

Reflexões sobre **DIREITO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE**

Marcia Andrea Bühring . Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Orgs.)

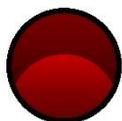


O tema da Sustentabilidade é transversal, que consegue dialogar com o direito urbanístico, com os resíduos sólidos, com a racionalidade, e a crise ambiental. Também encontra guarida no dano ambiental, no desenvolvimento, na igualdade. Dessa forma, a presente obra, foi construída com as importantes contribuições de autores que transitam pela área ambiental.

Editora fi
www.editorafi.org



**REFLEXÕES SOBRE
DIREITO AMBIENTAL E
SUSTENTABILIDADE**



Comitê editorial da
Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil

Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil

Orci Paulino Bretanha Teixeira, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil

Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.

REFLEXÕES SOBRE DIREITO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

Marcia Andrea Bühring
Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros
(Orgs.)

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli
Marcia Andrea Bühring
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni
Arte de capa: Gohmn (gohmn.com)

A regra ortográfica usada foi prerrogativa de cada autor.



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da
Creative Commons 4.0

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 20

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BÜHRING, Marcia Andrea; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (Orgs.).

Reflexões sobre direito ambiental e sustentabilidade. [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring; Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

311 p.

ISBN - 978-85-5696-116-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Estado; 2. Políticas públicas; 3. Meio ambiente; 4. Ética; 5. Sustentabilidade. I. Título.
II. Série.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

APRESENTAÇÃO

O tema da Sustentabilidade é transversal, que consegue dialogar com o direito urbanístico, com os resíduos sólidos, com a racionalidade, e a crise ambiental. Também encontra guarida no dano ambiental, no desenvolvimento, na igualdade. Dessa forma, a presente obra, foi construída com as importantes contribuições de autores que transitam pela área ambiental.

O primeiro texto de autoria de MARCIA ANDREA BÜHRING E ADIR UBALDO RECH, apresenta a SUSTENTABILIDADE URBANA, com o objetivo de mostrar o direito fundamental de moradia e as zonas habitacionais de interesse social.

Já o segundo texto, de FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS e LETÍCIA ALBUQUERQUE, adverte para a POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL, com as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social da gestão integrada de resíduos sólidos, além de questionar se o consumo sustentável é possível.

Na sequência o terceiro texto de autoria de CLEIDE CALGARO, AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA e CLÓVIS EDUARDO MALINVERNI DA SILVEIRA, apresenta um NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: EM DIREÇÃO À SUSTENTABILIDADE E À RACIONALIDADE AMBIENTAL, traçando um comparativo entre Brasil e o Equador, tecendo ao final considerações sobre a racionalidade ambiental e a sustentabilidade.

Dessa forma, o quarto texto de DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI e SERGIO URQUHART DE CADEMARTORI, menciona a CRISE AMBIENTAL E DEMOCRACIA: DA DEMOCRACIA FORMAL À DELIBERATIVA, apresentando a diferença entre democracia formal e substancial, e deliberativa. Apontando a concretização da democracia deliberativa num cenário de crise ambiental. Para ao final apresentar uma ecologia das democracias ou a democracia ambiental.

Assim, FLAVIA QUIROGA QUINTAS e RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER contribuem com a discussão do quinto texto com a POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS, comentam o dano ambiental, além de trazerem o dano ambiental extrapatrimonial coletivo como uma nova construção jurídica, e a responsabilidade civil por danos ambientais, para ao final apresentar os julgados de diferentes tribunais.

Por assim mencionar, LEONEL PIRES OHLWEILER e ANDRÉ ABREU BINDE elencam no sexto texto, as QUESTÕES HERMENÊUTICAS SOBRE SUSTENTABILIDADE E A EFETIVIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO, com a ideia da sustentabilidade como possibilidade de um novo conceito de desenvolvimento. Além de mencionar a integridade do direito no pensamento de Ronald Dworkin, para ao final trazer a sustentabilidade como conceito interpretativo como projeções hermenêuticas no direito administrativo.

Nesse contexto, LIANE TABARELLI e MATHEUS BURG DE FIGUEIREDO, apresentam o sétimo texto sobre os POSICIONAMENTOS SOBRE DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL, com a menção à Responsabilidade civil objetiva, a extrapatrimonial, e em âmbito coletivo. Com a verificação da Impossibilidade/possibilidade de dano moral coletivo com o entendimento atual do STJ acerca de dano.

Vale ainda mencionar, a importante contribuição do oitavo texto, de MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA sobre O MEIO AMBIENTE, A SUSTENTABILIDADE E AS QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA (RIO GRANDE DO SUL - BRASIL) E EM PORTUGAL, com a apresentação dos aspectos geográficos e biológicos. Apresentando o cultivo de plantas exóticas, as queimadas nos campos de cima da serra e a função social da propriedade, além da competência legislativa municipal e a permissão de utilização das queimadas controladas nos campos de cima da ser-

ra. Para ao final, mencionar a importância do o uso do fogo como técnica de manejo em Portugal.

Merece ênfase, o nono texto de ROGÉRIO RAMMÈ e MARLA SONAIRA LIMA sobre OS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: NOVAS PERSPECTIVAS COM FOCO NA SUSTENTABILIDADE E NA EQUIDADE, apresentando os serviços ecossistêmicos e sua importância para o bem-estar humano e para a vida em geral, os serviços ecossistêmicos e a justiça ambiental com foco na equidade. Além de vincular a redução das desigualdades ambientais pelo prisma da economia ecológica. Para ao final, mencionar a ecologia humana e etnoconservação como novas estratégias para conservação da biodiversidade com foco na diversidade cultural e a fundamentalidade jurídica dos serviços ecossistêmicos.

E, por fim, o décimo texto de PERY SARAIVA NETO, das PERSPECTIVAS SOBRE A INSERÇÃO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE SEGUROS, com notas sobre a estrutura do sistema de regulação do mercado segurador no brasil, as falhas, acertos e desafios do sistema de regulação em seguros. Além de parâmetros para uma regulação ambientalmente sustentável do mercado de seguros brasileiro.

Agradecemos imensamente a todos que contribuíram

*Marcia Andrea Bühring e
Fernanda Luíza Fontoura de Medeiros*
Coordenadoras

SUMÁRIO

SUSTENTABILIDADE URBANA MARCIA ANDREA BÜHRING ADIR UBALDO RECH	13
A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS LETÍCIA ALBUQUERQUE	28
NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: EM DIREÇÃO À SUSTENTABILIDADE E À RACIONALIDADE AMBIENTAL? CLEIDE CALGARO AGOSTINHO OLI KOPPE PEREIRA CLÓVIS EDUARDO MALINVERNI DA SILVEIRA	46
CRISE AMBIENTAL E DEMOCRACIA: DA DEMOCRACIA FORMAL À DELIBERATIVA* DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI SERGIO URQUHART DE CADEMARTORI	68
A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS FLAVIA QUIROGA QUINTAS RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER	105
QUESTÕES HERMENÊUTICAS SOBRE SUSTENTABILIDADE E A EFETIVIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO LEONEL PIRES OHLWEILER ANDRÉ ABREU BINDÉ	163
POSICIONAMENTOS SOBRE DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL LIANE TABARELLI MATHEUS BURG DE FIGUEIREDO	198
O MEIO AMBIENTE, A SUSTENTABILIDADE E AS QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA (RIO GRANDE DO SUL - BRASIL) E EM PORTUGAL MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA	221

**OS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL
DO MEIO AMBIENTE: NOVAS PERSPECTIVAS COM FOCO NA SUSTENTABILIDADE
E NA EQUIDADE**

ROGÉRIO RAMMÊ

268

MARLA SONAIRA LIMA

**PERSPECTIVAS SOBRE A INSERÇÃO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA
REGULAÇÃO DO MERCADO DE SEGUROS**

PERY SARAIVA NETO

297

SUSTENTABILIDADE URBANA¹

Marcia Andrea Bühring²

Adir Ubaldo Rech³

INTRODUÇÃO

Apesar de as cidades nascerem da necessidade de convivência e do desejo próprios do homem no sentido de construir um local ideal para viver, a elite dominante sempre estabeleceu, informalmente, a ocupação e a organização do seu espaço, excluindo e relegando as demais classes a um plano inferior e para fora dos “muros” ou do perímetro urbano das cidades. O atual perímetro urbano é uma linha imaginária que substitui o antigo muro, que protegia os cidadãos de malfeitores, assaltantes e de onde era controlada a entrada de camponeses desempregados.

O traçado do perímetro urbano deixa, hoje, fora dos limites da cidade, aqueles que não têm recursos para comprar um

¹ Apresentado no IV Congresso Latino Americano de Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento. 2015. "Proteção Jurídica da Inovação Tecnológica em Energias Renováveis para a Sustentabilidade”. Eixo nº 5 - Direito, democracia e sustentabilidade.

² Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da UCS e PUCRS. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Ambiental e Sociedade. **Linha de Pesquisa:** Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; **Grupo de Pesquisa:** Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. E-mail: mabuhrin@ucs.br.

³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito e Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul. Professor de Direito Urbanístico Ambiental no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Autor de vários livros sobre Direito Ambiental Urbanístico. **Linha de Pesquisa:** Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; **Grupo de Pesquisa:** Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. E-mail: aurech@ucs.br.

terreno ou uma moradia, segundo as normas de parcelamento e ocupação do solo, previstas pelas leis elitistas da cidade. Nunca houve preocupação em definir um projeto de cidade a curto, a médio e a longo prazos, mais abrangente, que contemplasse todos os aspectos do desenvolvimento e indistintamente todas as classes sociais.

A ampliação do perímetro urbano, prática adotada depois que encostas, morros e arredores foram ocupados de forma desordenada, tem mais uma finalidade: cobrar tributos, especialmente o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), antes de ser um gesto concreto de inclusão social e de melhoria das condições de infraestrutura e qualidade de vida.

A exclusão social praticada hoje pelos “donos das cidades”, fora ou dentro dos “muros” ou do perímetro urbano, é histórica e cultural. Não começou com o Imperialismo ou com o Absolutismo, mas nasceu na origem das próprias cidades, contrariando sua intrínseca função antropológica.

Ao contrário do que afirmou Rousseau (1996, p. 30) de que no pacto social de formação do Estado, mesmo desiguais em força ou talento, os homens se tornam iguais por convenção de direito. Na formação das cidades, historicamente, e, até os dias atuais, sempre houve, na verdade, um pacto de exclusão social, tendo como instrumentos normas urbanísticas informais adotadas pela elite dominante e transformadas em direito nos nossos municípios.

A verdade é que os municípios nunca tiveram grandes preocupações em estabelecer normas de Direito Público na construção de moradias, mas sempre o tema foi pautado pelo Direito Imobiliário, porém de caráter privado.

O próprio Direito, conforme afirma Nicz (1995, p. 8)

teve sempre a predominância privatística que, por influência romana, impera de um modo geral no pensamento dos juristas, uma vez que o direito privado alcançou o mais completo grau de elaboração doutrinária, tendo o direito público sofrido ingerência em seu campo, o que traz, muitas vezes, a insegurança e a incerteza na perfeita definição de seus institutos.

Assim sendo, as relações jurídicas nas cidades sempre foram privatistas, construídas sob a ótica dos interesses da classe dominante, sem nunca formar institutos jurídicos criadores de um sistema também jurídico de Direito Público que estabelecesse, de forma efetiva, legítima e eficaz, regras de direito, ordenando a forma de crescimento e contemplando a ocupação por parte de todas as classes sociais de espaços com vistas à construção de uma cidade sustentável e geradora de bem-estar para todos.

Não havia e não há, em nossas cidades, espaço destinado às classes mais humildes, como era o caso dos escravos e, hoje, de trabalhadores menos qualificados, entre outros. Essas classes sempre estiveram e estão exiladas⁴ das cidades, por serem consideradas indignas, impuras, para conviver dentro dela.

Conforme Coulanges, voltando na história e na origem da própria cidade, “a lei das cidades não existia para o escravo como não existia para o estrangeiro”. (COULANGES, 2003, p.175) Todo aquele que não cultivava o mesmo deus da cidade ou morava fora dos muros ou em outra cidade era considerado estrangeiro. Cidadão era aquele que era admitido na cidade. (COULANGES, 2003, p.174-175). A plebe (os de fora da cidade de Roma) ocupava uma terra sem caráter sagrado, profana e sem demarcação. (COULANGES, 2003, p.221). Eram os fora-da-lei.

Da mesma forma, hoje, as leis urbanas não existem para os pobres, para os que não podem adquirir um terreno dentro das exigências das normas urbanísticas da cidade. Eles até podem construir, mas sem previsão legal, fora do perímetro urbano, onde não há lei para construir, porque não há cidadãos no sentido de serem residentes da cidade.

Os patrícios e plebeus⁵ das antigas cidades romanas repetem-se nos dias atuais, na figura do cidadão e do favelado ou

⁴ (COULANGES, 2003, p.183), afirma: “Exilar o homem, segundo a fórmula empregada pelos romanos, era privá-lo do direito de cidadania, afastá-lo da cidade por ser impuro e indigno.”

⁵ (COULANGES, 2003, p.129-223). Define *patrício* como aquele que mora na pátria, na cidade, e plebeu aquele que mora fora da cidade, que não tem pátria, não é cidadão.

do morador em loteamento irregular, distante, nos cinturões de pobreza que surgem ao redor das cidades, além do perímetro urbano legalmente concebido.

A lei considera todos iguais, mas leis iguais não servem para desiguais. A inexistência de normas adequadas e não excludentes sempre foi regra na ocupação das cidades. A própria Europa viu surgirem, fora do núcleo central, bairros maiores do que a própria cidade em que moravam pessoas sem nenhuma condição de vida digna, constituindo-se num verdadeiro caos urbano. Foi somente em 1909, em Londres, que foram aprovadas as primeiras normas de planificação.

Na defesa da lei, Burns, (Apud HALL, 1996, p. 63) presidente da Junta Governo Local, afirmava:

Precisamos evitar a construção de bairros humildes. Esses lugares que dão guarida a ladrões, a imundícies devem desaparecer. A finalidade desta lei é oferecer condições que permitam a gente melhorar a sua saúde física, seu caráter, suas condições sociais em conjunto. Esta lei pretende e espera proporcionar uma casa bonita, um povo agradável, um bairro saudável e uma cidade dignificada.

Hall acrescenta seu comentário ao discurso de Burns, lembrando que a lei era contraditória em relação à maneira como as autoridades locais deviam dispor de suas propriedades para organizar a questão habitacional, restringindo-se mais à construção de casas populares, que continuavam inacessíveis à grande maioria, do que propriamente em definir a ocupação e a organização de espaços adequados e acessíveis para todos. A terra é mais cara do que a casa, tornando inatingível a muitos o sonho da casa própria.

Na realidade, isso continua acontecendo. O programa “Minha Casa Minha Vida” do governo federal, apesar de louvável, não assegura, em nossas cidades, zoneamento de áreas destinadas e acessíveis às diferentes classes sociais, especialmente às mais pobres. Os espaços continuam super-valorizados e comercializados por força da especulação imobiliária, sem nenhuma preocupação com a moradia para todos, ignorando que

é preciso também garantir a construção de bairros mais humildes, em espaços adequados, através de zoneamentos especiais, de forma ordenada e planejada, para que ofereça aos moradores o mínimo de dignidade.

Há, no Brasil, mais de 16 mil favelas cadastradas. Soma-se a isso o fato de que mais de 42% dos lotes ocupados na área urbana são irregulares, (IBGE, 2010) o que demonstra que as nossas cidades não foram e nem são planejadas e, portanto, não existe espaço para essa grande parcela da população brasileira, que vive excluída da cidade formal e legal.

Mumford, referindo-se ao crescimento desordenado da antiga Roma, afirmou: “Esse gigantismo, fora de controle, é uma lição significativa sobre o que se deve evitar, sinal clássico de perigo a nos avisar sobre quando a vida se move na direção errada.” (MUMFORD, 1998, p. 226). Os problemas, enfrentados por cidades como São Paulo, são alertas do que se deve evitar.

DO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

A Constituição Federal de 1988 assegura, no seu art. 6º, o direito fundamental e social à moradia. Mas não basta que os direitos sociais sejam reconhecidos pela Constituição. É necessário que, efetivamente, sejam garantidos, mediante políticas públicas e instrumentos inteligentes e específicos.

O Estatuto da Cidade, no seu art. 2º, ratifica o direito à moradia e, nos incisos XIV e XV, estabelece a necessidade de regularização fundiária, isto é, de melhorar as condições de moradia nas áreas ocupadas irregularmente, bem como determina a simplificação da legislação e das normas de edificação, de modo que permita a redução dos custos e o aumento da oferta de lotes e Unidades Habitacionais (UHs), especialmente destinadas às classes excluídas do direito de moradia, visto que os mais abastados encontram facilmente e de forma abundante, espaços organizados e adequados para construir suas casas.

Tanto no Estatuto da Cidade quanto na Lei Federal 6.766/79, encontra-se o instituto das *Zonas Especiais de Interesse Social* (ZEIS). Esse instrumento, porém tem sido usado de forma

restritiva, apenas como paliativo, na regularização fundiária, quando deveria ser um mecanismo preventivo, de planejamento e de reserva de espaços nas cidades para as classes mais pobres, possibilitando e multiplicando o surgimento de loteamentos populares, quer por iniciativa do Poder Público, quer por parte das incorporadoras privadas.

Os municípios não têm recursos para incrementar loteamentos ou moradias populares. Além de não haver espaços, no Plano Diretor, especificamente reservados às classes mais pobres, os que existem seguem a mesma ordem do mercado imobiliário, ou seja, são supervalorizados. Quando isso se soma à infraestrutura mínima necessária para construir loteamentos ou moradias populares, o empreendimento se torna inacessível às classes menos abastadas.

Aos pobres só resta morar nas periferias, em loteamentos irregulares, nas encostas ou em locais inadequados, sem segurança, ambientalmente degradados e que, normalmente, colocam em risco, inclusive, a vida das pessoas. Essa lógica é perfeitamente possível de ser revertida.

DAS ZONAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL

O que se necessita é encontrar uma forma de reservar, no Plano Diretor, espaços suficientes para atender às diferentes classes sociais e, ao mesmo tempo, baratear de modo efetivo os lugares destinados à moradia da classe pobre, buscando cumprir o que dispõe a Constituição Federal de 1988, quando determina que a moradia é um direito fundamental social do homem.

A solução é simples e revolucionária: compreende uma efetiva reforma urbana. Todas as classes sociais devem ter seus espaços no projeto das cidades. Estatisticamente, os dados são bastante conhecidos, mas nas cidades só há zoneamento urbano para a classe rica ou para a classe média ou, no máximo, para a classe média baixa. Para a classe pobre não há destinação de lugares.

Para que as classes menos abastadas tenham acesso à moradia, primeiramente, é necessário que fiquem definidas, no

Plano Diretor, as *Zonas Habitacionais de Interesse Social* (ZHIS). Essas zonas são espaços do perímetro urbano ou da área de expansão urbana destinadas, exclusivamente, a loteamentos e moradias populares, cujos custos, especialmente da infraestrutura, sejam financiados pelo Poder Público.

Nesse sentido, a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos deixou expresso no Habitat II (1996):

Grande parte da população mundial carece de moradia. Nosso objetivo é conseguir que todas as pessoas disponham de uma moradia adequada, especialmente os pobres, mediante um critério que favoreça o desenvolvimento, a melhoria da moradia, sem prejudicar o meio ambiente, como ocorre nas expansões urbanas, que geram o caos socioambiental.

Essa conferência faz referência à necessidade de planejamento de espaços específicos para os pobres. Na prática, esses são zoneamentos específicos em nossas cidades, os quais devem ser proporcionais ao percentual da população pobre que não tem condições de acesso à casa própria.

Para consolidar esses zoneamentos e conseguir recursos para subsidiar o valor da infraestrutura, do terreno e mesmo da moradia, é necessário:

- estabelecer, através do Plano Diretor, as ZHIS, destinadas à construção de loteamentos ou moradias para as classes que normalmente não têm recursos econômicos para pagar o custo elevado de terrenos urbanizados e, por isso, essas são impedidas a morar nas periferias, em loteamentos irregulares ou invadem áreas de risco, como: encostas, matas ciliares, lixões, aterros, etc.;
- sobre esses espaços ou zoneamentos definidos no Plano Diretor, deve ser fixado um índice construtivo básico, o real percentual que será efetivamente permitido construir, de acordo com a infraestrutura e o tipo de habitação; e

– devem ser estabelecidos os índices excedentes ou o máximo que será permitido transferir dos mesmos para outras áreas nobres de alta especulação imobiliária, previamente definidas no Plano Diretor para receber acréscimo de índices construtivos. Esse excedente de índices construtivos será objeto de Outorga Onerosa do Direito de Construir, instrumento previsto no art. 28 do Estatuto da Cidade, também denominado “solo criado”.

Nesse sentido, afirmam Rech e Rech (2010):

O coeficiente básico é a quantidade de área que se pode construir sem ônus ou sem pagamento à municipalidade, enquanto a fixação do coeficiente máximo deve ser pago e os valores investidos no barateamento do custo da moradia para as classes pobres. Parece-nos que o instrumento propicia uma melhor justiça social, assegurando investimentos em infraestrutura da cidade, especialmente onde é necessário diminuir os custos dos lotes.

Esses índices excedentes em relação ao índice básico serão colocados no mercado, para venda, à iniciativa privada para serem utilizados em áreas especificadas no Plano Diretor. Os recursos arrecadados da Outorga Onerosa do Direito de Construir, oriundos do excesso de índices construtivos sobre o coeficiente básico, retirados das ZHIS, deverão constar de um fundo específico, criado por lei e com a finalidade de ser investido na infraestrutura e no barateamento do custo dos terrenos e moradias populares.

Dallari (2007, p. 43) fundamenta:

O alicerce fundamental da instituição da outorga onerosa do direito especial ou adicional de construir acima da metragem correspondente ao solo natural é, sem dúvida, o princípio constitucional da função social da propriedade. A propriedade imobiliária, atualmente, além de atender aos justos anseios do proprietário deve, também, cumprir uma função social.

A viabilidade econômica e social dos instrumentos: ZHIS e Outorga Onerosa do Direito de Construir, além do índice básico, é confirmada duplamente.

Primeiramente, se apenas fossem definidas, no Plano Diretor, as ZHIS, teria-se uma superdesvalorização das referidas áreas no mercado imobiliário, o que geraria processos de indenização, que, somados à falta de recursos do Poder Público municipal inviabilizaria qualquer empreendimento mais popular. No entanto, a criação das ZHIS, somada à venda de índices construtivos, não desvaloriza as áreas previstas no Plano Diretor, pois elas mantêm seu valor econômico, mesmo em vista dos elevados índices construtivos, tornando rentável o negócio também para a iniciativa privada.

Nesse sentido, essa ferramenta multiplicará os meios de construção de moradias populares, tendo em vista que o Poder Público, nesse particular, não tem se mostrado eficiente e, fundamentalmente, não tem encontrado formas de buscar recursos para tornar acessível a moradia a toda a população. Prova disso são a grande quantidade de loteamentos e de construções clandestinas que há nas cidades e o *deficit* habitacional brasileiro.

Em segundo lugar, a venda de índices, por parte do Poder Público, gera uma receita de recursos abundantes e necessários à construção da infraestrutura indispensável à urbanização, fator básico do elevado preço dos lotes e das moradias. Além disso, será capaz de subsidiar e financiar, através do fundo, a aquisição de lotes ou moradias, por parte dos cidadãos, que normalmente não têm acesso a áreas regularizadas.

A viabilização econômica das ZHIS gera sustentabilidade econômica, social e ambiental e evita o surgimento de loteamentos irregulares, que tanto têm onerado o Poder Público e transformado o entorno das cidades num verdadeiro caos socioambiental, violando a própria dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro.

Nesse raciocínio, ensina Bosselmann (Apud SARLET 2011, p. 77):

Sempre que ocorre um dano ambiental, o gozo de direitos humanos está potencialmente comprometido. Nesse caso, a abordagem dos direitos humanos é francamente antropocêntrica, mas pode afetar um amplo espectro de direitos humanos reconhecidos. A violação do meio ambiente compromete o direito à vida, o direito à saúde e ao bem-estar, o direito à família e à vida privada, o direito à propriedade e outros direitos gravemente comprometidos.

A degradação ambiental nas periferias das grandes cidades, nas muitas encostas de morros e margens de rios, em vista do crescimento desordenado, especialmente nas áreas de localização da população mais pobre, é uma verdadeira desolação. É a forma de crescimento que necessita ser evitada urgentemente. Freitas (2011, p. 55) afirma “que na dimensão social da sustentabilidade não se pode admitir um modelo excludente ou, no novo paradigma da sustentabilidade, um modelo de miserabilidade consentida ou imposta”, especialmente pela subordinação da dimensão econômica de forma a desvirtuar o próprio conceito de sustentabilidade.

O Plano Diretor é o instrumento de planejamento de que dispõe o município, o qual deverá regulamentar esses dispositivos, acabando com o monopólio dos loteamentos populares, exclusivos do Poder Público, de modo a multiplicar as iniciativas, mediante instrumentos legais e economicamente vantajosos, tanto para o Poder Público quanto para a iniciativa privada.

Não é possível assegurar direitos sociais pelo simples fato de pensar ideologicamente diferente. É necessário, fundamentalmente, que sejam destinados recursos econômicos, viabilizados através de instrumentos jurídicos e socialmente justos para equacionar esse problema.

O Poder Público não tem nenhum vintém (antiga moeda brasileira e portuguesa) se não tirar de alguém. E, nesse caso da compra de índices construtivos, não tira, mas propicia um negócio lucrativo, que gera trabalho e desenvolvimento. É, sem

dúvida, uma forma inteligente de gestão de um dos mais graves problemas enfrentados pelas cidades.

A execução dessa política que envolve o Poder Público e a iniciativa privada é uma parceria que encontra amparo legal no instituto: *Operação Urbana Consorciada*, prevista no art. 32 do Estatuto da Cidade. Lomar (Apud MUKAI, 2007, p. 103) afirma que “a legalidade da realização de operação urbana consorciada mediante obras de urbanização ou de renovação urbana, deve estar prevista no Plano Diretor”.

Nesse sentido, os recursos arrecadados pela venda Onerosa do Direito de Construir sobre essas áreas devem ser utilizados especificamente para a concretização das ZHIS, pois se trata de recursos da venda do solo criado, para serem transferidos a áreas específicas, com índices básicos previamente determinados no Plano Diretor, por conta de estruturas já existentes nas áreas às quais serão destinados, tendo o perfil de planejamento voltado à cidade sustentável.

De outra parte, o Poder Público poderá reservar para si parte da execução desses programas habitacionais sobre ZHIS, utilizando o Direito de Preempção, previsto no art. 25 do Estatuto da Cidade. É uma das finalidades desse instrumento a reserva fundiária, podendo, nesse caso, licitar a execução do projeto com vistas a cumprir a finalidade da área que era objeto de preempção.

O que se constata, nas centenas de Planos Diretores que já foram estudados é que as políticas públicas de determinação de lotes ou construção de moradias populares é sempre monopólio do Poder Público. No máximo, os Planos Diretores criam algumas áreas denominadas *Zonas Especiais de Interesse Social - ZEIS* com Direito de Preempção pelo município. Como o Poder Público não tem recursos para executar os referidos planos, o *deficit* habitacional é uma realidade em todos os municípios brasileiros, e o crescimento desordenado das periferias das cidades gera um ambiente caótico e a exclusão social.

A proposta articulada neste estudo vem resolver vários problemas enfrentados, como a inexistência de espaços suficientes do território do município reservados às classes menos

abastadas, a falta de recursos que possam subsidiar a diminuição dos custos de lotes ou moradias populares e a necessidade de multiplicação de iniciativas de criação lotes e moradias populares, através da iniciativa privada, mediante custos acessíveis às diferentes camadas sociais.

Um Estado forte não é aquele que faz tudo, como um super-homem, mas aquele que, de forma inteligente, coordena políticas acessíveis a todos os cidadãos. As leis são instrumentos de planejamento, pois o Poder Público está vinculado à lei. No entanto, o que se tem observado é a falta de leis inteligentes, que atendam às necessidades e ao espírito do povo.

Nesse sentido, já afirmava Montesquieu (1991, p. 71):

‘Todos os seres têm suas leis. Mas falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Possuem leis naturais, porque estão unidos pelo sentimento, mas não possuem leis positivas, porque não estão unidos pelo conhecimento. E conclui o pensador: As leis estão relacionadas com o povo, o governo, o físico do país, com o grau de liberdade e necessidades. Essas relações formam, juntas, o espírito das leis.

O Estatuto da Cidade é uma lei inteligente, mas o que se tem verificado é a pobreza de interpretações e de adaptação às realidades locais, fruto da falta de pesquisa, de aprofundamento dos valiosos instrumentos que estão disponibilizados e a pouca iniciativa do Poder Público municipal, que são evidenciados nos seus Planos Diretores, que normalmente são elaborados apenas para atender a uma exigência legal.

A cidade não pode ser apenas um instrumento de desenvolvimento, mas deve ser um local de construção da dignidade humana e de aplicação dos princípios de justiça. (FREITAS, 1989, p. 15).

O Estatuto da Cidade e demais ordenamentos legais são indicadores de caminhos, mas, nos municípios onde as políticas públicas, efetivamente acontecem, através da autonomia municipal, deve ser um instrumento de criação de leis

inteligentes, justas, efetivas e eficazes, sob pena de incorrer na inconstitucionalidade da lei injusta. (FREITAS, 1989, p. 17-24) .

A degradação humana, a que são relegados os moradores dos loteamentos irregulares situados nas periferias das cidades, clama por leis justas, mas fundamentalmente por leis inteligentes, capazes de vincular os prefeitos a uma gestão mais inteligente e mais justa.

