esenciales que hacen posible nuestra subsistencia como especie en unas condiciones ambientales aceptables. Es imprescindible reducir drásticamente nuestra demanda y consumo de capital natural hasta alcanzar niveles razonables de reposición.⁶³

⁶⁰ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002, págs. 73-93.

⁶¹ Haciendo abstracción de elementos valorativos, lo cierto es que, además del crecimiento demográfico e, incluso, con independencia de él, lo que acelera la incapacidad del Planeta de responder a nuestras exigencias es el hecho de que un creciente número de habitantes del Planeta aspira a adoptar patrones de consumo “occidentales”, sin duda espoleados por las grandes corporaciones multinacionales sedientas de nuevos consumidores e influidos por cuanto tiene que ver con la expansión de las telecomunicaciones. Las implicaciones de esta realidad son muy profundas y constituyen, seguramente, el mayor riesgo para la Paz en el mundo. Véase ATTALI, Jacques, *Milenio*, Seix Barral, Barcelona, 1991 y su reflexión sobre “modelos” y “niveles” de vida.

⁶² FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002, págs. 73-93.

⁶³ FERRER, Gabriel Real, op. cit. FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho*. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard; (orgs) [et al.]. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. ISBN 978-85-7696-106-2 (e-book), 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 17/02/2015.

Assim, e de acordo com o autor, é extremamente importante nosso comprometimento para com a natureza, com o meio ambiente. O consumo sustentável de bens naturais deve ser reduzido, afim de que se possa alcançar um nível razoável de reposição, pois sem isso os ecossistemas essenciais estão fadados à inexistência.

Para que esse consumo sustentável se efetive, primeiramente deve-se pensar num desenvolvimento sustentável e, nesse sentido, Fernando Almeida diz que:

A ideia de sustentabilidade está embutida na noção de renda, que é momento máximo que uma sociedade pode consumir em um ano e ainda continuar com a possibilidade de consumir o mesmo montante no ano seguinte - deixando intacta a correspondente capacidade de produzir e consumir. A capacidade de produzir, por sua vez, está relacionada à noção de capital, normalmente associado àquele construído pelo homem, que, na verdade, depende de duas outras formas de capital: o natural, fonte de matéria e energia e que também gera serviços ambientais, e o social, relacionado à qualidade das relações entre pessoas e grupos⁶⁴.

Em relação ao capital natural, importante perceber que:

A questão ecológica não se esgota na necessidade de ofertar novas bases ecológicas aos processos produtivos, de inovar tecnologias para reciclar os resíduos contaminados, de incorporar normas ecológicas aos agentes econômicos, ou mesmo de valorizar o patrimônio de recursos, não só naturais, como também culturais, para que se possa chegar a um desenvolvimento sustentável em harmonia com a natureza. O desenvolvimento sustentável busca uma maneira para conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, além de buscar o fim da pobreza no mundo⁶⁵.

Para José Eli da Veiga, essa “conciliação” entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente somente se dará mediante um acordo de relações eticamente responsáveis com diversos públicos de interesse, contribuindo para o desenvolvimento de um novo sistema de valores para a sociedade, tendo como referencial maior o respeito à vida humana e ao meio ambiente, condição indispensável à sustentabilidade da própria humanidade⁶⁶.

Nesse contexto, Ingo Sarlet aduz que:

Na edificação Socioambiental de Direito, com sua base democrática fundada na democracia participativa e seu marco axiológico fincado no princípio constitucional da solidariedade, há, na sua essência, uma tentativa de conciliação e diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e

64 ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento sustentável**. 2012 – 2050: visão, rumos e contradições. p. 148.

65 PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza K. **A sustentabilidade ambiental e a teoria dos sistemas na sociedade transnacional**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 70-83, jan./abr: 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3639>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013. p. 73 e 74.

66 VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007, p. 91.

proteção ambiental, na condição de projetos inacabados da modernidade, já que apenas os direitos liberais alcançaram um nível maior de realização⁶⁷.

Para Leonardo Boff:

Neste tipo de economia o centro fulcral é ocupado pelo ser humano e não pelo capital, pelo trabalho como ação criadora e não como mercadoria paga pelo salário, pela solidariedade e não pela competição, pela autogestão democrática e não pela centralização de poder dos patrões, pela melhoria da qualidade de vida e do trabalho e não pela maximalização do lucro, pelo desenvolvimento local em primeiro lugar e, em seguida, o global⁶⁸.

Ainda, Boff declara que esse modelo, apesar de não ser hegemônico, carrega a semente do futuro, pois a sociedade mundial tem sentido os limites do planeta e vem percebendo que não há como termos um projeto planetário capitalista, pois corremos o risco da extinção da espécie. O ideal é um modelo de economia solidária, integrando o humano, o social, o ético, o espiritual e o ambiental, que pode ser uma saída para salvar a história humana⁶⁹.

De acordo com Paulo Márcio Cruz:

O Direito Ambiental é a maior expressão de Solidariedade que corresponde à era da Cooperação internacional, a qual deve manifestar-se ao nível de tudo o que constitui o patrimônio comum da humanidade. Assim, somente com a consolidação de um verdadeiro Estado Transnacional Ambiental, como estratégia global de Cooperação e Solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade⁷⁰.

Finalizando a ideia de desenvolvimento sustentável, observamos que:

O conceito de desenvolvimento sustentável procura integrar e harmonizar as idéias e conceitos relacionados ao crescimento econômico, à justiça e ao bem-estar social, à conservação ambiental e à utilização racional dos recursos naturais. Do ponto de vista ambiental, a noção de desenvolvimento sustentável propõe a utilização parcimoniosa dos recursos naturais, de forma a garantir o seu uso pelas gerações futuras. Propõe, ainda, a preservação de amostras significativas do ambiente natural, de forma a garantir a manutenção dos serviços ambientais que estas áreas propiciam e a qualidade de vida da população do entorno⁷¹.

Diante do exposto, verificamos a importância do acesso à informação tanto em relação à proteção ambiental como em relação ao consumo sustentável, os quais somente se darão se houver uma consciência e conduta ambiental eticamente corretas por parte de todos os

67 SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

68 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 60 e 61.

69 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 61.

70 CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011, p. 156.

71 IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 2012, p. 24.

habitantes do planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao contexto das relações consumeristas de massa, em que a sociedade deixou de exercer o consumo e passou a um consumismo exacerbado temos o direito à informação, como um direito fundamental que pode ser destinado à coletividade de consumidores ou ao indivíduo em particular. O direito à informação traz a importância da informação clara, para que o consumidor possa, por seu livre convencimento, satisfazer seus reais interesses e exercer efetivamente sua liberdade, além de formar uma consciência ecologicamente correta quanto as suas escolhas, preservando o meio ambiente e assegurando o meio ambiente para gerações futuras.

Percebe-se que a informação, direito fundamental de todos os cidadãos – estabelecido na condição de cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, assume papel importante diante da questão ambiental.

Isso porque é através da informação que chega ao consumidor que ele poderá se sentir apto a fazer a escolha que mais lhe convir. Ou seja, é com a informação que o cidadão – individual ou coletividade – vai criar um juízo de discernimento capaz de fazê-lo optar por um produto, em detrimento de seu similar.

Conforme já mencionado, consumir é necessário, mas o consumo que possa ser correto, ambientalmente falando, e isso só pode ser possível através da informação, que esclarece, que conscientiza, que traz em si a transparência, visando, além do lucro, um bem-estar coletivo a esta e às gerações que ainda estão por vir.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento sustentável. 2012 – 2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2012.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável.** Revista de Direito Ambiental. Ano 12, n. 45, jan.-mar.2007, p. 167-183.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Direito à informação socioambiental e desenvolvimento sustentável.** Revista de Direito Ambiental. Ano 12, n. 45, jan.-mar.2007, p. 167-183.

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

BRASIL, Dec. **99.274/90.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____, Lei **10.650/03.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____, Lei **12.527/2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____, Lei **6.938/81.** Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____, Lei **7.347/85.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Constituição Federal do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. **Decreto-lei 4.680 de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm. Acesso em: 20 de jun.2015.

_____. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 jun. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

Convenção de Aarhus. **Agência Portuguesa do Ambiente.** Disponível em: <http://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=726&sub3ref=727>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CONVENÇÃO sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em:

<<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>>.

Acesso em: 20 set. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011.

ESCARPIT, Robert. **Teoría de la Información y Práctica Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (Pamplona, España), nº 1, 2002.

_____, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard; (orgs) [et al.]. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. ISBN 978-85-7696-106-2 (e-book), 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 17/02/2015.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colômbia. 1997.

HANSEN, João Henrique. **Como entender a saúde na comunicação?** São Paulo: Ed. PAULUS, 2004.

IRVING, Marta de Azevedo; OLIVEIRA, Elizabeth. **Sustentabilidade e transformação social**. Rio de Janeiro: SENAC Nacional, 2012.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.

_____, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder Editorial/Universidad Iberoamericana, 2007.

_____, Niklas. **Sistemas Sociales**: lineamentos para una teoría general. Barcelona/México/Santafé de Bogotá: Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. 1998.

_____. **Sociología del riesgo**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

_____. **Sociologia do direito** I. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. México: Ed. Universidad

Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

MARCÉ PUIG, Francesc. **Conducta y comunicación: Una perspectiva sistémica**. Barcelona: PPU, 1990.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios: formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II**. São Paulo: Paulus, 2004.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética – Para onde vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza K. A sustentabilidade ambiental e a teoria dos sistemas na sociedade transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 70-83, jan./abr: 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3639>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia – a valorização dos genes e a reconstrução do mundo**. São Paulo: Makron Books, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEPKE, Fernando Lolas. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Desafios jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007.

WOLTON, Dominique. **É preciso salvar a comunicação**. São Paulo: Paulus, 2

O DENOMINADO “PRINCÍPIO” DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO, SUAS ATUAIS REFERENCIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EVENTUAIS APLICAÇÕES NO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹

Greice Patrícia Fuller²

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetivou desenvolver a análise do chamado “princípio” da vedação do retrocesso em face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro, observando-se, inclusive sua

¹ É o primeiro professor Livre- Docente em Direito Ambiental do Brasil (pela PUC/SP). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Coordenador, professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU/São Paulo bem como da Linha de Pesquisa Tutela Jurídica do Meio Ambiente do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU. Elaborador, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial da FMU. Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli-ITALIA e professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar-PORTUGAL. Assessor científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, parecerista ad hoc do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfam. Membro Honorário da Escuela Judicial de América Latina. Coordenador/Líder dos Grupos de Pesquisa do CNPq Sustentabilidade Ambiental em Defesa dos Habitantes das Cidades Brasileiras, Meio Ambiente Cultural e a Defesa Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana no Mundo Virtual, Tutela Constitucional da Saúde Ambiental, Tutela Jurídica da Paz na Sociedade da Informação vinculada à dignidade da Pessoa Humana e Tutela Jurídica dos Bens Ambientais na Antártica. Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Sustentabilidade, Impacto e Gestão Ambiental - CNPq/ Universidade Federal da Paraíba - UFPB e Novos Direitos - CNPq Universidade Federal de São Carlos. Presidente da Comissão do Meio Ambiente e do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital/Sociedade da Informação da OAB/SP. Membro consultor da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB. Representante da OAB/SP no Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - FID da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania - SP e do Fundo Estadual para Prevenção e Remediação de Áreas Contaminadas - FEPRAC. Professor convidado do Curso de Especialização em Engenharia Sanitária Ambiental da Universidade Mackenzie e do Curso de Pós-Graduação/Direito Ambiental do Centro Universitário do Norte-AMAZONAS. Professor efetivo das Escolas Superiores do Ministério Público do Estado de São Paulo, do Estado de Santa Catarina, do Estado do Mato Grosso e do ISMP do Rio de Janeiro. Elaborador, coordenador e professor do Curso de Pós Graduação/Extensão em Direito Ambiental da Escola Paulista da Magistratura-EPM. Professor do MBA Direito Empresarial /FUNDACE vinculada à USP. Presidente do Conselho Consultivo/Comissão de Seleção e Membro Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Editor da Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação e membro convidado do Conselho Editorial da Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (ESPANHA). Integrante do Comitato Scientifico do periódico Materiali e Studi di Diritto Pubblico da Seconda Università Degli Studi Di Napoli bem como do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris (Institut International d Etudes et de Recherches sur les Biens Communs) e Roma (Istituto Internazionale di Ricerca sui Beni Comuni). Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

² Pós-Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidad de Navarra (Espanha), Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Economia e Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), professora dos Cursos de Graduação da Faculdade de Direito e Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Ambiental Empresarial Do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo (EPM). Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direito Ambiental Criminal da Comissão Permanente do Meio Ambiente OAB/SP e secretária da Comissão Permanente do Meio Ambiente OAB/SP.

aplicação perante o Supremo Tribunal Federal. Para tal desiderato, a investigação analisou inicialmente o conceito do chamado “princípio” do não retrocesso, estabelecendo sua origem na literatura e jurisprudência alienígenas e posteriormente, sua singular visão perante parte da doutrina brasileira, transposta a partir de modelos internacionais e que não foi recepcionada até o momento pela jurisprudência brasileira no âmbito do direito ambiental constitucional.

Esta análise científico-constitucional ambiental visou desafiar e mesmo questionar a ideia da incidência do “princípio” da vedação do retrocesso como proteção imprescindível à tutela dos bens ambientais, em face da interpretação lógico-sistemática da Constituição Federal em seu art. 1º, observando-se que o princípio em tela, após análise jurisprudencial e de parte da doutrina especializada, não existe formalmente em nossa Carta Magna. Assim, para a conclusão do pensamento acima, realizou-se, para além do disposto acima, a abordagem sobre o “princípio” em comento, não à luz do direito alienígena, mas em face dos princípios constitucionais ambientais brasileiros, demonstrando-se que não se faz necessária a transposição de ideias do Direito Comparado ao Direito Ambiental Brasileiro que como um direito autônomo, é possuidor de base principiológica própria cujo nascedouro é a Carta Magna de 1988 de nosso país.