Mumford (1998, p. 598) afirma, nesse sentido, que “há alternativas para esse destino urbano, desde que seja entendida a real função da cidade, interpretados adequadamente os processos orgânicos e incentivado o desenvolvimento e o respeito à vida humana”. Mas para isso precisamos ser capazes de colocar a especulação imobiliária, também, a serviço da construção da igualdade e da dignidade humanas. É exatamente isso que estamos propondo para os Planos Diretores, nesta reflexão.

CONCLUSÃO

É possível construir-se espaços urbanos destinados a moradias das classes menos favorecidas e excluídas para fora do perímetro urbano, através de instrumento legal já previsto no Estatuto da Cidade e na legislação urbanística, como o ZHIS, desde que mostre adequado às necessidades locais, pelo Plano Diretor,

De outra parte, a definição de Índice Construtivo Básico sobre o ZHIS e a fixação de um excedente, denominado “solo criado”, poderá propiciar a arrecadação de recursos abundantes para baratear o custo desses loteamentos ou moradias populares.

Além disso, se tornará um negócio vantajoso tanto para a iniciativa privada, que passará a investir nesses empreendimentos, quanto facilitará o seu incremento, através do Poder Público, mediante a criação de um fundo decorrente da venda dos índices construtivos ou da Outorga Onerosa do Direito de Construir.

Com isso, será evitada a continuidade do surgimento de loteamentos irregulares, favelas e sub-habitações, que geram milhões de excluídos em locais socioambientalmente indignos do ser humano.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/>. Acesso em 10 mai 2015.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. de José Cretela Júnior e Agnes Cretela. São Paulo: RT, 2003.
- FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Porto Alegre: Vozes, 1989.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HABITAT II. Extraído da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/devagenda/habitat.shtml>. Acesso em 10.05.2015.
- HALL, Peter. *Cidades del mañana: historia del urbanismo en el siglo XX*. Trad. de De Consol Feixa. Barcelona: Serbal, 1996.
- MUKAI, Toshio. *Direito Urbanístico e Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles L. de S. *O espírito das leis*. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1999.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. 4. ed. Trad. de Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NICZ, Alvacir Alfredo. *Estudos de Direito Administrativo*. Curitiba: JM, 1995.

RECH, Adir; RECH, Adivandro. *Direito Urbanístico: fundamentos para a construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul: Educs, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros¹

Letícia Albuquerque²

INTRODUÇÃO

A Lei nº13305 de 2 de agosto de 2010, institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, dispoendo sobre seus princípios, objetivos, instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis, conforme prevê o art.1º. O projeto de lei tramitou no Congresso Nacional por 21 anos até ser aprovado no ano de 2010, impondo desafios não só ao poder público, mas também ao setor empresarial e aos consumidores, no que a lei define como

¹ Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutoramento sanduiche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da PUCRS. Professora do Projeto de Mestrado em Direito e Sociedade da Faculdade de Direito do UNILASALLE. Presidente do Instituto Piracema – Direitos Fundamentais, Ambiente e Biotecnologias. Advogada.

² Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutoramento sanduiche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Adjunta do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos³.

A PNRS integra a política nacional do meio ambiente e articula-se com a política nacional de educação ambiental e com a política federal de saneamento básico, propondo a gestão integrada dos resíduos sólidos. Portanto, o desafio colocado ao setor público, bem como ao setor privado e a sociedade civil é grande. No só em razão da demora pela edição da lei e adoção de uma política específica para a questão dos resíduos sólidos, mas também pela necessidade de articulação entre diferentes políticas estatais.

O objetivo do artigo é apresentar os principais aspectos instituídos pela lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e evidenciar os desafios colocados para a sua efetivação, principalmente no que tange ao atendimento do princípio da ecoeficiência e do princípio do desenvolvimento sustentável.

1 AS DIMENSOES POLÍTICA, ECONOMICA, AMBIENTAL, CULTURAL E SOCIAL DA GESTAO INTEGRADA DE RESIDUOS SOLIDOS

A PNRS estabelecida pela Lei 12305/2010 é o principal marco regulatório brasileiro à respeito da gestão de resíduos, portanto, o legislador preocupou-se não só em definir instrumentos e metas para a gestão de resíduos, mas também mostrar que a PNRS nasce marcada pela premissa do desenvolvimento sustentável. Estabelece metas complexas, tais como: a extinção dos lixões até 2014; recebimento exclusivo de rejeitos pelos aterros, a partir de agosto de 2014; garantia da universalização dos serviços; inserção de catadores de materiais recicláveis nos processos de coleta seletiva e logística reversa; estabelecimento de prioridades na gestão dos resíduos sólidos

³ Art.3º, XVII: “**Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos:** conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta lei”.

(BELLINGIERI, 2012, p.524).

Os conceitos operacionais da PNRS são apresentados no art.3º e incisos da lei. A tônica da PNRS está na gestão compartilhada dos resíduos sólidos, conforme depreende-se do art.3º, XI, que define a gestão integrada de resíduos sólidos como: “conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável”.

As dimensões da PNRS mostram a complexidade do tema dos resíduos. A dimensão política engloba a necessidade de acordos dos diversos setores envolvidos na gestão dos resíduos e a superação de conflitos de interesse que representem barreiras à implementação da PNRS. A lei impõe a necessidade de elaboração de planos de resíduos sólidos na esfera federal, estadual, regional, intermunicipal e municipal, bem como a elaboração de planos de gerenciamento de resíduos (Art.14, Lei 12305/2010).

A dimensão econômica está ligada a necessidade de viabilizar soluções para o tratamento dos resíduos que contemplem instrumentos econômicos, conforme previstos no capítulo V, da lei. De acordo com o que dispõe o art.42, o poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender as seguintes iniciativas:

I - prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo; II - desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida; III - implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; IV - desenvolvimento de projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou, nos termos do inciso I do **caput** do art. 11, regional; V - estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; VI - descontaminação de áreas contaminadas, incluindo as áreas órfãs; VII - desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias

limpas aplicáveis aos resíduos sólidos; VIII - desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos.

A dimensão ambiental é evidente, pois a PNRS visa minimizar os impactos ambientais ocasionados pela produção de resíduos. LAZZARINI (2012, p.519) aponta alguns dados da ABRELPE quanto a geração de resíduos no Brasil que demonstram os impactos ambientais da geração de resíduos sólidos urbanos:

Em 2010, de acordo com a publicação O PANORAMA DOS RESIDUOS SOLIDOS NO BRASIL (ABRELPE, 2010) foi gerado o total de 60.868.080 t/ano (166.761,86 t/dia) de RSU, que comparado a 2009, quando a geração foi de 57.011.136 t/ano (156.194,89 t/dia), houve aumento de 6,8%. Em 2009, foram gerados 359,4 kg/hab/ano (0,98 kg/hab/dia) de RSU e, em 2010, 378,4 kg/hab/ano (1,036 kg/hab/dia) de RSU com aumento de 5,3% de RSU per capita.

Quanto a dimensão cultural, a PNRS deve considerar os hábitos e os valores das populações locais, quando da definição dos métodos e dos procedimentos a serem implantados para o gerenciamento dos resíduos sólidos. Por exemplo, o tipo de resíduo gerado em grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, não é o mesmo de pequenas localidades do interior do Brasil. PHILIPPI JR *et all* (2012, p. 229) salienta que:

Constituindo uma das funções do saneamento básico, a gestão dos resíduos sólidos no Brasil apresenta realidades diversas em cada cidade, e igualmente diferenciadas no âmbito das regiões geográficas do país. Os indicadores atualmente disponíveis no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e dos levantamentos do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS) mostram um quadro evolutivo que se refere aos variados indicadores de produção de resíduos sólidos,

tanto no que se refere à cobertura de serviços de coleta e transporte, do número de instalações de tratamento e disposição final, de coleta seletiva e reaproveitamento, quanto ao quadro legal e institucional dos serviços responsáveis por essa área.

Por fim, a dimensão social da PNRS está diretamente relacionada a participação social nos processos de elaboração das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos através do controle social, definido no art.3º, VI da Lei 12305/2010, como o conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos. MEDEIROS (2004, P.153) afirma que a participação popular, com intuito de conservação do meio ambiente, está inserida em um quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade, concluindo que (MEDEIROS, 2006, p.154):

O papel da sociedade civil e da esfera pública no cenário político se atualiza por um intermédio de um efetivo exercício da democracia no que concerne à defesa dos interesses difusos do cidadão. Em especial, a defesa do meio ambiente constitui-se em parte desse processo; para a produção de um corpo legislativo que corresponda aos anseios da comunidade que, de alguma maneira – direta ou indiretamente, imediata ou remotamente - se relaciona com esse meio ambiente.

A PNRS está marcada por uma série de princípios enumerados em seu art. 6º e incisos. A adoção dos princípios da prevenção e da precaução, do poluidor-pagador e do protetor receptor, da visão sistêmica na gestão dos resíduos, da cooperação, da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, do reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, o respeito às diversidades locais e regionais, o direito da sociedade à informação e ao controle social, a razoabilidade e a proporcionalidades, bem como o princípio do desenvolvimento

sustentável e da ecoeficiência sustentam a PNRS.

Cabendo destacar o princípio do desenvolvimento sustentável (art.6º, IV) e o princípio da ecoeficiência (art.6º, V).

O discurso desenvolvimentista contraposto à proteção do meio ambiente é uma constante no cenário internacional. Desde a Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano organizada pelas Nações Unidas em 1972, na Suécia, considerada um marco nas questões ambientais, ele se fez presente. Em Estocolmo, ficou marcada a dicotomia Norte X Sul, ou seja, de um lado os países do Norte, em nome da crise ambiental, defendendo um novo modelo de desenvolvimento e, de outro, os países do Sul, temerosos que esse discurso de proteção ambiental fosse nada mais que um entrave ao seu crescimento.

Assim, de Estocolmo para cá assistimos a uma série de conferências internacionais lideradas pelas Nações Unidas, tanto na esfera ambiental como relacionadas ao desenvolvimento humano e crescimento econômico. Agências especializadas e grupos de trabalho foram criados sem que, contudo, resultassem numa melhora das condições de vida da maior parte da população mundial. O desenvolvimento aparece como um conceito pluridimensional, evidenciado pelo uso abusivo de uma série de adjetivos que o acompanham: econômico, social, político, cultural, durável, viável, e, finalmente, humano (SACHS 2007, 265). Os avanços e retrocessos nessa área são marcados sobretudo em um descompasso entre os estudos produzidos e soluções apontadas em relação à tomada de decisão por parte dos governos, agências executoras e financiadoras de políticas públicas e até mesmo pelos investimentos do setor privado. Situação que evidencia o valor simbólico das normas de proteção ambiental quando confrontadas com o interesse econômico.

Já em 1972, Hans Liebmann, no livro intitulado *Ein Planet Wird Unbewohnbar* (“Terra um planeta inabitável?”), no título em português) publicado na Alemanha, alerta para a necessidade de equilibrar conjuntamente a ecologia e a economia, ponderando os interesses opostos de ambos os componentes como os dois pratos de uma balança, mas cientes de que disso depende a

sobrevivência da humanidade (LIEBMANN 1979, 177).

A noção de desenvolvimento sustentável ganha força principalmente com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizada no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro. A conhecida RIO-92 ou ECO-92 é, ainda hoje, uma das maiores conferências mundiais realizada pelas Nações Unidas. A Rio 92 mobilizou praticamente o mundo inteiro. Reuniu 178 países, oito mil delegados, dezenas de Organizações Internacionais, três mil representantes de ONGs credenciadas, chefes de Estado e de governo estavam sentados ao redor de uma mesa, o que constitui a maior assembleia de chefes de Estado e de governo na história, até as celebrações do 50º aniversário da ONU, no outono de 1995 (LE PRESTRE 2001, 202).

Um dos resultados da Conferência foi a adoção da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, um conjunto de princípios que os Estados participantes da Conferência deveriam adotar em suas ações e políticas com relação ao meio ambiente. A Declaração do Rio é um documento de consenso, composto de um preâmbulo e 27 artigos visando guiar o comportamento dos Estados, informar sobre suas interações e mobilizar as sociedades, mas ao mesmo tempo é um documento político, no qual os Estados buscam se proteger, e uma base sobre a qual as suas ações podem ser julgadas (LE PRESTRE 2001, 219). VIEIRA (2001, p.48) salienta que:

Um dos mais expressivos resultados da CNUMAD-92 consistiu no fortalecimento da hipótese subjacente às primeiras experiências de simulação das tendências “pesadas” do sistema mundial, a saber, que os termos “desenvolvimento” e “meio ambiente” denotam fenômenos interdependentes. Começa assim a ganhar mais visibilidade e aceitação junto à opinião pública esclarecida em nosso país o argumento de que a crise ambiental exprime o esgotamento de uma determinada representação do fenômeno da mudança social e, em última instância, do próprio sentido da presença humana na biosfera.

A referência ao “desenvolvimento sustentável” está presente em todo o documento, mas pode ser destacada no princípio 3: “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e do meio ambiente das gerações presentes e futuras” (CNUMAD, 1992, p. 593).

A PNRS ao adotar o princípio do desenvolvimento sustentável assume o compromisso de pensar e agir na gestão dos resíduos sólidos considerando não apenas a situação presente e o passivo ambiental, mas pensar e agir com relação às gerações futuras. Sendo este, talvez, o maior desafio da gestão de resíduos não só no Brasil, mas no mundo em razão não só do aumento considerável da geração de resíduos, mas também em razão da natureza e qualidade dos resíduos produzidos, como por exemplo, a produção do chamado lixo eletrônico que hoje é um dos maiores problemas da Europa e dos EUA, bem como a questão da nanotecnologia. Existem estudos que apontam a possibilidade de efeitos adversos dos resíduos dos processos de nanotecnologia, o que nos traz muitas dúvidas sobre como avaliar os riscos e os benefícios dessas tecnologias (PHILIPPI JR, 2012, p.232).

Essa situação da geração cada vez maior de resíduos em razão do aumento de bens de consumo e de tecnologias nos leva a outro dos princípios da PNRS: o princípio da ecoeficiência.

O princípio da ecoeficiência está definido como: “a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta” (art.6º, V).

Somando o princípio da ecoeficiência ao princípio do desenvolvimento sustentável – que impõe a necessidade de pensar o uso e a preservação dos recursos ambientais pela presente geração sem desconsiderar as gerações futuras - podemos questionar: a PNRS irá atender aquilo ao que se propõe – gestão integrada dos resíduos sólidos de modo a garantir

melhores condições ambientais – ou, estamos mais uma vez diante de um cenário de “irresponsabilidade organizada” que reforça o gerenciamento da “catástrofe ambiental”? REEVES (2006, p.155) alerta que:

Essa realidade de sujeira do Planeta está particularmente presente em nossos dias através das imagens das praias cobertas de petróleo viscoso e de pássaros atolados em consequência da interminável sucessão de naufrágios de navios apodrecidos. Como os que limpam as praias com as suas pás, estamos confrontados, em escala planetária, com uma tarefa verdadeiramente tirânica. Ao longo do século XX o homem acumulou uma quantidade de lixo de uma periculosidade infinitamente superior à do lixo que ele gerou na sua história multimilenar.

Como considerar a premissa do “desenvolvimento sustentável” sem questionar o modo de vida que adotamos e o sistema internacional em que vivemos marcado por parâmetros de comércio internacional e não por parâmetros de proteção ambiental?

Como satisfazer as necessidades humanas sem comprometer a sustentabilidade do Planeta de acordo com o que propõe o princípio da ecoeficiência? O que são as necessidades humanas e como defini-las?

Essas são questões para provocar uma análise crítica e reflexiva a respeito da PNRS, pois além da lei ter demorado mais de 20 anos em tramitação no Congresso Nacional (o que por si só demonstra a fragilidade da questão), talvez os mecanismos apresentados não sejam suficientes para lidar com um cenário de crise civilizacional, em que há muito a capacidade de regeneração do Planeta já está esgotada.

2 CONSUMO SUSTENTAVEL: É POSSIVEL?

Em agosto de 2012, a ONG internacional Global Footprint Network mostrou que, se a humanidade consumisse apenas o que a natureza tem capacidade de regenerar no planeta no intervalo de um ano, já teria esgotado, no dia 20 de agosto

desse ano, a mais de quatro meses de 2014, os recursos disponíveis. A data limite, chamada pela organização anualmente de Dia da Sobrecarga, chegou este ano dois dias mais cedo que em 2012, conforme o site de notícias da DEUTCH WELLE⁴

A Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE) no Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil de 2012, documento elaborado anualmente pela entidade, aponta que mais de três mil cidades brasileiras enviaram quase 24 milhões de toneladas de resíduos para destinos considerados inadequados, o equivalente a 168 estádios do Maracanã lotados de lixo. O estudo ainda traz dados que apontam um aumento na geração de resíduos foram geradas no ano passado quase 64 milhões de toneladas de resíduos sólidos, o que equivale a uma geração per capita de 383 kg /ano. Em relação a 2011, houve um crescimento de 1,3% no lixo por habitante, índice superior à taxa de crescimento populacional registrada no mesmo período, que foi de 0,9%⁵.

Os dados da ABRELPE mostram um aumento da produção de resíduos no Brasil superior inclusive ao crescimento populacional. O que permite afirmar que cada vez mais o consumo exacerbado é um dos grandes geradores de resíduos. Lazzarini (2012, p. 516) salienta que a quantidade de resíduos gerada tem relação imediata com o aumento da produção e de seu poder de consumo, ou seja, quanto maior o número de habitantes e a capacidade de compra, maior é a geração de resíduos e alerta para o perigo do consumismo (LAZZARINI, p.517):

É importante ressaltar que o consumismo incentivado, em especial, pelos veículos de comunicação, tem sido um instrumento vigoroso na indução da aquisição de

⁴ TERRA JA ESGOTOU « COTA » ANUAL DE RECURSOS, DIZ ESTUDO. Disponível em : <http://www.dw.de/terra-já-esgotou-cota-anual-de-recursos-naturais-diz-estudo/a-17035489>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

⁵ ABRELPE. PANORAMA DOS RESIDUOS SOLIDOS NO BRASIL, 2012. Disponível em : <http://www.abrelpe.org.br/> . Acesso em : 28 de agosto de 2013.

produtos mais novos, como o conseqüente abandono e muitas vezes disposição inadequada dos velhos. É necessário o consumo de duas toneladas de água, combustível, produtos químicos e elementos minerais extraídos da natureza para a fabricação de um computador comum com um monitor de 17 polegadas; e estima-se que existam um bilhão no mundo de acordo com o livro *Computadores e o meio ambiente*, lançado pela Organização das nações Unidas (ONU), assim uma questão preocupante é a provável disposição inadequada de parte do lixo eletrônico.

Assim, resta evidente que as “necessidades humanas” são cada vez mais ditadas pelo mercado. Os padrões de consumo são ligados a valores e símbolos criados e assumidos pela sociedade como padrões de normalidade, sem considerar o esgotamento dos recursos naturais e a capacidade de regeneração do planeta. A obsessão do lucro é o parâmetro mais relevante do sistema econômico mundial e altamente impactante a qualquer intenção de sustentabilidade, reforçando o cenário de crise ambiental. A geração per capita e a caracterização dos resíduos sólidos tem a ver com o desenvolvimento econômico de um país, poder aquisitivo e o consumo como demonstra CAMPOS (2012):

Famílias mais abastadas, cidades maiores e países mais ricos apresentam indicadores de geração per capita de resíduos sólidos superiores às famílias mais pobres, cidades menores e países em desenvolvimento. Tem havido em vários países desenvolvidos uma preocupação crescente com a redução da geração per capita dos resíduos ou a sua estabilização com metas e instrumentos econômicos implantados. No entanto, o alcance da redução da geração per capita de resíduos sólidos depende de uma série de fatores que poderão permitir uma mudança mais significativa nos atuais padrões de produção e consumo e surtir os efeitos desejados. Até o ano 2000, quando a geração média per capita de resíduos sólidos era de 514 kg.habitante-1.ano-1, nos países estudados pela OECD a geração de resíduos sólidos cresceu em conformidade com o aumento do PIB. A

partir daí percebe-se o crescimento mais acelerado do PIB e uma desaceleração do crescimento da geração de resíduos sólidos e uma redução ainda maior do crescimento populacional. Há, no entanto, apesar de todos os esforços feitos, uma estimativa de crescimento da geração per capita de resíduos sólidos dos países estudados para 611 kg.habitante-1.ano-1 para 2015, 635 para 2020, 664 para 2025 e 694 kg.habitante-1.ano-1 para 2030. Fica a indagação sobre um limite para o crescimento da geração per capita de resíduos sólidos, uma vez que o estudo não aponta para uma estabilização dos valores de geração per capita de resíduos sólidos nos países desenvolvidos.

O atual estado do meio ambiente é consequência de uma cultura que ignora a raiz dos problemas e que desconsidera esse cenário de crise ambiental. A tecnologia e a adoção de legislações específicas na área ambiental são apontadas como medidas para solucionar os problemas ambientais e garantir a sustentabilidade da “vida”. No entanto, esse conjunto de medidas tomadas tanto do ponto de vista internacional como do ponto de vista interno dos Estados, bem como as “tecnologias salvadoras” do Planeta tornam-se em realidade instrumentos de “gestão da catástrofe” ambiental.

A obsolescência planejada, por exemplo, que consiste na pouca durabilidade dos produtos para que logo sejam substituídos por outros, evidencia esse cenário de “gestão da catástrofe” ambiental. Este uso e descarte constantes têm graves consequências ambientais. Como vemos no documentário “*Comprar, descartar, comprar*”⁶, países como o Gana estão se

⁶ O documentário, dirigido por Cosima Dannoritzer e co-produzido pela TV espanhola, é o resultado de três anos de pesquisa; faz uso de imagens de arquivo pouco conhecido, fornece provas documentais e mostra as desastrosas consequências ambientais decorrentes dessa prática. Também apresenta vários exemplos do espírito de resistência que está crescendo entre os consumidores, e inclui a análise e opinião de economistas, designers e intelectuais que propõem alternativas para salvar a economia e o meio ambiente. Disponível em: <http://pedalante.wordpress.com/2011/02/06/comprar-descartar-comprar-a-obsolencia-planejada/>. Acesso em: 8 de agosto de 2012.

tornando a lixeira eletrônica do Primeiro Mundo. Até então, periodicamente, centenas de containers chegam cheios de resíduos, sob o rótulo de “material de segunda mão”, e, eventualmente, tomar o lugar de rios ou campos onde as crianças brincam. Brüseke (2001, p.23) alerta que:

A expressão mais marcante do aumento dos artefatos à nossa disposição diária e no nosso entorno é a produção de lixo, de qualquer espécie (...)resta é uma verdade simples: todas as coisas que fabricamos são finitas e têm uma expectativa de vida útil que é definida pela práxis social.

O aumento da frota automotiva também corrobora o aumento da geração de resíduos e conseqüentemente a degradação das condições ambientais. LAZZARINI (2012, p.517) frisa que:

Os automóveis, uma das maiores paixões da humanidade, historicamente patrimônio apenas dos ricos, tornaram-se acessíveis a partir da decisão de Henry Ford, na década de 1920 de fabrica-los em linha de montagem. O sonho de consumo da era moderna, hoje sinônimo de status, está se transformando em um problema sério, principalmente nos grandes aglomerados urbanos pela emissão de gases poluentes e pela redução da mobilidade, provocando congestionamentos e mantendo motoristas em seus veículos por horas.

Além, dos problemas de locomoção e emissão de gases, há a questão dos resíduos. A reciclagem, reutilização e disposição adequada de veículos é deficiente no Brasil. Comparado a países como os EUA e países europeus, no qual a reciclagem chega a 15%, no Brasil apenas 1,5% dos veículos que saem de circulação são reciclados (LAZZARINI, 2012, p.518).

No Brasil, a estabilidade econômica, o crescimento da população urbana, o aumento das políticas sociais de geração de renda, expansão do crédito e do emprego são alguns fatores que reforçaram o poder de compra da população, fazendo aumentar o número de consumidores e conseqüentemente a geração de

resíduos. É preciso considerar que o aumento do consumo, além de causar um agravamento na geração de resíduos, intensifica a exploração dos recursos naturais e conseqüentemente a degradação ambiental.

Sem uma mudança de comportamento quanto aos padrões de consumo e comércio a PNRS corre o risco de tornar-se apenas um paliativo. No entanto esta mudança, para surtir algum efeito, tem que envolver todos os setores da sociedade. É preciso mudar por dentro também, ou seja, como indivíduos. Devemos abandonar o sistema alienante e perdulário de consumo que tanto contribui para o fortalecimento da máxima do “comercio acima de tudo”. Não basta mudar os padrões tecnológicos, é preciso mudar também os padrões de consumo e conseqüentemente o nosso estilo de vida despreocupado, caso contrário continuaremos a brincar com a nossa sobrevivência (ALBUQUERQUE, 2006, p.22).

É importante considerar a distinção do ciclo de vida dos produtos, como demonstra PINZ (2012, p.59):

O modo linear de produção, tradicionalmente desenvolvido e adotado pela (ainda) esmagadora maioria das indústrias, inicia-se com a extração de recursos da natureza para que estes submetidos ao processo de industrialização, transformem-se em produtos colocados no mercado. Esses produtos, de regra, não são inteiramente absorvidos pelo consumo, pois ainda que se trate de bens consumíveis e ocorra a sua fruição integral, haverá, na maioria das vezes, a embalagem, a parcela não aproveitável, o produto remanescente. Com os bens não consumíveis – que constituem a maior parte dos produtos industriais -, duráveis ou não, a geração de resíduos é ainda mais certa e de maior monta, visto que, esgotado seu uso, haverá o descarte do material restante. Esse processo é acelerado pela obsolescência precoce – que serve ao aquecimento da economia e à maximização dos lucros – projetada desde o design do produto, seja efetiva (esvaziamento da utilidade pelo desgaste dos materiais que o compõem) ou meramente percebida (pela avaliação subjetiva de que o bem se tornou indesejável, ainda que

mantenha a sua funcionalidade).

É impossível atender ao princípio do desenvolvimento sustentável e ao princípio da ecoeficiência sem enfrentar a crise civilizacional. CANOTILHO (2010, p.10) salienta que a sustentabilidade com relação a manutenção e proteção dos recursos naturais deve considerar:

(1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de formas que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências “nucleares” natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.

No entanto, os dados trazidos pela ONG Global Footprint Network, mostram que a capacidade de sustentação do planeta já se esgotou e há muito tempo. Inegável, portanto, o papel simbólico do Direito na proteção do meio ambiente de forma a garantir tais padrões de sustentabilidade.

CONCLUSÃO

A Lei nº12305, que institui a PNRS, sancionada em 2 de agosto de 2010, traz princípios como o do poluidor-pagador, da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, do controle social, do desenvolvimento sustentável e da ecoeficiência. Estabelece metas desafiadoras e propõe que a gestão de resíduos contemple não apenas as dimensões econômica e ambiental, mas também os aspectos sociais e culturais, caracterizando uma visão sistêmica da problemática dos resíduos.

O conceito de sustentabilidade permeia a PNRS principalmente no que tange aos seus princípios norteadores. O desenvolvimento sustentável, que ganha força com a CNUMAD/92, reflete-se na gestão dos resíduos que passou a considerar a redução, recuperação e a reciclagem com intuito de reduzir a exploração dos recursos naturais, bem como contemplar a geração de emprego e renda, nas suas ações.

A ação humana sobre o meio ambiente faz crescer constantemente e intensamente ao longo do tempo a geração de resíduos. Com a intensificação dos processos produtivos e o consequente aumento do consumo e da geração de resíduos, bem como da destinação inadequada, a gestão dos resíduos tornou-se um imperativo de sobrevivência do Planeta.

O Brasil tem caminhado a passos lentos no enfrentamento do problema. Tardou em adotar um marco regulatório para a questão (vide os 21 anos de tramitação da Lei 12305/2010 no Congresso Nacional), bem como em adotar ações concretas e coordenadas entre os diversos setores da sociedade, municípios e Estados.

O desafio que se impõe após o estabelecimento da PNRS é dar “vida” aos conceitos, metas e objetivos da Lei. Apesar das críticas levantadas no artigo, principalmente no que diz respeito ao atendimento dos princípios do desenvolvimento sustentável e ao princípio da ecoeficiência, o fato é que a PNRS pode vir a ser um importante instrumento de modificação social, cultural, econômica e ambiental (como propõe a Lei 12305/2010), sobretudo se a participação social e a informação forem verdadeiramente contempladas. Sem acesso a informação e sem participação dificilmente a PNRS conseguirá atender à proposta de visão sistêmica na gestão dos resíduos contemplando as dimensões social, cultural, econômica e ambiental.

O fato é que a capacidade de regeneração do Planeta já está esgotada, mas se quisermos garantir uma “sobrevida” nesse sistema saturado, medidas urgentes são necessárias. Os planos de gerenciamento de resíduos propostos pela PNRS não podem tardar em enfrentar a questão. A sociedade civil, bem como o setor empresarial e o poder público devem buscar unir esforços

para alcançar resultados concretos na melhora das condições ambientais. Os instrumentos estão dados na PNRS, resta saber se o desafio da gestão dos resíduos no Brasil será alcançado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leticia. **Poluentes Orgânicos Persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo**. Curitiba: Juruá, 2006.

BELLINGIERI, Paulo Henrique. Sistema de informações sobre resíduos sólidos como instrumento de gestão. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; FILHO, Jose Valverde Machado Filho. (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. BARUERI, SP: Manole, 2012.

BRÜSEKE, Franz. **A Técnica e os Riscos da Modernidade**. Florianópolis: UFSC, 2001.

CAMPOS, Helena Katia Tavares. Renda e evolução per capita da geração de resíduos sólidos no Brasil. In: **Revista de Engenharia Sanitária Ambiental**; vol.17; n°2. Rio de Janeiro, abril/junho, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-41522012000200006&script=sci_arttext . Acesso em: 23 de agosto de 2013.

CONFERENCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. BRASILIA – CNUMAD. Brasília: Senado Federal, 2001.

LAZZARINI, Walter. A Política Nacional de Resíduos Sólidos e o gerenciamento de áreas contaminadas. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; FILHO, Jose Valverde Machado Filho. (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. BARUERI, SP: Manole, 2012.

LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2001.

LIEBMANN, Hans. **Terra um planeta inabitável? Da antiguidade até nossos dias, toda a trajetória poluidora da humanidade**.

Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1979.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: Direito e Dever Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PHILIPPI JR, Arlindo et all. Evolução da noção de gerenciamento de resíduos sólidos no Brasil. In: In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; FILHO, Jose Valverde Machado Filho. (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. BARUERI, SP: Manole, 2012.

REEVES, Hubert. **Mal da Terra**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

SACHS, Ignacy. A gestão da qualidade do meio ambiente e o planejamento do desenvolvimento: algumas sugestões para a ação. In: VIEIRA, Paulo Freire. (org.) **Rumo à ecossocioeconomia**. Teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez.

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: EM DIREÇÃO À SUSTENTABILIDADE E À RACIONALIDADE AMBIENTAL? ¹²

Cleide Calgaro³

Agostinho Oli Koppe Pereira⁴

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira⁵

¹ Parte do trabalho foi publicado no XII CDDH – Congresso Internacional de Direitos Humanos, 2015.

² O presente trabalho é fruto da pesquisa de Pós-doutoramento em Direito realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Também é parte de linha pesquisa “Novos Direitos, Democracia e Socioambientalismo” do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

³ Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutorado em Filosofia e Pós-Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Professora e pesquisadora no Mestrado e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro@ucs.br

⁴ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco UFPE. Professor e pesquisador no Mestrado e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica”. CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>. E-mail: Agostinho.koppe@gmail.com

⁵ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC em 2011. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC em 2005. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da UCS. Pesquisador do Grupo Metamorfose Jurídica. CV: <http://lattes.cnpq.br/0824411824552682>. E-mail: clovisems@ucs.br

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho objetiva-se fazer uma análise da Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como *Constituição Cidadã* que recepciona direitos emergentes ou novos direitos, dentre eles os direitos decorrentes da proteção constitucional do bem ambiental e da cultura. O direito ao ambiente vem consagrado no art. 225, o tão aclamado e discutido direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como bem de uso comum do povo. Entretanto, autores como Zaffaroni (2011) entendem tratar o artigo 225 sob a ótica de um alegado “ambientalismo superficial”, uma vez que a proteção dos bens naturais estaria voltada para a proteção dos direitos do Homem sobre a natureza, e uma vez que o ser humano seria o único e legítimo detentor de direitos, capaz de dispor do meio ambiente – e, particularmente, dos recursos naturais –, tendo a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em contrapartida, o novo constitucionalismo latino-americano erige-se sob um paradigma dito multicultural, descentralizador e sociais. A Constituição Equatoriana de 2008, conhecida como *Constituição de Montecristi*, inaugura essa nova ordem, voltando-se para uma democracia participativa e pluralista, buscando um novo papel da sociedade no Estado e visando a integração de minorias marginalizadas. Essa nova concepção reconhece formalmente as raízes, a espiritualidade e a sabedoria de suas culturas aborígenes.

O art. 71 da Constituição Equatoriana afirma que a natureza é equiparada a *sujeito de direitos*, onde há o direito fundamental à existência e à manutenção de seus ciclos vitais e evolutivos, surgindo uma nova ética que é o *SUMAK KAWSAY*, ou seja, o *Buen Vivir*. Assim, inicia-se uma preocupação com a conexão da qualidade de vida à ideia do homem como parte integrante da natureza, pretendendo mudar um paradigma de coisificação e dominação da natureza; e, voltando-se para a dignificação da Pachamama, ou seja, da “Mãe Terra”, que tudo dá e exige reciprocidade. A partir desse ensaio, discute-se a

viabilidade da fundação de uma autêntica racionalidade ambiental, na acepção utilizada por Enrique Leff, com a sustentabilidade da natureza e dos espaços locais.

Entende-se que há uma crise ambiental, ou seja, uma crise epistemológica da racionalidade, conforme manifesta Leff (2006), requer-se a substituição do saber senhorial, de dominação, pelo saber fraterno. Busca-se uma racionalidade ambiental voltada para a revisão e a reconstrução dos paradigmas dominantes no sentido da sustentabilidade, a partir da reavaliação da relação do ser humano com o meio ambiente, na sua interação complexa.

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E EQUADOR

A ideia do Novo Constitucionalismo latino-americano acaba por reconhecer uma lista de direitos importante, como a participação do cidadão, como afirma Garagarela: “por un lado, proponen mecanismos generosos de participación popular, mientras mantienen, al mismo tiempo, organizaciones políticas fuertemente verticalizadas (GARGARELLA, 2011, p.295; 2009, p. 11).

A juridicidade tradicional, em grande medida, visivelmente acaba por legitimar a reprodução do capitalismo e das diferentes maneiras de colonialismo e de patriarcalismo, afetando e dificultando as soluções políticas e jurídicas; o fim do colonialismo não resultou no fim das relações extremamente desiguais de poder que dele foi originário (CHIVI VARGAS, 2009, p 157; SOUSA SANTOS E MENEZES, 2010, p. 12). A Constituição do Equador é comprometida com uma transformação radical da sociedade, inserindo no Constitucionalismo latino-americano elementos que antes eram estranhos à teoria tradicional da Constituição, da soberania e do Estado de Direito. Um elemento extremamente representativo desta “inovação” é a cosmovisão indígena, característica dos povos andinos. Sem ainda discutir a viabilidade de cumprimento dessas promessas, de concretização desses dispositivos constitucionais, é importante refletir sobre a que tipo de

desordens civilizatórias elas respondem, e o que significa resgatar, ao menos no plano formal do texto Constitucional do Equador, assim como da Bolívia, a ideia de um Estado plurinacional, do bem-viver, da mãe-natureza, o respeito à cosmovisão deste diversos povos originários.

A *Constituição de Montecristi* reconhece formalmente os direitos dos povos indígenas, além da manutenção de sua identidade, incluindo a conservação e o desenvolvimento de sua espiritualidade, de suas tradições culturais, linguísticas, sociais, políticas e econômicas, bem como manutenção da posse ancestral comunitária das suas terras – que são inalienáveis, imprescritíveis e indivisíveis, como se observa no art. 84, abaixo citado:

Art. 84 - La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (EQUADOR, 2015).

O povo indígena tem propriedade intelectual de seus conhecimentos ancestrais, de seu uso e valorização, além de, manter e administrar o seu patrimônio histórico e cultural. No artigo 83 existem os deveres e responsabilidades do povo equatoriano, como se observa no item 3 “*defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales*” (EQUADOR, 2015). Também, no item 6 “*respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible*” (EQUADOR, 2015).

Já no item 7 do artigo 83 têm-se como dever do povo equatoriano “*promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir*” (EQUADOR, 2015). No item 14 “*respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual*”.

(EQUADOR, 2015). E, no item 17 “*participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente*”. (EQUADOR, 2015). O povo equatoriano respeita a natureza como sujeito no plano constitucional, sendo que o Estado equatoriano é único e indivisível, de forma que inspiram todas as políticas e suas instituições a estabelecer como meta a conservação, a restauração, a proteção e o respeito ao patrimônio cultural e ambiental.

Para o povo equatoriano, a natureza é tida como “mãe”. Portanto, a *Pachamama* é o local aonde a vida vai se realizar e se concretizar, devendo ser reconhecida como *sujeito de direitos*, como afirma art. 71 que dispõe:

Art. 71- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (EQUADOR, 2015).

O conceito de *Pachamama*, inserido no artigo 71, permite que hajam variadas interpretações, pois completa as cosmovisões indígenas latino-americanas. Segundo Martínez, a *Pachamama*:

Representa una especie de dualidad con base en la cual se sustenta la existencia misma, es divino al mismo tiempo que terrenal, es la espiral que simboliza la vida y la muerte. La *Pachamama* es lo que sostiene la existencia de este tipo de pueblos tanto en el ámbito humano como en el sagrado (MARTINEZ, 2012).

No contexto equatoriano existe uma visão biocêntrica voltada a uma ética ecocêntrica, conforme manifesta Sendim, citado por Gomes:

A opção por uma ética ecocêntrica corresponde, pois, à consideração valorativa do Homem enquanto parte integrante da Natureza. O princípio antropocêntrico é substituído por um princípio biocêntrico, não no sentido em que o valor Natureza se substitui ao valor do Homem, mas sim no sentido em que o valor radica na existência de uma comunidade biótica em cujo vértice nos encontramos. (SENDIM *apud* GOMES, 2010, p. 16).

Segundo Maddalena (1990, p. 84) é claro o advento de um princípio biocêntrico que, progressivamente, vai substituindo o princípio antropocêntrico clássico: *“ad um principio antropocentrico si va lentamente sostituendo un principio biocentrico; ovviamente, non nel senso che al valore uomo si sostituisce il valore natura, ma nel senso che si pone como valore la ‘comunità biotica’, al cui vertice sta l’uomo”*. Fagner Rolla afirma que o ecocentrismo permite o ser humano entenda que a natureza tem um valor intrínseco, como afirma abaixo:

O ecocentrismo, também denominado fisiocentrismo (concede valor intrínseco aos indivíduos naturais, na maior parte também coletividades naturais como biótipos, ecossistemas, paisagens) e o biocentrismo (onde o enfoque está apenas nos seres com vida, sejam individuais e coletivos), considera que a natureza tem valor intrínseco: a proteção à natureza acontece em função dela mesma e não somente em razão do homem. Tendo a natureza valor em si a sua proteção muitas vezes se realizará contra o próprio homem. Os ecocentristas buscam justificar a proteção à natureza afirmando que “dado a naturalidade um valor em si, a natureza é passível de valoração própria, independente de interesses econômicos, estéticos ou científicos. (2010, p. 10- 11)

A visão ecocêntrica também está inserida no art. 72 da Constituição Equatoriana, onde se verifica que a *Pachamama* se

reproduz e se realiza tendo o direito de ser respeitada integralmente. Como se lê *in verbis*:

Art. 72. A natureza ou Pachamama onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema. (EQUADOR, 2015).

A natureza ocupa um lugar de maior relevância, considerada em si mesma, alçando a condição de sujeito de direitos. Segundo Wolkmer (2014, p. 1006), a Constituição Equatoriana protagoniza “um giro biocêntrico, fundado nas cosmovisões dos povos indígenas”. Este giro teve como marco fundamental a constituição equatoriana:

Possivelmente, o momento primeiro e de grande impacto para o “novo” constitucionalismo latino-americano vem a ser representado pela Constituição do Equador de 2008, por seu arrojado “giro biocêntrico”, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do “bem viver”. A inovação desses direitos não impede de se reconhecer os avanços gerais e o enriquecimento dos direitos coletivos como “direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, destacando a ampliação de seus sujeitos, dentre as nacionalidades indígenas, os afro-equatorianos, comunais e os povos costeiros (arts. 56 e 57). (WOLKMER, 2013, p.33).

Assim, natureza é tratada como um ente de direito, e existe um incentivo para que as pessoas naturais e jurídicas, além das coletivas, a respeite. O povo equatoriano busca o *Sumak Kamsay*, ou seja, o bem viver, que aparece como resposta da

cosmovisão indígena, objetivando agregar o ser humano e a natureza de forma respeitosa, harmônica – não resumindo a qualidade de vida ao nível de consumo ou posses materiais, nem ao simples desenvolvimento por meio do crescimento econômico. (GUDYNAS, 2011c, p. 02; DÁVALOS, 2009, p. 05-07).

No Equador, a Constituição faz referência ao bem viver em seu preâmbulo, onde indica uma nova forma de convivência cidadã, em harmonia com a natureza, para alcançar o Sumak Kawsay. Em seguida, adota um direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que vai garantir o Buen Vivir, conforme afirma artigo 14. É dever do Estado promover e gerar conhecimento, pesquisa científica, e pela potencialização dos saberes ancestrais, para contribuir com a realização do Sumak Kawsay, isso está estabelecido no art. 387.2. Para Wolkmer, inaugura-se um “novo” constitucionalismo latino-americano,

centrado na concepção ética do “buen vivir” – a redefinição de sociedade sustentável, erradicada de todas as formas produtivas de extrativismo e de visões mecanicistas de crescimento econômico, trazendo propostas inovadoras capazes de superar as ameaças globais à biodiversidade e de conscientizar a construção de uma sociedade que seja parte da natureza e que conviva harmonicamente com esta mesma natureza. (WOLKMER, 2014, p. 997).

Deste modo, a interação com os povos originários pode-se atingir uma valorização natural, pois a assume a representação de uma mãe, “probablemente la más importante, pues es la madre de todo lo que crece en ella y a su vez hay una conciencia de ésta como parte de un sistema integral, como provedora se le respeta (...)” (MARTÍNEZ, 2012).

No caso da Constituição Brasileira, promulgada em 1988, considerando em especial o artigo 225, tem-se a visão do meio ambiente como um bem de uso comum, o qual cabe proteção do Poder Público e da coletividade, tendo-se como objetivo a preservação para a consecução da sadia qualidade de vida para

presentes e futuras gerações. A Constituição do Brasil de 1988 prevê o uso racional dos bens ambientais em prol das futuras gerações, possuindo caráter antropocêntrico. Segundo Rodrigues, essa visão é pautada na ideia de que “os componentes do meio ambiente foram relegados a um papel secundário e de subserviência ao ser humano, que colocando-se no eixo central do universo, cuidava do entorno como um déspota, senhorio de tudo”. (RODRIGUES, 2005, p.90).

Deste modo, o Direito Ambiental se volta para a satisfação das necessidades humanas, como afirma Fiorillo (2012, p.69), não havendo a proteção ambiental se não houver benefícios diretos e imediatos à espécie humana. Já, na ótica de Antunes o “meio ambiente é conceito que define um conjunto exterior ao Ser Humano” (2000, p.168). Para Rodrigues, “o homem continuava a assistir ao espetáculo da primeira fila, vendo apenas a si mesmo, sem enxergar os demais personagens e, próprio, de tudo, sem identificar que o personagem único e principal é o conjunto de interações decorrentes da participação de todos os personagens” (2005, p. 94).

No que tange as inovações da Constituição Brasileira, reconhece-se que a inserção no texto constitucional de novos direitos, em especial os concernentes ao meio ambiente, configuram um avanço significativo. A partir de então, a proteção ambiental passou a desfrutar de maior sustentação doutrinária, e o texto legal dá embasamento para ações judiciais e administrativas mais consistentes, ainda que muitas sejam as dificuldades em dar efetividade a esses preceitos, e mesmo os beneficiários sejam as presentes e futuras gerações. Na esteira do texto constitucional, seguiram-se importantes leis protetivas voltadas ao viés ambiental, como a de recursos hídricos, o Estatuto das Cidades, entre outras. Como afirma Wolkmer,

[...] o texto constitucional brasileiro de 1988, ao reconhecer direitos emergentes ou novos direitos (direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente) resultantes de demandas coletivas recentes engendradas por lutas sociais, introduziu em seu Título VIII (Da Ordem Social) um capítulo exclusivo aos

povos indígenas (arts. 231-232). A norma constitucional em seu art. 131 deixa muito claro seu entendimento nitidamente pluralista e multicultural, no qual “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (WOLKMER, 2011, p. 151).

Apesar do texto constitucional brasileiro atual representar um movimento inovador, se comparado à antiga e total subordinação teórica ao paradigma privatista-individualista conferida aos temas ambientais, não se conseguiu promover a superação do paradigma antropocêntrico e a busca de uma nova racionalidade ambiental.

A legislação infraconstitucional, entretanto, acaba por consignar uma visão biocêntrica em vários dispositivos. A própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81), protege “todas as formas de vida”, e não apenas o ser humano como atesta o artigo 3º, inciso I. Rodrigues (2005, p. 99) vislumbra “uma nova fase do Direito Ambiental”, que se deve principalmente à “adoção de um novo paradigma ético em relação ao meio ambiente, colocando no eixo central do entorno a proteção a todas as formas de vida”. O giro ecológico tem como característica a compreensão de que o homem é parte da natureza, restando o dever de protegê-la por seu valor intrínseco, permitindo que haja a construção de valores éticos, sociais e ambientais no contexto natural.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RACIONALIDADE AMBIENTAL E A SUSTENTABILIDADE

A necessidade de uma visão ecológica diferenciada, que aparece de diversas formas nas ciências sociais e humanas nas últimas décadas, fica patente nas palavras de Molinaro, quando este afirma que “nós não estamos no entorno, ‘nós somos o entorno’” (2006, p. 52). A ideia central do “biocentrismo” nesse sentido específico, é a de que a natureza possui um valor

intrínseco. Isso significa que a atribuição de valor moral não seja uma característica típica do humano, mas sim que os ecossistemas devem ser protegidos em função deles mesmos e, não somente em razão da existência do homem e do sentido utilitário que o ser humano possa conferir aos recursos naturais. É nesse sentido que o ser humano precisa de uma nova racionalidade ambiental, onde possa entender a natureza como um valor *em si*, algo imponderável e imensurável, que não tem preço, e não somente por seu valor de uso.

A racionalidade ambiental, para Leff (2006, p.19) formula novas ideias que visam uma ação solidária e vão construir saberes que levem o ser humano a viver o enigma da existência e a conviver com os demais. Para ele, a racionalidade ambiental inaugura “um novo olhar sobre a relação entre o real e o simbólico uma vez que os signos, a linguagem, a teoria e a ciência se tornaram conhecimentos e racionalidades como um mundo-objeto e uma economia-mundo”. (LEFF, 2006, p.20).

Desta forma, a racionalidade ambiental leva a uma nova cultura de saberes onde o ser humano percebe que não é o único no mundo e, que sua existência material e moral depende de tudo que o cerca. Essa racionalidade, para ser atingida, requer uma transformação, onde o social e o ambiental sejam interligados de maneira complexa, visando a ideia de sustentabilidade. Para Leff (2006, p. 214-242), a racionalidade ambiental tem um fundo político e social, e se constitui em um processo, diferentemente daquela racionalidade associada ao antropocentrismo do século XVII e seguintes; trata-se, pois de

um processo político e social que passa pela confrontação e concertação de interesses opostos; pela reorientação de tendências (dinâmica populacional, crescimento econômico, padrões tecnológicos, práticas de consumo); pela ruptura de obstáculos epistemológicos e barreiras institucionais; pela inovação de conceitos, métodos de investigação e conhecimentos e pela construção de novas formas de organização produtiva. O saber ambiental, mesmo em suas construções teóricas e conceituais mais abstratas, emerge do questionamento de uma

racionalidade insustentável, como o objetivo prático de solucionar problemas e de elaborar política de desenvolvimento sustentável.

Percebe-se a necessidade de uma interconexão do social, do político e do ambiental, onde o ser humano, através de políticas de sustentabilidade e de conscientização, sobretudo aquelas voltadas aos espaços locais permita que haja uma nova racionalidade ambiental. As políticas públicas voltadas ao espaço local permitem que o cidadão/ser humano se sinta pertencente ao local e, faz com que, o mesmo participe ativamente na busca de solução.

A sustentabilidade somente será conquistada juntamente com reconhecimento moral, jurídico, político e cultural de um valor intrínseco, que funda uma racionalidade ambiental. Quando os seres humanos entenderem que são integrantes da natureza e não seus proprietários, os problemas ambientais decorrentes do processo civilizatório podem ser mais bem resolvidos. Nesse sentido, sustenta Leff que

a problemática ambiental na qual confluem processos naturais e sociais de diferentes ordens de materialidade não pode ser compreendida em sua complexidade nem resolvida com eficácia sem o concurso e integração de campos muito diversos do saber. Embora esta afirmação fosse dificilmente questionável em sua formulação geral, menos claro foi o caminho teórico e prático seguido para poder discernir e concretizar os níveis e as formas de integração do conhecimento com o propósito de: a) explicar as causas históricas da degradação ambiental, b) diagnosticar a especificidade de sistemas socioambientais complexos, e c) construir uma racionalidade produtiva fundada no planejamento integrado dos recursos. A distinção desses níveis de tratamento é necessária para implementar uma estratégia de desenvolvimento com uma concepção integrada dos processos históricos, econômicos, sociais e políticos que geraram a problemática ambiental, bem como dos processos ecológicos, tecnológicos e culturais que permitiriam um

aproveitamento produtivo e sustentável dos recursos. (2010, p. 60).

O Relatório *Os limites do crescimento*, conhecido como *Relatório Brundtland*, incorporou a noção de sustentabilidade à noção de desenvolvimento, fazendo pela primeira vez de maneira global e institucional a crítica da ideia de desenvolvimento como crescimento econômico sem limites. Entretanto, esse discurso, tal qual sustentado desde a Rio 1992, ainda que esperançoso de gerir de maneira eficaz as externalidades ambientais, carece de base teórica, no entender de Leff:

O discurso do desenvolvimento sustentado/sustentável foi difundido e vulgarizado até se tornar parte do discurso oficial e da linguagem comum. No entanto, além do mimetismo retórico gerado, não se logrou engendrar um sentido conceitual e praxeológico capaz de unificar as vias de transição para a sustentabilidade. As contradições não apenas se fazem manifestas na falta de rigor do discurso, mas também em sua colocação em prática, quando surgem os dissensos em torno do discurso do desenvolvimento sustentado/sustentável e os diferentes sentidos que este conceito adota em relação aos interesses contrapostos pela apropriação da natureza (2006, p. 135).

Assim, uma sustentabilidade autêntica requer transcender o discurso do relatório Brundtland. Um dos elementos dessa transição seria o giro ecológico pautado numa nova racionalidade, correspondente a uma nova visão ética e política sobre o relacionamento entre ser humano e natureza.

É cedo para saber em que medida o constitucionalismo equatoriano pode contribuir para o advento de uma nova racionalidade ambiental. Entretanto, ao menos no plano formal, esse modelo se distingue por consagrar uma visão pluralista e participativa, e um sentido pluricultural que coloca em questão o sentido clássico de progresso e do Estado-Nação. O discurso do novo constitucionalismo contextualiza o ser humano, situando-o como parte de um sistema social, ambiental e cultural, ou seja,

entendendo-o como parte da teia da vida que Capra associa à ciência ecológica emergente dos diversos ramos do saber:

Os sistemas vivos são fechados no que diz respeito à sua organização – são redes autopoieticas -, mas abertos do ponto de vista material e energético. Para se manter vivos, precisam alimentar-se de um fluxo contínuo de matéria e energia assimiladas do ambiente. De modo inverso, as células, como todos os organismos vivos, produzem dejetos continuamente, e esse fluxo de matéria – alimento e excreção – estabelece o lugar que elas ocupam na teia alimentar. (2002, p. 30).

Em que pese o caráter polissêmico da expressão, a chamada “visão sistêmica” pode ser associada à visão ecológica a respeito dos vínculos entre o ser humano, a sociedade, a economia, as culturas, a vida em geral. Em um sentido análogo, Boff discute a emergência da *religação* como elemento-chave de uma epistemologia de compreensão da vida interior e exterior:

Esta re-ligação encontra sua concretização mais brilhante no fenômeno da vida e da vida autoconsciente dos humanos. [...] a vida constitui uma emergência da história do cosmos e a autoconsciência uma emergência da história da vida. Vida é fundamentalmente matéria que se auto-organiza; por isso possui uma autonomia interior; simultaneamente interage com o meio, adaptando-se a ele e fazendo o meio adaptar-se a ela, tirando dele seu alimento. É o que funda a interdependência incluyente entre vida e meio; a vida se reproduz a partir de si mesma; e está aberta ao futuro porque pode desenvolver-se e dar origem a outras espécies. A vida transparece o que seja um sistema aberto. Ela é simbiótica, quer dizer, vive de troca de matéria e energia com o meio circundante. Somente subsiste e se desenvolve na medida em que está longe do equilíbrio. Se chegar ao equilíbrio termodinâmico significa que morreu. (2001, p.74-5).

Capra demonstra que a ser vivo é autônomo, mas a autonomia não pode ser confundida com independência. Ocorre

justamente o oposto, a autonomia pressupõe ligação, interação e, não obstante, a articulação entre determinação e liberdade:

A autonomia dos sistemas vivos não pode ser confundida com uma independência. Os sistemas vivos não são isolados do ambiente em que vivem. Interagem com esse ambiente de modo contínuo, mas não é o ambiente que lhes determina a organização. No nível humano, essa autodeterminação se reflete em nossa consciência como a liberdade de agir de acordo com as nossas convicções e decisões. O fato de essas convicções e decisões serem consideradas ‘nossas’ significa que elas são determinadas pela nossa natureza, no contexto da qual incluem-se nossas experiências passadas e nossa hereditariedade. Na mesma medida em que não somos constrangidos pelas relações de poder humanas, nosso comportamento é determinado por nós mesmos e é, portanto, livre. (2002, p. 97).

Na compreensão do novo constitucionalismo latino-americano, em sua relação com o problema da sustentabilidade, e bastante útil a reflexão por comparação ao neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo questiona o positivismo clássico sobretudo mediante a teorização acerca da função dos *princípios*, criticando os meios meramente formais de aplicação da norma, sem, entretanto, perder seu lastro nas construções doutrinárias dos teóricos do direito e da constituição. O chamado novo constitucionalismo latino Americano”, por sua vez, possui um fundamento vivo, decorrente de um movimento político, social e cultural. Por um lado, o fato de constituir-se antes como prática difusa do que como construção teórica faz com que não se trate de corrente doutrinária bem sistematizada, razoavelmente coerente e unívoca. Por outro lado, esse fundamento vivo permite assentar os princípios constitucionais nos modos de viver, pensar e valorar dos povos constituintes.

Tal é o caso da proteção ambiental: os “direitos da natureza” podem ser excêntricos e sem sentido de um ponto de vista do conhecimento jurídico tradicional, mas refletem a cultura dos povos andinos, cujo reconhecimento e proteção podem vir a

traduzir-se em importante contribuição para um ideal de sustentabilidade. A seu modo, essa herança cultural dos povos andinos coincide em grande medida com uma visão ecológica e sistêmica, com acento na interligação entre meio ambiente, sistema econômico e natureza. Os resultados dessa constitucionalização da *pachamamma* dependem de várias condicionantes. De todo modo, é possível afirmar desde já que se trata de uma visão heterodoxa acerca do problema da sustentabilidade.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Equatoriana é inovadora sob vários aspectos, em comparação aos demais textos constitucionais. Tomando como referência a Constituição Federal de 1988, a *Constituição de Montecristi* revela uma visão assentada no valor intrínseco da natureza. A configuração da natureza como sujeito de direitos tem como finalidade superar de maneira mais radical a visão utilitária da natureza, o que pode, ao menos sob uma ótica estritamente jurídica – sem desconsiderar as condicionantes de ordem econômica, geopolítica, dentre outras –, constituir a base de um projeto de sustentabilidade da sociedade e da natureza, em prol de todos os povos. Tal é o que se depreende de uma análise do texto constitucional, e das reflexões acadêmicas que esse texto ensejou.

Talvez seja difícil conceber essa subjetivação da natureza desde um ponto de vista tradicional do Direito, e uma disposição semelhante seria mesmo de difícil compatibilidade com a ordem constitucional brasileira, em que pesem as suas diversas conquistas formais – a começar pela redemocratização do país, passando pela consagração de diversos direitos sociais, muito dos quais possuem um baixíssimo grau de efetividade, e de direitos de ordem coletiva. Entretanto, a percepção que grande parte dos juristas têm meio natural encontra-se ainda fortemente marcada por um sentido materialista e utilitário, que ofusca o potencial emancipatório do artigo 225. Na Constituição Equatoriana, a previsão de direitos da natureza parece mais bem acomodada em

uma leitura sistêmica, uma vez que aparece no contexto de uma abordagem plurinacional e participativa: infere-se, dentre outras coisas, que as comunidades deverão participar ativamente dos processos decisórios, e que a própria Constituição reflete os modos de ser e as crenças ancestrais dos diversos povos que estão em sua raiz.

A busca um equilíbrio ambiental está pautada na conscientização da sociedade sobre o valor intrínseco da natureza. De tal modo, uma nova racionalidade ambiental, pautada no equilíbrio entre ser humano e meio ambiente, juntamente com políticas públicas de sustentabilidade voltadas ao espaço local, podem ser uma possível solução para a perpetuação da espécie humana. A irracionalidade e o consumo exacerbado podem levar a espécie humana à destruição. Entretanto, a complexidade natural e a complexidade humana acabam formando uma hipercomplexidade que torna difícil, somada a crises éticas, políticas e civilizacionais, solucionar problemas graves com uma racionalidade já obsoleta, de maneira que se deixa escapar “por entre os dedos” a almejada sustentabilidade do natural e do humano. Para Leff, transformações catastróficas na natureza ocorreram nas diversas fases da evolução geológica e ecológica do planeta. Pela primeira vez, a crise ecológica atual constitui uma transformação induzida pela concepção metafísica, filosófica, ética, científica e tecnológica do mundo (2001, p. 194).

Observa-se que as mudanças políticas e os novos processos sociais de lutas nos Estados latino-americanos não se dão somente pelas novas constituições, mas se materializam com os atores sociais que buscam uma nova racionalidade e realidade plurais, impondo-se a um modelo econômico total, devastador. Esses povos buscam afirmar um constitucionalismo pautado no pluralismo intercultural, respeitando-se a cultura dos povos andinos ou indígenas. Um sentido comunitário e participativo permite que esses povos se sintam pertencentes ao espaço em que vivem, e esse sentimento de pertencimento constitui a base para a afirmação de uma nova racionalidade, e para a concretização de um ideal de sustentabilidade de matriz diversa da noção de desenvolvimento sustentável geralmente aceita.