1. DESENVOLVIMENTO CONCEITUAL DO CHAMADO “PRINCÍPIO” DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO

O denominado “princípio” da vedação do retrocesso originou-se na jurisprudência e doutrina europeias, especialmente da Alemanha³ e de Portugal. Ingo Sarlet informa que o referido “princípio” da proibição do retrocesso teve tratamento bem diferenciado em cada país em face dos problemas existentes em cada um deles. A doutrina alemã propugnou pela proibição da supressão da lei que regulamentasse direitos fundamentais sociais, desenvolvendo-se a temática à luz da crise do Estado-Providência, notadamente em relação à proteção das posições jurídicas dos cidadãos em face da perda da capacidade de dever prestacional do Estado em relação ao aumento da demanda por prestações sociais. Acabou-se assim, consolidando-se a proteção do direito adquirido, das expectativas de direitos e da garantia da propriedade e direitos na área da

³ À luz da doutrina alemã, observa-se a existência de uma ‘blindagem’ das garantias do Estado Social, que ocorre em razão da proibição da retroatividade das leis referentes aos direitos sociais, do mandamento da tutela da confiança e ainda do fato de os direitos subjetivos públicos a prestações sociais serem tuteladas constitucionalmente segundo o art. 14 da Lei Fundamental. SHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. Trad. De Peter Naumann e revisão de Ingo Sarlet. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**, p. 311.

seguridade social.⁴

Em Portugal, J. J. Gomes Canotilho⁵ afirma que o referido “princípio” decorre dos princípios da democracia social e econômica, chamando-o de “princípio” da proibição de “contrarrevolução social” ou de “evolução reacionária”. Com isso, defende a ideia de que o “princípio da proibição do retrocesso social” limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, no que tange aos campos referentes aos direitos econômico, social e cultural. Portanto, conclui:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura desse núcleo essencial.⁶

No Brasil, o “princípio” em comento tem como nota, segundo palavras de Tiago Fensterseifer⁷, “a subordinação do legislador infraconstitucional ao comando normativo constitucional, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição. A estabilidade institucional (e também jurídica) é fundamental [...]”. Continua o mencionado autor afirmando que Sarlet informa que a dignidade humana não será protegida onde as pessoas estejam expostas a “um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais [...].”⁸

Nesse diapasão, Ingo Sarlet sustenta que a proibição do retrocesso não se restringe aos direitos fundamentais sociais, mas a todos os direitos fundamentais, decorrendo (implicitamente):

- a) Do princípio do Estado Democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, § 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 445-446.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 326.

⁶ *Ibidem*, p. 326-327

⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. p. 258-259.

⁸ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, op. cit, p. 14. In: FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais...**, p. 259;

direitos fundamentais. Com efeito a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica [...] reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica [...];

[...]”⁹

Ravenia Márcia de Oliveira¹⁰ afirma que o “princípio” em tela apresenta o chamado “efeito cliquet”, como chamado pelo Conselho Constitucional francês (*effet cliquet*) aludindo à expressão utilizada pelos alpinistas que define um movimento que só permite a eles irem para cima, ou seja, subirem. Assim, o “princípio” da vedação do retrocesso não permitiria que conquistas sociais retrocedessem no âmbito de sua realizabilidade.¹¹

Para Álvaro dos Santos Maciel¹² o “princípio” em comento foi expressamente insculpido pelo ordenamento jurídico pátrio através do Pacto de San José da Costa Rica, caracterizando-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais devidamente consagrados na Constituição Federal, garantindo-se assim ao cidadão o acúmulo de patrimônio Jurídico. Portanto se há tal impossibilidade, veda-se a redução de qualquer direito de cunho social constitucional.

De outra parte, para Pablo Castro Miozzo¹³, o “princípio” da vedação do retrocesso apresenta-se exposto no art. 3º da Constituição Federal, pois a expressão “desenvolvimento nacional” deve ser interpretada como progresso jurídico que só haverá a partir da concretização dos direitos fundamentais.

Desenvolvido originariamente no século XX¹⁴, o chamado “princípio” da vedação do

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, op.cit., p. 445.

¹⁰ OLIVEIRA, Ravenia Marcia de Oliveira. **Do efeito ‘cliquet’ ou princípio da vedação de retrocesso**.

¹¹ Na ADI 1946/DF, o STF afirmou que o direito ao **salário- maternidade** seria uma cláusula pétrea, havendo, para quem assim entenda, a aplicação implícita do chamado princípio do não retrocesso.

¹² MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do princípio do não retrocesso social**. Boletim Jurídico Uberaba/MG, n. 260. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>> Acesso em 03 de janeiro de 2014.

¹³ MIOZZO, Pablo Castro. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil**. Disponível em <<http://www.ajuris.orb.br/dhumanos/mhonrosa1.doc>>. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

¹⁴ Como explica Thais Maria Riedel de Resende Zuba, trata-se do caso que encontrou acolhida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal que no Acórdão 39, de 1984 (conforme Diário da República, 1ª série, número 104,05 de maio de 1984) “declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde. Sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde, vinculado ao que estabelece o art.64 da Constituição Portuguesa, ainda mais em se considerando que este deveria ser realizado justamente

retrocesso foi bem explicado por Luis Roberto Barroso. Informa o constitucionalista que:

Por este princípio, que não é expresso (grifos nossos), mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior¹⁵.

Por outro lado, em interessante artigo dedicado a Raymundo Faoro¹⁶, o mesmo jurista Luís Roberto Barroso acompanhado da constitucionalista Ana Paula de Barcellos, tiveram a oportunidade de afirmar que a chamada vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário (grifos nossos) “a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”.

Também Ingo Sarlet¹⁷, explica que “o princípio da vedação do retrocesso decorre implicitamente do ordenamento constitucional brasileiro (grifos nossos)”, observando que ele seria extraído do princípio do Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais(art.5º, parágrafo 1º da Constituição Federal).

Ocorre que as poucas referências existentes sobre o referido “princípio” (“princípio” que conforme indicamos é interpretado por autores em face de análise cultural que reconhece sua existência de forma não expressa ou mesmo implícita em face do ordenamento constitucional brasileiro) reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, interpretadas por parte do órgão máximo do Poder Judiciário, ocorreram em temas de direito previdenciário através de votos

mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde, a Corte portuguesa decidiu que haveria um retrocesso social caso se decidisse pela revogação da lei do Serviço à Saúde, que seria extinto sem colocar nada em seu lugar”. ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O Direito à Seguridade Social na Constituição de 1988 e o Princípio da Vedação do Retrocesso**. Dissertação de Mestrado defendida na PUC/SP tendo como orientador o Prof. Dr. Wagner Balera, 2011.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas**, p.158 - 159.

¹⁶ FAORO, Raymundo Faoro. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em <http://camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em 02/01/2014.

¹⁷ SARLET, Ivo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro, **Revista de Direito Social**, p.35.

vencidos ¹⁸¹⁹ ou, ainda, em matéria vinculada a direitos políticos²⁰, conforme veremos mais detidamente no item 2 do presente estudo.

2. APLICAÇÃO DO “PRINCÍPIO” DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E SUAS PRINCIPAIS REFERÊNCIAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Citemos aqui algumas decisões, considerando-se inicialmente as colacionadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Observando-se a ADI 1946/DF, verificou-se que o Plenário por unanimidade, decidiu “dar ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.98, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII da Constituição Federal”.

Na ADI 2065/DF, o voto do Relator Ministro Sepúlveda Pertence foi vencido no sentido de entender que, no caso, merecia a aplicação do princípio da vedação do “princípio” do retrocesso social em relação à Medida Provisória n 1911-8, que extinguiu órgãos de deliberação colegiada,

¹⁸ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. O Direito à Seguridade Social na Constituição de 1988 e o Princípio da Vedação do Retrocesso, op.cit, 2011.

¹⁹ No Supremo Tribunal Federal vide o voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2065-DF (o STF não conheceu da ação por maioria de votos) bem como o voto vencido do Ministro Celso de Mello na ADI 3105-DF com referência expressa ao *leading case* português, Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional luso (vide STF, DJU, 18/02/2005. ADIn 3105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, p.367).

²⁰ “O Plenário deferiu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo PGR, para suspender os efeitos do art. 5º da Lei 12.034/2009, que dispõe sobre a criação, a partir das eleições de 2014, do voto impresso (...). Destacou-se o caráter secreto do sufrágio no direito constitucional brasileiro (CF, art. 14), conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão. Reputou-se que a impressão do voto feriria o direito inexpugnável ao segredo, visto que configuraria prova do ato de cidadania. Assim, o papel seria desnecessário, pois o eleitor não haveria de prestar contas a quem quer que fosse e o sistema eletrônico dotar-se-ia de segurança incontestável, conforme demonstrado reiteradamente. Nesse sentido, concluiu-se que a impressão serviria para demonstração a terceiro e para vulnerar o segredo constitucionalmente assegurado ao cidadão. Consignou-se que o § 2º do dispositivo impugnado reforçaria essa assertiva, pois o número de identificação associado à assinatura digital poderia favorecer a coação de eleitores pela possibilidade de vincular o voto a compromissos espúrios. Por outro lado, a urna eletrônica, atualmente utilizada, permitiria que o resultado fosse transmitido às centrais sem a identificação do votante. Ademais, a impressão criaria discrimen em relação às pessoas com deficiências visuais e aos analfabetos, que não teriam como verificar seus votos, para o que teriam de buscar ajuda de terceiros, em detrimento do direito ao sigilo igualmente assegurado a todos. Frisou-se que a cada eleitor seria garantido o direito e o dever de um voto, apenas, e que o sistema atual asseguraria que somente se abriria a urna após a identificação do votante e a pessoa não seria substituída, sequer votaria mais de uma vez. Por seu turno, ao vedar a conexão entre o instrumento de identificação e a respectiva urna, o § 5º do artigo de que se cuida possibilitaria a permanência da abertura dela, pelo que poderia o eleitor votar mais de uma vez, ao ficar na cabine. Sublinhou-se, ademais, o princípio da proibição de retrocesso, que seria aplicável também aos direitos políticos (grifos nosso), dentre os quais a invulnerabilidade do segredo de voto (CF, art. 60, § 4º, II). No ponto, o Min. **Gilmar Mendes** afastou esse fundamento, em razão do risco de se ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis consideradas benéficas (grifos nossos). O Colegiado afirmou que o princípio democrático (CF, art. 1º) garantiria o voto sigiloso, que o sistema adotado – sem as alterações do art. 5º da Lei 12.034/2009 – propiciaria. Destacou-se que a alteração do processo conduziria à desconfiança no sistema eleitoral, própria das ditaduras.” (ADI 4.543-MC, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 19-10-2011, Plenário, *Informativo* 645.)

revogando dispositivos das Leis 8212 e 8213/91, que dispunham sobre o caráter democrático da gestão da Seguridade Social.

A ADI 3140/DF foi julgada improcedente por decisão da maioria do Plenário. O mérito da ação questionava a constitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003, entendendo-se que o art. 8º da Emenda Constitucional 20/98 não havia criado direito subjetivo aos servidores que não haviam implementado os requisitos para aposentadoria à data de sua publicação. A Relatora Ministra Carmen Lúcia sustentou a ofensa ao “princípio” da vedação do retrocesso social caso fosse extinta a possibilidade de aposentadoria (direito social), fazendo registrar que, entretanto, o citado princípio não incidiria em se tratando de “adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário”.

Nas ADI 3105-8/DF e 3128-7/DF a decisão julgou improcedente por maioria, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, *caput* da Emenda Constitucional n. 41/2003, reconhecendo-se ser devida a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos federais aposentados. Em voto vencido, a Relatora Ministra Ellen Gracie acompanhada do Ministro Celso de Mello aludiu ao “princípio” da vedação do retrocesso social, aduzindo o “caráter de fundamentalidade de que se revestem os direitos de natureza previdenciária”.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 639337²¹, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, prestigiou em decisão unânime proferida aos 23 de agosto de 2011 o “princípio” da vedação do retrocesso social em caso em que se pleiteava atendimento em creche e em pré-escola, obrigando-se o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou endereço de trabalho de seus responsáveis.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 763667, em decisão proferida por votação unânime o Ministro Relator Celso de Mello, em voto lavrado aos 22/10/2013, cita o “princípio” da vedação do retrocesso como fundamento em ação na qual o Tribunal “a quo” determinou a designação defensor público para a comarca de Groaíras-CE, em face da omissão do Poder Público em

²¹ Em voto da lavra do Relator Ministro Celso de Mello, observa-se o acolhimento do princípio da vedação do retrocesso social como “obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais.- O princípio da proibição de retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais, de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torna-los efetivos, mas também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar- mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.”

conceder o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 581352, em decisão proferida por votação unânime, o Ministro Relator Celso de Mello, em voto lavrado aos 29/10/2013, fundamentou a decisão com base no “princípio” da vedação do retrocesso, afirmando que ser dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional.

No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 727864, o Ministro Relator em decisão por votação unânime proferida aos 04/11/2014, invocou o “princípio” da proibição do retrocesso social, determinando o custeio pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede público. Defendeu a ideia de ser dever estatal a assistência à saúde e proteção à vida resultante de norma constitucional.

Na ADI 4350/DF, o Ministro Relator Luiz Fux, por votação da maioria, acolheu o “princípio” da proibição do retrocesso social em decisão relativa ao recolhimento do DPVAT.

Conclui-se que apesar das decisões acima mencionadas, apenas a partir de 2011 o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo de forma pontual o princípio da proibição do retrocesso social, em matérias notadamente previdenciárias e de direitos à educação e saúde. Contudo, frise-se que são isoladas e ainda não pacificadas pelos ministros desse tribunal superior, visto que a própria doutrina na sua maioria (vide item 1), por interpretação lógico-sistemática, acolheu o princípio da vedação de forma implícita. Portanto, não resta dúvida que o mencionado princípio não se encontra formalmente estruturado na Constituição. Tais assertivas são importantes para o enfrentamento, a seguir, da análise do chamado “princípio” da proibição do retrocesso ambiental.

3. SUBSUNÇÃO DO “PRINCÍPIO” DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO INSUPERÁVEL?

E no âmbito do direito ambiental constitucional, aplica-se o “princípio” da vedação do retrocesso?

No que se refere ao direito ambiental constitucional brasileiro cabe observar preliminarmente que estamos diante de uma ciência relativamente nova²², porém *autônoma*²³.

²² Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco in **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2012 bem como Princípios do Direito Processual

Essa independência lhe é garantida porque, no Brasil, o direito ambiental possui os seus próprios princípios diretores, presentes nos artigos 1º a 4º e 225 da Constituição Federal.

Aludidos princípios constituem pedras basilares dos sistemas político--jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado.

Destarte, dentre seus próprios princípios diretores, merece destaque em nossa Carta Magna, como já dissemos, o conteúdo do art.225 que estabelece a existência jurídica de um bem que se estrutura como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configurando nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público nem, muito menos, particular²⁴.

Referido conteúdo fixa a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando, ainda, que *todos* são titulares desse direito. Não se reporta a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas que demarca um critério transindividual, em que não se determinam, de forma rigorosa, os titulares do direito.

O bem ambiental é, portanto, um bem de *uso comum do povo*, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais, e, ainda, um bem *essencial à qualidade de vida*. Devemos frisar que uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, III.

É, portanto, da somatória dos dois aspectos — bem de *uso comum do povo* e *essencial à sadia qualidade de vida* — que se estrutura constitucionalmente o bem ambiental.

Caberia então indagar: quais seriam no ordenamento positivo os bens essenciais à sadia qualidade de vida?

A resposta reside nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito: são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa

Ambiental,2012, passim.

²³ Com relação à autonomia do Direito Ambiental brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou acatando parte da doutrina brasileira. Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 2012, op.cit., p.77.

²⁴ A respeito da natureza jurídica dos bens ambientais vide Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 2012,op.cit.,passim.

humana. Isso importa afirmar que ter uma vida sadia é ter uma vida com dignidade.

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, pelo menos, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna.