5 REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro**. Revista de Direito Ambiental, n.14. São Paulo: RT, 1999.
- BRASIL. **Lei nº 6938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 abr. 2013.
- BOFF, Leonardo. **O despertar da águia. O dia-bólico e o simbólico na construção da realidade**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- DÁVALOS, Pablo. **El “Sumak Kawsay” (Buen Vivir) y las cesuras del desarrollo**. In: América Latina em movimientos, 2009, Disponível em: <http://alainet.org/active/23920&lang=es%3E>. Acesso em 12 out. 2015.
- DÁVALOS, Pablo. **Reflexiones sobre el Sumak Kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo**. IN: América Latina em movimientos, 2008, Disponível em: <http://alainet.org/active/23920&lang=es%3E>. Acesso em 12 out. 2015.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. *GARGARELLA, Roberto (org.) Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* . Tomo I. 1ª ed. Buenos Aires: Abeled-Perrot. 2008.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes**. 2009. Coloquio Derecho, Moral y Política, Universidade de Palermo: Disponível em:
http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso em 13 out 2015.

GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de maquinas” de la Constitución (1980-2010)**. IN: Gaceta Constitucional, nº 48, 2011. p.289-305

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional em América Latina. GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho em América Latina**. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011b. p. 87-108.

GUDYNAS, Eduardo. **Buen Vivir: germinando alternativas al desarrollo**. In: América Latina em Movimiento. No. 462. 2011c. p.1–14. Disponível em: <http://alainet.org/publica/462.phtml>. Acesso em 12 out. 2015

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza en serio. In: ACOSTA, Alberto, MARTÍNEZ, Esperanza. **La Natureza com Derechos**. *De la filosofía a la política*. Quito: Abya Yala/Universidad Politecnica Salesiana. 2011b, p. 239-286.

GUDYNAS, Eduardo. Dessarolo, derechos de La naturaleza y buen vivir depues de Montecristi. WEBER, Gabriela (org.). **Debates sobre cooperación de desarrollo. Perpectivas desde la sociedad civil em Ecuador**. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011. p. 83-102.

HOUTART, François, **El concepto de Sumak Kawsay (Buen Vivir) y su correspondencia com el Bien Común de la humanidad.**

In: América Latina em Movimento. 2011. p.1–19. Disponível em: <http://alainet.org/active/47004&lang=es>. Acesso em 12 out. 2015

LEFF, Henrique. **Racionalidade Ambiental:** a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, 557 p.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental.** Trad. Sandra Valenzuela. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

MADDALENA, Paolo. **Danno pubblico ambientale.** Rimini: Maggioli Editores, 1990.

MÉDICI, Alejandro M. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador.** *In:* Revista Derecho y Ciencias Sociales. Outubro 2010. p. 3-23.

MÉDICI, Alejandro M. **Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones.** Reflexiones a propósito de la experiência de Bolívia y Ecuador. *In:* Otros logos: revistas de estúdios críticos. Año 1. Nro. 1. 2011. p. 94-124.

MENESES, Maria Paula. Introdução. SOUSA SANTOS, Boaventura, MENEZES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul.** 2ª ed. CES. 2010. p. 9-21.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente:** doutrina, prática, jurisprudência e glossário. 4.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Porto Alegre, 2006, Disponível em: Acesso em: 22 outubro 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental:** parte geral. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

ROLLA, Fagner Guilherme. **Ética Ambiental: principais perspectivas teóricas e a relação homem-natureza.** http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fagner_rolla.pdf. Acesso em: 23 out. 2015.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI.** 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 303-323

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Ambiental.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **De las dualidades a las ecologias.** 1ªed. La Paz: Red Boliviana de mujeres transformando la Economía. 2012.

TORTOSA, José María. **Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen vivir.** 2009. Disponível em: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombresproprios/Documents/NPTortosa0908.pdf>. Acesso em 12 out. 2015

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina.** In.: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em 20 mai 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino – americano:tendências contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 171.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.

CRISE AMBIENTAL E DEMOCRACIA: DA DEMOCRACIA FORMAL À DELIBERATIVA*

*Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori***

*Sergio Urquhart de Cademartori****

1 INTRODUÇÃO

Os reflexos da atual crise civilizacional sobre o meio ambiente decorrentes das opções de desenvolvimento econômico tomadas pelo homem, impedem que a sociedade de crescimento tenha como característica a sua sustentabilidade. A mudança nesse cenário passa por um processo de tomada de decisões que podem levar a alterar esse quadro e aí a democracia tem e deve ocupar uma posição central.

Nesse cenário, o processo de legitimação das decisões coletivas ou a soberania popular é apenas um dos problemas suscitados pela democracia formal (*quem e como se decide*) - uma vez que as decisões importantes para a comunidade são tomadas pela maioria do povo. Sendo o povo o novo titular da soberania na forma democrática de governo, as origens absolutistas do conceito acabam por se revelar. Como o soberano é um sujeito único, surgem dúvidas de se o povo consiste num sujeito

* Este ensaio foi elaborado no marco do Projeto de Pesquisa “Programas, Planos e Ações na Efetivação de Direitos no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano”, contemplado no Edital Universal CNPq n. 014/2013.

** Doutora em Direito pela UFSC e Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Unilasalle-RS. EMAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

*** Doutor em Direito pela UFSC e Professor o Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Unilasalle-RS. EMAIL: scademartori@uol.com.br

homogêneo, capaz de impor-se frente às profundas contradições entre as classes e mesmo os grupos, por exemplo. As barreiras à ideia de que o poder é racionalmente limitável, raiz da fundamentação democrática, são a noção de Estado-nacional (baseado na teoria medieval tardia do *superiorem non recognoscens*) e a tirania ou despotismo da maioria. Por seu turno, o Constitucionalismo “político” ou a concepção teórico-prática dos poderes públicos limitados, garantidora de determinados âmbitos da liberdade preocupou-se com a elaboração de uma rede de poderes e contra-poderes constitucionais, materializadas em garantias e direitos fundamentais com a pretensão de estabelecer uma fronteira insuperável à tirania das maiorias. O que fazer quando - para enfrentar as opções equivocadas que levaram à atual crise ambiental - se faz necessário incluir no sujeito soberano as gerações futuras e a comunidade biótica sem titularidade jurídica?

Considerando os desafios colocados pelos tempos atuais, faz-se necessária a análise dos principais aportes teóricos ao moderno conceito de democracia – em suas vertentes substancial e procedimental, considerando as contribuições da democracia deliberativa – de modo a posteriormente tentar contribuir para uma resposta convincente aos desafios apresentados pela nova cosmovisão ambiental. Para tanto, partir-se-á da teoria democrática assim como proposta nas obras de Bobbio e Ferrajoli – um conjunto de regras procedimentais para chegar a inescapável existência de elementos materiais – detendo-se posteriormente na visão habermasiana de democracia deliberativa, para afinal examinar, sem pretensão de esgotar a matéria, as condições de possibilidade da construção de uma democracia ambiental.

2 DEMOCRACIA FORMAL E SUBSTANCIAL

Para Norberto Bobbio o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias

ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Bobbio acrescenta a essas regras algumas condições. A primeira, considera que para que uma decisão possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo (*quem decide*), e à base de quais procedimentos (*como se decide*). No que diz respeito aos sujeitos chamados a participar das decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder a um grande número de pessoas. A segunda condição parte da constatação de que no que se refere às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – àquelas aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. Todavia, é indispensável uma terceira condição: é preciso que os que forem chamados a decidir - ou a eleger os que deverão decidir - sejam colocados perante *alternativas reais* e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para isso, é necessário que se garanta a eles os chamados direitos de liberdade, de opinião, de expressão, reunião, associação, etc. – os direitos com base nos quais nasceu o Estado de direito em sentido forte: poder *limitado* pelo direito. Assim, para Bobbio, as normas constitucionais que atribuem esses direitos não são exatamente “regras do jogo”: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo. (BOBBIO, 1986b, p. 18 ss.).

Luigi Ferrajoli, buscando o aprimoramento da definição bobbiana, apresenta quatro razões que evidenciam a insuficiência de uma definição puramente procedimental da democracia: 1) falta de capacidade explicativa das atuais democracias (estas seriam não-democracias, já que apresentam aspectos substanciais além das regras formais, isto é, são reguladas por Constituições que estabelecem um núcleo indecidível para as maiorias); 2) escassa consistência teórica de uma noção puramente formal (sem limites, a democracia pode não sobreviver, ou seja, as maiorias podem decidir exterminar a democracia entregando todo o poder

a um só ditador, por exemplo – veja-se o caso da Itália fascista); 3) a existência de um nexos indissolúvel entre os direitos de liberdade e as decisões majoritárias (a vontade popular só pode se expressar se for livre, e só será livre se educada e com outros direitos sociais assegurados); 4) a soberania popular se expressa por maioria, e nenhuma maioria pode dispor daquilo que não lhe pertence (os limites representados pelos direitos fundamentais). (FERRAJOLI, 2006, p. 15-31).

Tudo isso leva Ferrajoli a reafirmar sua crença na ineludível conexão entre Estado de direito e democracia, já que para ele, pode haver direito sem democracia, mas não democracia sem direito. A concepção de democracia substancial esposada pelo autor revela-se incompatível com a proposta da onipotência da maioria do povo ou de seus representantes. (2006, p. 20).

Com efeito, o fato de que um sistema político seja democrático supõe uma vedação, através de vínculos constitucionais, para a maioria: a de permitir que a minoria possa transformar-se em maioria. Esses vínculos estão abrigados pela esfera do indecidível (cláusulas pétreas).

Existem dois significados de soberania popular que podem ser associados, um à noção tradicional de democracia e o outro ao conceito de democracia constitucional, a saber:

1) o significado literal: referido a todo o povo ("a soberania reside no povo"), isto é, a soberania pertence *somente* ao povo inteiro e não a uma maioria eventual; em consequência, atenta contra a soberania popular a decisão *majoritária* que decide pela violação dos direitos de tão-somente uma das pessoas, conforme reza o art. 34 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o preâmbulo da Constituição francesa de 1793: "Existe opressão contra o corpo social quando somente um de seus membros é oprimido. Existe opressão contra cada um dos membros quando o corpo social é oprimido." (apud FERRAJOLI, 2006, p. 19).

2) O segundo significado de soberania popular associado ao Estado constitucional de direito, é aquele referente ao já citado nexos entre soberania popular e direitos fundamentais. A soberania popular não irá conseguir se expressar, caso seus

membros não desfrutam de liberdade e de educação. (FERRAJOLI, 2006, p. 20-1).

Em resumo, a democracia não apresenta apenas um aspecto procedimental ou formal (necessário, mas insuficiente), também apresenta um aspecto material ou substancial referido às quatro classes de direitos em que Ferrajoli divide os direitos fundamentais.¹ Sendo assim surgem: a democracia *liberal*, assegurada pela garantia dos direitos de liberdade, a democracia *social*, assegurada pela garantia dos direitos sociais, a democracia *civil*, assegurada pelas garantias dos direitos civis, ou seja, daqueles atribuídos às pessoas com capacidade de fato civil, e a democracia *política*, assegurada pelas garantias predispostas aos direitos políticos (direitos instrumentais cujos titulares são os cidadãos).

Tal taxionomia conforma uma noção de democracia que abrange quatro dimensões: as duas primeiras são substanciais, pois relativas ao *que se pode ou não decidir* e as outras duas formais, já que dizem respeito a *quem* e ao *como* se decide. Em conclusão, pelo que se pode deduzir então, os direitos de cidadania são formais/instrumentais apenas, e não podem definir a democracia para Ferrajoli. (FERRAJOLI, 2006, p. 22).

Ainda de acordo com o autor, o projeto “garantista” leva a uma redefinição do conceito de democracia² – diferenciada formal e substancialmente – e também à fusão da democracia substancial com Estado de direito. (FERRAJOLI, 1995, p. 866) Assim, visto como um conjunto formado pela soma de garantias liberais mais as garantias sociais, o Estado de direito pode ser configurado “como um sistema de meta-regras com respeito às próprias regras da democracia política”³. Isto é, a regra da democracia política, segundo a qual se deve decidir por maioria

¹ Cf. FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta 2001, p. 287-382

² “no siempre fácilmente coercible o subrogable” (tradução livre - FERRAJOLI, 1995, p. 865)

³ “como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política” (tradução livre - FERRAJOLI, 1995, p. 864).

indireta ou direta dos cidadãos, fica subordinada ao Estado de Direito.

Precisamente, se a regra do estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, a regra do estado social de direito é que nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria; sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o estado não pode deixar de decidir, inclusive ainda que não interessem à maioria.⁴

Assim posta a relação entre Estado de direito e democracia, o passo seguinte será considerar dois tipos de democracia: a substancial ou social (Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais) e a formal ou política (Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade).

Enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial ou social nada mais é do que o Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais.

São modelos independentes entre si, como são independentes os sistemas de garantias constitucionais inerentes: de um lado, as regras que asseguram a mera legalidade, ou seja, a vontade da maioria; de outra, as que garantem a estrita legalidade, a matéria a ser decidida.

As normas formais da democracia política definem quem decide e como decide (a maioria e por maioria), ao passo que as normas da democracia substancial estabelecem os temas sobre os que se pode e principalmente sobre os que não se pode decidir (os direitos fundamentais são o exemplo mais conspícuo).

⁴ “Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría.” (tradução livre - FERRAJOLI, 1995, p. 864)

3 DEMOCRACIA FORMAL, SUBSTANCIAL E DELIBERATIVA

Apurando a análise sobre a perspectiva eminentemente normativa da democracia, percebe-se que a democracia atual está estreitamente – muitas vezes antagonizando-se – vinculada à economia política capitalista. Nesse sentido, o modelo de democracia - desenvolvido por Joseph Schumpeter (1883-1950), a partir da segunda metade do século passado - parte da constatação do surgimento da democracia de massas e da consequente inadequação do paradigma clássico estruturado sobre a noção da soberania popular.⁵ Sugere percebê-la como modelo baseado na agregação de preferências promovida pelos partidos políticos, o que possibilita às pessoas votar em intervalos regulares (modelo agregativo). Essa ideia é a matriz da definição de democracia como um sistema que permite às pessoas, através de um processo eleitoral competitivo, aceitar ou rejeitar os seus líderes.

Em oposição ao modelo clássico normativo, a proposta de Schumpeter passou a integrar a “teoria política empírica” ao elaborar uma abordagem descritiva da democracia - pensando-a do ponto de vista puramente instrumental. Considera que noções como “bem comum” e “vontade geral” devem ser abandonadas e que quando se considera a ideia de povo, o pluralismo de valores deve ser reconhecido. Como os indivíduos agem pelo auto-interesse – e não com base no interesse da comunidade – automaticamente, são eles que passam a constituir as linhas a partir das quais os partidos políticos são organizados e com base na qual a negociação e a votação se desenvolve. Dessa constatação se depreende que a participação popular na tomada de decisões deva se desencorajada pois produz instabilidade e gera consequências disfuncionais para o sistema. (MOUFFE, 2000, p. 2).

⁵ Cf. SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Título original: *Capitalism, socialism an democracy*

Assim, com base no modelo descrito por Schumpeter, a democracia fica restrita à escolha eleitoral entre elementos que compõem as elites dentro de uma esfera pública cada vez mais restrita. Jonas Van Vossole e Irina Castro mostram, a partir na narrativa de Therborn como:

Embora este modelo tenha alcançado características quase universais, nas regiões (semi-) periféricas, a questão da sua aplicação em particular torna-se mais complexa. Nos países capitalistas dependentes a dinâmica interna da classe dominante é em grande parte dependente de um centro externo e a base económica é extremamente frágil e vulnerável à crise internacional; o que reduz a margem de manobra para o compromisso social em que a democracia ocidental moderna é construída. (2005, p.399)

No caso dos países capitalistas dependentes, o desenvolvimento da democracia é impedido por suas dinâmicas que obstaculizam o surgimento de regras impessoais, e impõem um crescimento limitado ao movimento operário organizado.

Objetivando avaliar as propostas dos teóricos da democracia para consolidar as instituições democráticas e enfrentando os problemas que assolam as atuais democracias, Chantal Mouffe debruça-se sobre a opção ao modelo agregativo representada pelo atual debate sobre a democracia deliberativa.

Sua idéia principal: em uma política democrática decisões políticas devem ser alcançadas através de um processo de deliberação entre cidadãos livres e iguais, acompanha a democracia desde o seu nascimento no século V a.C. em Atenas. As formas de encarar a deliberação, o círculo eleitoral de quem tem o direito de deliberar tem variado muito, todavia a deliberação segue tendo um papel central no pensamento democrático. O que vemos hoje é, portanto, o renascimento de um velho tema, não o súbito aparecimento de um novo.⁶

⁶ “Their main idea: that in a democratic polity political decisions should be reached through a process of deliberation among free and equal citizens, has

A especificidade da perspectiva deliberativa da democracia consiste em ter retomado a racionalidade normativa, fornecendo uma base sólida à democracia liberal ao conciliar a soberania democrática com a defesa das instituições liberais. “Seu objetivo não é abrir mão do liberalismo, mas recuperar sua dimensão moral e estabelecer uma estreita ligação entre os valores liberais e da democracia.”⁷

Processos adequados de deliberação possibilitam acordos que satisfaçam a racionalidade (enquanto defesa dos direitos liberais) e a legitimidade democrática (baseada na soberania popular). O princípio democrático da soberania popular é então reformulado de modo a afastar os perigos que afetam os valores liberais⁸, por exemplo, os representados pelo excesso de

accompanied democracy since its birth in fifth century Athens. The ways of envisaging deliberation and the constituency of those entitled to deliberate have varied greatly, but deliberation has long played a central role in democratic thought. What we see today is therefore the revival of an old theme, not the sudden emergence of a new one.” (tradução livre - MOUFFE, 2000, p. 1)

⁷ “Their aim is not to relinquish liberalism but to recover its moral dimension and establish a close link between liberal values and democracy.” (tradução livre - MOUFFE, 2000, p. 3)

⁸ Um dos objetivos da abordagem deliberativa, seja em Rawls, seja em Habermas é a garantir o vínculo da democracia com o liberalismo. Rawls, por exemplo declara que sua ambição é elaborar um liberalismo democrático, que responda à reivindicação por liberdade e igualdade. Pretende encontrar uma solução para o desacordo que existiu no pensamento democrático ao longo dos séculos passados entre a tradição associada a Locke - que dá maior peso ao que Constant chamou de “liberdade dos modernos” (a liberdade de pensamento e de consciência, direitos da pessoa e da propriedade e do Estado de direito) -, e a tradição associada a Rousseau - que dá maior peso ao que Constant chama de “liberdade dos antigos” (as liberdades políticas de igualdade e os valores de vida pública). Habermas no livro “Direito e Democracia: entre faticidade e validade” deixa claro que um dos objectivos da sua teoria procedimental da democracia é trazer à tona a co- originalidade (*co-originality*) dos direitos individuais fundamentais e da soberania popular. “On one side self- government serves to protect individual rights, on the other side, those rights provide the necessary conditions for the exercise of popular sovereignty. Once they are envisaged in such a way, he says, ‘then one can understand how popular sovereignty and human rights go hand in hand, and hence grasp the co-originality of civic and private autonomy.’” (tradução livre -

participação popular. Uma solução proposta é a reinterpretação da soberania popular em termos intersubjetivos e sua redefinição enquanto "poder comunicativo gerado", afirma Mouffe. (2000, p. 3).

Embora afirme existirem várias versões da democracia deliberativa, Chantal Mouffe apresenta duas como principais. A primeira, influenciada por John Rawls (1921-2002), é representada pela obra de Joshua Cohen e a segunda, representada pela obra de Seyla Benhabib, é influenciada por Jürgen Habermas (1929). Tanto em Habermas, quanto em Rawls, encontra-se a ideia de que nas instituições da democracia liberal podem ser encontrados o conteúdo idealizado da racionalidade prática. Divergem na forma como a razão prática é incorporada às instituições democráticas.

Rawls enfatiza o papel dos princípios de justiça alcançadas através do dispositivo da 'posição original' que obriga os participantes a deixar de lado todas as suas particularidades e interesses. Sua concepção de 'justiça como equidade' - que afirma a prioridade dos princípios liberais básicos - em conjunto com os 'fundamentos constitucionais' fornece o quadro para o exercício da 'razão pública livre'.⁹

Por seu turno, Habermas defende uma abordagem estritamente procedimental em que não há limites ao alcance e ao conteúdo da deliberação. As limitações processuais da situação de fala ideal acabarão por eliminar todas as posições em que os participantes do discurso moral não puderem concordar. Não basta que um procedimento democrático leve em conta os interesses de todos e chegue a um compromisso que estabeleça um *modus vivendi*, é

MOUFFE, 2000, p. 3-4)

⁹ "Rawls emphasises the role of principles of justice reached through the device of the 'original position' that forces the participants to leave aside all their particularities and interests. His conception of 'justice as fairness' - which states their priority of basic liberal principles - jointly with the 'constitutional essentials' provides the framework for the exercise of 'free public reason'." (tradução livre - MOUFFE, 2000, p. 4)

preciso que ele gere "poder comunicativo", o que é alcançado quando são estabelecidas as condições que determinam o consentimento livre dos envolvidos. Somente assim, pode-se saber se o consenso obtido é racional e não é um simples acordo. Os obstáculos existentes para a realização do discurso ideal são de ordem empírica, derivando da improbabilidade de que frente às limitações práticas da vida social, se possa deixar de lado todos os interesses práticos das pessoas: a situação ideal de fala é sempre uma "idéia reguladora". (MOUFFE, 2000, p. 6).

Atualmente Habermas passou a aceitar que algumas questões devam permanecer de fora das práticas do debate público racional, tais como as questões existenciais que dizem respeito a "boa vida" (e não a "justiça") ou mesmo, conflitos entre grupos de interesses sobre os problemas de distribuição, só resolvidos através de compromissos. O procedimento adequado para se chegar à formação racional da vontade, aquele que propicia a formação do interesse geral, é o da troca de argumentos e contra-argumentos.

A teoria democrática deve renunciar aquelas formas de escapismo e enfrentar o desafio que o reconhecimento do pluralismo de valores implica. Isso não significa aceitar um pluralismo total e alguns limites precisam ser colocados para o tipo de confronto percebido como legítimo na esfera pública. Mas a natureza política dos limites deve ser reconhecida em vez de serem apresentados como requisitos de moralidade ou racionalidade.¹⁰

Enquanto Rawls considera que a questão central da teoria democrática é a justiça, para Habermas é a legitimidade. Enquanto o primeiro considera que uma sociedade bem-

¹⁰ "Democratic theory should renounce those forms of escapism and face the challenge that the recognition of the pluralism of values entails. This does not mean accepting a total pluralism and some limits need to be put to the kind of confrontation which is going to be seen as legitimate in the public sphere. But the political nature of the limits should be acknowledged instead of being presented as requirements of morality or rationality." (tradução livre - MOUFFE, 2000, p. 9).

ordenada deva funcionar de acordo com os princípios definidos por uma concepção compartilhada de justiça e a democracia produz estabilidade e aceitação por parte dos cidadãos das suas instituições, para Habermas, uma democracia estável exige a criação de uma política integrada através da percepção racional numa perspectiva de legitimidade. Em suma, conforme Mouffe,

Em seu desejo de mostrar as limitações do consenso democrático, tal como previsto pelo modelo agregativo - apenas preocupado com a racionalidade instrumental e a promoção do interesse próprio - democratas deliberativos insistem na importância de outro tipo de racionalidade, a racionalidade no trabalho em ação comunicativa e razão pública livre. Eles querem tornar a força motriz fundamental dos cidadãos democráticos a base da sua fidelidade a suas instituições comuns.¹¹

Na perspectiva de democracia habermasiana, o princípio do discurso assume uma função jurídica, estabelecendo em seus pressupostos comunicativos as características da forma jurídica, em especial as liberdades subjetivas e a coação. No que tange aos direitos fundamentais, o princípio do discurso possibilita a sua legitimidade, isto é, a igualdade na liberdade subjetiva de ação, não deduzível da própria forma jurídica. A mera forma jurídica dos direitos subjetivos não resolve o problema da legitimidade das leis que lhes dão ensejo; será o princípio do discurso que irá revelar que todos têm direito a igual liberdade de ação subjetiva.¹²

¹¹ “In their desire to show the limitations of the democratic consensus as envisaged by the aggregative model – only concerned with instrumental rationality and the promotion of self-interest – deliberative democrats insist on the importance of another type of rationality, the rationality at work in communicative action and free public reason. They want to make it the central moving force of democratic citizens and the basis of their allegiance to their common institutions.”(tradução livre MOUFFE, 2000, p. 10)

¹² Sobre o tema cf. DUTRA, Delamar Volpato. **Manual de filosofia do direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 55-6 e CADEMARTORI, D. M. L. de; JOSÉ, C. L. Prolegômenos sobre a democracia em Jürgen Habermas. **Revista Pensar**, UNIFOR, Fortaleza, v. 13, p. 20-32, 2008.

Como hipótese, pode-se afirmar que, para Habermas, os procedimentos de legitimação das democracias estão relacionados à legitimação na esfera administrativa. Isso pode ser empreendido por meio de filtros estruturais de acesso à opinião e comunicação pública.

Exatamente porque o processo político é capaz de alcançar resultados racionais, a democracia na obra habermasiana ocupa um papel primordial. É assim que sua teoria do discurso acolhe elementos da concepção republicana e liberal, integrando-os em um procedimento ideal para a tomada de decisões. A constituição da opinião é feita de modo informal, acarretando decisões eletivas institucionalizadas e resoluções legislativas, através das quais o poder criado comunicativamente é transformado em poder aplicável de modo administrativo. Com o desenvolvimento do princípio democrático é formulada a “política deliberativa” ou o “modelo procedimental” de que trata Habermas. A partir daí, o tema central passa a ser a tensão entre auto-compreensão normativa do Estado de direito – percebida como teoria do discurso - e a facticidade dos procedimentos políticos que desenvolvem formas constitucionais ou seja, a relação externa entre facticidade e validade¹³. (HABERMAS, 2002, p. 278 e HABERMAS, 1997, p. 21).

A compreensão do processo democrático que envolve a teoria do discurso atribui maiores conotações normativas que o modelo liberal, “as quais no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, que assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo.” (HABERMAS, 1997, p. 22).

Para que se transforme em um poder produzido comunicativamente, a teoria do discurso precisa fazer com que a soberania do povo dê lugar ao “anonimato dos processos democráticos” bem como colocar em execução juridicamente as pretensões oriundas dos processos comunicativos.

¹³ Acerca desse tema, de acordo com a acepção habermasiana, pode-se definir facticidade superficialmente, como a coação de sanções exteriores. Já a validade é percebida como força que une convicções racionalmente motivadas. (HABERMAS, 2002, p. 45)

Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia. (HABERMAS, 1997, p. 33).

Se no modelo liberal os limites entre Estado e sociedade são respeitados, no modelo de democracia habermasiano a sociedade civil é a base social de esferas públicas autônomas que se diferenciam do sistema econômico e da administração pública. A consequência é o deslocamento normativo da importância dos pesos que o dinheiro, o poder administrativo e a solidariedade tem na satisfação das necessidades de integração e regulação das sociedades modernas¹⁴.

Em suma, o entendimento discursivo se constitui na única forma possível para a organização da sociedade sem violência. Esse modelo de socialização faz com que o *medium* do direito consiga diminuir a complexidade social através do direito positivo, levando em conta que o conceito procedimental de democracia se refere a uma comunidade jurídica que se auto-organiza. (HABERMAS, 1997, p. 24).

4 A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NUM CENÁRIO DE CRISE AMBIENTAL

Boaventura de Sousa Santos recorda que a democracia deliberativa/participativa e a democracia representativa são interdependentes, sendo que a primeira cria instâncias para a delegação da segunda, organizando-as a partir de espaços

¹⁴ “Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes de agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 33)

deliberativos tais como conselhos, audiências públicas, orçamento participativo, etc. (1998, p. 153).

Por outro lado, as novas formas de democracia não aparecem de forma pura na política contemporânea. Ao seu lado, as eleições permanecem como o meio mais democrático de escolher os representantes que eleitos “se encontram com a advocacia de temas e a representação da sociedade civil.” Os representantes que ignoram essa representação correm o risco de acabar deslegitimados frente os seus eleitores, incapacitando-se para implementar sua agenda. Na esfera das políticas públicas, percebe-se que é frequente o encontro e a atuação de representantes eleitos, da advocacia de ONG’s internacionais e de representantes eleitos e da própria sociedade civil e o futuro da representação eleitoral está cada vez mais ligado à sua combinação com as formas de representação originárias da participação na sociedade civil. Os encontros demonstram que a continuidade da política acaba por assumir formas institucionais diferentes. “Nesse sentido, a questão colocada pela política contemporânea deve ser uma redução da preocupação com legitimidade dessas novas formas de representação e um aumento da preocupação sobre de que modo elas devem se sobrepor em um sistema político regido por múltiplas soberanias.” (AVRITZER, 2007, p. 459)

Ocorre que os espaços deliberativos acabam por se transformar em “fortes estruturas competitivas controladas por grupos ou pelo mercado.” Essa situação decorre de variados fatores, dentre os quais

[...] desequilíbrio (estrutura de poder desigual), inexperiência e desinformação da população, contaminação pela política de conformação e clientelismo, baixa qualificação na condução dos trabalhos, grau reduzido de efetividade dos resultados, mudanças constantes nas regras do jogo, caminhos de negociação precários, que são manipulados e tensionados, entre outros fatores. (BAZOLLI, 2015, p.384)

Nesse ponto o autor retoma Habermas, para quem a concepção de democracia deliberativa não permite exclusões de nenhuma ordem e requer atores da sociedade civil com senso de responsabilidade, num espaço isento, em condições de equidade. É o que se depreende da seguinte afirmação de Habermas sobre o modelo racional de discurso público: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. (1997, p. 242 e apud BAZOLLI, 2015, p.386)

Para que a participação se transforme numa “deliberação pública ampliada” e tenha abrangência, é necessário um “adensamento da participação”, situação capaz de possibilitar que se manifestem, nos diferentes tipos de decisões coletivas, a “pluralização cultural, racial e distributiva da democracia”. Caso nesse processo não ocorra a prestação de contas, esta situação faz com que o processo participativo/deliberativo modifique suas funções passando a ser meramente propositivas e autorizativas, o que acaba por justificar o absentismo. O “empoderamento” da população irá ocorrer se, as regras que definem a democracia participativa/deliberativa, forem objeto de definição pelos próprios participantes, os bens públicos forem distribuídos de modo equilibrado e o processo se compatibilizar com a possibilidade de negociar com o poder público a eleição das prioridades na execução das deliberações que forem tomadas. (SANTOS; AVRITZER, apud BAZOLLI, 2015, p. 383).