Trata-se de dar efetividade aos DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA (art. 1º, III, da CF), não cabendo a qualquer pessoa, inclusive ao administrador público preterir, o PISO VITAL MÍNIMO (Art.6º da Constituição Federal) na medida em que não se trata de “opção do governante” ou mesmo — como pretendem argumentar alguns, ainda com o olhar vinculado ao vetusto direito administrativo — de “opção discricionária do administrador”, uma vez que não estamos cuidando de juízo discricionário, muito menos de tema a depender unicamente da vontade política.

Dessa feita, temos então que o art. 6º da Constituição fixa um *piso vital mínimo* de direitos que devem ser assegurados pelo Estado (que o faz mediante a cobrança de tributos), para o desfrute da sadia qualidade de vida.

Assim não existe qualquer necessidade em se transportar para o Direito Ambiental Constitucional o chamado “princípio” da vedação do retrocesso nos moldes importados de culturas alienígenas.

Com efeito.

Se uma norma infraconstitucional, ao estabelecer ou mesmo regulamentar um mandamento constitucional ambiental, instituir determinado direito, ele se incorporará ao patrimônio jurídico de brasileiros e estrangeiros residentes no País em face do que estabelecem os princípios fundamentais constitucionais que estruturam o direito ambiental constitucional brasileiro, a saber, os artigos 1º a 3º da Carta Magna bem como art.225 da Lei Maior.

Trata-se de reconhecer que o fundamento do direito ambiental constitucional brasileiro, no atual Estado Democrático de Direito, guarda absoluta e explícita compatibilidade com a dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF).

Assim, resta claro concluir o direito ambiental brasileiro não apresenta a necessidade de

“importar ideias ou princípios construídos pela legislação/doutrina alienígena, visto que está formalmente, é dizer, legal e expressamente estruturado em face da Constituição Federal segundo o disposto no art. 1º, acima examinado.

Para além disso, o princípio da vedação do retrocesso social não se encontra sedimentado formalmente em nossa Constituição, como já afirmado e reiterado, tanto que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal assim ainda não se consolidou neste sentido.

E, se não bastassem os argumentos acima explicitados, o Direito Ambiental encontra-se devidamente estruturado segundo princípios que já acolhem o objetivo protetivo que o princípio da vedação do retrocesso quer alcançar em face dos direitos fundamentais.

Senão vejamos:

a) princípio do desenvolvimento sustentável

Tal princípio está plenamente sedimentado no *caput* do art. 225 da CF/88, objetivando o equilíbrio entre o uso do meio ambiente em face da ordem econômica capitalista para que os recursos naturais não se esgotem. Assim é a razão pela qual o art. 170 da Carta Magna acolhe o caminho conjunto entre o exercício da livre concorrência e da defesa do meio ambiente, segundo os ditames da justiça social.

Daí depreende-se que a partir do exato momento no qual o legislador constituinte estabelece a necessidade de equilíbrio entre o desenvolvimento (não como sinônimo de crescimento) econômico e o meio ambiente, vê-se claramente o objetivo da consecução do bem-estar social. Assim, conclui-se que há uma proibição formal e expressa, em nível de legislação constitucional, à violação do princípio da dignidade da pessoa humana e por consequência, da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prescindindo assim da importação do “princípio” da vedação do retrocesso social.

b) princípio da participação (educação e informação ambiental)

O princípio da participação na tutela ambiental vem traduzido nos arts. 198, inciso III e 225, *caput* da CF ao impor (e aqui não se trata de simples regra de *aconselhamento* ao destinatário) ao Poder Público e à coletividade o dever na proteção e preservação do meio ambiente. O princípio em tela também foi prestigiado no art. 7º, inciso VIII da Lei 8080/90 e art. 221 da Constituição Estadual de São Paulo. Assim, depreende-se que a obrigação de tutela ambiental não fica

circunscrita ao Estado, mas também ao povo, às organizações não governamentais, sindicatos, setores das indústrias, agricultura, comércio, ou seja, a chamada sociedade civil.

O princípio da participação é detentor de importância inegável à estruturação protetiva do Direito Ambiental brasileiro, pois assegura ao cidadão a possibilidade de participar junto às esferas legislativa (v.g. plebiscito, referendo e iniciativa popular), administrativa (v.g. direito de petição²⁵ e de estudo de impacto ambiental) e processual (v.g. ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação de responsabilidade por improbidade administrativa, ação direta de inconstitucionalidade).

A participação na tutela ambiental abrange os elementos educação ambiental e informação ambiental.

O primeiro dos elementos acima mencionados, a saber, a educação ambiental, encontra-se insculpido formal e expressamente no art. 225, §1º, inciso VI da CF, assim como na Declaração de Estocolmo no art. 19.

A educação é elemento imprescindível à construção da cidadania e à própria democracia. Isso porque, a função da educação é prover os instrumentos para a plena realização da participação ativa do indivíduo na sociedade, conferindo-lhe formação pessoal e social, sob o manto da ética da responsabilidade e não só da ideia de o mesmo ter direitos.²⁶

E como pode ser representado o liame entre a educação ambiental e o princípio do não retrocesso social (e ambiental)?

Se a educação é um elemento esclarecedor sobre as questões ambientais e confere aos indivíduos e coletividades o sentido de suas responsabilidades, no que tange à proteção e melhoria do meio ambiente, qual será a razão de fazer importar um “princípio” alienígena (que aqui voltamos a frisar: que não é reconhecido formal e expressamente pela Constituição Federal Brasileira e tampouco sedimentado perante o Supremo Tribunal Federal), se o princípio da participação em sua vertente de educação ambiental já alcança o seu objetivo? Aliás, vai além. Isso porque quando o legislador constitucional fala em educação ambiental não quer apenas

²⁵ Sieyès encerrava a ideia do poder constituinte ser pertencente ao povo, assim porque a Constituição Federal Brasileira afirma em seu art. 1º, parágrafo único que “todo poder emana do povo”. Desta forma, se o cidadão é o detentor da soberania, tendo o poder de elaborar a lei, lhe fica também assegurada a oportunidade de exigir a revogação da mesma ou a sua alteração perante os poderes, conforme o disposto no art. 5º, inciso XXXIV da Carta Magna (direito de petição).

²⁶ FULLER, Greice Patrícia. O meio ambiente hospitalar em face da dignidade da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, n.26, ano 7, p. 262 e 263.

abranger a coletividade, mas também o próprio Poder Público, subordinando o legislador e o próprio administrador à proteção ambiental, salvaguardando a própria dignidade humana, segurança jurídica e Estado democrático de Direito.

Assim ocorre com o princípio da informação atrelado ao da participação que se encontra bem definido nos artigos. 5º, incisos IX, XIV, XXXIII, XXXIV, LXXII; 37; 220; 221; 225, §1º, inciso IV e VI todos da Constituição Federal; artigos 6º, §3º e 10 da Lei 6938/81.

O mencionado princípio assevera o direito da coletividade a ser informada e o dever de informar da administração em face daquela. Portanto, estando a coletividade bem informada (e educada ambientalmente), poderá orientar-se segundo sua própria vontade e consciência, postulando a responsabilização daqueles que violaram o dever de tutela do meio ambiente proclamado no art. 225, *caput* da CF. Trata-se de uma forma de fazer valer o que se chama de responsabilidade ético-ambiental e social perante um país enunciado constitucionalmente como Estado Democrático de Direito e Social.

Aqui também vê-se claramente que o que se pretende é a salvaguarda da certeza e segurança nas posições jurídicas, a observância (ou não) da efetividade das normas constitucionais e a informação de que os deveres prestacionais na órbita ambiental pelo Estado devem vincular os poderes públicos em seus atos.

Nesse diapasão e de forma conclusiva em relação à importância do princípio da participação, Celso Antonio Pacheco Fiorillo afirma:

O princípio da participação constitui ainda um dos elementos do Estado Social de Direito, porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade devida, que, como sabemos, é um dos pontos centrais da tutela ambiental.²⁷

Portanto, seguindo o ensinamento de Peter Häberle²⁸, todo cidadão deve ser o intérprete da Constituição, depreendendo-se que a Constituição Brasileira em seu art. 1º, parágrafo único assumiu a profunda ideologia de integrar o consentimento popular como instrumento ao Estado Social de Direito na tutela da sadia qualidade de vida que se perfaz com a realização do conteúdo do mínimo existencial ou piso vital mínimo.

c) princípio da prevenção

²⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, op. cit., passim.

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, 1997, passim.

Trata-se de um dos princípios pilares e norteadores do Direito Ambiental, pois tem como escopo justamente evitar qualquer tipo de violação ao meio ambiente, sendo previsto no art. 225, *caput* da CF ao impor ao *Poder Público* e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.²⁹

A partir da previsão expressa do princípio da prevenção - que informa a prioridade que se deve dar às medidas tendentes a evitar lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente, objetivando reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade - observa-se claramente, que ele “funciona” como verdadeiro instrumento preventivo tendente a subordinar o legislador infraconstitucional a obedecer os comandos normativo-constitucionais, garantindo a estabilidade jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana e o meio ambiente, objetivos tais que são preconizados no “princípio” da vedação do retrocesso ambiental.

d) princípio do poluidor-pagador

O princípio em comento encontra-se fundamentado no art. 225, §3º da CF, bem como, em outros diplomas infraconstitucionais a seguir aduzidos: Lei 6938/81, art. 4º, inciso VII e a Declaração do Rio de 1992³⁰.

O citado princípio representa segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo³¹ a clara ideia de dois aspectos a ele concernentes, a saber:

Num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.

Desta forma, pelo princípio examinado vê-se que ele abrange não apenas a mera compensação dos danos, mas também os custos de prevenção, reparação e repressão do dano ambiental³², garantindo-se expressamente a tutela ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, assim, fácil é assimilar a ideia de que se há uma norma constitucional impondo a

²⁹ O Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) afirma que “para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.”

³⁰ Assim dispõe: “As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais.”

³¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.**, 2014, passim.

³² BENJAMIN, Antonio Herman. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão.** São Paulo: RT, 1993, p. 227.

responsabilização ao degradador ambiental, o princípio do poluidor-pagador também confere segurança jurídica na tutela ambiental, garantindo-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não seja violado seja por atos materiais omissivos ou comissivos da coletividade, seja do Poder Público, inclusive no exercício de seu poder legiferante, como impõe o “princípio” da vedação do retrocesso.

e) princípio da ubiquidade

Este princípio afirma que o objeto de proteção do meio ambiente, qual seja, a vida com qualidade, deve ser utilizado como construção de políticas de atuação popular, administrativa, legislativa e judicial³³. Assim se pode depreender dos artigos 1º, 5º, 6º e 225 todos da Constituição Federal. Daí depreende-se facilmente que o princípio da vedação do retrocesso também já se encontra consubstanciado no teor do princípio da ubiquidade.

Diante da exposição acima sobre os princípios norteadores do Direito Ambiental Constitucional brasileiro, verifica-se que todos eles - que expressamente se encontram elencados na Constituição Federal - demandam um patamar de proteção da dignidade humana e da tutela ambiental, oferecendo segurança e estabilidade em face dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador. Portanto, é inegável que cumprem o papel traduzido pelo “princípio” da proibição do retrocesso de forma clara e ainda acolhidos por normas constitucionais.

Parece-nos que a *vexata quaestio* não está na necessidade de mais importações principiológicas que se encontram em tribunais constitucionais ou doutrinas alienígenas (quando nossa Constituição já flagrantemente expõe forte acervo normativo à tutela da dignidade da pessoa humana e segurança jurídica), mas sim, na imprescindível verificação por parte dos operadores do Direito, dos legisladores e executores dos deveres prestacionais sociais e ambientais, em assimilarem, realizarem e prestigiarem o arcabouço normativo-constitucional que o nosso país já possui. Nesse sentido, exemplifique-se com a questão do direito ao meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado e elemento imprescindível à caracterização de uma cidade sustentável. Apesar de todo o acervo existente em normas constitucionais (programáticas e principiológicas) sobre a tutela do direito ao saneamento e à moradia sustentável, o que se vê ainda são espaços ocupados por moradores de forma precária a gerarem abrigos e verdadeiros

³³ FULLER, Greice Patrícia., **O meio ambiente hospitalar em face da dignidade da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro**, op. cit., p. 178

esconderijos das intempéries da natureza e da própria segregação social.³⁴

Para além disso, vale ressaltar que o que mais importa, aproveitando as palavras de Norberto Bobbio em sua obra a *Era dos Direitos*, não é evidenciar a discussão de os direitos humanos terem como cerne central a busca de um fundamento absoluto que os embasem, mas sim, serem os mesmos efetivados verdadeiramente no mundo do ser/empírico e rico de vivências. Nesse sentido, exemplifique-se com a questão do direito ao meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado e elemento imprescindível à caracterização de uma cidade sustentável. Apesar de todo o acervo existente em normas constitucionais (programáticas e principiológicas) sobre a tutela do direito ao saneamento e à moradia sustentável, o que se vê ainda são espaços ocupados por moradores de forma precária a gerarem abrigos e verdadeiros esconderijos das intempéries da natureza e da própria segregação social.

É preciso ressaltar a ideia de que toda a base principiológica do Direito Ambiental brasileiro é possuidora de densidade normativa e que, por consequência, constituem garantias constitucionais contra atos abusivos dos órgãos legislativos e executivos fazendo exatamente, com sua riqueza protetiva, o que se quer o chamado princípio da vedação do retrocesso. Portanto, qual seria o propósito de trazer à baila um princípio se nossa Constituição, no que tange à tutela ambiental, já o faz? Será necessário dizer ao legislador ou operador do direito que há o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como todos neste trabalho mencionados que são normas constitucionais e que, portanto, devem a eles respeito?

A Constituição Federal é impregnada de função prospectiva, diretiva e vinculante à atividade do operador do Direito, do legislador e do administrador. Portanto, conclui-se que a Constituição é norma jurídica fundamental à organização do Estado e proclamadora de direitos fundamentais do cidadão numa sociedade na qual há confluência de ideologias.³⁵ É por essa razão que Nelson Saldanha afirma que todas as constituições devem ser “obras reflexas” e não mais “meras formações espontâneas”.

Crê-se neste trabalho que o que realmente deve ser alvo de grande indagação é a constante e insidiosa inexecução dos deveres prestacionais pelo Poder Público (seja através de

³⁴ FULLER, Greice Patrícia. Tese de Doutorado apresentada na PUCSP . **O Saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado Democrático de Direito**, 2011, p. 406

³⁵ FULLER, Greice Patrícia.. **O meio ambiente hospitalar em face da dignidade da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro** , op.cit.,p. 282.

atos legiferantes ou administrativos ilegítimos e cunhados de absoluto *animus laedendi* à letra da Constituição. Trata-se como bem chamado pelo Supremo Tribunal Federal, em constantes acórdãos³⁶, de “desprestígio da Constituição” o que representa, segundo esses julgados, “um dos mais graves aspectos da patologia constitucional”³⁷.

Segundo Rui Barbosa, não há na Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou ilações. E isso tudo pela simples razão de todas terem força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional.³⁸

Portanto, querer que os artigos 1º, 3º, 5º, 6º, 170 e 225 todos da Constituição Federal sejam considerados como simples exortações ou proclamações ascéticas juridicamente e assim, merecedoras de importações de outros princípios traduzidos internacionalmente. É interpretar os comandos constitucionais como “declarações recitadas constitucionalmente, é legitimar as omissões dos entes políticos, reverenciando-se o despreço à dignidade humana”³⁹. Enfim, é tornar letra morta a República Federativa do Brasil um Estado Democrático e Social de Direito.

O “princípio” da vedação do retrocesso seria um preceptivo didático indispensável a ser introduzido em nosso *ontos* doutrinário e mesmo jurisprudencial, se a Constituição não fosse permeada dos princípios aqui examinados e que salvaguardam a tutela e o exercício da dignidade humana, assegurando mecanismos de defesa contra alterações da legislação tendentes a reduzir ou afastar direitos ambientais nela consagrados.

³⁶ A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA).

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional [...]

- A omissão do Estado- que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nelas se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 162/877-879 – Rel. Min. Celso de Mello (Pleno) (grifos nossos). No mesmo sentido: ADI 1484/DF, RTJ 174/687, RTJ 175/1212-1213, RE 763667 AgR/CE)

³⁷ O processo de desprezo à Constituição foi muito bem comentado por PIMENTA BUENO ao afirmar que a percepção da gravidade e das consequências lesivas oriundas do “gesto infiel do Poder Público que transgredir, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico. (In: Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império , p. 45)

³⁸ BARBOSA, Rui. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: [s.e.], p. 68.

³⁹ FULLER, Greice Patrícia. **O meio ambiente hospitalar em face da dignidade da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro**, op.cit.,p. 254.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, no presente trabalho segue a conclusão de que o Direito Ambiental Brasileiro não necessita da transferência de princípios deflagrados internacionalmente, vez que já se encontra formalmente estruturado em face do art. 1º da Carta Magna.

Para além dessa ideia, é importante salientar que o “princípio” da vedação do não retrocesso social e ambiental não se encontra expressamente sedimentado em nossa Constituição Federal, observando-se em face de atenta análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que o mesmo foi invocado em casos pontuais, não se encontrando pacificado e consagrado perante ele.

Por fim, através da análise dos diversos princípios fundamentais do Direito Constitucional Ambiental que se encontram expressamente no texto constitucional, não só foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como ainda trazem os mesmos objetivos informados pelo princípio do não retrocesso. É afirmar que seria até mesmo tautológico após a contemplação e reconhecimento de todos em nível normativo-constitucional e jurisprudencial, invoca-lo como inovação ao nosso sistema protetivo ambiental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBOSA, Rui. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: [s.e.], 1968.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas**, 5ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Portugal, 1999.

FAORO, Raymundo Faoro. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em http://camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 03 de março de 2014.

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

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação- A Tutela Jurídica do Meio Ambiente Digital**. São Paulo:Saraiva,2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **"Comentários à Lei 12.965/14 - O MARCO CIVIL DA INTERNET em face do Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação"**. São Paulo:Saraiva,2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do direito processual ambiental - A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva,2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva,2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva,2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Paulo; MORITA, Dione Mari. **Licenciamento Ambiental**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva,2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **"Sociedade da Informação no Século XX e o Direito de Antena"** – 2013, p. 10891. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **"Tutela Jurídica do Meio Ambiente Cultural como Parâmetro Normativo da Denominada Sociedade da Informação no Brasil"** – 2012, p. 5959. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital no direito brasileiro em face da sociedade da informação**. In: Os direitos humanos no espaço virtual/ Galileu

Revista de Economia e Direito Vol. XVII, n.º 1, 2012. Departamento de Ciências Económicas e Empresariais-Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Direito.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de Antena em face do Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva,2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais,1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de direito da energia - Tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares, do vento e do sol**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva,2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva,2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Comentários ao Estatuto da Cidade — Lei 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial**. São Paulo: Saraiva,6ª edição,2014

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Comentários ao “Código” Florestal Lei 12.651/2012**. São Paulo: Ed. Saraiva,2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & Renata Marques FERREIRA. "**Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**" – 2012, p. 867. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

FULLER, Greice Patrícia. **O meio ambiente hospitalar em face da dignidade da pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro**. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, n.26, ano 7, abr/jun 2011. Coord. Celso Antonio Pacheco Fiorillo. São Paulo: Fiuza.

_____. Tese de Doutorado defendida na PUCSP intitulada **O Saneamento ambiental como condição primacial à sadia qualidade de vida e fator estruturante do Estado Democrático de Direito**. 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **Do princípio do não retrocesso social**. Boletim Jurídico Uberaba/MG,

n. 260. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 03 de janeiro de 2014.

MIOZZO, Pablo Castro. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional**: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Porto Alegre, 2005. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc> - Acesso em 03 de janeiro de 2014.

OLIVEIRA, Ravenia Marcia de Oliveira. **Do efeito 'cliquet' ou princípio da vedação de retrocesso**. Revista Jus Vigilantibus, 2009.

PIMENTA BUENO. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasil: Ministério da Justiça, 1958

SARLET, Ivo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, número 04, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. Trad. De Peter Naumann e revisão de Ingo Sarlet. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O Direito à Seguridade Social na Constituição de 1988 e o Princípio da Vedação do Retrocesso**. Dissertação de Mestrado defendida na PUC/SP tendo como orientador o Prof. Dr. Wagner Balera, 2011.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL

Marcelo Buzaglo Dantas¹

INTRODUÇÃO

O art. 5º, II, da CF/88 estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Também o art. 37, *caput*, da mesma Carta estabelece que a administração pública deverá observar, entre outros, o princípio da legalidade.

Trata-se de princípio expresso na Carta Magna que somente pode ser mitigado quando em rota de colisão com outro direito fundamental².

No Direito Ambiental, contudo, o princípio da legalidade vem sofrendo diversos ataques, excepcionando-se significativamente a sua incidência, naquilo que consideramos uma clara distorção do real alcance dos mandamentos constitucionais que o preveem. Com efeito, ao contrário do que dita a Constituição Federal, tem-se aceito, no âmbito da regulamentação ambiental brasileira, que normas inferiores criem deveres e obrigações, ainda que sem base legal para tanto.

O objetivo do presente trabalho é proceder a uma análise crítica de algumas hipóteses em que esta situação se verifica na prática e se, em tais casos, o preceito constitucional da legalidade está ou não sendo respeitado.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

O fenômeno de que ora se cuida (afastamento da incidência do princípio da legalidade em matéria ambiental) tem sido fundado no fato de que o direito ao meio ambiente ecologicamente

¹ Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental da OAB/RJ e do IAB. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. *Visiting Scholar* do Environmental Law Program da Pace University School of Law (White Plains/NY). Pós-Doutorando em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI/SC (Bolsista CAPES). Professor de Direito Processual Civil da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e dos Cursos de Especialização em Direito Ambiental da PUC-SP, PUC-PR, UNISINOS e CESUSC.

² Sobre o tema, v. o nosso **Direito Ambiental de Conflitos**.

equilibrado é um direito fundamental e que, portanto, quando se trata de tutelá-lo não seria exigível um formalismo exacerbado, dispensando-se que os deveres e obrigações sejam previstos em lei.

Com todo o respeito, por mais que alguém se esforce em tentar demonstrar o contrário, a tese, conquanto sedutora, por prestigiar a defesa de um direito que toca às futuras gerações, não pode prevalecer³. Fosse assim e qualquer direito fundamental de igual relevância também estaria a merecer guarida através de normas inferiores, o que poderia representar uma verdadeira derrocada do princípio constitucional da legalidade, o que não é de se admitir.

Assim, todo e qualquer ato normativo que vise a regular a proteção ao meio ambiente deve obediência ao princípio constitucional da legalidade. Portarias, instruções normativas, resoluções, decretos, etc. só poderão ser considerados válidos se respeitarem *quantum satis* o princípio da reserva legal⁴. Não é, porém, o que se tem visto na prática do Direito Ambiental brasileiro.

Com efeito, diferentemente do que se ocorre nos outros ramos da Ciência Jurídica, no Direito Ambiental se tem dado uma importância exacerbada a atos normativos de hierarquia inferior, como se eles pudessem ser considerados válidos ainda que expedidos em dissonância com o que dispõe a lei. É o que se verifica em algumas normas constantes de decretos, que não raro vão além da disciplina imposta pela regra que visam justamente a regulamentar.

2. DECRETOS REGULAMENTADORES

Como é sabido, o Decreto que visa a regulamentar determinada norma legal, não pode jamais disciplinar a matéria prevista naquela, limitando-se a explicitar os comandos da norma

³ Assim, Paulo de Bessa Antunes, com base nos votos dos Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Menezes Direito no julgamento da ADIN n. 3.378/DF, “a principiologia própria do Direito Ambiental não está colocada acima de princípios constitucionais estabilizados como o da legalidade e o da ampla defesa” (*Áreas protegidas e propriedade constitucional*, p. 107). Neste sentido: “Mesmo que se reconheça a relevância do direito ambiental, não se pode esquecer que ele é também submisso, tanto quanto nos demais campos do direito público, à estrita legalidade. A lei – mesmo tomada a expressão em sentido amplo – é que governará a ação ou a omissão. Não se vê como debitar ao tratamento casuístico a definição daquilo que pode ou não ser feito, mormente quando se está diante de empreendimentos econômicos. Aos empreendedores, como em favor de todos, a segurança jurídica é imperativa. A Constituição Federal garante, demais, a livre iniciativa e a propriedade particular. Mesmo que não se cuide de valores absolutos, devendo ser entrosados com outros tantos vetores, não se pode também chegar ao ponto de ofender os seus cernes” (Sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 023.08.078837-0, da Vara dos Feitos da Fazenda da Capital do Estado de Santa Catarina, Juiz Hélio do Valle Pereira).

⁴ Neste sentido, aliás, o STJ, com base em decisão do Supremo, já decidiu ser vedado ao IBAMA impor sanções com base em portaria, por ofensa ao princípio da legalidade (REsp. n. 1.164.140/MG, Rel. Min. Humberto Martins, *in* DJe de 21/9/11). E mais recentemente: “Somente a Lei, em razão do princípio da estrita adstrição da Administração à legalidade, pode instituir sanção restritiva de direitos subjetivos” (AgRg no REsp. n. 1287739/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *in* DJe de 31/5/12).

legal, que lhe é superior (CF/88, art. 59).

Contudo, não é o que se costuma verificar quando o tema tratado pela lei é o meio ambiente. Veja-se, por exemplo, a seguinte situação narrada por Paulo de Bessa Antunes:

A lei nada dispôs sobre a existência de “áreas circundantes”, assim como não dispôs a Lei nº 6.902/81. Contudo, a pretexto de regulamentar a norma legal, o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, em seu artigo 27, dispôs o seguinte: [...]. Tal situação permanece, ainda que reduzida a abrangência da área circundante pela Resolução nº 428/2010. Não é necessário muito esforço para que se constate que o regulamento extrapolou dos limites da lei. E mais: o artigo 27 do decreto está inserido no Título II do decreto, o qual se denomina assim: “Das Estações Ecológicas e das Áreas de Proteção Ambiental”. Ora, mesmo que, em esforço ímpar, se admitisse que as áreas circundantes pudessem ser admitidas como legais, a sua aplicação somente poderia ser relativa às Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, pois expressamente previstas no decreto. Contudo, a lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação deu novo tratamento à matéria e, *ipso iure*, revogou o artigo 18 da Lei nº 6.938/81. Evidentemente, dada a revogação do artigo da lei, revogado está o artigo do decreto que o regulamentara. Mais grave ainda é o fato de que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) editou a Resolução nº 13/90 e manteve o perímetro tratado pelo decreto, ora reduzido pela Resolução nº 428/10⁵.

Ora, se assim o é, como acredita o autor e com o que estamos de acordo, evidentemente, o dispositivo constante do Decreto em questão não pode prevalecer, dada a existência de lei em sentido estrito que revogou norma anterior que aquele pretendia regulamentar. Contudo, tanto não é assim que pensam alguns, que houve a necessidade da edição de novo ato normativo pelo CONAMA, com vistas a “disciplinar” o tema – o que, como se verá logo adiante, também não está correto.

Mas, ainda em sede de Decreto que extrapola os limites da reserva legal, é de se fazer menção ao que estabelece o de n. 6.514/08, que veio a substituir anterior (3.179/99), ambos editados com vistas a regulamentar o disposto na parte administrativa da Lei de Crimes Ambientais – Lei n. 9.605/98, arts. 70 e seguintes.

Examinando-se a íntegra do referido Dec. n. 6.514/08, verifica-se que o mesmo “transformou” boa parte dos tipos penais instituídos pela Lei n. 9.605/98, em infrações administrativas, o que, evidentemente, não lhe era dado fazer.

Com a palavra, embora cuidando do decreto que antecedeu o ora invocado, a lição de Marcelo Dawalibi:

⁵ *Áreas protegidas e propriedade constitucional*, p. 76-7. Inobstante, em julgado sobre o tema, o STJ faz menção expressa ao termo “Zona Circundante” (CC n. 73.028/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, in DJe de 10/11/09).

No tocante às infrações administrativas, aliás, observamos que se acham elas previstas e descritas no Decreto Federal nº 3.179, de 21.9.99, o qual comina, em abstrato, penalidades a serem aplicadas aos infratores. Entendemos ser questionável a opção pelo decreto como instrumento utilizado para a descrição de tipos administrativos e cominação de penas, notadamente em face dos princípios da reserva legal e da legalidade das penas, instituídos, pelo art. 5º, incs. II e XXXIX da Constituição Federal, respectivamente⁶.

Ainda outros Decretos pretensamente regulamentadores vêm extrapolando os limites estabelecidos pelo princípio da reserva legal, mas que, por brevidade, deixa-se de comentar neste momento⁷.

3. INSTRUÇÕES NORMATIVAS

O mesmo se diga de atos de hierarquia muitíssimo inferior, como as instruções normativas. Com efeito, é corrente na prática da Administração Pública brasileira que se dê mais importância a atos internos do órgão do que à legislação em vigor ou mesmo à Constituição da República.

Não é por outro motivo, aliás, que foi editada a Lei n. 10.650/03, que “dispõe sobre os dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, instituído pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981” (art. 1º). Isto se deve ao fato de que, não obstante o princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput*), a maioria dos órgãos ambientais do país sempre se recusava a prestar informações e a dar acesso aos autos de processos administrativos em tramitação. Até mesmo, pasme-se, para advogados, que têm direito assegurado por lei a “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais” (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XV). Não era raro (e, infelizmente, ainda não é) que um cidadão (advogado ou não), buscando ter vista de processos administrativos em órgãos ambientais, depare-se com portarias ou instruções normativas que visam a impedir ou, no mínimo, dificultar substancialmente o exercício do direito legítimo. Daí a necessidade de edição de uma lei para fazer cumprir o que já constava da Constituição.

Este fenômeno, conquanto lamentável, é muito comum no âmbito do Direito Ambiental brasileiro.

⁶ Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental, p. 106. No mesmo sentido: DANTAS, Marcelo Buzaglo. Reflexões acerca de alguns institutos do Direito Ambiental à luz do Direito Administrativo, p. 590.