Nesse ponto cabe lembrar que Bobbio considera que o primeiro paradoxo da democracia moderna surge de se pedir sempre mais democracia em condições objetivas cada vez mais desfavoráveis, visto que as organizações, começando pela estatal, tornam-se maiores. A democracia, seja ela direta ou indireta, é uma “prática” extremamente complexa, que não aceita improvisações. (1983a, p. 58-9).

O processo descrito como um estado de sobrecarga e ingovernabilidade, no entender de Giovanni Sartori, corresponde a situação em que “menos poder dos governantes não implica necessariamente mais poder dos governados”. O jogo também pode terminar em um resultado negativo, com ambas as partes

perdendo, isto é, o poder é perdido pelos governantes sem ser adquirido pelos governados.¹⁵

O segundo obstáculo não previsto, faz sua aparição de modo inesperado, demonstrando a existência de um vínculo entre Estado democrático e burocracia, o que vem a confirmar as análises de Max Weber. O Estado democrático faz surgir um aparato antitético às relações de poder que ele estabelece: a burocracia, no qual o poder é “organizado hierarquicamente do vértice à base e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático.” A democracia acarreta um aumento de demandas por parte da sociedade civil, que acaba por configurar um Estado social. Este Estado, para atender à demandas, necessita aumentar seu aparato burocrático. Historicamente, estes dois Estados surgem interligados: “Todos os estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte uma consequência do processo de democratização.” (BOBBIO, 1986a, p. 34-5).

Toda a ambiguidade do conceito de democracia pode ser observada no termo “democracia social”, origem do Estado de serviços.¹⁶ Com esta expressão quer-se designar uma fase ulterior, com respeito à democracia liberal – visto que os direitos sociais foram inscritos na própria Declaração dos direitos - e com respeito à democracia socialista, apenas uma primeira fase. (BOBBIO, 1988, p. 84).

O objetivo de Bobbio não é o de levantar a velha polêmica dos escritores liberais contra a expansão do setor público feita em detrimento do setor privado, e muito menos o de repetir a previsão de Max Weber “citadíssima e de forma alguma irrealista, sobre a ‘jaula de aço’, destinada a aprisionar,

¹⁵ “Deixando de lado o eventual surgimento ou retorno de líderes carismáticos, a tendência geral das democracias ocidentais tem levado até agora na direção de uma falta de poder difusa, de impotência e paralisia; há bastante tempo o poder em ascensão é um ‘poder de veto’ múltiplo e geral, o poder de bloquear a ação.” (SARTORI, 1994, p. 170).

¹⁶ Para Bobbio, as expressões “Estado de bem-estar” e “Estado assistencial” são falsas, por excesso ou por defeito. (BOBBIO, 1988, p. 84).

pouco a pouco, os cidadãos do novo estado legal-racional (mas de uma racionalidade somente formal).” Seu objetivo é tomar consciência das enormes dificuldades e desconfiar das soluções mágicas: mostrar que os velhos escritores sabiam que mais democracia e também, mais socialismo, significam mais burocracia. (BOBBIO, 1983 , p. 60).

Hans Kelsen havia observado este fenômeno, salientando outros aspectos: a vontade da coletividade não procede em um só plano - comportando pelo menos dois: o das normas gerais e o das normas individuais – e no seu interior surge uma limitação à liberdade, postulada ideologicamente. A reivindicação por um regime democrático fica restrita ao primeiro estágio da vontade coletiva.

A diferença da natureza das duas funções sucessivas, tem como consequência que a democratização de uma destas funções conduz a resultados totalmente diversos daqueles a que conduz a democratização da outra. Uma delas – a criação de normas gerais, a legislação – é formação (relativamente) livre de vontade, a outra – a execução – é formação (relativamente) vinculada de vontade. A execução é, por essência, submetida à ideia de legalidade e num certo estágio da formação da vontade do Estado, entra em conflito com a ideia de democracia. (KELSEN, 1987, p. 100)

O problema passa a ser, então, o de “como democratizar este segundo estágio de formação da vontade estatal, surgindo o postulado de uma organização democrática daqueles atos individuais da vontade do Estado que são agrupados na administração e na jurisdição sob o nome de função executiva.” (KELSEN, 1987, p. 100). Só que a democracia da execução não é uma mera consequência da democracia da legislação, isto é, o ideal democrático não é melhor satisfeito quanto mais a forma democrática incluir também o processo da execução. A incompatibilidade entre os princípios da legalidade e da democracia acentua-se no mesmo grau em que a organização de uma coletividade passa a sentir a necessidade social de uma

descentralização. O processo de elaboração das normas individuais é uma área da execução e adapta-se em um grau maior à descentralização.

A vontade de tudo – da maneira como se expressa na legislação central – corre o risco – nas diversas circunscrições administrativas autônomas – de ser paralisada pela vontade da parte. Até quando é deformada como simples autonomia por decisão da maioria, a ideia de liberdade conserva ainda alguma coisa da sua tendência anarquista original que decomporia o corpo social nos átomos individuais que o constituem. (KELSEN, 1987, p. 101-2).

Em suma, nos níveis médios e inferiores, a legalidade da execução ou da concretização da “vontade do povo” é melhor assegurada “por uma organização autocrática desta parte da formação da vontade do Estado”, isto é, por agentes especializados, nomeados pelo poder central e responsáveis perante ele. O sistema burocrático é introduzido na organização dos Estados democráticos para dar continuidade ao princípio da legalidade: “a burocracia aumenta na mesma medida que aumentam as tarefas administrativas.” Neste caso, burocracia significa manutenção da democracia.

A linha de demarcação entre o que pode ou não estender-se à esfera de atuação dos partidos políticos é traçada pela distinção entre o momento do procedimento legislativo, a nomeação dos órgãos executivos supremos e o da formação da vontade estatal, representada pela execução (jurisdição e administração). O único significado legítimo que a exigência de despolitização nas funções do Estado pode ter em um regime democrático é o de que todo ato executivo deve ser dominado, por definição, pelo princípio da legalidade, excluída toda influência política sobre a execução das leis.

Posto que, só através do ato legislativo um determinado valor político atinge valor jurídico e posto que, só uma determinada direção política – mesmo se for unilateral – é determinada em conformidade com a Constituição, não

pode mais haver lugar, em torno à execução da lei, para um conflito de interesses opostos. (KELSEN, 1987 p. 104)

Bobbio segue então os passos de Kelsen ao afirmar que o sistema representativo em estado puro nunca existiu. Precisou sempre confrontar-se em seu funcionamento com o Estado administrativo, que obedece a uma lógica de poder completamente diferente¹⁷.

4.1 A CRISE AMBIENTAL, A DEMOCRACIA E A TECNOCRACIA

Um obstáculo importante à realização da democracia, enumerado por Bobbio, surge do contraste entre a incompetência do cidadão frente a problemas sempre mais complexos e o ensino de soluções técnicas acessíveis somente a especialistas. Ele é uma consequência do desenvolvimento técnico das sociedades industriais, em economias capitalistas, que faz com que aumentem os problemas exigindo soluções técnicas e confiáveis unicamente a especialistas: donde a tentação de governar unicamente com a ajuda de técnicos ou da tecnocracia. (BOBBIO, 1987, p. 35 e BOBBIO, 1983, p. 60-1).

Tecnocracia e democracia estão destinadas a entrar em choque visto que a primeira “é o governo dos especialistas, isto é, daqueles que sabem uma só coisa, mas sabem, ou deveriam saber bem”, e a segunda, o governo de todos, daqueles que devem decidir com base na experiência e não no saber. Apesar disto, a sustentação da democracia é feita pela ideia-limite de que tudo deve ser decidido por todos. Se as decisões se tornam cada vez mais técnicas e menos políticas, não fica restrita a soberania do

¹⁷ “[...] descendente e não ascendente, secreta e não pública, hierarquizada e não autônoma, tendente ao imobilismo e não dinâmica, conservadora e não inovadora etc. A submissão do segundo ao primeiro nunca foi completamente conseguida. Antigamente se falava das difíceis relações entre política e administração. Hoje, usa-se uma fórmula de efeito e fala-se em corpos separados. Mas a verdade é que os corpos separados nunca estiveram unidos.” (BOBBIO, 1983, p. 72)

cidadão? “Não é portanto, contraditório pedir sempre mais democracia em uma sociedade sempre mais tecnicizada?” (BOBBIO, 1983, p. 61).

Já no plano estritamente jurídico, a importância das soluções dadas por especialistas ou técnicas pode ser constatada por ocasião da comprovação donexo causal no caso de um dano ambiental. Tal comprovação é dificultada pela “dúvida científica” originária do fato de que “os conhecimentos científicos em matéria ambiental são incompletos, contraditórios e imprecisos em muitos aspectos”. A dificuldade da tarefa aumenta frente a “distância”, ou seja, “a separação espacial existente entre a fonte e os danos ambientais ocasionados por aquela”; a “multiplicidade de fontes” - muitas vezes a lesão ambiental é derivada de variados focos de emissão -; e, o “tempo”, considerando que um dano ambiental pode manifestar-se passado determinado intervalo temporal. (CARVALHO, 2008, p. 112-113).

No plano político, nos tempos atuais, a autonomia do cidadão individual foi totalmente eclipsada pela predominância da organização em ampla escala. Em função dos avanços tecnológicos das economias ocidentais, direção e coordenação governamentais passam a ser funções cada vez mais complexas e especializadas, tornando inevitável a constituição de uma tecnocracia.¹⁸ Por seu lado, os cidadãos das democracias ocidentais tendem cada vez mais à ignorância cívica e à apatia política - “estado em que a mídia dominante da distração comercial e da manipulação política trata cuidadosamente de mantê-los.” Aqueles que deveriam constituir-se na base de uma concepção de democracia operativa, os eleitores concretos, evoluem em um sentido totalmente oposto. (ANDERSON, 1989, p. 31-2).

¹⁸ “[...] abre-se um fosso intransponível entre a competência – ou melhor, a incompetência – da maioria esmagadora dos cidadãos nessa área, e as qualificações dos poucos que efetivamente conhecem alguma coisa da questão: em consequência, é inevitável a constituição de uma tecnocracia.” (ANDERSON, 1989, P. 31).

Sobre este tema, Giovanni Sartori argumenta ser a opinião pública o que sustenta o “edifício” da democracia representativa. Apesar disto não se pode ficar cego à constatação de que a informação não é mais conhecimento, e que este último é composto pela competência e o controle cognitivo, tornando-se cada vez mais problemático à medida em que a política se complica.

A complexidade crescente do mundo da política é algo de que não se pode duvidar; resulta não apenas de interdependências crescentes e globais, como também da expansão mesma da esfera da política. Quanto mais a mão visível e a engenharia política substituem a mão invisível de ajustamentos (ou desajustamentos) automáticos, e quanto mais a política penetra em toda a parte, tanto menor o nosso controle daquilo que estamos fazendo. (SARTORI, 1994, p. 167)

O problema do conhecimento passa para o primeiro plano também por se estar frente a uma crise do conhecimento. Para Sartori, dadas tais premissas, conclui-se que “uma democracia de plebiscito soçobriria rápida e desastrosamente nos recifes da incompetência cognitiva.” Já numa democracia representativa ou eleitoral, o problema é adiado visto que não se requer um eleitorado competente ou instruído; no entanto, o problema do conhecimento não é daqueles que pode ser solenemente ignorado pela teoria da democracia. (SARTORI, 1994, p. 167).

5 UMA ECOLOGIA DAS DEMOCRACIAS OU A DEMOCRACIA AMBIENTAL

Habermas mostra como, as conjunturas históricas da Modernidade – por escolhas feitas pela esfera pública burguesa – determinaram a hiperbolização da dimensão tecnocientífica e sociopolítica (pilar de razão instrumentalização/ação estratégica) em detrimento da razão comunicativa/argumentativa.¹⁹

¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

Por seu turno, José Péricles Pereira de Sousa recorda conceituações dos estudiosos da “Escola de Frankfurt” da década de 20 a 40 do século passado – dentre os quais Walter Benjamin – da sociedade atual como “sociedades de massa” envolvidas na “cultura de consumo”. Em 1921 o escrito de Benjamin “O capitalismo como religião” deixou evidenciar como o capitalismo acabava por servir à satisfação das mesmas inquietudes que no passado eram respondidas pelas religiões. Partindo dessas ideias, os autores da Pós-Modernidade passam a contestar as lógicas do progresso, do desenvolvimento e do próprio crescimento econômico, parte dos paradigmas capitalistas de construção de sentidos para o mundo. Trata-se de narrativas que atacam os problemas gerados, nas realidades sociais e políticas, pelas trocas econômicas que envolvem em sua maioria a competitividade.

Com base em Benjamin Barber, o autor recorda que o mercado distrai as pessoas em idade de exercer a cidadania plena, “infantilizando os adultos”, de modo que eles deixam de querer se responsabilizar por assuntos coletivos, sem qualquer sentimento de culpa.²⁰ Uma “cidadania distraída” é o reflexo da atração exercida sobre os cidadãos pela “diversão constante” e pela busca incessante dos desejos, estimulados pela propaganda massiva que impede os indivíduos de refletir sobre os riscos decorrentes do atual estágio de degradação do planeta. A organização dos sistemas de educação, saúde, cultura, segurança, etc, - necessidades eminentemente políticas -, passam a ser compreendidas como sendo comerciais e os cidadãos passam a ver-se como consumidores do Estado, isto é, pessoas que “pagam” e exigem serviços. Desse modo, um dos problemas da democracia e da política reside no

²⁰ “Não poderia, mesmo, haver sentimento de culpa, quando a rede de mídia estruturada pelo sistema econômico divulga, preferencialmente, mensagens que elevem a lógica da *rivalidade*, da *individualidade*, do *egoísmo*. A vida passa a ser compreendida como eterna disputa, de uns contra os outros, por espaços de trabalho, de capacitação intelectual, de promoção profissional, de enriquecimento cultural, de afetividade e até de lazer.” (SOUSA, 2015, p.425).

[...] gerenciamento ou gestão de recursos (financeiros e humanos). As maiores companhias privadas se tornam o parâmetro de ‘governança eficiente’. E, ainda, tornam-se as financiadoras das campanhas de candidatos políticos e as investidoras nos projetos que cada Estado tenta desenvolver para alcançar certo ‘grau de eficiência socioeconômica’ a que se propuseram. Esse processo, de modo bastante explícito no Ocidente – mas também perceptível no Oriente – redundava numa refeudalização do sistema político: os *senhores* são as grandes empresas e os grandes especuladores/grandes fundos de investimento do capital financeiro internacional, enquanto os *vassallos* são os próprios Estados. (SOUSA, 2015, p. 426)

Com base em autores tais como Hannah Arendt e Zygmunt Bauman, o autor conclui que em princípio, nos Estados democráticos de direito atuais não existem possibilidades de uma “verdadeira ação política”, ocorrendo, um mero diálogo com representantes do Poder Público, sem força decisória ou vinculante.²¹ Em suma, a Pós-Modernidade convive com o dilema de um sistema econômico que é o mais “criativo e participado de todos os tempos”, ao tempo que é o próprio agente causador da “abulia social em termos de Política”.

A proposta de uma “ecologia das democracias”, envolve a formação de

[...] uma rede de propostas globais de autoridade partilhada que possa *corresponsabilizar* em vez de *desresponsabilizar* a todos (cidadãos, empresas, organizações multilaterais e governos) pelos rumos tomados, especialmente, na economia e na tecnociência. (SOUSA, 2015, p. 426-7).

²¹ “Se a democracia carece, no mínimo, dos princípios da *igualdade*, da *publicidade* (‘transparência’ dos atos dos governantes), da *lisura nos processos decisórios* e da *influência de todos na composição do Interesse Público*, a extensão do controle exercido pelos maiores grupos empresariais sobre os governos do mundo inteiro subverteria todos esses requisitos.”(SOUSA, 2015, p.426-7).

Decorrência da ideia de “ecologia integral”, o Estado democrático de direito ambiental, conjuga participação e compreensão da natureza como um interesse transindividual, difuso, com capacidade de reequilibrar não só o meio ambiente. Também a saúde, a economia, a política e os vínculos sociais estão hoje em crise.

Em conta da globalização desses deveres de proteção, a partir de tratados regionais ou internacionais sobre o Meio Ambiente, em particular, ou a partir do fenômeno do *transconstitucionalismo*, em geral, interessa sublinhar que a própria *democracia* não é uma ideia que possa ser padronizada – não existe um modelo de ‘participação cidadã’ a ser espalhado. Cada comunidade deve buscar as maneiras pelas quais esse dever pode ser concretizado. (SOUSA, 2015, p. 441).

A ecologia de democracias significa a oportunidade de globalizar inúmeras formas de coexistências, sejam elas humano-humano ou humano-biosfera. Cada uma dessas formas deverá respeitar as especificidades histórico-culturais dos sistemas políticos locais, servindo também para a participação transnacional.

Uma *ecologia de democracias* expõe, assim, o respeito pela ‘demodiversidade’. O padrão de democracia representativa exportado e globalizado a quase todos os países do mundo não é suficiente, hoje. Devem ser criados os arranjos democráticos possíveis, em cada país, não havendo, exclusivamente, a “democracia liberal” do *Consenso de Washington* ou do *Consenso de Bruxelas-Frankfurt* como forma ideal. (SOUSA, 2015, p. 434)

Vistas as características e algumas das diversas teorias que hoje se propõem a dar conta do fenômeno democrático, bem como a denunciar seus impasses, cabe analisar a possibilidade de propor as condições que propiciem o surgimento de uma democracia ambiental, ou, mais precisamente, tecer algumas considerações a título de colaboração na discussão dessa temática. Trata-se então de analisar o programa de reformas que a ecologia

política propõe para adequar o sistema democrático às demandas de sustentabilidade e autocontenção derivadas da crise ecológica.

Na perspectiva de Francisco Garrido Peña, a crise ecológica envolve três características básicas. A primeira é decorrente do esgotamento dos recursos naturais (matéria, energia, bio e geodiversidade) pela sobre-exploração (extração, produção e consumo). A segunda diz respeito à saturação dos ecossistemas e dos organismos (impactados negativamente pelos resíduos alterados organicamente do processo de produção e consumo). Finalmente, a terceira característica da crise é o colapso ou alteração irreversível dos ecossistemas e organismos. (2009, p. 471-7)

Para o autor o “decrecimento induzido”²² surge como única possibilidade no horizonte catastrófico de decrecimento sobrevivendo da crise ambiental. Só a redução da extração, do consumo e da produção com a conseguinte redução dos resíduos, dos impactos e dos efeitos do esgotamento, saturação e colapso pode encaminhar uma solução para a insana corrida consumista da atual fase do capitalismo. De fato, a crise ecológica requer não só mudanças qualitativas e tecnológicas (a mudança para uma economia solar, por exemplo), bem como “mudanças quantitativas no consumo total resultante.”²³ Um aumento da eficiência que não considere a austeridade é ecologicamente inviável, considerando que ele acaba por elevar o consumo de recursos. (GARRIDO PEÑA, 2009, p. 478).

Toda a democracia até agora conhecida, desenvolveu-se no marco do crescimento econômico ou tendo em vista o crescimento econômico como objetivo social e na atualidade o sistema político está construído para estimular o consumo de massa, considerando que nos sistemas anteriores a característica

²² “decrecimiento inducido”. (tradução livre)

²³ “cambios cuantitativos en el consumo total resultante.” Cf. LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006 e _____. **Pequeno tratado do decrecimento sereno**. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

era o consumo das elites. Cabe lembrar que muitos autores percebem na democracia a possibilidade de aspirar a um consumo generalizado.²⁴ Se a igualdade se limitar ao consumo, esse objetivo estará destinado ao fracasso visto ser “ecologicamente impossível”²⁵. (GARRIDO PEÑA, 2009, p. 478).

Considerando que as mudanças requeridas para aproximar democracia e decrescimento são múltiplas e complexas, o autor sevilhano passa a analisar os processos de legitimação das decisões coletivas e a ideia de soberania popular. As críticas à noção de democracia que emergem da noção clássica de soberania envolvem questionar se o povo é mesmo um único sujeito, se povo é igual a nação, se a nação é uma entidade política ou étnica, se uma decisão tomada pela maioria com graves danos à minoria é legítima, etc.

Todas essas velhas perguntas, e outras muitas mais, assediam uma ideia da soberania popular que ainda deve demasiadamente à tradição de uma teologia política medieval. A hipóstase nacionalista e o despotismo da maioria são as maiores ameaças a esta ideia da finitude racional do poder que deve presidir toda fundamentação democrática.²⁶

O constitucionalismo e o garantismo elaboraram uma rede de poderes e contra-poderes visando limitar constitucionalmente e garantir os direitos fundamentais com vistas a superar as “perversões autoritárias da soberania

²⁴ Sobre a relação entre consumo e cidadania ver por todos HIRSCHMAN, Albert. **De Consumidor a cidadão**. Atividade privada e participação na vida pública. São Paulo: Brasiliense, 1983.

²⁵ “ecologicamente imposible”. (tradução livre)

²⁶ “Todas estas viejas preguntas, y otras muchas más, asedian a una idea de la soberanía popular todavía demasiado deudora de a tradición de la teología política medieval- La hipóstasis nacionalista y el despotismo de la mayoría son las mayores amenazas a esta idea de la finitud racional del poder que debe presidir toda fundamentación democrática.” (tradução livre - GARRIDO PEÑA, 2009, p. 473)

popular”²⁷. Hoje a crise ambiental leva à questão de como incluir no sujeito da soberania as gerações futuras e a comunidade biótica, sem ação e palavra. É preciso ampliar os limites da comunidade moral para além da nossa geração e da nossa espécie de modo a alcançar um compromisso ético-político com força para debater a renúncia a própria ideia de crescimento. (GARRIDO PEÑA, 2009, p. 474).

Para superar esses desafios, Garrido Peña sugere, ao tempo em que reivindica a manutenção das conquistas liberais e garantistas, uma ressignificação do termo “soberania popular”, inspirado em Habermas (1997a, p. 589-618): trata-se da soberania popular como procedimento, ideia que por seu lado Habermas havia extraído do filósofo alemão Julius Fröbel. A soberania é percebida como “o conjunto de procedimentos que garantem uma formação deliberativa e racional da opinião e das decisões públicas.”²⁸ Para que ela seja exercitada, devem ser garantidas de modo constitutivo as condições pragmáticas da deliberação racional. Tais condições acabam por coincidir com as “intuições éticas e políticas da democracia”, quais sejam, a autonomia, as liberdades, a igualdade, etc. Na proposta habermasiana de dessubstancialização da soberania popular e de orientação ao procedimento, a soberania deverá garantir de modo permanente o exercício e a autodeterminação individual. “A enorme plasticidade dessa reconsideração da soberania a torna idônea para que assuma a presença dos direitos e interesses dos sujeitos difusos como são as gerações futuras ou a comunidade biótica.”²⁹ Os três elementos salientados nessa proposta são: uma concepção procedimentalista frente a outra substancialista da soberania; uma forte orientação à auto-restrição no campo das decisões e o

²⁷ “perversiones autoritarias de la soberanía popular” (tradução livre)

²⁸ “el conjunto de procedimientos que garantizan una formación deliberativa y racional de la opinión y de las decisiones publicas.” (tradução livre)

²⁹ “La enorme plasticidad de esta reconsideración de la soberanía la hace idónea para que asuma la presencia de los derechos e intereses de sujetos difusos como son las generaciones futuras o la comunidad biótica.” (tradução livre - GARRIDO PEÑA, 2009, p. 474-5)

sujeito como forma procedimental. (GARRIDO PEÑA, 2009, p. 474-5).

Ao perceber a insuficiência da postulação habermasiana para dar conta da proteção às comunidades invisíveis (as gerações futuras) ou silenciosas (comunidade biótica), Garrido Peña, dá um passo além e redefine a soberania que passa a ser “o conjunto de procedimentos institucionais e normativos que garantam a tomada de decisões que assegurem a não destruição da comunidade biótica e a autodeterminação de todo indivíduo independente da geração que lhe coube viver.”³⁰ (2009, p. 476).

Tendo como referência essa virada conceitual, o autor aborda a distinção entre “titularidade” (normativamente limitada) e “exercício” (deliberativamente limitável) da soberania.

Desse modo o titular da soberania não é nenhum ‘alguém’ (*quid*) e sim em um ‘como’ (*quod*). Qual ‘como’? Uma forma institucional e normativa que comporta e garante o permanente exercício da autodeterminação de cada um dos indivíduos de nossa espécie em cooperação com a comunidade biótica. A titularidade da soberania ampara os direitos e a existência de toda a comunidade biótica; só a espécie humana pode deter o seu exercício.³¹ (2009, p. 475)

Entre as propriedades do conjunto de procedimentos normativos e institucionais da soberania, o autor reivindica a existência de três propriedades constituintes e portanto intangíveis: responsabilidade, consistência e parcimônia. Pela

³⁰ “como el conjunto de procedimientos institucionales y normativos que garantizan la toma de decisiones que aseguren la no destrucción de la comunidad biótica y la autodeterminación de todo individuo independiente de la generación en la que le haya tocado vivir”. (tradução livre - 2009, p. 476)

³¹ “De esta manera el titular de la soberanía no recae ningún ‘alguien’ (*quid*) sino en un ‘como’ (*quod*) ¿Qué ‘como’? Una forma institucional y normativa que comporta y garantiza el permanente ejercicio de autodeterminación de cada uno de los individuos de nuestra especie en cooperación con la comunidad biótica. La titularidad de la soberanía ampara los derechos y la existencia de toda la comunidad biótica; solo la especie humana puede detentar el ejercicio.” (tradução livre - 2009, p. 475)

primeira, a soberania precisa estar limitada à produção de decisões e escolhas sustentáveis e responsáveis com o futuro, envolvendo a solidariedade intergeracional e interespecífica. Pela segunda propriedade, é necessário que a decisão tenha coerência e consistência considerando a titularidade e o exercício. Por ela, direitos e liberdades fundamentais são intangíveis, bem como as regras da democracia. Finalmente, pela terceira os procedimentos normativos e institucionais deverão abranger um mínimo capaz de garantir que a soberania se reproduza. (GARRIDO PEÑA, 2009, p. 476).

O marco formal constitutivo da soberania popular procedimental não delimita que a decisão seja correta ou incorreta, boa ou má, justa ou injusta ou que decisões são válidas e sim aquilo sobre o qual é legítimo decidir por regras da maioria e minoria a uma geração concreta. A soberania popular como procedimento delimita o campo de validade das eleições democráticas possíveis. Do mesmo modo a Constituição delimita o campo normativo constitucional e estabelece condições muito exigentes para a auto-reforma desse mesmo campo normativo.

Por outro lado, há que considerar-se, que se para Thomas Marshall o direito não tem o condão de ser emancipatório, legitimando a desigualdade, Boaventura Sousa Santos, complementa essa ideia quando recorda que emancipatórios e não-emancipatórios são as organizações, os grupos cosmopolitas subalternos, enfim, os movimentos que buscam a lei com vistas a levar adiante suas lutas. (MARSHALL, 1967; SANTOS, 2003).

Conectando tais movimentos à democracia, Avritzer refere à presença de sistemas deliberativos (ou participativos) capazes de propiciar um diálogo com diferentes instrumentos e dispositivos participativos, o que favorece a uma ampliação no processo de construção das políticas públicas pela participação social. O debate promovido nestes sistemas, no plano da normatização das experiências participativas, pode acabar por promover desdobramentos interessantes no futuro, respondendo a diferentes necessidades colocadas por experiências concretas com diálogo espontâneo entre sistemas participativos diversificados. (2012, p.13-14).

A fim de enfatizar o processo de aprofundamento democrático desencadeado pela democracia deliberativa – um processo sem estágio final, cujas fronteiras são renovadas pelo exercício democrático social, ampliando o espaço da democracia representativa, mais rígido e regulado – Boaventura de Sousa Santos, cunha a expressão de “democracia sem fim”. (SANTOS, 1997).

A emancipação pressupõe movimentos simultâneos de democratização das sociedades contemporâneas. A democracia deve permanecer como aspiração, jamais totalmente realizável, capaz de transformar situações de poder desigual em processos em que a autoridade é partilhada. As transições comportamentais envolvem uma “cosmodemocratização” ou mudança na relação do humano com o cosmo, uma “macrodemocratização” ou a eleição de um modelo econômico-político alternativo, uma “microdemocratização” ou transformações nas atitudes cotidianas e uma “intrademocratização”, isto é, mudanças de horizontes ético-morais. (SOUSA, 2015, p. 419).

6 CONCLUSÃO

Os cientistas e teóricos sociais que trabalham com o tema da democracia têm um papel ativo na construção e cristalização do seu significado e portanto devem, a partir dos problemas colocados pela crise ambiental escolher um dos lados do conflito.

Ao estabelecer esferas de indecidibilidade no Estado de direito, os esquemas substanciais de estrita legalidade são entendidos por Ferrajoli como axiologicamente mais importantes do que as normas da democracia formal ou política (mera legalidade). O princípio da democracia formal ou política “relativo a *quem* decide”, subordina-se aos princípios da democracia substancial relativos “ao *quê* não é lícito decidir e ao *quê* é lícito deixar de decidir”.

Como corolário temos que, para o “garantismo”, a expansão da democracia deverá dar-se não somente pela multiplicação de seus espaços de atuação, abrangendo também espaços não políticos, onde ficam formalmente democratizados o

quem e o *como* das decisões. A ampliação deverá abranger também os vínculos funcionais e estruturais impostos aos poderes democráticos (burocráticos, públicos e privados) destinados à tutela substancial dos direitos fundamentais, elaborando novas técnicas capazes de assegurar sua efetividade.