⁷ É o caso, p.ex., dos Decretos ns. 5.300/04 e 6.660/08 que contrariam dispositivos da Lei n. 11.428/06, criando restrições que não constavam do diploma legal e que, por tais motivos, devem também ser considerados ilegais, em tais pontos.

A propósito, é de se lembrar que, antes do advento da resolução CONAMA n. 428/10 – que pretendeu regulamentar o instituto da autorização para o licenciamento ambiental, a que alude o art. 36, §3º, da Lei n. 9.985/00 – o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade editou uma Instrução Normativa, que, embora devesse estar restrita à entidade, acabava por ir atingir outros órgãos ambientais licenciadores⁸.

4. RESOLUÇÕES

Mas o mais grave caso de afronta ao princípio da legalidade em matéria ambiental reside na edição de resoluções pelos Conselhos de Meio Ambiente (especialmente o nacional, mas também os estaduais), as quais contêm regras que deveriam constar de lei em sentido estrito.

Antes de se adentrar no exame de alguns destes atos administrativos normativos em espécie, convém examinar as normas legais que lhe dão sustentáculo. A primeira delas é aquela contida no art. 6º da Lei n. 6.938/81, que ao arrolar os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA previu, como órgão consultivo e deliberativo, o CONAMA, que, entre outras, deveria ter a finalidade de “deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. A competência do órgão, por sua vez, é prevista no art. 8º do mesmo diploma legal, que estabelece:

Compete ao CONAMA:

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluídas, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;

[...].

VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Como se vê, entre outras que não nos interessam neste momento, estas são as atribuições do CONAMA que foram expressamente delegadas por lei.

⁸ Sobre o tema, v. o nosso Autorização para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que afetem Unidades de Conservação.

Cuidando do tema, Maria Luiza Werneck dos Santos assevera:

Ora, atente-se bem que o que será levado em conta para efeito do estabelecimento dos critérios, normas e padrões é um parâmetro exclusivamente técnico – a capacidade autodepuradora da água, do ar e do solo, conduzindo, inevitavelmente, à conclusão de que as normas, critérios e padrões são parâmetros técnicos.

[...].

Essa competência delegada ao Conama consubstancia, assim, atribuição de natureza técnica, de fixação de índices e parâmetros técnicos, a serem propostos por especialistas, peritos na matéria, pois, de fato, minúcias de caráter técnico não são próprias dos textos legislativos⁹.

Não há como não concordar com a afirmação acima. De fato, as normas legais ora transcritas são claras no sentido de atribuir ao CONAMA uma competência para a fixação de parâmetros técnicos. Não quer dizer, em absoluto, que ele estaria o autorizado a estabelecer restrições ao direito de propriedade. A propósito, prossegue a autora:

Conclui-se, portanto – não é demais repetir - que a competência que a Lei 6.938/81 delegou ao Conama não consubstancia, a toda evidência, uma *competência normativa* destinada a inovar na ordem jurídica, seja impondo obrigações, seja instituindo direitos ou estipulando sanções.

[...].

Não pode, portanto, o Conama editar norma que implique intervenção na liberdade ou propriedade do cidadão, porque essa matéria está reservada à lei, em razão do princípio da legalidade, consagrado no art. 5.º do Estatuto Fundamental¹⁰.

De outro lado, não é necessário ir longe para se concluir, com a doutrina administrativista, que uma norma de caráter meramente regulamentador não pode extrapolar os limites da lei a que visa justamente regulamentar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma, com acerto, que “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”¹¹.

⁹ **Os limites da competência normativa do CONAMA**, p. 1304-5. Também assim, Sidney Guerra e Sérgio Guerra ressaltam que “o CONAMA, a teor do que dispõe a Lei n. 6.938/81, vem editando uma série de normativas privando o direito sobre a propriedade plena de imóveis, além de impor inúmeras limitações administrativas que inviabilizam a utilização comercial de áreas urbanas” (*Curso de Direito Ambiental*, p. 209).

¹⁰ **Os limites da competência normativa do CONAMA**, p. 1307. “Limitação ao direito de propriedade, portanto, independentemente da corrente doutrinária que se filie acerca da configuração atual do princípio da legalidade, só pode ser criada por lei, isto é, norma primária editada pelo Congresso Nacional, garantindo-se, ainda, ao proprietário o direito a justa indenização” (GUERRA, Sidney. GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*, p. 209). Não se trata, portanto, como indevidamente afirmado, de “adotar-se interpretação privilegiando apenas interesses privados, em detrimento do interesse da coletividade na proteção do bem ambiental, previsto constitucionalmente e essencial ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: *in dubio pro natura*” (LEUZINGER, Márcia Dieguez. **A importância do Código Florestal no quadro normativo ambiental brasileiro**, p. 262).

¹¹ **Direito Administrativo**, p. 63. Assim também: “A resolução não pode contrariar a Constituição, a lei, o decreto regulamentar, o regimento (se for decorrente de decisão de órgão colegiado)” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 158).

Não é outra a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções.

Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorar-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta¹².

Neste contexto, pode-se dizer que, em alguns casos, o CONAMA cumpriu seu papel de órgão que tem por finalidade precípua estabelecer critérios e parâmetros técnicos em matéria ambiental. Em outros, contudo, afastou-se desse mister, extrapolando sua competência e afrontando o princípio da legalidade.

É o que se dá, por exemplo, em relação à maioria das normas constantes das resoluções que tratam de áreas de preservação permanente. Nestes casos, o CONAMA, sub-rogando a competência do legislador, endereçou deveres e obrigações aos particulares, mediante a adoção de restrições ao exercício do direito de propriedade, o que, evidentemente, não lhe era dado fazer. Referimo-nos, em especial, à Resolução n. 04/85, posteriormente substituída pelas Resoluções ns. 302/02 e 303/02.

Saliente-se, inicialmente, que as referidas normas foram tacitamente revogadas pelo novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12). Elas haviam sido editadas com o propósito de regulamentar a Lei n. 4.771/65, de modo que, revogada esta (art. 83 do novo Código), aquelas, por conseguinte, também desapareceram do mundo jurídico. Não é outra a conclusão que decorre da seguinte passagem da clássica obra de Carlos Maximiliano:

Extinta uma disposição, ou um instituto jurídico, cessam todas as determinações que aparecem como simples consequências, explicações, limitações, ou se destinam a lhe facilitar a execução ou funcionamento, a fortalecer ou abrandar os seus efeitos. O preceito principal arrasta em sua queda o seu dependente ou acessório¹³.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, p. 364. No mesmo sentido: “As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 185).

¹³ **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, p. 293. Tratando de situação análoga, Luís Carlos de Moraes chega à mesma conclusão do texto, a saber: “Outro motivo para que se considere a referida Resolução [04/85] extirpada do ordenamento jurídico nacional é a Lei n. 7.803/89, a qual modificou vários elementos do art. 2º do Código Florestal. Considerando que lei posterior à CF/88 tratou sobre as áreas de preservação permanente, alterando a redação do referido artigo, as disposições anteriores, não confirmadas, perderam sua validade pela revogação tácita” (**Curso de Direito Ambiental**, p. 31).

De outro lado, o novo Código Florestal, além de ter mantido a existência de APPs que decorrem da sua simples vigência (art. 4º), possibilita ao Chefe do Poder Executivo criar outras áreas de preservação permanente (art. 6º). Não, por óbvio, outros *agentes políticos e colegiados*, como se poderia querer fazer crer.

Tanto é assim que o Código revogado previa que a criação de tais espaços poderia se dar “*por ato do Poder Público*” (art. 3º da Lei n. 4.771/65). Quisesse o legislador manter esta possibilidade e o teria feito. Se não o fez é porque desejou alterar a hipótese, mantendo-a a cargo exclusivo do Chefe do Poder Executivo. Não do CONAMA!

Reforça ainda mais este ponto de vista o fato de que a Lei n. 12.651/12 incorporou (ou, no mínimo, inspirou-se em) algumas disposições constantes das resoluções do CONAMA. Isto, por si só, já seria suficiente para justificar a revogação, pois, como bem salientam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, mesmo que a lei nova “não mencione expressamente a lei revogada, há revogação tácita quando a norma anterior foi incompatível com a lei nova ou quando a lei nova regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”¹⁴.

Sendo assim, em relação a todas as normas não incorporadas, a ilegalidade ressoa ainda mais flagrante ante a tácita revogação que sofreram¹⁵. Esta circunstância (incorporação das regras da resolução pela lei) se verifica em relação aos manguezais e às veredas, que passaram a figurar no rol das APPs do novo Código (art. 4º, VIII e XI, respectivamente).

Ainda que assim não fosse, o fato é que as regras constantes das resoluções em questão, mesmo antes do advento do novo Código Florestal, já não podiam ser consideradas válidas, diante do flagrante extrapolamento, pelo CONAMA, dos limites de sua competência.

Tomemos, inicialmente, a Resolução n. 303/02. Editada sob o pretexto de uma suposta “necessidade de regulamentar o art. 2º da Lei n. 4.771/65”, então em vigor, o ato administrativo normativo em questão tem por objeto “o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às Áreas de Preservação Permanente” (art. 1º).

¹⁴ **Código Civil comentado e legislação extravagante**, p. 124. Idêntico fenômeno se verifica em relação à Lei Complementar n. 140/11 e à Resolução CONAMA n. 237/97.

¹⁵ Tratando de situação análoga, Luís Carlos de Moraes chega à mesma conclusão do texto, a saber: “Outro motivo para que se considere a referida Resolução [04/85] extirpada do ordenamento jurídico nacional é a Lei n. 7.803/89, a qual modificou vários elementos do art. 2º do Código Florestal. Considerando que lei posterior à CF/88 tratou sobre as áreas de preservação permanente, alterando a redação do referido artigo, as disposições anteriores, não confirmadas, perderam sua validade pela revogação tácita” (**Curso de Direito Ambiental**, p. 31).

O art. 2º trazia um rol de conceitos, alguns dos quais foram incorporados, total ou parcialmente, por incisos do art. 3º da Lei n. 12.651/65 – o que, reitere-se ainda uma vez, reforça a tese da revogação.

Mas a afronta ao princípio da legalidade reside no art. 3º da resolução, que estabelece áreas de preservação permanente distintas daquelas previstas no art. 2º da Lei n. 4.771/65 e do art. 4º da Lei n. 12.651/12.

É o que se dá em relação já ao inciso I do art. 3º, que estabelece que a faixa marginal dos cursos d'água naturais (agora, excluídos os efêmeros) deveria ser medida “a partir do nível mais alto, em projeção horizontal”. Ocorre que o art. 4º, I, da Lei n. 12.651/12 prevê que a referida faixa será medida “desde a borda da calha do leito regular”.

O mesmo se diga em relação às APPs situadas no entorno de lagos e lagoas naturais em zonas rurais, que, segundo o novo Código Florestal (art. 4º, II, a) serão de 100 metros (norma análoga àquela constante da resolução, art. 3º, III, b), exceto para o corpo d'água de até 20 hectares, cuja faixa será de 50 metros. Esta ressalva não constava do ato normativo inferior.

Comparando-se também as normas que caracterizam como APPs os topos de morros, montes, montanhas e serras, verifica-se haver diferenças, na medida em que o texto da lei estabelece uma altura mínima de 100 metros e uma inclinação média maior que 25º (art. 3º, IX), que não constam da resolução (art. 3º, V).

Mas é em relação às restingas e às dunas que fica mais clara a superveniente ilegalidade da resolução. O novo Código manteve o regime do anterior neste aspecto, estabelecendo como de preservação permanente “as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues” (art. 3º, VI). A Resolução CONAMA n. 303/02, contudo, dispôs, no particular:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

[...]

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

[...]

XI- em duna.

Além disso, não guardam qualquer correspondência no Código Florestal as seguintes áreas consideradas como APPs pelo art. 3º da resolução: a) linhas de cumeada (VI); b) locais de refúgio

ou reprodução de aves migratórias (XIII); c) locais de refúgio ou reprodução de exemplares da fauna ameaçadas de extinção (XIV); d) praias (XV).

Ora, como se vê com facilidade, a norma em questão criou APPs sem qualquer base legal, tendo inovado indevidamente no ordenamento jurídico – tanto o atual, quanto o anterior –, o que caracteriza irrefutável ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

O mesmo se dá em relação à Resolução CONAMA 302/03, editada sob o mesmo pretexto de regulamentar o art. 2º do Código Florestal então vigente e cujo objetivo era o de dispor sobre os parâmetros, definições e limites das APPS de reservatório artificial. O art. 3º da norma assim preceituava:

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:

I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;

II - quinze metros, no mínimo, para os reservatórios artificiais de geração de energia elétrica com até dez hectares, sem prejuízo da compensação ambiental.

III - quinze metros, no mínimo, para reservatórios artificiais não utilizados em abastecimento público ou geração de energia elétrica, com até vinte hectares de superfície e localizados em área rural.

Como se sabe, o Código Florestal de 1965 não estabelecia uma metragem de afastamento em tais hipóteses, o que levou o CONAMA a suplantar a ausência, o que entretanto não podia fazer, por se tratar de competência legislativa suplementar dos Estados (CF/88, art. 24) e dos Municípios (idem, art. 30, II)¹⁶.

O atual Código, porém, estabeleceu que a faixa de proteção de reservatórios d'água artificiais que decorram de barramento ou represamento será definida na licença ambiental do empreendimento (art. 4º, III), já que nos demais casos não haverá APP no respectivo entorno (§ 1º).

Como se observa, o novo regime é absolutamente incompatível com aquele previsto na resolução, a qual, ainda que se considerasse em vigor, seria ilegal, portanto.

A doutrina, desde quando ainda vigia a Resolução CONAMA n. 04/85 – em que estas

¹⁶ Neste sentido: “Os artigos 3º (Resolução nº 302/02) e 4º (Resolução nº 303/02) do Conselho Nacional do Meio Ambiente afrontam diretamente a ordem jurídica democrática, pois invadem competência constitucional dos Estados-Membros da federação em legislar supletivamente às normas gerais estabelecidas pela União sobre florestas, no caso o Código Florestal. No caso concreto, o artigo 2º, b, do Código Florestal não definiu uma metragem a ser considerada como área de preservação permanente ao redor de lagos, lagoas ou reservatórios naturais ou artificiais” (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, p. 615).

normas surgiram – já a considerava ilegal nos pontos em que conflitava com o Código vigente à época (Lei n. 4.771/65). Assim era a lição de Juraci Perez Magalhães:

Parece-nos que essa resolução seria perfeitamente dispensável, vez que veio criar mais embaraços do que ajudar. Ora, o art. 2º do Código impõe restrições ao direito de propriedade. Por essa razão, a Administração, evidentemente, não pode aumentar essas restrições por um simples ato administrativo. Assim, qualquer item dessa resolução que afronte a lei não tem valor algum.

[...]

Assim, a citada resolução consegue, ao mesmo tempo, afrontar a lei e a Constituição, por isso totalmente inconstitucional¹⁷.

Também essa era a posição de Paulo Affonso Leme Machado, com a autoridade de quem foi um dos membros do CONAMA a participar da aprovação da resolução que, posteriormente, revelou-se inconstitucional¹⁸.

O autor reafirmou a mesma posição em relação às Resoluções ns. 302/02 e 303/02, a saber:

No art. 2º, mencionado, encontramos a contribuição das Leis 4.771/1965 e 7.803/1989. Nesse artigo estão arrolados diversos elementos geomorfológicos (cursos de água, lagoas, reservatórios,

¹⁷ **Comentários ao Código Florestal**, p. 61. No mesmo sentido: “Desdobrando: a competência do Conama não pode inovar originariamente, no campo das proibições do direito de uso da propriedade; é-lhes permitido assumir matriz legal e adequá-las aos casos específicos, nada mais. Portanto, os arts. 3º e 4º da Resolução Conama 04/85 são inconstitucionais por invadirem campo de matéria vinculada à reserva legal e, caso esse vício já não nulificasse esse normativo, seria ilegal, sem qualquer efeito coator, por extrapolar o poder, a competência, o rol de atribuições conferidas pela Lei nº 6.938/81. O conflito entre a redação da Resolução 04/85 com o art. 2º da Lei nº 4.771/65, torna-se evidente, quando modifica a limitação da propriedade.

[...]

Portanto, ultrapassada qualquer alegação de que a Resolução Conama nº 04/85 tenha alterado a redação dos arts. 2º e 3º do Código Florestal” (MORAES, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**, p. 45-6).

¹⁸ A Resolução n. 004/1985-CONAMA foi votada e publicada quando estava em vigor a Emenda Constitucional 1/1969. Ainda que a resolução não se constitua em lei delegada, entretanto, não foi à época inconstitucional, pois não se havia reservado expressamente para o Poder Legislativo tratar do ‘direito de propriedade’. Por isso, como Conselheiro do CONAMA, votamos favoravelmente à aprovação da resolução. Contudo, diferente é o enfoque jurídico a ser dado a essa resolução com o advento da Constituição Federal de 1988. [...]

Os regulamentos só poderão dispor sobre a propriedade privada se forem de absoluta fidelidade à lei, isto é, se respeitarem estritamente o conteúdo e os limites do direito de propriedade dados pela lei.

Não podendo o direito de propriedade ser objeto de lei delegada, por via de consequência, também não pode ser objeto de decreto, nem de outros atos administrativos, como as resoluções e as portarias. Não se retira do Poder Executivo sua função de aplicar a lei com relação ao direito de propriedade, mas impede-se a esse poder de criar normas concernentes a deveres e a direitos de propriedade.

Isso é salutar, porque através do processo legislativo amplia-se o debate e alarga-se a possibilidade de participação de todos os interessados em um procedimento constitucionalmente estruturado, que é o da elaboração de uma lei.

Essa valorização do emprego do processo legislativo, isto é, da Lei, ocorreu, também, no capítulo do Meio Ambiente, da Constituição Federal de 1988, como se vê do art. 225, § 1.º, III, e § 6.º A alteração e a supressão de espaços territoriais protegidos e a criação e a instalação de usinas, com reator nuclear, só podem ser realizadas por lei.

Direito de propriedade e direito do meio ambiente utilizam, pois, a lei para definir seus contornos, suas necessidades e suas aspirações. Esses direitos-deveres podem ajustar-se e estar conciliados, mas se estiverem em colisão, teremos que confrontar as normas jurídicas de cada um desses institutos, para saber qual deles deverá ter a prioridade ou a supremacia” (**Estudos de Direito Ambiental**, p. 125-6).

nascentes, morros, restingas, mangues), sendo que em uns elementos a faixa de vegetação está claramente definida, e em outros somente consta o próprio elemento geomorfológico, sem se indicar o espaço em que a vegetação deverá se conservada.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, em 2002, elaborou duas resoluções referentes a APPS: a Res. 302, de 20.3.2002, disciplinando a APP de reservatórios artificiais, e a Res. 303, de 20.03.2002, sobre “parâmetros, definições e limites de áreas de preservação permanente”.

Na Res. 302/2002 foi estatuída área marginal ao redor do reservatório artificial, com diversas medidas (art. 3º); assim como na Res. 303/2002 foram estabelecidos os entornos dos lagos e lagoas naturais, veredas e de alguns outros elementos geomorfológicos, sendo que o Código Florestal não consta a indicação dessas medidas. O CONAMA agiu de boa-fé, mas nestas partes em que foram ultrapassados os limites indicados em lei as resoluções não têm força obrigatória.

[...]

O CONAMA, quando editou a Res. 4/1985, não teve a orientá-lo na matéria as normas da atual Constituição Federal, que só entrou em vigor em 1988. O CONAMA tem função social e ambiental indispensável. Mas esse Conselho não tem função legislativa, e nenhuma lei poderia conceder-lhe essa função. Estamos diante de uma patologia jurídica, que precisa ser sanada, pois caso contrário o mal poderia alastrar-se e teríamos o Conselho Monetário Nacional criando impostos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária definindo os crimes. É fundamental a proteção de APPs, mas dentro do Estado de Direito¹⁹.

Daí a jurisprudência, de um modo geral, entender pela ilegalidade das normas, especialmente da 303²⁰. Não obstante, havia também decisões que a tinham por ilegítima²¹, o que, além de tudo, gerava uma grande insegurança jurídica.

Hoje, reitere-se, a norma encontra-se inteiramente revogada pelo Código Florestal, que é um ato normativo superior (lei), posterior e que, além disso, incorporou alguns elementos da referida norma – como a base do atual conceito de restinga, por exemplo, nitidamente inspirado

¹⁹ **Direito Ambiental Brasileiro**, p. 831-2. Criticando este ponto de vista, embora sem se referir ao autor, v. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**, p. 236. No mesmo sentido do texto: MORAIS, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**, p. 58-9. GUERRA, Sidney. GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**, p. 215-219.

²⁰ Neste sentido: “A Resolução nº 303/2002, do CONAMA, ao considerar as dunas, por si sós, como área de preservação permanente, extrapolou os limites de suas atribuições, pois dispôs, de forma indevida, sobre matéria de reserva legal, de molde a ampliar a disciplina que está compreendida no Código Florestal” (Apelação Cível n. 2005.84.000.015854/RN, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, in DJU de 16/11/06). Nos mesmos moldes: TRF5. Apelação Cível n. 2005.84.000.000097/RN, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, in DJU de 1º/2/07. Também assim: “Reconhecida a nulidade do auto de infração, baseado no artigo 3º, VII, da Resolução 04/85 do CONAMA, a qual adota critério abstrato (300 metros), sem base legal no Código Florestal” (TRF4. Apelação Cível n. 2005.72.04.004253-8/SC, Rel. Juiz Federal Márcio Antônio Rocha, in DJU de 27/11/07).

²¹ Dentre estas, destaque se dê ao acórdão do REsp. n. 994.881/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, in DJE de 9/9/09, em que se decidiu que “pelo exame da legislação que regula a matéria (Leis 6.938/81 e 4.771/65), possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, não havendo que se falar em excesso regulamentar”. Ficou vencido, na oportunidade, o Min. Teori Zavascki, que assim se pronunciou: “Sra. Ministra Presidente, pelo que entendi, não se discute no caso se a área é ou não restinga. Não se discute se o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA tem ou não poder de regulamentar. O que se discute é a extrapolação ou não, pela Resolução do CONAMA, do conceito de restinga estabelecido na lei”. Foi acompanhado pela Ministra Denise Arruda. Perdeu-se uma grande oportunidade, a nosso sentir, para o debate acerca dos limites da competência normativa do órgão.

no art. 2º, VIII, da vetusta resolução ou os manguezais, previstos no inciso X – não o fazendo, todavia, em relação aos 300 metros da linha de preamar máxima ou às dunas. E, mesmo que assim não fosse, não pode ser admitida como válida, por flagrante ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Por fim, um assunto que costuma passar despercebido pela doutrina em geral. Vimos até aqui que as resoluções do CONAMA não podem prevalecer diante da lei federal. E se, contudo, a lei que contrarie a resolução fosse estadual? A solução deveria ser a mesma ou, neste caso, a norma, embora inferior, por ser federal, deveria ser observada? A resposta a esta última indagação, a nosso sentir, é negativa.

Com efeito, o princípio da legalidade não faz distinção entre leis federais, estaduais ou municipais. Sendo ela válida, não pode ser afrontada por outra norma hierarquicamente inferior, tenha ela sido expedida pelo ente federado que for. Neste sentido é o entendimento de Patricia Azevedo da Silveira:

Uma lei criada em nível estadual não se subordina às resoluções do CONAMA, pois a norma que rege primordialmente a repartição de competências é a constituição. Dessa forma, mesmo o artigo 8º, VII, deve ser lido à luz da CRFB de 1988, e não nos moldes de uma lei editada na vigência da constituição anterior, em que pese a sua importância. Ora, se os estados podem legislar sobre matéria ambiental, respeitada a norma geral, eles não editam simplesmente uma norma supletiva ou complementar, já que a União pode – e isso é comum no Brasil – ter extrapolado os limites daquilo que entendemos por norma geral. E muito menos têm de se subordinar aos limites impostos em nível administrativo pelo CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA, através das resoluções que não possuem esse grau de generalidade previsto no artigo 24²².

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em cujo modelo de federalismo o Brasil se inspirou, num dos julgamentos mais célebres da história do Direito Ambiental daquele país, decidiu em absoluta conformidade com este entendimento. Trata-se do caso conhecido como SWANCC (*Solid Waste Agency of Northern Cook County*), um consórcio de subúrbios de Chicago, em que se discutiu acerca da competência de um órgão da administração pública (*Army Corps of Engineering*) para editar normas tendentes a regulamentar o *Clean Water Act* no tocante à expressão “águas navegáveis”, consideradas, por aquela lei, como sendo “as águas dos Estados Unidos, incluindo o mar territorial”. Em uma primeira regulamentação, o órgão definiu o termo de modo a incluir “águas como as de lagos interestaduais, rios, córregos (incluindo córregos intermitentes)”. Posteriormente, em 1986, editou uma nova norma estendendo a águas interestaduais aquelas que

²² **Competência ambiental**, p. 156.

“são ou serão usadas como *habitat*” de aves migratórias que cruzam as fronteiras dos estados. À vista disto, o *Army Corps of Engineering* pretendeu exercer sua competência sobre a área de SWANCC, aduzindo que 121 espécies de pássaros haviam sido observadas no local, incluindo muitas que dependem de ambientes úmidos numa significativa parte de sua vida. SWANCC, por sua vez, alegou que o *Clean Water Act* não alcançava águas isoladas, interiores, com base na presença de aves migratórias e, alternativamente, que o tema não estava sob a competência da legislação federal²³.

O caso é muito interessante e sua análise é oportuna tendo em vista que, a exemplo do que ocorre com o CONAMA no Brasil, revela a divergência no que tange à competência de um órgão da administração pública federal para editar normas que, a pretexto de regulamentar a lei, vão além. Perceba-se que o mote propulsor da norma – proteção de águas que sirvam de *habitat* para aves migratórias – era da mais profunda relevância. Mesmo assim, a Suprema Corte decidiu rejeitar a competência do órgão. Um dos argumentos do voto condutor, da lavra de *Justice Rehnquist*, foi o seguinte:

Onde uma interpretação administrativa de uma lei invoca os limites externos dos poderes do Congresso, espera-se uma clara indicação de que o Congresso pretendia aquele resultado. Este requisito origina-se do nosso prudente desejo de não desnecessariamente atingir temas constitucionais e nossa admissão de que o Congresso não autoriza agências administrativas a interpretar uma lei para ampliar o limite da autoridade legislativa. Esta preocupação é elevada onde a interpretação administrativa altera a estrutura federal-estadual permitindo uma usurpação federal sobre o tradicional poder do Estado. Assim, “onde uma interpretação aceitável contrária a uma lei possa gerar sérios problemas constitucionais, a Corte irá interpretar a lei de modo a evitar estes problemas a não ser que esta interpretação seja frontalmente contrária à intenção do Congresso”²⁴.

E, no tocante à questão federativa, a Corte concluiu:

Estas são questões constitucionais significativas levantadas pelas fórmulas de regulação dos requeridos, e nós ainda não achamos nada que se aproxime do claro enunciado do Congresso de que este pretendeu que o § 404 (a) atingisse areias abandonadas e buracos de cascalho como os que temos aqui. Permitir aos requeridos pleitear competência sobre açudes e terrenos alagadiços seguindo o “Migratory Bird Rule” resultaria em uma significativa colisão com o tradicional e original poder dos Estados sobre a terra e o uso da água. Mais do que expressar o desejo de reajustar o equilíbrio federal-estadual na matéria, o Congresso decidiu “reconhecer, preservar e proteger as

²³ Cf. FARBER, Daniel. FREEMAN, Jody. CARLSON, ANN. *Cases and materials on Environmental Law*, p. 806.

²⁴ Supreme Court of the United States, 2011. 531 U.S. 159, 121 S.Ct 675, 148, L.Ed.2d 576. Insta notar que houve divergência na votação, capitaneada por *Justice Souter* e a que aderiram *Justice Ginsburg* e *Justice Breyer*, nos seguintes termos: “O poder de regular o comércio entre os diversos Estados necessária e propriamente inclui o poder de preservar os recursos naturais que geram este comércio. Aves migratórias, e as águas onde elas se estabelecem, são estas questões. Além disso, a proteção de aves migratórias é um bem estabelecida responsabilidade federal.”

responsabilidades e direitos dos Estados... de planejar o desenvolvimento e o uso (...) da terra e dos recursos hídricos” 33 U.S.C. § 1251 (b). Nós portanto lemos a norma como tendo sido escrita para evitar as significativas questões constitucional e de federalismo geradas pela interpretação dos requeridos, e portanto rejeitamos o requerimento para deferência administrativa²⁵.

Guardadas as peculiaridades de cada um dos sistemas, o fato inegável é que a decisão acima é emblemática e pode perfeitamente ser utilizada no Direito Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, o que podemos concluir é que, de fato, o princípio da legalidade tem sofrido diversas violações quando se trata da edição de normas inferiores constantes do ordenamento jurídico ambiental em vigor no país.

Tais normas, conquanto possam estar imbuídas de nobres propósitos, não podem prevalecer frente à lei, sob pena de vulneração de um dos princípios mais tradicionais do Direito Constitucional brasileiro e mundial.

Deste modo, toda vez em que atos normativos inferiores, como os decretos, as resoluções, as instruções normativas ou quaisquer outras contrariarem a lei, devem ser consideradas inválidas, frente ao princípio constitucional da legalidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental de Conflitos: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. Reflexões acerca de alguns institutos do Direito Ambiental à luz do Direito Administrativo: convergências e divergências. *In*: CARLIN, Volnei Ivo (Org.). **Grandes Temas de Direito**

²⁵ É de se observar, contudo, que a Corte não declarou a inconstitucionalidade da norma, mas apenas entendeu que, no caso concreto, ela ofendia o direito dos Estados de regular a matéria. Sobre o caso SWANCC, v. tb.: FERREY, Steven. **Environmental Law**, p. 229 e 475. WEINBERG, Philip. REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**, p. 127-8 e 214. MERRILL, Thomas W. **The story of SWANCC: federalism and politics of locally unwanted land uses**.