Subsistem dúvidas também no que concerne a temática dos obstáculos representados pelo desenvolvimento científico e tecnológico para o funcionamento da democracia. Considerando que os problemas ambientais envolvem o difícil equilíbrio entre a manutenção de um meio ambiente saudável e o desenvolvimento econômico/industrial possibilitado pelos avanços da ciência e da técnica, como compatibilizar a participação democrática com a tendência a que a solução dos problemas ambientais exatamente por sua complexidade, seja decidida cada vez mais por uma tecnocracia?

A proposta representada por uma ecologia das democracias envolve a consolidação de uma rede global de propostas sobre autoridade partilhada capaz de se responsabilizar sobre os rumos tomados na economia e na tecnociência, de forma solidária a todos, sejam eles cidadãos, organizações multilaterais, governos, empresas, etc. Considerando que democracia é a forma de governo em que as decisões são tomadas coletivamente, as questões colocadas pelo funcionamento da democracia deliberativa e a reformulação da soberania popular proposta como forma de enfrentamento à problemática ecológica envolvem uma profunda reforma constitucional e legislativa com formas e relações institucionais necessariamente inovadoras. É suposto que nem a soberania popular como teoria legitimadora da democracia nem as modificações sugeridas podem garantir as condições materiais e ecológicas capazes de possibilitar que a estrutura de tomada de decisões se oriente no sentido da responsabilidade, da consistência e da parcimônia. Muito menos a reflexividade intergeracional e interespecífica das decisões. Todavia, sem tais reformas conceituais e mesmo ideológicas tais mudanças serão mais difíceis e talvez impossíveis.

Em resumo, o enfoque procedimental no que concerne à soberania democrática, aliado à abordagem substancialista quanto à estrutura de uma democracia voltada para os valores da parcimônia, responsabilidade e consistência, pode lançar as bases para uma democracia ambiental capaz de superar os impasses políticos e ecológicos que ameaçam a existência humana nos dias que correm.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, P. As afinidades de Norberto Bobbio. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n° 24, p. 14-41, jul 1989.

AVRITZER, Leonardo. Democracy beyond aggregation: the participatory dimension of public deliberation. **Journal of Public Deliberation**, n° 8, art. 10/2012.

_____. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. **Dados**, Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 3, p. 443-464, 2007.

BAZOLLI, João Aparecido. Democracia participativa: direito à cidade sustentável e com qualidade de vida. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete M. A. (coord.). **Direito e ambiente para uma democracia sustentável**. Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil: Curitiba: Instituto Memória, 2015. [no prelo]

BOBBIO, N. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. **Arquivos do Ministério Público**. Brasília, Fundação Petrônio Portella, ano 40, n. 170, out-dez. 1987.

_____. **A Teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1980. 178p. Título original: *La Teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*.

_____. Governo dos homens ou governo das leis in _____. **O Futuro da democracia/** uma defesa das regras do jogo Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986a. p.151-171. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*.

- _____. **Liberalismo e democracia.** Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. 100p. Título original: *Liberalismo e democraziaia*
- _____. O Futuro da democracia in _____. **O Futuro da democracia/** uma defesa das regras do jogo Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b. p. 17- 40. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco.*
- _____. A Crise da democracia e a lição dos clássicos. **Arquivos do ministério público.** Brasília, Fundação Petrônio Portella, a. 40, nº 70, p. 29-43, out/dez 1987.
- _____. Por que democracia? in _____. **Qual socialismo?** Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983a, p. 75-92
- _____. Quais as alternativas à democracia representativa? in _____. **Qual Socialismo?** Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983b, p. 55-74
- BOVERO, M. Introdução in BOBBIO, N. **Teoria geral da política.** Tradução de D. B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRUNTLAND, Gro et al. **Our common future:** The world commission on environment and development. 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wccd-ocf.htm>.> Acesso em: 18 de julho de 2015.
- CADEMARTORI, D. M. L. de; JOSÉ, C. L. Prolegômenos sobre a democracia em Jürgen Habermas. **Revista Pensar**, UNIFOR, Fortaleza, v. 13, p. 20-32, 2008.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro:** a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- DUTRA, Delamar Volpato. **Manual de filosofia do direito.** Caxias do Sul: Educs, 2008. 182p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução de Perfecto A. Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. 991 p. Título original: *Diritto e ragione*

_____. **Garantismo**. Debate sobre el derecho y la democracia. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta 2001, p. 287-382

_____. **Principia iuris**. Bari: Laterza, 2007. v.II

GARRIDO PEÑA, Francisco. El decrecimiento y la soberanía popular como procedimiento. **Revista Res Publica**. Suplemento I. Universidad de Murcia, 2009, p. 471-477

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução de G. Sperber e P. A. Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. 390p. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen*

_____. A revolução e a necessidade de revisão na esquerda. O que significa o socialismo hoje? In: BLACKBURN, Robin (Org.). **Depois da queda**. O fracasso do comunismo e o futuro do socialismo. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992. (Indicar as páginas inicial e final)

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, 354p. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HIRSCHMAN, Albert. **De Consumidor a cidadão**. Atividade privada e participação na vida pública. São Paulo: Brasiliense, 1983.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, Fundação Petrônio Portella, a. 40, n° 170, p. 63-127 out/dez 1987.

LATOUCHE, Serge. O Desenvolvimento é insustentável. (Entrevista) **Cadernos IHU em formação**. Sociedade Sustentável. Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, p. 80-82, ano 2, n. 7, 2006.

_____. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 170p.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOUFFE, Chantal. Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism. **Reihe Politikwissenschaft Political Science Series**, Institut für Höhere Studien (IHS), Wien Institute for Advanced Studies, Vienna, p. 72², december, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o Social e político na pós-modernidade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? Tradução de João Paulo Moreira. **Revista Crítica de Ciências Sociais (RCCS)**, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 65, p. 3-76, mai. 2003. Disponível: <http://rccs.revues.org/118>. Acesso em: 19 de julho de 2015

_____. Presupuestacion Participativa Hacia Una Democracia Redistributiva. Traducción do inglês de Júlio Caballero. **Ruralter, Coimbra**, v. 1, p. 107-156, Sem. 2, nov/1998. Disponível: www.Boaventuradesousasantos.pt/media/presupuestacion%20participativa_ruralte.pdf. Acesso em: 19 de julho de 2015.

SARTORI, G. **A Teoria da democracia revisitada/ 1**. O Debate contemporâneo. Tradução de Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia.**

Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Título original: *Capitalism, socialism an democracy*

SOUSA, José Péricles Pereira de. Democracia verde: conexões entre o direito ambiental e o direito à participação política. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete M. A. (coord.). **Direito e ambiente para uma democracia sustentável.** Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil: Curitiba: Instituto Memória, 2015. [no prelo]

VOSSOLE, Jonas Van; CASTRO, Irina. Narrativas divergentes sobre a democracia no conflito social português: o caso da privatização da água. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete M. A. (coord.). **Direito e ambiente para uma democracia sustentável.** Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil: Curitiba: Instituto Memória, 2015. [no prelo]

A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Flavia Quiroga Quintas¹

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

INTRODUÇÃO

Este texto trata dos aspectos concernentes a possibilidade da caracterização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo. Ao realizar um estudo hermenêutico, mediante uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, enfrenta-se a hipótese da expansão do dano moral individual ao coletivo para fins de indenização decorrente de tal sorte de lesão. Para tanto, faz-se inicialmente uma explanação acerca da atual sociedade de risco em que se vive, teoria desenvolvida pelo autor Ulrich Beck, a evidenciar a necessidade de uma consciência ambiental e, conseqüentemente, uma construção jurídica ambiental com vistas a proteção e amparo do meio ambiente sadio e equilibrado. Contudo, a despeito do aparato principiológico ambiental, verifica-se a ocorrência de danos ambientais, motivo pelo qual se enfrenta, na sequência, a caracterização e os múltiplos efeitos possíveis oriundos de tal sorte de lesão. Desta forma, construiu-

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

² Pós-doutora em Direito pela UFSC-Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela UFPR- Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande-FURG. Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-POA-RS Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Grupo de Pesquisa: Direito E Justiça Social -. Constitucionalismo latino-americano e Direito e Justiça Social.

se um raciocínio jurídico doutrinário voltado à possibilidade da responsabilização de danos ambientais extrapatrimoniais coletivos, bem como aos demais aspectos concernentes a responsabilização. Por derradeiro, correlaciona-se as ideias doutrinárias apresentadas com posicionamentos jurisprudências, no intuito de evidenciar a falta de unicidade dos entendimentos jurisprudenciais com relação à doutrina no tema em apreço.

1 DO DANO AMBIENTAL

A despeito de toda a referida construção legal e principiológica voltada a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüente, coibição de lesões ambientais, muitas vezes tal aparato jurídico não é capaz de impedir a ocorrência de danos ambientais das mais diversas espécies. Em outras palavras, muitas vezes os riscos – sejam eles de ordem concreta/potencial ou ainda em abstrato – tornam-se danos ao meio ambiente das mais diversas ordens, efeitos e alcance. Desta maneira, cumpre-se realizar um estudo acerca do dano ambiental de como é enfrentado na atual sociedade de risco.

Nesse sentido, imperioso debruçar-se sobre o conceito de dano ambiental. Ao encontro da conceituação do termo “meio ambiente”, o dano ambiental enfrenta a mesma abrangência. Veja-se, então, que tal definição decorre, inerentemente, do conceito de dano no Direito Civil. Com efeito, fala-se naquela lesão de ordem material ou imaterial garantida pelo ordenamento jurídico como passível de reparação pelo responsável na conduta em favor do sofrido. Assim:

O dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável ao próprio prejudicado. A ação ou omissão de um terceiro é essencial. Decorre daí que o dano implica alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntariamente ou involuntariamente, tenha dado

origem à mencionada alteração³.

Por sua vez, o dano ambiental diz de uma lesão na ordem ecológica. Não há uma conceituação legal de dano ambiental, cabendo, então, uma leitura integradora e interpretativa do tema. Nesse sentido, o conceito de dano ambiental vincula-se fundamentalmente nas definições de degradação e poluição ambiental trazidas pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Com efeito:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

II - **degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;**

III - **poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:**

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos⁴.

Poder-se-ia dizer que o dano ambiental nada mais é que uma lesão na ordem ambiental. Todavia, conforme se depreende da leitura do artigo colacionado, os conceitos apontados “[...] demonstram o quão abrangente é a proteção proporcionada pela legislação brasileira, estando nela evidentemente contempladas a lesão material e a imaterial do meio ambiente, além das suas

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 286 – 287.

⁴ BRASIL. **Lei nº 6.938**: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 2/09/1981.

eventuais repercussões em interesses pessoais e particulares⁵”.

Consoante ao autor Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁶, dano ambiental é uma lesão decorrente de uma atividade praticada tanto por pessoa física como jurídica pública ou privada, a qual seja responsável pelo dano, ainda que de maneira indireta, caracterizando-se como poluidor e surgirá a responsabilidade de indenizar pelos danos provocados.

O dano ambiental, então, não engloba apenas elementos ecológicos concernente a alterações climáticas e demais mudanças das características ambientais de determinado ecossistema, mas também incorpora todas as reações negativas de ordem patrimonial e extrapatrimonial decorrentes da referida lesão ambiental a afetarem a qualidade de vida e o bem-estar de indivíduos e de toda a coletividade.

Diante disto, alguns autores debruçam-se sobre o tema, de modo a aprofundá-lo, destacando algumas peculiaridades acerca do conceito em apreço. É que, por se tratar de um bem comum ao povo, incorpóreo⁷, indivisível⁸ e de toda a coletividade, há questões, tais como a da reparabilidade da lesão, dos efeitos e extensões dos danos, que não podem simplesmente serem migradas do direito civilista para o ambiental, dada a singularidade das lesões ecológicas.

Os autores José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala acabam por trazer distinções entre o dano tradicionalmente

⁵ LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. **Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira**. XV Congresso Nacional do CONPEDI - Congresso Brasileiro da Pós-Graduação em Direito, Manaus, 2005, p. 8.

⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 108 - 109.

⁷ Bens incorpóreos são aqueles que não possuem uma existência tangível, ou seja, sem existência material, mas com existência jurídica. VER MAIS in: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 289 – 318.

⁸ Bens indivisíveis são aqueles não podem ser divididos sem a perda de sua substância. VER MAIS in: Id. *Ibid.*, p. 289 – 318.

conhecido e o dano ambiental⁹. Veja-se, a um, que o dano tradicional possui uma relação com os indivíduos e bens individuais – pois decorrentes de bens e direitos intersubjetivo, ao passo que no dano ambiental recai sobre bem difuso, mas podendo implicar em efeitos negativos para determinadas pessoas. A dois, a lesão do dano tradicional recai em uma pessoa, enquanto no dano ambiental o sujeito é toda a coletividade e, a três, há uma certeza do dano tradicional, a qual não se verifica de plano tal concretude na lesão ambiental. A quatro, observa-se que o dano tradicional é atual e subsistente – permanente e claro –, porém o dano ambiental é transtemporal, cumulativo e gradativo. A quinto, a lesão interindividual caracteriza-se por ser visivelmente anormal, enquanto o dano ambiental decorre de uma anormalidade, mas que pode ser tolerada até determinado ponto. A sexto, há a questão da comprovação da causalidade, por ser muito mais fácil comprovar o nexo causal no dano tradicional do que no ambiental, tudo porque determinada poluição ou degradação surge, muitas vezes, em decorrência de vários fatores e não em virtude de um agente isolado. A sétimo, fala-se acerca do instituto da prescrição, dado que no dano tradicional há previsões legais constantes no Código Civil determinando o prazo para pleitear em juízo, ao passo que a lesão ambiental, por se tratar de violação a um bem difuso, é imprescritível, no que tange à reparação da biota ao *status quo ante*.

Uma oitava diferença entre os danos em apreço, para os autores¹⁰, é a questão da prova a ser produzida para a comprovação do efetivo dano, sendo no âmbito do direito ambiental mais difícil de ser confeccionada, motivo pelo qual se permite o alargamento da prova, incidindo a verossimilhança e probabilidade. Em nono plano, de se dizer que no direito civilista implica no direito adquirido e estabilidade do ato jurídico, enquanto no direito ambiental há a incidência dos princípios do

⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97 - 99.

¹⁰ Id. *Ibid.*, p. 97 – 99.

poluidor-pagador, precaução, prevenção e reparação integral do dano, conforme já comentado, circunstância que implica no dever de reparação a despeito da existência de licença ambiental expedida em favor do responsável. Por último, no direito civilista é pacífico o entendimento de dano moral tradicional ser intersubjetivo, ao passo que no direito ambiental há o reconhecimento, ainda que bem discutido e polêmico, conforme será visto na sequência, do dano moral coletivo, em decorrência da atinência da qualidade de vida, valores coletivos, etc.

Feitas essas considerações acerca da peculiaridade do dano ambiental em comparação com o tradicional, cabe, na sequência, explanar acerca da natureza e dos efeitos possíveis concernente às lesões ambientais. É que determinado dano ambiental pode implicar num dano ambiental patrimonial e/ou extrapatrimonial, bem como ser de caráter individual e/ou coletivo.

Com efeito, imperioso referir que a doutrina atualmente compreende possível a ocorrência de diversas sortes de consequência em virtude de um único dano, tudo porque uma lesão pode vir a violar simultaneamente diversas ordens de direitos tutelados, sejam eles de caráter individual ou coletivo, tudo a configurar efeitos múltiplos, cuja origem refere-se a um único dano ambiental. Nesse sentido, tal entendimento também é amplamente visto nos tribunais, a exemplo da decisão colacionada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INTERDEPENDÊNCIA CAUSAL - POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO SIMULTÂNEA A MAIS DE UMA ESPÉCIE DE INTERESSE COLETIVO - DIREITOS DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - LEGITIMIDADE. 1. Conforme se observa no acórdão recorrido, o caso dos autos ultrapassa a órbita dos direitos patrimoniais da população diretamente afetada e atinge interesses metaindividuais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a uma vida saudável. 2. É um erro acreditar que uma mesma situação fática não possa resultar em violação a interesses difusos, coletivos e

individuais simultaneamente. A separação, ou melhor, a categorização dos interesses coletivos lato sensu em três espécies diferentes é apenas metodológica. 3. No mundo fenomenológico as relações causais estão tão intimamente ligadas que um único fato pode gerar consequências de diversas ordens, de modo que é possível que dele advenham interesses múltiplos. É o caso, por exemplo, de um acidente ecológico que resulta em danos difusos ao meio ambiente, à saúde pública e, ao mesmo tempo, em danos individuais homogêneos aos moradores da região. 4. Ademais, ainda que o caso presente tratasse unicamente de direitos individuais homogêneos disponíveis, isso não afasta a relevância social dos interesses em jogo, o que é bastante para que se autorize o manejo de ação civil pública pelo agravado. Agravo regimental improvido¹¹.

Nesse sentido, Leite e Ayala sistematizam as diversas consequências possíveis do dano ambiental e as classificam em três grupos¹². Fala-se, a um, do dano ecológico *stricto sensu* ou dano ecológico puro, caracterizado pela destruição parcial ou total de componentes naturais do ecossistema, tudo em virtude do meio ambiente ser de titularidade difusa – das presentes e futuras gerações –, sendo este dano imprescritível¹³, em

¹¹ Egrégio Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1154747/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.

¹² LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 92 – 93.

¹³ Sobre o tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento da imprescritibilidade dos danos ambientais. Assim, colaciona-se o presente julgado: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. (...) 3. O Tribunal a quo entendeu que: “Não se pode aplicar entendimento adotado em ação de direitos patrimoniais em ação que visa à proteção do meio ambiente, cujos efeitos danosos se perpetuam no tempo, atingindo às gerações presentes e futuras.” Esta Corte tem entendimento no mesmo sentido, de que, tratando-se de direito difuso - proteção ao meio ambiente -, a ação de reparação é imprescritível. Precedentes. Agravo regimental improvido. AgRg no REsp 1150479/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011.

decorrência da titularidade do direito lesado ser transindividual. A dois, há o dano ambiental propriamente dito ou *lato sensu*, sobre o qual recai a concepção ampla e unitária do meio ambiente, recaindo inclusive sobre o patrimônio cultural, tudo porque se refere aos interesses difusos da coletividade, bem como, a três, há o dano individual ambiental ou reflexo, o qual se refere as lesões de interesses individuais, concernente aos microbens ambientais, circunstância explorada a diante.

Para melhor compreensão da classificação acima apontada, passa-se a explorar acerca dos efeitos das lesões ecológicas, de modo que podem repercutir tanto danos patrimoniais como extrapatrimoniais, ambas nas esferas individual e na coletiva.

Com relação aos danos ambientais patrimoniais, fala-se em lesões ambientais que resultem perda patrimonial, ou seja, o dano provocado gerou prejuízos de bens materiais às vítimas. Em outras palavras, refere-se às perdas financeiras decorrentes da lesão, de modo que recaem na recuperação ou restituição do bem ambiental lesado. Cita-se, como exemplo, o custo de retirada de óleo, a quantia necessária para efetuar a limpeza de determinado lugar, da restauração de um bem cultural, etc.

Tal efeito pode refletir em direitos de ordem individual como coletiva. Na lesão individual, afasta-se da concepção clássica de propriedade do bem ambiental e se aproxima ao conceito tradicional civilista de propriedade. É que a despeito do meio o meio ambiente ser considerado um macrobem, o qual é de propriedade de toda a coletividade, conforme explorado no capítulo anterior, para a concepção de danos individuais utiliza-se a ideia de microbens, de modo que os indivíduos detêm as respectivas propriedades e se encontram suscetíveis a serem submetidos a lesões ambientais de interesses individuais, caracterizando verdadeiro dano ambiental individual reflexo¹⁴. Verifica-se, pois, estar diante de verdadeiro direito de vizinhança, alicerçado pela responsabilidade civil e pelo direito da personalidade do indivíduo.

¹⁴ LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 94.

Cita-se, por exemplo, a situação de uma família de agricultores que se vê diante da perda de toda a plantação voltada ao comércio para o sustento da família, tudo em virtude da poluição das águas do rio utilizado como fonte de irrigação dos alimentos cultivados. Nesse sentido, comprova-se que perda da produção se deu em virtude de uma fábrica vizinha a pequena propriedade rural ter realizado reiterados despejos dos seus respectivos resíduos líquidos e sólidos sem qualquer sorte de tratamento em corpo hídrico a banhar ambos locais. Diante de tal sorte de poluição, a família prejudicada economicamente pela conduta da fábrica poluidora – valor pecuniário referente ao montante total auferido com a comercialização dos produtos plantados –, pode postular judicialmente¹⁵ a reparação dos danos materiais, compreendendo em danos emergentes e lucros cessantes, sem prejuízo dos eventuais danos morais pleiteados cumulativamente, em consonância com o disposto na Súmula nº 37¹⁶ do STJ, tudo em atendimento ao princípio da indenização integral.

No que concerne ao dano ambiental patrimonial coletivo, retoma-se a concepção do meio ambiente como macrobem, difuso, de propriedade de toda a coletividade e utiliza-se as mesmas ideias de prejuízos econômicos em virtude de lesão ambiental, cabendo a responsabilização do poluidor¹⁷. Trata-se,

¹⁵ Em se tratando de lesão a direito intersubjetivo individual, verifica-se a possibilidade de se socorrer da tutela jurisdicional a partir de procedimento civil ordinário, mediante o ajuizamento de ação reparatória e/ou indenizatória promovida pela vítima contra o agente poluidor, meio processo regrado pelas determinações do Código de Processo Civil.

¹⁶ Súmula nº 37 do STJ: “Indenizações - Danos - Material e Moral - Mesmo Fato – Cumulação. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. 12/03/1992 - DJ 17.03.1992

¹⁷ Em se tratando de coletiva, pode-se identificar lesão a interesses individuais homogêneos – os quais são direitos subjetivos individuais oriundos de uma origem comum, com titularidade determinada e com objeto divisível, conforme artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor –, de interesses coletivos – serem direitos transindividuais, com objeto indivisível e com os titulares unidos entre si ou contra terceiro mediante um liame jurídico, conforme o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código

pois, do experimento de perdas de valor pecuniário a mais de uma vítima. No exemplo dado anteriormente, haveria efeito patrimonial de ordem coletiva caso mais de uma única família viessem a perder as respectivas plantações, seja de maneira total ou parcial, de modo que é garantido às vítimas a postulação de indenização em quantia referente aos danos emergentes e, em havendo, lucros cessantes.

Com relação ao dano ambiental extrapatrimonial, refere-se àquelas lesões que repercutiram perdas de ordem imaterial às vítimas, as quais, a despeito de ser impossível a equiparação a um valor pecuniário correspondente aos danos, possuem o igual direito de serem objetos de indenizações. Trata-se, a bem da verdade, do dano moral, oriundo da lesão de valores de ordem espiritual, ideal ou moral, a determinado sujeito, mas que, para fins de melhor abrangência da lesividade, nomeia-se dano extrapatrimonial. Vincula-se, pois, aos direitos da personalidade¹⁸.

Nesse sentido, Leite e Ayala defendem a classificação do dano extrapatrimonial ambiental em subjetivo e objetivo¹⁹. No que concerne ao dano ambiental extrapatrimonial subjetivo, refere-se àquela lesão a um interesse individual, ou seja, “quando a lesão ao meio ambiente reflete negativamente em bens

de Defesa do Consumidor –, ou de ordem difusa – interesses transindividuais, de titularidade de um número indeterminado e indeterminável de pessoas, de acordo com o artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Tais direitos são tutelados mediante o ajuizamento de ação civil pública (regrada pela Lei nº 7.347/85), ação popular (Lei nº 4.717/65), mandado de segurança coletivo (Lei nº 12.016/09), ação cautelar, bem como por ação executória, ajuizados pelos legitimados previstos para cada um dos procedimentos processuais contra o agente poluidor. Com efeito, após sentença determinando o dever de indenizar, verificar-se-á o dano ambiental sofrido por cada uma das vítimas, as quais serão ressarcidas na medida dos seus prejuízos. VER MAIS in: MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1402 – 1489.

¹⁸ Direitos da personalidade, segundo Milaré, intenta, tutelar aquelas prerrogativas primárias, estabelecidas nos ordenamentos jurídico internos. VER MAIS in: Id. *Ibid.*, p. 125 - 137.

¹⁹ LEITE, Op. Cit. p. 284 – 289.

individuais de natureza imaterial, provocando sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima”²⁰. Em outras palavras, fala-se de dano extrapatrimonial de ordem individual, de modo que se identifica lesões a determinada pessoa ou grupo. A exemplo, cita-se a situação de uma família sofrer danos de ordem psíquica em decorrência da pulverização indevida de agrotóxicos na fazenda vizinha.

No que tange ao dano ambiental extrapatrimonial objetivo, diz-se da violação de interesse difuso para além de perdas de cunho material, ou seja, refere-se a lesão de ordem imaterial coletiva, em virtude do estrago do patrimônio ideal da coletividade, tal como a manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida. Devido as grandes discussões jurídicas contrárias e favoráveis e pela pouca eficácia prática desejada da reparação por tal dano, o tema ora em apreço será discutido no ponto seguinte.

1.1 O DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: UMA NOVA CONSTRUÇÃO JURÍDICA

Conforme já comentado anteriormente, o dano ambiental extrapatrimonial coletivo, ou seja, o dano ambiental extrapatrimonial objetivo, recai sobre interesses imateriais de ordem transindividual, ou seja, refere-se a um prejuízo experimentado pelo patrimônio ideal de toda a coletividade. Primeiramente, quando fala-se em lesão ambiental extrapatrimonial de cunho coletivo, deve-se ter em vista que o objeto ora em apreço diz do meio ambiente como macrobem, cuja titularidade é de toda a coletividade. Conforme bem explicado por Délton Winter de Carvalho:

Os danos ambientais, em sua dimensão coletiva, consistem em agressões ocasionadas diretamente ao meio ambiente, em sua dimensão de macrobem, afetando, por isso, interesses transindividuais (difusos ou coletivos *stricto sensu*). Partindo do pressuposto que o art. 225 da

²⁰ Id. *Ibid.*, p. 284.

Constituição Federal caracteriza o meio ambiente como bem de uso comum do povo, a sua tutela repercute na promoção da qualidade de vida, através da proteção direta de sua dimensão ambiental (qualidade ambiental). O dano ambiental coletivo, configura-se na lesão ao meio ambiente unitário, autônomo, coletivo e indivisível, ou seja, ao macrobem, o que lhe confere o *status* de um direito inalienável, irrenunciável e imprescritível²¹.

Feito esse apontamento inicial, de se dizer que para a concretização do dano extrapatrimonial coletivo ambiental resta necessário afastar-se da concepção clássica do dano moral. É que enquanto o dano moral individual encontra-se alicerçado na dor, sofrimento, diminuição na qualidade de vida, bem como na humilhação do indivíduo, sendo o valor indenizatório destinado à vítima, o dano moral coletivo funda-se na noção de desvalorização imaterial do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou na perda da qualidade de vida das presentes e futuras gerações²², em virtude de lesão ao meio ambiente como macrobem, encaminhando-se o *quantum* indenizatório a um fundo com vistas à recuperação, conservação e preservação do meio ambiente.

Com efeito, para a caracterização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo não se pode analisar sob o aspecto pessoal – com vítima direta, determinada e pessoal –, mas sim sob a violação de direitos da personalidade inerente a toda a coletividade. Com efeito, a lesão imaterial diz daquela alteração dos parâmetros necessário para garantir o direito de uma qualidade de vida, de modo que gere um sentimento negativo em

²¹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

²² A reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo nas demandas ambientais se viu instrumentalizado a partir dos mecanismos jurídicos criados na esfera da tutela coletiva, em especial pela Lei n.º 7347/85 e Lei n.º 4.717/65. Com efeito, cabe a postulação de direitos subjetivos concernentes às lesões de interesses coletivos e difusos referentes ao meio ambiente. VER MAIS in: FIORILLO. Op. Cit., p. 656 – 721.

um determinado grupo social – e aqui fala-se em dano moral coletivo –, ou dispersos numa comunidade – o qual refere-se em dano moral difuso.

Em outras palavras, para a acertada compreensão do que se deve entender por dano moral coletivo, necessário desvinculá-lo, pelo menos em parte, dos princípios que informam a relação jurídica afeta à responsabilidade civil por danos individuais, tudo a fim de concebê-lo como instituto cuja finalidade identifica-se com a prevenção e repressão das ações tendentes a violar direitos e interesses de natureza transindividual, na medida em que tais garantias se constituem em valores merecedores de tutela protetiva, mormente em se tratando de dano ambiental.

Para a aferição do dano em apreço, mostra-se impertinente a comprovação de qualquer sorte de dor psicológica, angústia ou outro sentimento de desvalia, pertinentes à pessoa humana considerada em sua individualidade. A bem da verdade, em se tratando de interesses difusos, a configuração de dano extrapatrimonial se justifica tão somente pela violação ao meio ambiente de maneira significativa, ou seja, decorre da própria situação de fato criada pela conduta do agente – danos *in re ipsa* –, o que torna desnecessária a prova do efetivo prejuízo, na medida em que se presume em face da própria lesão aos direitos da coletividade, conforme será enfrentado a seguir.

Acerca do tema, convém transcrever a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto:

A ampliação dos danos passíveis de ressarcimento reflete-se destacadamente na abrangência da obrigação de reparar quaisquer lesões de índole extrapatrimonial, em especial as de natureza coletiva, aspecto que corresponde ao anseio justo, legítimo e necessário apresentado pela sociedade de nossos dias. Atualmente, tornaram-se necessárias e significativas para a ordem e harmonia social a reação e a resposta do Direito em face de situações em que determinadas condutas vêm a configurar lesão a interesses: juridicamente protegidos, de caráter extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Ou seja, adquiriu expressivo relevo jurídico,

no âmbito da responsabilidade civil, a reparação do dano moral coletivo (em sentido lato)²³.