Administrativo: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 583-604.

_____. Autorização para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que afetem Unidades de Conservação. *In:* AHMED, Flávio. COUTINHO, Ronaldo. **Tutela jurídica das áreas protegidas (Lei nº 9.985/2000)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37-46.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FARBER, Daniel A. FREEMAN, Jody. CARLSON, Ann E. **Cases and Materials on Environmental Law**. Eighth Edition. St. Paul: West, 2010.

FERREY, Steven. **Environmental Law: examples and explanations**. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FINK, Daniel Roberto. ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GUERRA, Sidney. GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. A importância do Código Florestal no quadro normativo ambiental brasileiro. *In:* SILVA, Solange Teles da. CUREAU, Sandra. _____. (Coord.). **Código Florestal: desafios e perspectivas**. São Paulo: Fiúza, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **Comentários ao Código Florestal**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MERRIL, Thomas W. **The story of SWANCC: federalism and politics of locally unwanted land uses**. *In:* LAZARUS, Richard J. HOUCK, OLIVER A. (Editors). *Environmental Law stories*. New York/NY:

Foundation Press, 2005.

MORAIS, Luís Carlos Silva de. **Código Florestal Comentado**. Quarta Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Curso de Direito Ambiental**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Maria Luiza Werneck dos. Considerações sobre os limites da competência normativa do CONAMA. *In*: MILARÉ, Édis. MACHADO, Paulo Affonso (Orgs.) **Doutrinas essenciais do Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Patricia Azevedo da. **Competência ambiental**. Curitiba: Juruá, 2002.

WEINBERG, Philip. REILLY, Kevin A. **Understanding Environmental Law**. Second Edition. Danvers: LexisNexis, 2008.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO IMATERIAL DO RIO DE JANEIRO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A TUTELA DOS BENS CULTURAIS DE NATUREZA IMATERIAL

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida¹

Flávio Ahmed²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a investigar a eficácia dos instrumentos jurídicos protetivos do patrimônio cultural, notadamente no que se refere à tutela dos bens imateriais na Cidade do Rio de Janeiro. Como essa proteção se opera no país? Esses mecanismos possuem eficácia? Em que medida alcançam a proteção e de que forma podem ser articulados de forma a permitir que os mecanismos de tutela neles veiculados revelem a diversidade cultural que a Carta Magna almeja salvaguardar? Como as políticas culturais se relacionam com dita proteção? Elas a influenciam? De que modo? Como isso ocorre no caso prático da Cidade do Rio de Janeiro? Como eventual diferenciação pode contribuir para a gestão do patrimônio cultural imaterial em geral?

Essas são perguntas básicas que irão nortear a presente investigação que pretende traçar as particularidades do panorama de proteção do patrimônio imaterial carioca relacionando-o com o quadro até então vigente a fim de investigar as diferenças eventualmente existentes e em que medida contribuem ou não para a promoção da cultura, melhoria da qualidade de vida, e aprimoramento da cidadania no Estado democrático de direito.

Para tanto, esse trabalho foi dividido em três partes: a primeira delas concernente à análise jurídica da tutela do patrimônio imaterial em âmbito federal, seus primórdios e como se consolidou; a segunda delas, com vistas à análise dos instrumentos jurídicos nos âmbitos do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro.

¹Desembargadora do TRF 3ª Região. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora de Direito Ambiental na PUC/SP e de Direitos Fundamentais na UNISAL/Lorena. Coordenadora da Especialização em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade da PUC-SP (COGEAE) e do Mestrado/Doutorado em Direito Mineralógico Ambiental (Convênio PUC-SP/Vale). Autora e Coordenadora de inúmeras obras de Direito Ambiental.

²Advogado militante. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Conselheiro da OAB-RJ. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ e Diretor da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ. Membro Consultor da CONDA (Comissão de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB). Autor de *Direitos de Culturais e Cidadania Ambiental no Cotidiano das Cidades*, 2ª Edição, Lumen Juris, dentre outras obras.

Nesta parte do trabalho será realizado um breve inventário de manifestações e/ou modos de fazer, ser e viver que foram reconhecidos pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro e em que medida tal reconhecimento representa um diferencial em relação aos mecanismos tradicionais de proteção do patrimônio cultural imaterial.

Por fim, na parte derradeira deste trabalho será realizada uma análise qualitativa do cenário dessa produção normativa e em que medida contribui para a qualidade de vida da população carioca, e de que forma representa a solidificação de seus vínculos identitários e se são promotores da cidadania e da qualidade de vida no âmbito da vida cultural carioca.

1. A PROTEÇÃO DE BENS IMATERIAS NO BRASIL E SEU DELINEAMENTO JURÍDICO

O art. 216, da CF, define o que é patrimônio cultural destacando seu quadro protetivo.

De acordo com o *caput* do artigo, constituem patrimônio cultural “os bens de natureza material” e também os de “natureza imaterial, tomados individualmente ou em conjunto”, sendo a nota de singularidade serem “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.”

Estes bens vêm explicitados nos incisos do referido artigo, incluindo-se: “I- as formas de expressão; II- os modos de criar, fazer e viver; III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas,” dentre outros que se relacionam mais com o patrimônio material e que não são objeto do presente trabalho.³

Por outro turno, o §1º do referido dispositivo constitucional prevê que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Ou seja, tem-se assegurado no referido artigo não apenas a proteção jurídica através do reconhecimento dos bens imateriais como patrimônio cultural desde que portadores de referência, como também um instrumento jurídico administrativo apto a sua proteção que é o registro, conforme será visto mais adiante.

³ 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.

Antes, contudo, de se adentrar no tema do registro e da proteção do patrimônio imaterial, algumas notas sobre o patrimônio cultural se fazem necessárias para a compreensão de seu adequado contorno em sede constitucional.

Tem-se, com a dicção constitucional, um conceito amplo de patrimônio cultural, cujos contornos se robustecem a partir da edição de duas emendas constitucionais: a primeira de nº 48/2005, que introduziu o § 3º no art. 215 criando o Plano Nacional de Cultura, regulamentado pela Lei nº 12.343/2010; e a segunda, de nº 71/2012, que introduziu o art. 216-A, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura.

Essas duas modificações e a regulamentação da primeira tornaram evidente que o “sistema” que o legislador optou não se limitava à proteção do passado, mas na criação de mecanismos de indução e promoção da cultura, cenário este que a proteção do bem imaterial adquire uma importância lapidar. É um cenário que aviva a preservação do valor, da imaterialidade que vem expressada nas diversas manifestações do povo brasileiro.

Com efeito, comentando o art. 216, da CF, assinala José Eduardo Ramos Rodrigues que “o legislador constitucional brasileiro aceitou integralmente o conceito moderno de ‘patrimônio cultural’ suprimindo expressões prolixas, imprecisas e incompletas como ‘patrimônio artístico, histórico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico’ que foram utilizadas nas cartas magnas anteriores.”⁴

E prossegue afirmando que “não se discute mais se o patrimônio constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou também daqueles de valor cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou também conjuntos, se dele faz parte a cultura erudita ou também a popular [...] Todos esses tipos de bens acima citados estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores nos exatos termos constitucionais.”⁵

Portanto, tem-se que a noção de patrimônio cultural concebida de modo amplo é destacada não apenas porque cristaliza um momento histórico específico, mas porque traduz

⁴ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “Patrimônio Cultural e seus Instrumentos Jurídicos de Proteção: Tombamento, Registro, Ação Civil Pública, Estatuto da Cidade”. In: MILARÉ, Edis (org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**, p. 272.

⁵ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “Patrimônio Cultural e seus Instrumentos Jurídicos de Proteção: Tombamento, Registro, Ação Civil Pública, Estatuto da Cidade”. In: MILARÉ, Edis (org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**, p. 272.

hábitos, rotinas, referências valorativas, que compõem o mosaico da cultura brasileira e que servirão de parâmetros para as gerações futuras.

Esse paradigma direciona não apenas para a extensão do termo que avança de “patrimônio histórico e artístico” para “patrimônio cultural”, mas também para a indubitável carga valorativa e não meramente estética, onde a transcendência se dá pelo seu valor cultural reconhecido, e constitui, nessa medida, alicerces da multiculturalidade brasileira, de práticas e de referências identitárias propiciadoras de qualidade de vida.

Esse ponto de vista e a edição das emendas constitucionais citadas apontam para a idéia de que o direito brasileiro, como produto cultural, destina-se não somente a preservar o que já existe, como também a possibilitar o exercício pleno de direitos culturais, o que inclui a promoção, a difusão cultural, a participação e a diversidade.

Nesse diapasão, a proteção do patrimônio imaterial adquire um relevo fundamental, eis que, se portador de referência, aprofunda de modo singular a promoção da cultura a partir de caracteres de identidade.

Para tanto algumas notas sobre seu estatuto jurídico em nível nacional se fazem necessárias.

O diploma legal que agasalha tal proteção é o Decreto Federal nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e regulamentou, ainda, o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

Seu objetivo consiste em registrar e descrever em meio físico os bens de natureza intangível, embora, frise-se, sempre que se protege um bem, seja ele material ou imaterial, o que se lhe protege são os valores culturais que lhe são imanentes.

O Decreto referido criou livros nos quais são registrados os bens de natureza imaterial, dividindo-os em 4 (quatro) categorias: a) Livro de Registro dos Saberes, dedicado aos conhecimentos e modos de fazer das comunidades; b) Livro de Registro das Celebrações, para inscrição de rituais e festas; c) Livro de Registro das Formas de Expressão, concernente às manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; d) Livro de Registro dos Lugares, voltado ao registro dos espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Obtemperem-se que se uma determinada manifestação não se enquadrar em nenhum dos

livros nem por isso deixará de merecer a proteção por parte da administração, podendo ser registrada.

As consequências do procedimento administrativo em questão consistem em que, se o Conselho do IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional reputa a prática imaterial passível de proteção, o Presidente do órgão concede o título de "Patrimônio Cultural do Brasil". No caso de a decisão do Conselho ser contrária ao registro, o processo é arquivado.

São dois os critérios que embasam o deferimento do registro: a continuidade histórica e o valor nacional do bem.

Em razão do primeiro critério, estabeleceu-se a obrigatoriedade de, no prazo de até 10 (dez) anos, o IPHAN reavaliar se o bem ainda possui os valores que justificaram o seu registro.

Em hipótese afirmativa, o prazo será revalidado. Caso contrário, o bem perde o título de "Patrimônio Cultural do Brasil", restando o registro "como referência cultural de seu tempo". Ao Ministério da Cultura cabe assegurar ao bem registrado a documentação por todos os meios admitidos e sua ampla divulgação e promoção, cabendo ao IPHAN a obrigação de manter um banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo de Registro.

Até a data de fechamento deste artigo, haviam sido registrados 30 (trinta) bens de natureza imaterial, dentre os quais: a) Samba de Roda do Recôncavo Baiano; b) Ofício das Baianas de Acarajé; c) Jongo no Sudeste; d) Cachoeira de Iauaretê – Lugar sagrado dos povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri; e) Feira de Caruaru; f) Frevo⁶; e) Tambor de Crioula do Maranhão; f) Matrizes do Samba no Rio de Janeiro- partido alto, samba de terreiro e samba enredo; g) Modo artesanal de fazer queijo de Minas.⁷

Verifica-se que a maior parte destes bens possuem nítidas características regionais, contudo foram reconhecidos como patrimônio nacional exatamente porque traduzem a diversidade da cultura brasileira.

Nesse diapasão, é bem lançada a crítica de Paulo Affonso Leme Machado à expressão "relevância nacional" constante no Decreto ao afirmar que ela não se coaduna com os ditames

⁶ Foi inaugurado em fevereiro, em Recife, um museu e centro de referência sobre o Frevo, um investimento de R\$ 13,2 milhões em um edifício tombado de 1700 quadrados e quatro pavimentos. O frevo, além de patrimônio imaterial brasileiro, é patrimônio da humanidade e, segundo o compositor Capiba (Lourenço Barbosa) se o ritmo fosse americano "teria dominado o mundo". In: LINS, Leticia. **Patrimônio da Humanidade – Sua majestade, o frevo**. O Globo, Segundo Caderno, Rio de Janeiro, 09.02.2014, p. 4.

⁷ <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do;jsessionid=05D4CC7D599A05BE0ADF512AA3F3BB2B?id=12456&retorno=paginalphan>. Acesso em 22.03.2015.

constitucionais; para o autor resta “pacífico que os bens de natureza imaterial devam ser portadores de referência à identidade, à memória e à formação da sociedade brasileira” uma vez que “um bem cultural de relevância nacional exigiria que se aferisse sua importância, seu valor ou seu peso em todo o território brasileiro, ou na maior parte do país”⁸, tarefa hercúlea e que não se coaduna com a *mens legis* do texto constitucional.

Este, contudo, é apenas um dos pontos obstativos ao reconhecimento do que pode ser considerado patrimônio nacional que, em uma acepção literal, de fato jamais existirá.

Na verdade o que se deve ter em mente é que o correto enquadramento semântico impele a considerar que manifestações locais ou regionais possuirão tamanho relevo para o país que, afirmando valores locais, tais valores possuem estatura nacional, merecendo sua divulgação de modo a reverberar nacionalmente esse mosaico de diferenciação de que é composta a polimórfica cultura brasileira.

Outro ponto se afigura importante: é evidente que, por mais que se reconheça uma determinada manifestação como patrimônio imaterial, tal reconhecimento não será suficiente para “preservar” tal manifestação, sendo certo que a tutela do bem ambiental imaterial cultural desperta um duplo desafio: preservar, mas ao mesmo tempo reforçar práticas identitárias e de pertencimento, eis que o olhar apenas direcionado à preservação de uma prática passada não terá o condão de proporcionar sua permanência no cenário cultural do país.

Essa dupla função possui uma relevância enorme na análise do objeto central do presente trabalho, conforme será oportunamente demonstrado.

Finalizando as observações sobre a tutela dos bens imateriais em nível nacional através do registro, impende salientar que dada a extensão territorial, dada as imensas diferenças regionais, dada a falta de recursos para a promoção das práticas específicas, o instrumento do registro não tem sido suficiente para sua inscrição no imaginário nacional. Isso decorre muito mais de um trabalho envolvendo políticas de turismo do que propriamente o resultado de uma utilização concertada do instituto no plano da preservação do patrimônio cultural, em que pese se reconheça que a existência do registro contribui para a preservação e para a própria política que, em outras esferas (como o turismo, por exemplo) tenha proporcionado um certo fetiche de tais

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada.. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 1076.

manifestações como itens de identidade local a serem preservados e divulgados.

Tecidas essas breves considerações sobre o patrimônio cultural imaterial nacional e o aparato federal que o protege, o desafio aponta para o patrimônio cultural fluminense e carioca, objeto de nossa análise doravante.