Ademais, a autora Annelise Steigleder²⁴ subclassifica o dano extrapatrimonial objetivo em três pontos, ou seja, três formas de expressão da dimensão do dano em apreço, existindo, a um, o dano moral ambiental coletivo, o qual se refere a diminuição da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade, a dois, o dano social, referente a privação imposta à coletividade de gozo e fruição do equilíbrio ambiental proporcionado pela degradação e, a três, o dano ao valor intrínseco do meio ambiente, caracterizado pelo reconhecimento de um valor ao meio ambiente em si considerado, dissociado de qualquer sorte de utilidade ou de valor econômico correspondente.

Consoante ao já exposto, o meio ambiente encontra-se relacionado com o direito fundamental de todos e tem como objetivo propor uma qualidade de vida para o desenvolvimento sadio dos seres humanos, configurando como valor imaterial da coletividade. A lesão ao meio ambiente, então, implica em danos de cunhos materiais – com a reparação voltada a recomposição dos microrganismos ambientais danificados ou destruídos –, como já enfrentado anteriormente, bem como danos extrapatrimoniais – voltados a lesões imateriais de interesse comum e indispensável à dignidade humana em decorrência da importância para o pleno desenvolvimento do homem. Nesse sentido é, inclusive, o entendimento de Leite e Ayala:

Assim, não é difícil constatar que o meio ambiente equilibrado, por ser essencial à sadia qualidade de vida, configura-se como um dos bens e valores indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Interessa, portanto, assinalar que o direito da

²³ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 134.

²⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 174.

personalidade ao meio ambiente justificar-se-ia, porque a existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana. *Afirma-se se a personalidade humana se desenvolve em formações sociais e depende do meio ambiente para sua sobrevivência, não há como negar um direito análogo a este*²⁵.

Tal entendimento se dá em virtude do ordenamento jurídico brasileiro não apontar um rol taxativo de direitos a personalidade, de modo a ser permitida uma conceituação destes direitos, quando vinculados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ao identificar de maneira objetiva uma lesão que venha ferir os direitos da personalidade da coletividade, concernentes ao da pessoa humana, fala-se em dano extrapatrimonial de cunho coletivo, tais como desequilíbrio do meio ambiente ou prejuízo a qualidade de vida em se tratando de matéria ambiental.

Dessa maneira, observa-se que o dano extrapatrimonial coletivo possui um caráter duplo, a medida que abrange tanto um direito do homem como a manutenção da capacidade do ecossistema. É que se por um lado garante-se indenizável a lesão ao direito de personalidade do homem concernente ao desenvolvimento de vida em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, por outro se busca a efetiva garantia do meio ambiente saudável propriamente dito. Nesse sentido, “[...] quando se lesa o meio ambiente, em sua concepção difusa, atinge-se concomitantemente a pessoa no seu *status* de indivíduo relativamente à cota-parte de cada um, e de uma forma mais ampla, toda a coletividade²⁶”.

Estabelecido os contornos mais pertinentes com relação ao dano extrapatrimonial coletivo no direito ambiental, imperioso debruçar-se sobre a questão da comprovação da ocorrência do dano em apreço. Os autores Leite e Ayala²⁷ defendem ser

²⁵ LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 286.

²⁶ LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 281.

²⁷ Id. Ibid., p. 288 - 289.

somente necessário a prova do fato lesivo e intolerável ao meio ambiente, ou seja, oriundo do simples fato danoso. “Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁸”.

Com efeito, sustentam ser despidendo a produção de prova técnica aferir as consequências e extensão dos danos ambientais provocados em virtude da conduta danosa, tudo porque se trata de um dano *in re ipsa*²⁹. Ou seja, referem a necessidade de análise do caso concreto para a verificação e conclusão da ocorrência da lesividade ou não dos aspectos concernentes aos direitos da personalidade e ao equilíbrio ambiental.

Num segundo plano, refere-se que nem toda sorte de conduta agressiva ao meio ambiente será passiva da responsabilização civil. Em matéria ambiental, opera-se o princípio do limite de tolerabilidade dos impactos e danos ao meio ambiente. Fala-se de princípio a determinar o estabelecimento de limites de tolerância a diferenciar os impactos ambientais significativos, interpretados como danos ambientais, dos impactos ambientais irrelevantes, denominados impactos ambientais propriamente ditos.

Para realizar a referida diferenciação, aponta-se o conceito de impacto ambiental constante no artigo 1º da Resolução nº 1/1986 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente:

Art. 1o Para efeito desta Resolução, considera-se impacto

²⁸ Id. Ibid., p. 288.

²⁹ Os autores fundamentam a tese a partir do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça com relação aos danos morais sofridos pela pessoa jurídica – possibilidade de ocorrência determinada na Súmula nº 227 do STJ. Com efeito, o dano moral à pessoa jurídica é considerado de caráter objetivo, ou seja, implica na responsabilização pelo simples fato de haver a violação, despidente a comprovação de efetiva prova do prejuízo no caso em concreto. VER MAIS in: Id. Ibid., p. 276 – 289.

ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V - a qualidade dos recursos ambientais³⁰.

Conforme se depreende do trecho acima elencado, pode-se perceber uma linha divisória dos impactos ambientais concernentes à extensão do efeito provocado. É que impactos ambientais propriamente ditos

[...] não se configuram como alterações significativamente adversas a ponto de exigirem uma reparação, e danos ambientais, tidos como aqueles eventos que causam perturbação intoleráveis, ou seja significativa alteração adversa no meio ambiente, e que, por isso, são ensejadores de reparação civil³¹.

Ademais, aponta-se que os impactos e danos ambientais não podem ser medidos por qualquer sorte de números, tal como parâmetros, devendo se realizar uma análise de cada caso em concreto e aferição das consequências daquela situação específica. Sobre esse aspecto, Carvalho conclui:

Somente em face do caso concreto poderão ser avaliadas, mediante instrumentos transdisciplinares, tais como o estudo de impacto ambiental e a perícia ambiental, a capacidade de absorção e reciclagem imediata do ecossistema ou bem ambiental para fins de caracterização dessas alterações como mero impacto, em razão da

³⁰ BRASIL. **Resolução Conama nº 1 de 1986**. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Brasília. Publicado no DOU em 17 de fevereiro de 1986.

³¹ CARVALHO. Op. Cit., p. 120.

tolerabilidade daquele ecossistema à atividade, ou a configuração de dano ambiental. Quando houver a capacidade do meio ambiente para assimilar de forma imediata e natural os rejeitos aos quais foi exposto, tem-se não somente impacto ambiental, e não um dano ao meio ambiente³².

Após a análise das situações impactantes ao meio ambiente passíveis de responsabilização civil por dano extrapatrimonial coletivo e do estudo acerca da comprovação da referida lesão, cabe-se, por derradeiro, discorrer sobre as dificuldades acerca da reparação do dano ambiental extrapatrimonial coletivo. É que enquanto no individual realiza-se um juízo de valor sobre o sofrimento, humilhação, ofensa moral da vítima para determinar o montante indenizatório, no coletivo opera-se de maneira diferente, tudo porque se encontra uma dificuldade muito maior na aferição do *quantum debeatur* em decorrência de inexistir um elemento subjetivo pessoal da vítima como critério de estipulação da quantia com vistas à reparação do dano.

Verifica-se, então, que a dificuldade não pode motivo ensejador do não indenização por danos ambientais extrapatrimoniais coletivos. Deve-se, pois, buscar meio de aferição do montante, de modo a exprimir um valor econômico condizente com a reparação destas sortes de lesões. Em cumprimento a garantia constitucional da reparação por danos morais, Leite e Ayala³³ indicam a utilização dos artigos 944, 945 e, em especial o artigo 946 do Código Civil, todos referentes a responsabilidade civil extracontratual. Com efeito, o artigo 946 do Código Civil determina: “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar³⁴”.

³² Id. Ibid., p. 122.

³³ LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 300 – 303.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406/02**. Institui o Código Civil. Brasília. Publicado no DOU em 11.1.2002.

Dessa maneira, os autores referem que a lei processual, nestes casos, tratam-se da liquidação por arbitramento³⁵, na medida da extensão do dano e atendendo as circunstâncias de cada situação, pois “[...] não havendo critérios legais seguros para se aferir o *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso, concreto utilizar-se do arbitramento, para fixar o valor da condenação [...]”³⁶.

Estabelecido o valor indenizatório, há de se atentar ao fato do destinado dado ao montante indenizatório. Conforme já exposto anteriormente, a verba é destinada à vítima nos danos ambientais extrapatrimoniais individuais e nos coletivos destina-se a um fundo de reparação do meio ambiente, de acordo com o artigo 13³⁷ da Lei nº 7.347/85.

Dessa maneira, em virtude da coletividade ser o sujeito lesado nos danos extrapatrimoniais de cunho coletivo, destina-se a recuperação, preservação e manutenção do meio ambiente, tudo com vistas a propiciar a retomada da qualidade de vida e equilíbrio ecológico. A propósito, somente a título de consideração, explica-se que em se tratando de um dano de ordem local, o dinheiro irá para um fundo municipal, de ordem regional, irá para um fundo estadual, bem como irá para um fundo federal no caso de lesão na ordem nacional.

Levando em conta todas as considerações expostas, de se dizer que por se tratar de uma construção jurídica nova e irreverente aos moldes de responsabilidade civil no direito brasileiro, o dano ambiental extrapatrimonial coletivo ainda sofre restrições nos tribunais de justiça brasileiros, no que concerne à sua verificação e identificação. Em virtude disso, destinar-se-á o capítulo seguinte para o enfrentamento dos entendimentos

³⁵ Mecanismo jurídico executório regido pelos artigos 475-A até 475-H do Código de Processo Civil.

³⁶ LEITE; AYALA. Op. Cit., p. 301.

³⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

jurisprudenciais acerca do tema em apreço, de modo a se observar a evolução e a tendência dos magistrados nos julgados acerca do dano extrapatrimonial ambiental, com enfoque em especial no de ordem coletiva. Anteriormente, todavia, torna-se necessário realizar o estudo completo acerca da responsabilidade civil dos danos ambientais previsto na legislação pátria, debruçando-se sobre os demais requisitos necessários para a configuração da responsabilidade e outros aspectos periféricos pertinente ao referido assunto.

1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

Após a realização de um contorno acerca dos danos ambientais, em especial o dano ambiental extrapatrimonial coletivo, persiste a necessidade de identificar os demais elementos necessários para a implicação da responsabilidade civil pelo desempenho de conduta a gerar lesão ambiental.

Num primeiro ponto, imperioso destacar a existência de previsão constitucional a indicar as independências das esferas administrativas, penais e civis, sem haver qualquer de *bis in idem*. Com efeito, colaciona-se o dispositivo a determinar tal preceito com força normativa constitucional:

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

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados³⁸.

³⁸ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 1988. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988.

Conforme já dito, o foco do presente trabalho recai sobre a responsabilização civil por dano ambiental extrapatrimonial coletivo, motivo pelo qual os reflexos nas esferas administrativa e penal ora não serão discutidos e enfrentados, mas sim debruçar-se-á sobre os demais aspectos pertinentes à responsabilização civil por danos ambientais, tudo de modo a viabilizar ao máximo as futuras análises jurisprudenciais sobre o tema em apreço.

De arrancada, há de se ressaltar que o artigo 5º, incisos V e X, Constituição Federal, determina que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem³⁹”, bem como “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁴⁰”. Consoante se depreende da leitura dos trechos citados, que a Carta Magna consagra a reparação dos danos materiais e morais para qualquer sorte de agressão, consagrando-o como um direito individual e coletivo.

Ademais, em se tratando de danos individuais, o artigo 186 do Código Civil determina que ato ilícito é “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁴¹”, bem como o texto do artigo 927 do mesmo diploma legal aponta “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁴²”, tudo a apontar a necessidade da reparação, ainda que em caráter extracontratual, dos danos oriundos de atos ilícitos.

Com relação a reparação de danos na tutela coletiva, encontra-se prevista, a um, na ação popular, consoante ao determinado do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10. 406/02**: Institui o Código Civil. Brasília. Publicado no DOU em 11.1.2002.

⁴² BRASIL. **Lei nº 10. 406/02**: Institui o Código Civil. Brasília. Publicado no DOU em 11.1.2002

Federal:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência⁴³.

Ademais, há previsão legal no manejo de ação civil pública por ato lesivo ao meio ambiente, nos termos do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, pois “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; [...]”⁴⁴.

Feitas tais considerações acerca da larga previsão legal de postular indenização por danos materiais e danos morais na ordem individual e na ordem coletivo, cumpre-se destacar que a responsabilidade civil por dano ambiental encontra-se prevista no artigo 14, §1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Dessa maneira, colaciona-se o referido dispositivo:

Artigo 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 7.347/85**: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 25.7.1985.

existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente⁴⁵.

De se observar, então, que surge o dever de responsabilização na esfera civil quando alguém provocar danos ambientais, sejam eles de ordem material ou extrapatrimonial. Ademais, percebe-se que a responsabilização civil ambiental no direito ambiental brasileiro é objetiva, ou seja, despiciente de averiguação do elemento subjetivo na conduta – culpa e dolo – e da ilicitude da ação. Faz-se, então, necessária a comprovação apenas do dano, elemento acima explorado, do agente poluidor e do nexo de causalidade. Com efeito, basta a existência de um dano ambiental imputado a sua ocorrência a um agente poluidor para resultar na obrigação de indenização.

No que pertine ao poluidor, o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 determina “[...] poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora da degradação ambiental [...]”⁴⁶. Então, destaca-se que: “o legislador, como se vê, não se limita o perfil do poluidor apenas a quem suja ou inquina o meio com matéria ou energia; estende, porém, o conceito a quem (pessoa física ou jurídica) degrada ou altera desfavoravelmente a qualidade do ambiente”⁴⁷.

Ademais, veja-se que o referido artigo entende poluidor tanto o responsável direito como o indireto do dano ambiental. Nesse sentido, fala-se de verdadeira solidariedade passiva da responsabilização, sendo possível escolher o agente a ser

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 6.938**: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 2/09/1981.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 6.938**: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 2/09/1981.

⁴⁷ MILARÉ. Op. Cit., p. 1260.

responsabilizado, bem como se considerar irrelevante a discussão acerca da intensidade da responsabilidade de cada um dos agentes imputados. A este respeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já lançou decisões referindo se tratar de litisconsorte passivo facultativo, motivo pelo qual é desnecessária a formação da lide processual com todo os responsáveis pelo dano ambiental para a condenação indenizatória. A saber:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSÁRIO. PRECEDENTES. ALIENAÇÃO POSTERIOR A PROPOSITURA DA AÇÃO. [...] 2. Firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, na ação civil pública por dano causado ao meio ambiente, mesmo quando presente a responsabilidade solidária, não se faz necessária a formação de litisconsórcio. Precedentes. 3. A alienação promovida em momento posterior à propositura da Ação Civil Pública pela empreendedora não tem o condão de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme disposto no art. 42, § 3º, do CPC, pois é dever do adquirente revestir-se das cautelas necessárias quanto às demandas existente sobre o bem litigioso. Recursos especiais providos⁴⁸.

No que concerne ao nexo de causalidade, refere-se ao liame, ou seja, vínculo jurídico entre a atividade realizado pelo poluidor com a degradação ou poluição ambiental produzida. Dessa maneira:

Analisa-se a atividade, indagando-se se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco que lhe é inerente é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Em outro modo de se dizer, basta que se demonstre a existência do dano para cujo desenlace o

⁴⁸ REsp 1358112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013.

risco da atividade influenciou decisivamente⁴⁹.

Ocorre, contudo, que em virtude da hipossuficiência técnica e, por vezes, também financeira, verifica-se grande dificuldade de se comprovar o nexo de causalidade do dano ao agente poluidor. Dessa maneira, considerando os ditames do princípio da precaução, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento da possibilidade da inversão do ônus da prova nas demandas ambientais versadas sobre responsabilidade civil, questão comentada no primeiro capítulo.

Em regra, o Código de Processo Civil determina caber ao autor a comprovação dos fatos constitutivos e ao réu alegar fato extintivo, impeditivo ou modificativo, conforme o artigo 333 do referido diploma legal⁵⁰. Desta forma, caberia ao autor comprovar que a ação desempenhada pelo suposto poluidor provocou os danos ambientais objeto da lide.

Todavia, em virtude da dificuldade de comprovação do vínculo, ou seja, da ligação entre causa e efeito, aplica-se a inversão do ônus da prova, cabendo então ao suposto poluidor provar não ser o agente causador da agressão ambiental. Sobre o tema da inversão, colaciona-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. [...] 3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução.

⁴⁹ MILARÉ, Op. Cit., p. 1255.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 5.869/73**: Intitui o Código de Processo Civil. Brasília. Publicado no DOU em 17.1.1973.

Precedentes. 4. Recurso especial não provido⁵¹.

Para além disso, o artigo 225, §3º, da Constituição Federal e o artigo 14, §1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, consagram o princípio da reparação integral do dano. Dessa maneira, veja-se que o dano ambiental é medido pela sua extensão, significando dizer que “[...] a lesão causada ao meio ambiente há de ser recuperada em sua integridade e qualquer norma jurídica que disponha em sentido contrário ou que pretenda limitar o montante indenizatório a um teto máximo será inconstitucional⁵²”. Nesse sentido:

A cumulação de pedidos de ressarcimento pelos danos materiais e morais, ou até mesmo uma ação em que sejam pleiteados somente danos morais, ou até mesmo uma ação em que sejam pleiteados somente danos morais causados aos usuários do bem ambiental, por violação a este bem, que é de natureza difusa, *não tem o condão de afastar a reparação específica*, porquanto, como bem difuso, ele pertence a toda a coletividade, e a reparação específica faz-se inafastável quando possível⁵³.

Rege-se, pois, no direito ambiental, a regra de realizar a reparação *in natura* em primeiro lugar, sendo somente realizado o pagamento com fins indenizatórios caso não haja a possibilidade de se recuperar o ambiente danificado.

Por derradeiro, fala-se das excludentes de responsabilidade, tais como caso fortuito, força maior e de fato de terceiro. Há, pois, três posições. Por um lado, há aqueles que defendem a impossibilidade da alegação das causas exonerativas, pois a responsabilidade se encontra calcada na teoria do risco integral, entendimento seguido por autores como Milaré⁵⁴. De

⁵¹ REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

⁵² MILARÉ. Op. Cit., p. 1252.

⁵³ FIORRILO. Op. Cit., p. 104 – 105.

⁵⁴ MILARÉ. Op. Cit., p. 1258 – 1259.

outra banda, possuem autores que defendem a possibilidade da alegação das excludentes, pois argumento que a responsabilidade civil ambiental encontra-se fundamentada na teoria do risco criado, circunstância que permite a aceitação das causas de exclusão, conforme entendimento de Machado⁵⁵, De Carvalho⁵⁶.

Ainda, Steigleder⁵⁷, Leite e Ayala⁵⁸ apontam haver uma terceira posição, da qual concordam que se admite apenas o fato de terceiro e força maior, tudo porque “[...] consistem em fatos externos, imprevisíveis e irreversíveis, nada tendo a ver com riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade. E desde que não se trate de empresa exploradora da atividade de risco⁵⁹.”

Por sua vez, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme de admitir a teoria do risco integral e não admitir qualquer sorte de causa de excludente. Assim:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROMPIMENTO DE BARRAGEM. "MAR DE LAMA" QUE INVADIU AS RESIDÊNCIAS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL IN RE IPSA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 397 DO CPC. INOCORRÊNCIA. [...] 3. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. 4. A premissa firmada pela Corte de origem, de existência de relação de

⁵⁵ MACHADO. Op. Cit., 421 – 426.

⁵⁶ DE CARVALHO. Op. Cit., p. 163 – 165.

⁵⁷ STEIGLER, Op. Cit., p. 209- 216.

⁵⁸ LEITE; AYALA. Op. Cit., 197 – 199.

⁵⁹ STEIGLER, Op. Cit., p. 212.

causa e efeito entre o rompimento da barragem - com o vazamento de 2 bilhões de litros de dejetos de bauxita e o transbordamento do Rio Muriaé -, e o resultado danoso sofrido pela recorrida com a inundação de sua casa pela lama, é inafastável sem o reexame da matéria fática, procedimento vedado em recurso especial. Aplicação da Súmula 7/S'JTJ. 5. Na hipótese, a autora, idosa de 81 anos, vendo o esforço de uma vida sendo destruído pela invasão de sua morada por dejetos de lama e água decorrentes do rompimento da barragem, tendo que deixar a sua morada às pressas, afetada pelo medo e sofrimento de não mais poder retornar (diante da iminência de novo evento similar), e pela angústia de nada poder fazer, teve ofendida sua dignidade, acarretando abalo em sua esfera moral. [...]

7. Recurso especial a que se nega provimento⁶⁰.

Em sendo tudo desse modo, verifica-se que doutrinariamente o meio ambiente encontra-se aparado para buscar indenizar os danos ambientais ocorridos e, conseqüentemente, coibir futuros danos, tendo em vista que as agressões ao meio ambiente possuem caráter contínuo e progressivo. Com relação à prática jurídica, os tribunais vêm condenando amplamente, quando verificado o preenchimento de todos os requisitos explorados – dano, nexo de causalidade, poluidor –, a responsabilização civil por danos ambientais de caráter patrimonial. Ocorre, contudo, que em se tratando de danos extrapatrimoniais, o panorama jurisprudencial não se apresenta da mesma maneira, conforme evidenciado a seguir.

2 POSICIONAMENTOS DAS JURISPRUDÊNCIAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL AMBIENTAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

A expansão das atividades econômicas da chamada sociedade de risco, caracterizada pelo consumo em massa e pela desenfreada utilização dos recursos naturais pelo homem, implicou numa conscientização ambiental, a qual exigiu,

⁶⁰ REsp 1374342/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 25/09/2013.

consequentemente, uma nova abordagem jurídica ao uso do meio ambiente pelo ser humano.

Nesse sentido, institui-se, no artigo 225 da Constituição Federal, como já dito, ao meio ambiente uma relevante importância para a coletividade, determinando-o como bem de uso comum do povo. O equilíbrio ambiental, então, tornou-se fator indispensável na qualidade de vida, cabendo à coletividade e ao Poder Público garantir sua defesa e proteção, inclusive mediante a concretização de tutela jurisdicional ambiental com vistas à preservação e a reocupação do meio ambiente.

Para tanto, a sociedade de risco implicou muito mais do que reflexos jurídicos apenas na ordem privada. Com efeito, além da base principiológica feita no intuito de prevenir eventuais riscos tornassem efetivos danos, criou-se também o instituto da responsabilização civil para postulação de reparação do meio ambiente, inclusive aceitando-a na esfera coletiva.

Desta forma, o dano ambiental ocupa, atualmente, um importante espaço no direito ambiental brasileiro, sendo amplamente defendida as respectivas responsabilizações civil em virtude de lesões ao meio ambiente. De acordo com o explorado, cabe a responsabilização quando ocorrem danos ambientais patrimoniais na ordem individual e também de maneira coletiva, bem como na esfera extrapatrimonial nas duas dimensões – sempre quando comprovado também o agente poluidor e nexo de causalidade.

Com relação aos danos patrimoniais ambientais, estes não carecem de maiores esforços, uma vez que são amplamente reconhecidos, quando efetivamente comprovados os elementos necessários para a responsabilização. Todavia, no que concerne aos danos extrapatrimoniais, não há tal consolidação, muito em especial o de caráter objetivo, ou seja, de natureza difusa e coletiva. Nos últimos anos, as decisões relativas ao tema em apreço apresentaram consideráveis avanços, conforme será apontado, mas ainda necessitam de fixação de pontos controvertidos.

Assim, cumpre-se realizar uma análise integrada das jurisprudências da esfera estadual e no Egrégio Superior Tribunal

de Justiça, de modo observar a existência – ou não – de uma unicidade nas decisões e ao lecionado na doutrina.

2.1 DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL INDIVIDUAL: A APROXIMAÇÃO COM O DANO MORAL CIVILISTA

Em se tratando de matéria concernente ao dano ambiental extrapatrimonial individual, é reconhecido e admitida a respectiva condenação pelos juristas brasileiros. Consoante ao referido no capítulo anterior, fala-se do direito subjetivo concernente à indenização em dinheiro ou outro valor compensatório com vistas a reparação da lesão de interesse individual de ordem imaterial em decorrência de dano ambiental.

De se dizer, então, que tal sorte de responsabilização não implica em significativas discussões jurídicas, tudo porque com o preenchimento dos requisitos do dano, do agente poluidor e nexos causal resulta na condenação ao pagamento de valor indenizatório equivalente ao sofrimento, dor, diminuição na qualidade de vida, bem como na humilhação do indivíduo, tudo a partir de um Juízo de valor desempenhado pelo magistrado.

Sobre o tema em apreço, colaciona-se jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PULVERIZAÇÃO DE PRODUTO AGROTÓXICO. PROPRIEDADE VIZINHA. DANO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL AMBIENTAL INDIVIDUAL. DANOS MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM. - NULIDADE DA SENTENÇA - [...] SERVIÇOS DE PULVERIZAÇÃO AÉREA. PRODUTOS AGROTÓXICOS. AFETAÇÃO À SAÚDE DE TERCEIROS. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - O dano ambiental, além da tutela jurisdicional coletiva, também admite a tutela jurisdicional individual. A finalidade principal do interessado não tem por objetivo imediato a proteção do meio ambiente, mas

sua tutela indireta, pois a pretensão está direcionada para a lesão ao patrimônio e demais bens jurídicos do autor da ação. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se carrear aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva. Aplicação do artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei nº 6.938/81 que sustenta o dano ambiental privado ou individual. Compreensão da conduta de utilização de agrotóxicos a partir do marco regulatório específico, como a Lei nº 7.802/89. O regime da responsabilidade civil está previsto no artigo 14 desta lei, indicando a necessidade de adotar pressupostos específicos, considerando tratar-se de conduta de risco. Ônus do usuário de produtos agrotóxicos comprovar a utilização do veneno conforme os padrões técnicos exigidos. - ATO ILÍCITO E DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL - A prova dos autos revelou que a pulverização aérea de produtos agrotóxicos, em propriedade vizinha a dos autores, ocasionou danos à sua saúde. Dano moral individual relaciona-se com todo prejuízo não-patrimonial ocasionado ao indivíduo, em virtude de lesão ao meio ambiente. - DANOS MATERIAIS - Danos materiais comprovados. Despesas com consultas médicas, medicamentos e transporte para cidade próxima à localidade onde residem as partes lesadas, para realizar tratamento médico. - QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL - O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio da ofensora, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, conferir enriquecimento ilícito ao ofendido. Manutenção do valor arbitrado pela sentença. [...] APELOS DESPROVIDOS⁶¹.

A decisão colacionada refere-se à demanda indenizatória postulada por um casal vizinho de uma propriedade pulverizada com agrotóxicos. Com efeito, a parte autora postulou indenização

⁶¹ Apelação Cível Nº 70044449460, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/03/2012.

por danos materiais e extrapatrimoniais em virtude do sofrimento decorrente da conduta da parte ré, composta pelo dono da propriedade e pela empresa prestadora do serviço de pulverização, oriunda da utilização de agrotóxico na lavoura de soja. É que, consoante se depreende do relatório do acórdão, a pulverização dos agrotóxicos atingiu a propriedade vizinha, provocando uma série de problemas de saúde no casal requerente, em especial intoxicação e complicações derivadas, além da perda da produção de frutas, prática destinada a subsistência da família.

Desta forma, verifica-se latente responsabilização civil por dano ambiental individual, ou, como lecionam Leite e Ayala, dano em reflexo, na esfera patrimonial e extrapatrimonial. Sob o prisma dos efeitos extrapatrimoniais, depreende-se do referido acórdão que a postulação de indenização se fez baseada nos transtornos morais decorrentes das doenças obtidas e agravadas em virtude do agrotóxico espalhado na propriedade vizinha, alicerçados sobre os direitos da personalidade e, de forma mais abrangente, referente à tutela da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o douto Juízo de primeiro grau proferiu sentença a condenar, além de outros pontos, os réus ao pagamento de valor R\$ 20.400,00 (vinte mil e quatrocentos reais) em favor de cada um dos autores, tudo a título de ressarcimento por danos morais, decisão recorrida pelos demandantes.

Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a decisão de primeiro grau, fundamentando-a no caráter objetivo da reparação por danos ambientais, na possibilidade de eventuais lesões ambientais implicarem na ocorrência de danos reflexos, ou seja, danos aos indivíduos, com cunho particular, bem como pelo ferimento de direitos inerentes a pessoa humana. Sobre o tema, o ilustre Desembargador Relator Dr. Leonel Pires Ohlweiler do referido acórdão apontou no seu voto:

No âmbito constitucional, não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, normatizou, de forma expressa, a proteção a alguns direitos da personalidade, erigindo à condição de

invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os bens jurídicos ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático⁶².

De se destacar, ainda, que um dos argumentos dos recorrentes foi o da preexistência de doenças do casal, circunstância que implicaria na ausência de nexo de causalidade e, portanto, inexistência de danos morais concernente ao direito à saúde. Contudo, os desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entenderam haver, de fato, nexo de causalidade no agravamento dos problemas de saúde da parte demandante, tudo a implicar na condenação dos demandados ao pagamento de valor indenizatório no mesmo patamar fixado pelo Juízo de primeiro grau.

Assim, consoante se depreende do julgado acima elencado, não há qualquer sorte de dificuldade concernente à condenação de verba indenizatória referente ao ressarcimento de danos morais na esfera individual. Ou seja, em comprovando todos os elementos necessários, haverá a responsabilização civil dos responsáveis pela agressão ao meio ambiente de maneira reflexa aos indivíduos. Tal consolidação de entendimento, todavia, não se verifica no plano coletivo, carecendo de uma consonância nas decisões dos tribunais, conforme evidenciado a seguir.

⁶² Apelação Cível N° 70044449460, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/03/2012.