2. A PROTEÇÃO DE BENS IMATERIAIS NO ESTADO E NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO: UMA ANÁLISE NORMATIVA A PARTIR DE SUA RECENTE GESTÃO

Como foi visto anteriormente, o Decreto Federal nº 3.551/00 criou mecanismos para proteção de bens imateriais não propriamente com o propósito de imobilizá-los, mas de registrar tais manifestações, para que não se perdessem.

Proteger manifestações possui um significado especial para a sociedade porque significa proteger os valores nela imanentes. No âmbito da cidade acarretará como consequência também a proteção de locais onde se expressam tais valores, onde tais expressões se exteriorizam.

Esses bens de natureza intangível são a expressão máxima dos valores culturais portadores de referência e dos direitos culturais, eis que traduzem espírito coletivo, construção simbólica, repertório, tudo que o homem produz no campo do significativo de modo a transcender a esfera simplesmente material. São as manifestações culturais de diversas espécies que gravam na história a marca de um segmento da população, com a qual ela se identifica e faz a vida pulsar nas cidades.

Como lembra Inês Virginia Prado Soares, “no caso dos bens intangíveis, há uma intrínseca ligação com os direitos culturais decorrentes da liberdade de expressão e manifestação cultural. Assim, um mesmo fato pode ser gerador de direito cultural do bem cultural intangível,”⁹ assinalando que “para o reconhecimento do bem cultural é necessário que ele tenha uma continuidade histórica e uma relevância nacional para a memória, a identidade e a formação social brasileira.”¹⁰

Como preservar tais bens? A aludida sistemática do registro em livros, sobre os quais já se discorreu anteriormente não possui grande serventia, se não vier acompanhada de ações

⁹ SOARES, Inês Virginia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 117.

¹⁰ SOARES, Inês Virginia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 117.

contundentes do Estado no sentido de que as manifestações deitem raízes na sociedade e mais ainda: nela se prolonguem como parte de seu tecido social e semântico.

Do ponto de vista da cidadania, há um aspecto de mutabilidade nas manifestações culturais que o congelamento pode obstar. Mutabilidade pode significar um desapego a referências ou não. O significado do reconhecimento deve ser, pois, um fator de estímulo à sua continuidade.

Os movimentos culturais geradores de sentimento de pertencimento ganham expressão e fixam laços sociais na medida em que evoluem como expressão coletiva e não quando se tornam estáticos. É evidente que certas manifestações folclóricas ou que traduzem expressão de grupos fechados não se enquadram nessa categoria, mas é certo que as cidades, e aí principalmente as metrópoles, ganham vida quando manejam recursos culturais de forma generosa, plural, misturando tendências, propiciando ecletismos, inovando.

Tal instrumento de proteção pode e deve ser instituído pelos entes federados, como de fato o são e tem-se inúmeros exemplos de bens de natureza imaterial protegidos na Cidade do Rio de Janeiro.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei de regência foi aprovada em 2013, Lei nº 6459, de 03.06.2013,¹¹ a qual, aliás, se reporta ao Decreto nº 3.551/00 quanto aos procedimentos.

A ausência de diploma específico anteriormente à edição da Lei nº 6459/2013 não representou à época óbice para que alguns bens imateriais fossem protegidos, o que ocorreu através de Leis específicas, como no caso da dança de salão¹², da capoeira¹³, e do corpo artístico permanente do Teatro Municipal¹⁴ e mais recentemente o funk.

Já o Município do Rio de Janeiro dispõe de ato normativo anterior¹⁵, onde consta a definição de parâmetros para a proteção e ficam delimitados seus efeitos jurídicos de forma mais

¹¹ Essa lei dispõe sobre o patrimônio cultural imaterial do Estado do Rio de Janeiro, o qual vem definido como “as práticas, a forma de ver e pensar o mundo, as cerimônias, as danças, as músicas, as lendas e contos, a história, as brincadeiras e modos de fazer - bem como os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante de seu patrimônio cultural e que são transmitidos de geração em geração” (§ 1º do art. 1º) e afirmando-se (§ 2º) que constituem patrimônio cultural, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações artísticas científicas e tecnológicas, o folclore, os saberes e os conhecimentos tradicionais e o esporte e a manifestações lúdicas incorporadas às tradições fluminenses.

¹² Lei nº 5.828/2010.

¹³ Lei nº 5.577/2009.

¹⁴ Lei nº 5.735/2010.

¹⁵ Decreto nº 23.162/2003, que institui o registro no âmbito do Município do Rio de Janeiro e cria o patrimônio cultural carioca, determinado o registro em livros (art. 2º), que segue o modelo do Decreto Federal nº 3.551/00.

precisa.

A municipalidade tem se movimentado há mais tempo de forma significativa na tutela do patrimônio cultural imaterial carioca. Sobre tal particularidade é que o presente trabalho irá se direcionar.

A irreverência do carioca (que traduz um modo de ser e viver, com certeza) tem dado azo a uma movimentação por parte do Poder Público em reconhecê-la e matizar suas ações com tal timbre, o que acaba por traduzir um enlace entre os símbolos culturais reconhecidos e a práxis cultural dos habitantes.

Veja-se, para tanto, alguns exemplos representativos.

O primeiro deles é a torcida do Flamengo.

O Município do Rio de Janeiro, através do Decreto nº 28.787, de 2007, declarou a torcida do Flamengo patrimônio imaterial da Cidade do Rio de Janeiro.¹⁶

A justificativa para a inclusão da torcida do Flamengo no livro de registro das formas de expressão se deu em razão de se considerar a prática do futebol como costume da população do Rio de Janeiro, consistindo a torcida do Clube de Regatas do Flamengo revestida de mais relevante significado de vibração e integração, com perfeita demonstração de apreço por seu time de futebol.

De fato, a iniciativa traduz o reconhecimento de uma forma de expressão típica do carioca com um dos itens que mais fortemente traduzem a cultura nacional, que é o futebol, o qual, por sua vez, tem sido reconhecido como patrimônio cultural em diversas decisões judiciais.¹⁷

Além destes, existem outros exemplos significativos.

Um deles é a bossa nova¹⁸, em relação à qual se diligenciou a própria forma de sua

¹⁶ Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro - Torcida do Flamengo declarada patrimônio Cultural carioca. In: http://doweb.rio.rj.gov.br/sdcgibin/om_isapi.dll?advquery=Decreto%20municipal%20n%ba%2028.787%20de%204%20de%20dezembro%20de%202007&infobase=05122007.info&softpage=_infomain&x=41&y=12&z=z. Acesso em 30.05.2011.

¹⁷ “se o futebol é símbolo do nosso país e, portanto, patrimônio cultural da sociedade brasileira, é evidente que as diretrizes adotadas pelo órgão máximo da sua administração são de interesse de toda a coletividade.” (Ap. Civ. nº 0008184-51.2007.8.19.0209 – 14ª Cam. Cível do TJ/RJ - Rel. Des. Ismênio Pereira de Castro – j. 08.03.2010). “Algumas práticas desportivas podem ser inseridas entre as formas de expressão do povo brasileiro, como, por exemplo, o futebol” (TRF 1 no Ag. 1998.01.00.057324-DF, J. 14.12.1999). O STJ, por seu turno, em voto da Ministra Eliana Calmon (REsp 1041765-MG), embora reconhecendo o caráter exclusivamente financeiro da pretensão envolvendo determinado clube, reconheceu o futebol como expressão do patrimônio cultural, sendo “de interesse indisponível não só aos amantes do esporte, mas de toda a sociedade.”

¹⁸ Decreto nº 28.552/2007.

preservação, e aonde se verifica que não obstante possua significado especial para o Rio de Janeiro e para o Brasil, seu *input* de preservação adveio de preservacionistas relacionados ao movimento. Nesse sentido, importa destacar o essencial papel desempenhado por Carlos Afonso, comerciante e dono da “Toca do Vinicius” (uma loja que comercializa livros, discos e outros produtos, situado na Rua Vinicius de Moraes, em Ipanema, hoje também considerado “Centro de Referência da Bossa Nova”, tamanho seu papel na cultura do movimento) que instou o então Prefeito a tal proteção, o qual imediatamente determinou a elaboração do respectivo Decreto. Vê-se como são tortuosos os caminhos, eis que a Bossa Nova, um ícone da cultura carioca e que adquiriu representação mundial, teve sua preservação como patrimônio imaterial desencadeada por uma pessoa, um preservacionista e estudioso da matéria (que afirma que bossa nova “não é um gênero musical, mas um comportamento”) o que corrobora sua necessidade de proteção e seu enquadramento na categoria de patrimônio cultural “como modo de fazer, criar, viver”.

Outros tantos exemplos são relevantes, como a banda de Ipanema¹⁹, o lambe-lambe²⁰, a obra musical de Pixinguinha²¹, o Beco das garrafas²², dentre outros.

De todo modo, nenhum deles se assemelha aos recentemente preservados, preservação essa que traduz originalidade e arrojamento no uso do instituto do registro.

Recentemente, o Município reconheceu como patrimônio cultural “a atividade de vendedor ambulante de mate, limonada e biscoito de polvilho nas praias cariocas”, já que é sabido que se constitui tradição a venda do Biscoito Globo e do mate de praia em galões.²³

A lista não para por aí, já que mais recentemente o Frescobol também foi incluído entre os bens imateriais da Cidade.²⁴

Este esporte inventado em 1945 por um paraense nas areias de Copacabana se distingue dos demais esportes porque nele não há ganhador. Conhecido como tênis de praia, recebeu a atual alcunha pela verve do cronista e poeta Millôr Fernandes, pelos idos de 1958, passando, a partir daí, a se tornar um esporte característico da Orla carioca.

¹⁹ Decreto nº 23.926/2004.

²⁰ Decreto nº 25.678/2005.

²¹ Decreto nº 25.271/2005.

²² Decreto nº 25.918/2005.

²³ Decreto nº 35.179/2012.

²⁴ Decreto nº 39.758/2015.

Mas não é só.

No âmbito do Município do Rio de Janeiro, foi instituída uma nova categoria de patrimônio imaterial na cidade: a de atividade econômica notável.

Foi a solução encontrada para, conjuntamente com o tombamento de 9 (nove) prédios nos quais se situa comércio centenário da Rua da Carioca (como o Bar Luiz, a loja de instrumentos musicais Guitarra de Prata, a de Guarda Chuvas Vesúvio, a Mala de Ouro, dentre outros), proteger a região da especulação imobiliária, em razão da venda dos imóveis lá existentes para uma instituição financeira.

O ato administrativo criou ainda o Sítio Cultural da Rua da Carioca, visando preservar a região.²⁵

Todo este espectro de atividades, ao ver reconhecido seu estatuto de bens de natureza imaterial que guardam identificação com os valores do carioca, acabam por evidenciar seus traços indentitários.

Curioso notar que o reconhecimento dessas práticas tem sido objeto de ampla divulgação perante a grande mídia, a qual, destacando o pioneirismo de tais atitudes e propagandeando um certo exotismo que desmistifica a sacralidade da cultura, acaba por produzir uma maior divulgação das práticas, bem como reforçar suas características culturais que, de tão incorporadas no cotidiano, às vezes não são valorizadas como merecem.

Por certo, que se identifica que tais ícones geram um fetiche do modo de ser do carioca, produzindo auto-estima no cidadão que habita na cidade, ao verem reconhecidas suas práticas como propiciadoras de uma manifestação cultural de reconhecimento público.

Isso não apenas acaba por reforçar prática de valorização, como impulsiona a cidadania, e também permite uma maior participação na vida cultural da cidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que os instrumentos jurídicos para salvaguarda do patrimônio imaterial brasileiro, embora representem importante avanço para sua preservação

²⁵ Rua da Carioca: imóveis e atividades preservadas. A partir de agora mudança de uso de lojas depende de autorização. **O Globo**, Rio de Janeiro, 16.03.2013, p. 13.

revelam-se insuficientes em razão da dinâmica e fluidez do próprio objeto tutelado.

Contudo, se tais mecanismos forem inseridos em um contexto jurídico e político de preservação e estímulo, sua função adquire importância enorme.

O direito constitucional brasileiro deu passos significativos com as recentes alterações concernentes ao Sistema Nacional de Cultural e com o Plano Nacional de Cultura, que veio a regulamentar o art. 215, da CF.

Não obstante, todos os diplomas são insuficientes se não forem acompanhados de ações do Poder Público que dinamizem essas conquistas.

Um exemplo de um caminho salutar que vem sendo trilhado veio transcrito a partir das práticas de preservação cultural no Estado do Rio de Janeiro e mais ainda na Cidade do Rio de Janeiro.

As referidas práticas aqui exemplificadas vêm acompanhadas não apenas da edição da norma que a protege, mas de uma série de ações do Poder Público que envolvem comunicação, prática de fomento turístico, valorização e que repercutem não somente na divulgação, como também no estímulo perante a população local (reforçando sua auto-estima) e perante os que são de fora e frequentam a cidade (criando um mecanismo de valorização dos ícones na cidade perante esses terceiros).

Em que pese algumas ações acabarem por fetichizar certas ações, o que pode ser alvo de críticas e deve ser realmente visto com certa reserva, é evidente também que sem essas ações específicas o aspecto dinâmico de tal patrimônio não seria objeto de projeção, de auto reconhecimento pelo cidadão carioca e de estímulo à produção carioca da cultura, não apenas no que se refere à proteção do seu acervo simbólico existente como também do que pode ser, a partir dele, produzido.

Estas práticas traduzem sobretudo conquistas na forma de implementação de uma dinâmica jurídico-política do patrimônio cultural, algo passível de ser melhor estudado para que a preservação do patrimônio imaterial adquira uma lógica própria (lógica essa totalmente específica e dissociada da que preside a direcionada à do patrimônio material) que se coadune com sua singularidade e seja conforme, também, às características locais em que é produzida.

Acredita-se que a experiência do Rio de Janeiro aponte para alguns avanços nesse sentido,

tal como se teve oportunidade de aqui delinear a partir de exemplos específicos em que as escolhas dos objetos vêm acompanhadas de ampla divulgação perante a população e os envolvidos na produção imaterial protegida. Tais fatores têm, sem sombra de dúvida, fortalecido a referência de cada item protegido, a sensação de pertencimento por parte não apenas dos envolvidos na produção simbólica, mas de todo o cidadão, estabelecendo uma relação relevante do ponto de vista do contato com a cidade, seus ícones e da proteção jurídica como alavanca na mecânica de fortalecimento dos laços sociais e de afirmação da cidadania e da qualidade de vida.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

LINS, Leticia. **Patrimônio da Humanidade – Sua majestade, o frevo**. O Globo, Segundo Caderno, Rio de Janeiro, 09.02.2014, p. 4.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 1076.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. “Patrimônio Cultural e seus Instrumentos Jurídicos de Proteção: Tombamento, Registro, Ação Civil Pública, Estatuto da Cidade”. In: MILARÉ, Edis (org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**, p. 272.

RUA da Carioca: imóveis e atividades preservadas. A partir de agora mudança de uso de lojas depende de autorização. **O Globo**, Rio de Janeiro, 16.03.2013, p. 13.

SOARES, Inês Virginia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 117.