2.2 DO DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO: O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na esfera coletiva, o dano ambiental extrapatrimonial apresenta-se de maneira diferente. Veja-se que há, ainda, constante resistência de alguns magistrados de se afastarem da concepção clássica civilista concernente ao dano moral – relativo ao sentimento intersubjetivo da dor, sofrimento, humilhação – e de se aproximarem da ideia de ferimento de direitos da coletividade relativo ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ao ser humano, bem como ampliar o ferimento dos direitos da personalidade à toda a coletividade.

A propósito, tal resistência jurídica era o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Com efeito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO⁶³.

A decisão colacionada supra, de acordo com os votos do referido acórdão, trata-se a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Uberlândia e de uma empresa imobiliária, na qual postulava a paralisação de implantação de loteamento, reparação dos danos causados ao meio ambiente, bem como indenização por danos morais coletivos.

O douto Juízo de primeiro grau proferiu sentença a condenar os demandados, dentre outros pontos, ao pagamento

⁶³ REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147.

de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos réus, à título de dano moral. Em sede de apelação, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em reexame necessário, reformou a decisão no que tange à exclusão da condenação ao ressarcimento por dano moral, tudo porque entendeu não ser possível estender a ideia da intersubjetividade do dano moral à coletividade. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, apontando que o referido acórdão infringia os artigos 1º da Lei nº 7.347/85 e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, tendo em vista a exarcação concernente à impossibilidade de condenação de dano moral coletivo em ação civil pública a tratar de reparação de danos ao meio ambiente.

O referido recurso especial, então, foi julgado pela Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça por cinco ministros, quais sejam Luiz Fux – relator –, José Delgado, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, Fransico Galvão. Dessa maneira, os dois primeiros ministros foram a favor da reforma do acórdão, sob o fundamento, basicamente, do dano moral estar, nas palavras do Ministro Fux, “relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental⁶⁴”, sendo possível a sua perfectibilização diante de lesão ao meio ambiente pertencente a todos, ou seja, de ofensa a sentimento difuso ou coletivo do meio ambiente equilibrado e sadio.

Todavia, os três últimos ministros citados a compor a primeira turma foram contra a reforma, sob o argumento de entenderem impossível reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo nas demandas ambientais, amparado pela incompatibilidade da transindividualidade da ofensa moral individual, ou seja, da impossibilidade de estender à coletividade o sofrimento psíquico e dor caracterizados no dano moral individual.

Com efeito, o Ministro Teori Albino Zavascki apontou:

⁶⁴ Voto do Ministro Luiz Lux nos autos do REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147.

Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da "transindividualidade" (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (Clayton Reis, *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236) [...]⁶⁵.

De se dizer, então, que a referida decisão comentada serviu de base jurisprudencial para o indeferimento de muitas postulações de danos ambientais extrapatrimoniais. Atualmente, encontra-se um novo entendimento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, alterado inicialmente pelas demandas consumeristas⁶⁶ e

⁶⁵ Voto do Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147.

⁶⁶ Dentre outras, destaca-se: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL COLETIVO. DEVER DE INDENIZAR. (...) 5. O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base. 6. O acórdão estabeleceu, à luz da prova dos autos, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica, em virtude da precária qualidade da prestação do serviço, tem o condão de afetar o patrimônio moral da comunidade. Fixado o cabimento do dano moral coletivo, a revisão da prova da sua efetivação no caso concreto e da quantificação esbarra na Súmula 7/STJ. 7. O cotejo do conteúdo do acórdão com as disposições do CDC remete à sistemática padrão de condenação genérica e liquidação dos danos de todos os munícipes que se habilitarem para tanto, sem limitação àqueles que apresentaram elementos de prova nesta demanda (Boletim de Ocorrência). Não há, pois, omissão a sanar. 8. Recursos Especiais não providos. REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.

após migrado o entendimento para ações ambientais, tudo a apontar o cabimento de condenação de reparação civil por danos ambientais de cunho extrapatrimonial – inclusive postulados conjuntamente com materiais. Por todas, colaciona-se decisão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. [...] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. [...] 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido⁶⁷.

Veja-se, pois, que a demanda a ensejar a derradeira decisão, conforme se observa do voto da ilustre Ministra Relatora Eliana Calmon, tratava-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, coincidentemente à decisão analisada anteriormente, contra o Município de Uberlândia e a Fundação Urbelandense de Turismo Esporte e Lazer – Futel, postulando a condenação dos demandados em decorrência de irregularidade e danos causados ao Parque do Sabiá/Uberlândia, concernentes à impropriedade da água voltada ao consumo e balneabilidade para os usuários, ao manejo incorreto das formações vegetais, bem como à situação irregular dos animais do zoológico.

O douto Juízo de primeiro grau proferiu sentença

⁶⁷ REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

parcialmente procedente aos pedidos do *parquet*, condenando os réus ao pagamento de multa no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e determinadas obrigações de fazer relativas a conservação do local, bem como julgando improcedente o pedido concernente à condenação dos réus ao pagamento de indenização referente ao ressarcimento por danos ambientais extrapatrimoniais coletivos.

Em sede de apelação, o Ministério Público postulou a reforma da decisão a condenar aos réus o pagamento de dano moral coletivo em virtude dos danos ambientais provocados. Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação do *parquet*, sob os fundamentos de, a um, a recuperação ambiental ter se revelado possível e, a dois, pelo fato do dano moral ofender direito personalíssimo, não se confundindo com a noção de transindividualidade alegada.

A propósito, imperioso destacar que os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça foram os mesmos apontados na decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a referir a impossibilidade da condenação por danos morais coletivos, a despeito de se ter transcorrido um lapso temporal de cerca de cinco a seis anos daquela decisão supra mencionada e haver nítida mudança de posicionamento do Tribunal Superior.

O Ministério Público, então, interpôs de recurso especial, no qual postulava, dentre outros aspectos, a condenação dos réus ao pagamento dos referidos danos morais coletivos em decorrência das agressões ao meio ambiente, fundamentado pela violação das determinações dos artigos 14, §10, da Lei nº 6.938/81 e artigo 10 da Lei nº 7.347/85. No recuso em apreço, a ilustre relatora referiu que no caso em apreço haveria a possibilidade da identificação de dano ambiental extrapatrimonial coletivo, sendo despicando a caracterização do sentimento intersubjetivo do indivíduo para sua perfectibilização. A esse respeito, colaciona-se trecho do referido voto:

[...] não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do

direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais.

A reparação civil segue em seu processo evolutivo, iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difuso, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ)⁶⁸.

Ademais, apontou que:

O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes, tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo⁶⁹.

Consoante ao exposto no voto, verifica-se que tal entendimento está ao encontro dos doutrinadores, a medida que com toda a certeza há a possibilidade de extensão de dano de cunho extrapatrimonial à coletividade, tudo porque se observa possível a infringência de direitos e garantias à coletividade concernente à personalidade humana, bem como de ordem social – no qual enquadra-se o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio para a vida a humana – não sendo necessária a

⁶⁸ Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon no REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

⁶⁹ Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon no REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013.

demonstração de dor de cada um dos indivíduos de maneira intersubjetiva. Desta forma, restou decidido que haveria a possibilidade do dano moral coletivo e, em virtude de tal entendimento, encaminhado os autos para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para aferir se no caso concreto haveria incidido a possibilidade de dano ambiental extrapatrimonial coletivo na situação enfrentada nos autos e, em caso positivo, o *quantum* indenizatório.

Levando em conta todo o exposto, de se concluir que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou, nos últimos anos, o entendimento acerca da possibilidade da ocorrência do dano extramatrimonial coletivo nas demandas ambientais, entendendo ser desnecessário para sua configuração qualquer sorte de sentimento intersubjetivo dos indivíduos, sendo possível, conseqüentemente, a extensão de tal sorte de dano aos direitos transindividuais. Ocorre, contudo, que o entendimento inicial ainda serve de basila para muitos julgados atualmente, a exemplo do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁷⁰, ou

⁷⁰ Colaciona-se jurisprudência recente do referido tribunal, negando o pleito sob o mesmo argumento: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO AMBIENTAL - REEXAME NECESSÁRIO - REALIZAÇÃO DE OFÍCIO - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - VIOLAÇÃO DE NORMA PROTETIVA DO MEIO AMBIENTE - OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO DE TODAS AS EDIFICAÇÕES E DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO - NÃO CABIMENTO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PREJUDICADO. - O Código Florestal antigo (art. 4º. da lei 4.771/65) e o atual (art. 7º. da lei 12.651/12) vedam a supressão de vegetação em área de preservação permanente, em razão das diversas funções ambientais desta área, sendo a medida autorizada apenas nos casos ressalvados por lei, como em determinadas hipóteses de utilidade pública ou de interesse social. A proibição é expressa, e a infração, que justifica as ordens de imediata remoção e de recomposição, se configura com a "simples" construção na área de preservação permanente, sendo descabida a discussão sobre os efeitos que tal edificação causará no local. - No caso, como a conduta do réu - construir em área de preservação permanente - ofendeu uma norma de proteção do meio ambiente, ou seja, um direito transindividual, qualificado pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, não há como falar em dano moral, pois este é personalíssimo e

ainda, na sua minoria no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul⁷¹, o qual ainda mostra forte resistência na possibilidade de se configurar.

Tal postura configura, a bem da verdade, um verdadeiro atraso jurídico, tudo porque ainda se aplica um juízo de valor preso aos ditames do direito civilista, posição totalmente inadmissível na conjectura da atual sociedade de risco. A consciência jurídica ambiental clama por reformulações nos posicionamentos contrários à extensão do dano ambiental extrapatrimonial à esfera coletiva, sob pena de vir a sacrificar o meio ambiente. Isso porque, a fragilidade e os riscos a que o meio ambiente é submetido implicam maior quantidade possível de medidas protetivas e repressivas, todas com o fito de conservá-lo para as futuras gerações.

Não fosse tudo bastante, ainda há de se discorrer sobre os tribunais que seguem o entendimento do STJ sobre a possibilidade da ocorrência do dano ambiental extrapatrimonial coletivo, contudo possuem entendimentos divergentes da doutrina no que se refere à comprovação desta sorte de dano, tal

somente visualiza a pessoa, enquanto possuidora de atributos próprios e invioláveis. Apelação Cível 1.0702.09.591973-5/003, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em 12/02/2014.

⁷¹ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. COMPROVAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. I - No caso, devidamente comprovado o dano ambiental alegado - poluição sonora -, não deixando dúvida os laudos apresentados, embasados em prova técnica e inspeção in loco. II - O Superior Tribunal de Justiça assentou a "incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação", a conduzir "à não indenizabilidade do dano moral coletivo." (REsp. nº 821.891/RS - LUIZ FUX) Ressalva se faça, merecida por todos os títulos, ao voto proferido pelo Em. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, no emblemático caso da "CADELA PRETA, uma das mais belas páginas de que tenho conhecimento. Apelo e recurso adesivos desprovidos. Unânime. Apelação Cível Nº 70052574845, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 04/09/2013.

como verifica no entendimento majoritário do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul, motivo pelo qual se irá estudar na sequência.

2.3 O CASO DA “CADELA PRETA” VERSUS O CASO “ANGUS”: A QUESTÃO DA PROVA NAS DEMANDAS CONCERNENTE AOS DANOS AMBIENTAIS EXTRAPATRIMONIAIS DE CARÁTER COLETIVO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Se por um lado encontra-se, ainda, resistência ao “novo” entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por outra banda identifica-se compreensões distorcidas acerca da questão da prova nas demandas concernente aos danos ambientais extrapatrimoniais de caráter coletivo, situação evidenciada, em especial, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/TJRS. Para melhor compreensão do entendimento do referido tribunal, debruçar-se-á sobre duas decisões proferidas, a partir das quais se consegue extrair o raciocínio utilizado para as condenações de verba indenizatória concernente à reparação de danos ambientais extrapatrimoniais coletivos neste tribunal.

Fala-se, pois, do emblemático “Caso da Cadela Preta”, ocorrido na cidade vizinha de Pelotas/RS, a ser traçado um paralelo com o “Caso Angus”, não tão conhecido pelo público em geral, mas certamente de muitos moradores da cidade de Rio Grande/RS, local em que os fatos sucederam-se.

Por primeiro, traz-se a ementa do “caso da Cadela Preta”. Assim:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. ART. 1º, INC. I, LEI Nº 7.347/85. MORTE DE ANIMAL COM REQUINTES DE INAUDITA CRUELDADE: DESINTEGRAÇÃO DO CORPO DE CACHORRA E SEUS FETOS. COMOÇÃO SOCIAL DE ALCANCE INTERNACIONAL. AUTONOMIA DAS ESFERAS JURÍDICAS DO RESSARCIMENTO DO DANO CIVIL E DA REPRIMENDA PENAL, BEM COMO QUANTO AQUELA MERAMENTE FÁTICA, ONDE

SITUADA A REPULSA SOCIAL. As coletividades são passíveis de agressão a valores não-patrimoniais, nelas enfeixados, modo difuso, incluindo-se entre eles sentimento de respeito à vida dos seres próximos às criaturas humanas. Caso da "Cadela Preta", barbaramente morta, com desintegração de seu corpo e fetos, arrastada pelas ruas centrais de Pelotas, à vista de todos, por mera diversão de seus autores, gerando notória comoção social. Agressão a sentimentos indispensáveis às coletividades, sem os quais a própria vida em sociedade passa a ser impossível. [...] ⁷².

Com efeito, o processo judicial a ensejar a derradeira decisão diz de demanda a tratar dos reflexos cíveis do caso da cadela preta, como já comentado. Nesse sentido, fala-se de uma situação ocorrida em Pelotas no ano de 2005, onde três jovens saíram de um bar e amarraram uma cadela de pelagem preta então prenha ao para-choque de um carro e arrastaram o animal em torno de cinco quadras, provocando a morte e a decomposição do corpo do animal em pedaços, sendo possível ver, inclusive, os fetos. Na época, o fato teve repercussão nacional e internacional, ensejando inicialmente uma ação penal por crime contra fauna ⁷³.

Sobre o processo cível, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul da Comarca de Pelotas/RS postulou contra um dos jovens a condenação por danos morais coletivos em decorrência do evento – os demais foram contemplados com o benefício da transação penal e, nesta oportunidade, repararam os danos cíveis –, tudo em virtude de ser condenado na esfera criminal, uma vez que não preencheu os requisitos subjetivos para o oferecimento do mesmo benefício penal. O douto Juízo de primeiro grau julgou a demanda improcedente, tudo por entender que, a despeito de configurado o dano ambiental concernente aos maus tratos contra animal, a reprimenda da comunidade e em

⁷² Apelação Cível Nº 70037156205, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 11/08/2010.

⁷³ Processo Criminal tombado na origem sob o número 022/2.05.0003952-4.

decorrência da ação penal promovida foram suficientes ao demandado. Com a devida vênia, o argumento não prospera, motivo pelo qual se reformou a decisão em segundo grau.

Em sede de apelação, os ilustres desembargadores reformaram a decisão, tudo a condenar o réu ao pagamento de verba indenizatória referente à reparação de danos morais coletivos decorrentes do episódio relatado. Veja-se, então, que o motivo ensejador do deferimento do pleito ministerial foi o do “caso da Cadela Preta” ter atingido proporções gigantescas, em virtude da internacionalidade do fato. Com efeito, alegou que o caso tratado nestes autos provocou grande abalo ao patrimônio moral da coletividade, pois:

[...] transparecem das centenas, na verdade, milhares (a Procuradoria chega a relacionar 1.330 assinaturas), de manifestações trazidas aos autos, revelando a agressão a valores mínimos, presente em todos os sentimentos quanto ao respeito à vida, inclusive de animais, gerando veementes repulsa e indignação, como se constata dos abaixo-assinados das fls. 41 a 88 e, depois, as mensagens das fls. 230 a 766. Com repercussão em outros Estados (v. g., fls. 337, 339, 345, 732 e 763) e, até, outros países (p. ex., fls. 466, 496, 506 e 609), causando, fato notório, verdadeira comoção na cidade de Pelotas.

São valores que dizem respeito a um mínimo de padrão civilizatório, onde se inclui o respeito à vida, inclusive quanto a animais próximos às criaturas humanas. não se podendo aceitar infligir-se a eles tratamento cruel⁷⁴.

Conforme se depreende, a condenação ao pagamento de montante foi em decorrência da grande repercussão da conduta desempenhada pelos réus, tudo pois nitidamente violados direitos intrínsecos ao homem numa esfera coletiva.

Pois bem. Esclarecida a primeira situação, agora, toma-se

⁷⁴ Voto do Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa Presidente e Relator do Julgado em apreço, ou seja, da Apelação Cível N° 70037156205, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 11/08/2010.

a atenção ao do “caso Angus”. Colaciona-se trecho da ementa do julgado:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFINAMENTO E TRANSPORTE IRREGULAR DE GADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DESCABIMENTO. É indevida a condenação da demandada, a título de atividade irregular de confinamento e transporte de gado, por dano moral ambiental, por não se tratar de situação fática excepcional, que tenha causado grande comoção, afetando sentimento coletivo, ausente irreparabilidade ao meio ambiente, o que é fundamental para a fixação da indenização pleiteada. Precedentes do TJRGS e STJ. [...] Apelação desprovida. [...] ⁷⁵.

Os fatos a ensejarem a demanda e, conseqüentemente, a derradeira decisão dizem de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul da Comarca do Rio Grande/RS contra a empresa Angus Internacional – Exportação de Animais LTDA., na qual se postulava, dentre outros pedidos, a condenação da demandada ao pagamento de montante à título de indenização por dano moral coletivo.

Veja-se, pois, que a postulação decorreu-se da natureza ilícita da atividade desempenhada pela empresa ré, qual seja a de confinar em más condições de gados destinados à exportação, tudo sem licenciamento ambiental. Com efeito, consoante se depreende do acórdão, os animais encontravam-se amontoados em coxos, sobre os próprios dejetos, sem espaço para se locomoverem, confinados aproximadamente pelo período de 15 (quinze) dias prévios ao do encaminhamento dos animais para a exportação em um navio curral. Ademais, durante o transporte do gado, a cidade do Rio Grande era tomada por um mau cheiro, pelo que se entende dos trechos dos depoimentos das

⁷⁵ Apelação Cível Nº 70058961137, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 24/04/2014.

testemunhas, tratavam-se de esterco. Não fosse tudo o bastante, restou comprovado que os animais mortos durante esse tempo de confinamento eram depositados em valas sem qualquer sorte de impermeabilização, de modo a evitar eventual contaminação do lençol freático.

O douto Juízo de primeiro grau, então, na sentença, não verificou no caso destes autos o que “o manejo ambientalmente inadequado realizado pela demandada tenha causado grande comoção popular, tampouco que haja irreversibilidade do dano ao meio ambiente, de molde que a situação em liça refoge (sic.) da matriz de conformação do dano imaterial coletivo”⁷⁶.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação, a ser reformada a sentença no que concerne à condenação por dano ambiental extrapatrimonial coletivo. Alegou, pois, que o sofrimento dos animais submetidos as péssimas condições relatadas gerou uma comoção coletiva, bem como importou numa lesão ao aspecto moral da coletividade. Com efeito, sustentou que a situação degradante dos animais, cumulado com o odor insuportável no local, com o descarte inapropriado dos animais mortos, bem como com a ausência de qualquer sorte de limpeza no local de acomodação do gado implicaram no ferimento dos direitos transindividuais de toda a coletividade, a medida que se configurou numa considerável violação do meio ambiente sadio e equilibrado, motivo pelo qual se postulou a condenação da empresa ao pagamento de valor à título de ressarcimento por danos morais.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, negou provimento ao derradeiro recurso, tudo sob o fundamento de não identificar uma comoção coletiva tão grande ao ponto de culminar numa condenação ao pagamento de verba indenizatória. É que, segundo o ilustre desembargador, a ofensa aos próprios animais não gera, por si só, o dano moral coletivo, pois a situação ora em apreço não gera um dano *in re ipsa*.

Com efeito, entendeu que a prova testemunhal produzida ao longo da instrução processual não foi suficiente para se ter

⁷⁶ Sentença proferida nos autos do processo judicial nº 023/1.10.0011246-7.

comprovado o dano de comoção coletiva, dado que as testemunhas ouvidas apresentavam alguma sorte de ligação com os fatos tratados, circunstância que retiraria o condão de implicar num dano transindividual.

Isso porque três das pessoas ouvidas integram grupos de proteção aos animais e, segundo o entendimento do desembargador relator, por tal motivo, prestaram os depoimentos fortemente influenciadas pelos sentimentos pessoais com relação à conduta da empresa ré. Ademais, os relatos de duas outras testemunhas por si só não foram suficientes a comprovar uma comoção coletiva de ordem suficiente a demandar a condenação de verba indenizatória. Colaciona-se trecho:

Isto porque o dano moral ambiental, individual ou coletivo, é reservado para situação fática excepcional, causadora de grande comoção, bem como quando afeta substancialmente o sentimento coletivo, acrescida à circunstância da necessidade de irreparabilidade ao meio ambiente, requisitos fundamentais para sua fixação, e que não se mostram presentes no caso concreto⁷⁷.

Em sendo tudo desse modo, de se concluir que a despeito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecer a possibilidade da concretização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo – o que se deve reconhecer ser um avanço jurídico importante – solicita uma comprovada comoção de cunho coletivo em grandes proporções para a condenação do pagamento de verba indenizatória em decorrência da lesão em apreço.

Tal posição implica, ao fim e ao cabo, circunstâncias como as relatadas nos dois casos apontados. Fala-se, pois, da condenação por dano moral coletivo ambiental decorrente do arrastamento de uma cadela, conduta da qual foi amplamente comentada ao nível nacional, enquanto o sofrimento de centenas

⁷⁷ Voto do desembargador relator no acórdão da Apelação Cível Nº 70058961137, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 24/04/2014.

de bois é, para o Tribunal, impassível de ressarcimento, tudo pois não houve uma impetuosa exteriorização da violação aos ditames legais ambientais. Imperioso referir, nesse contexto, que não se está aqui medindo quantitativamente as sortes de lesões ao meio ambiente e apontando quais deveriam ou não implicar numa condenação civil. A bem da verdade, defende-se que qualquer sorte de justa lesão ambiental que atinja valores e direitos dos indivíduos de modo coletivo, ou seja, qualquer ação que diminua ou lese o macrobem que é o meio ambiente, atingindo os seus titulares, implica na reparação civil por danos extrapatrimoniais.

Para tanto, defende-se a compreensão da concretização do dano ambiental extrapatrimonial coletiva como um dano *in re ipsa*, tudo conforme orientação dos doutrinadores Leite e Ayala⁷⁸. Conforme já dito, os autores defendem que a comprovação do dano extrapatrimonial se dá somente pela prova do fato lesivo e intoleráveis – circunstância que afastam os meros impactos ambientais –, de modo a presumir a ocorrência de uma violação ao ideal coletivo concernente à proteção ambiental e ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não postular por uma comprovada comoção pública transindividual para a configuração do dano.

Em sendo tudo desse modo, verifica-se, num primeiro plano, a efetiva possibilidade de concretização do dano ambiental extrapatrimonial de cunho coletivo, sendo que não prospera o discurso da incompatibilidade da transindividualidade da ofensa moral individual, ou seja, da impossibilidade de estender à coletividade o sofrimento psíquico, humilhação e dor identificados na esfera individual. Deve-se, pois, compreendê-lo como aquela lesão cujo os titulares do macrobem do meio ambiental sintam-se lesados na perceptiva de direitos e valores violados, tais como um meio ambiente equilibrado e uma saudável qualidade de vida.

Num segundo plano, em evidenciado um dano ambiental de caráter transindividual, deve-se compreendê-lo como um dano

⁷⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 288 – 289.

ir re ipsa. Ou seja, não é necessário comprovar nos autos do processo judicial uma grande comoção para ensejar a reparação civil por dano ambiental, bastando tão somente a identificação de lesão grave para implicar na reparação civil.

Acerca de tais posicionamentos, colaciona-se decisão a evidenciar a utilização dos entendimentos aqui sustentados:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL E DANO MORAL COLETIVO. DESMATAMENTO ILÍCITO DE IMÓVEL RURAL NA AMAZÔNIA LEGAL. MATERIALIDADE DO DANO. AUTORIA E NEXO CAUSAL INCONTROVERSOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA APENAS DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL MATERIAL E APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTS). APELAÇÃO DO IBAMA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO A MULTA. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO. REGIME DE CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO RÉU SUCUMBENTE EM ACP. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. O IBAMA ajuizou ação civil pública contra Maria Aparecida Milhones Brito por ter desmatado 52 hectares de floresta nativa, dentro de área de preservação ambiental, sem autorização do órgão competente, entre os anos de 2004 e 2005 no local denominado Sítio Mato Grosso, situado no Km 175; BR 364; Linha 4, Km 4, Porto Velho/RO pedindo condenação a apresentação de Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD), bem como ao pagamento de dano moral ambiental. 2. No caso em exame, a ocorrência do dano ambiental restou incontroversa, na medida em que alegado por uma parte e reconhecido pela outra, atraindo a aplicação do art. 334, inciso II, do Código de Processo Civil. [...] 5. Dano moral coletivo: "Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio

valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). (Alberto Biltar Filho). 6. A análise jurídica transindividual da tutela dos interesses difusos e coletivos, inclusive quanto ao dano moral, não tem como parâmetro o sofrimento psíquico, o abato psicológico, abatimento de sentimentos, depressão e outros fenômenos do sujeito biológico. Não se procede a esses tipos de questionamentos porque a coletividade, os grupos sociais, a sociedade não são entes biológicos dotados de psiquismo. São antes realidades da antropologia, da sociologia e, antes de tudo, realidades históricas e sociais. 7. As coletividades ou grupos socialmente organizados desenvolvem e adotam, para subsistirem no tempo e no espaço, certas regras de conduta e valores para proteção de interesses sem os quais a sobrevivência seria comprometida. 8. A aferição da existência de dano moral coletivo não pode ficar subordinado ao enfoque do sofrimento anímico do ser biológico, pois o sentido de coletividade tem uma realidade diversa. 9. Embora a coletividade não tenha personalidade jurídica, ser um número indeterminado de indivíduos, tem interesses legítimos, valores e patrimônio ideal que devem ser protegidos. 10. Na reparação do dano moral adota-se os mesmos critérios da reparação do dano ambiental material (dano e nexa causal), além de se averiguar o nível de reprovação da conduta de ofensas, seu conhecimento das conseqüências do fato lesivo e a intenção de causar dano alheio. [...]⁷⁹

Em síntese, trata-se de recurso de apelação, o qual tem como objetivo revisar a decisão do Juízo de primeiro grau a julgar

⁷⁹ AC 0002177-10.2008.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1395 de 31/10/2012.

improcedente o pedido de danos morais coletivos e decorrência da degradação ambiental causada em sítio Mato Grosso em virtude de um desmatamento de 52 (cinquenta e dois) hectares, sem autorização do IBAMA – polo ativo da demanda ora tratada. Conforme se depreende da decisão colacionada, o Juízo de segundo grau reformou a sentença, por aplicar os posicionamentos aqui estudado. Por primeiro, refutou a impossibilidade de extensão do dano moral à coletividade e, por segundo, considerou o dano *in re ipsa*, motivos pelos quais condenou o agente degradante ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) à título de danos ambientais morais coletivos, montante destinado ao fundo.

Levando em conta todo o exposto, verifica-se a incorporação dos posicionamentos defendidos no presente trabalho nas decisões jurisprudencial, evidenciando-se que a sustentação ora realizada diz da perfeita adequação concernente ao enfrentamento dos litígios a versarem sobre danos ambientais extrapatrimoniais coletivos. Todavia, tal caso exprime o entendimento de uma – ainda – ínfima minoria dos juristas, panorama que necessita ser mudado, de modo que qualquer sorte de renitência a interpretação do tema proposto configura um verdadeiro atraso à ciência jurídica ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo debruçou-se sobre o dano ambiental e o efeito repressivo exercido pelo direito ambiental. Dessa maneira, concluiu-se que um dano ambiental pode gerar diversos efeitos em várias ordens, seja relativo à destruição efetiva do meio ambiente, de danos de ordem transindividual ou, ainda, danos reflexos aos indivíduos. Com efeito, podem ser tanto de ordem patrimonial, a recair sobre a perda do patrimônio, tanto de maneira individual como coletiva, bem como de ordem extrapatrimonial. Quanto a este último ponto, viu-se que na dimensão individual caracteriza-se pelo sofrimento, dor, angústia, humilhação, diminuição da qualidade de vida decorrente do dano ambiental, sendo o valor indenizatório fixado a partir da aferição

dos sentimentos da vítima.

Outrossim, em se tratando de dano ambiental extrapatrimonial coletivo, verificou-se que tal sorte de lesão funda-se na noção de desvalorização imaterial do meio ambiente ecologicamente equilibrado ou na perda da qualidade de vida das presentes e futuras gerações, em virtude de lesão ao meio ambiente como macrobem. Observou-se, pois, que a lesão imaterial diz daquela alteração dos parâmetros necessário para garantir o direito de uma qualidade de vida, de modo que gere um sentimento negativo em um determinado grupo social – e aqui fala-se em dano moral coletivo –, ou dispersos numa comunidade – o qual refere-se em dano moral difuso. Nesse sentido, defendeu-se um dano *in re ipsa*, ou seja, com a presunção relativa de prejuízo aos titulares do bem jurídico, qual seja toda a coletividade, em existindo um dano consideravelmente lesivo ao meio ambiente.

Para além disso, traçou-se os principais aspectos pertinentes à responsabilidade civil. Viu-se, pois, que os comentados danos ambientais implicam na responsabilização civil – sem haver a incidência de *bis in idem* – quando também identificado o agente poluidor e o nexo causa, tudo pois o ordenamento jurídico brasileiro consagra a teoria integral do risco, caracterizando uma responsabilidade de cunho objetivo, ante a ausência da necessidade de averiguação de dolo ou culpa. No que pertine ao agente poluidor, observou-se que pode se tratar de pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, responsável, de maneira direta ou indiretamente, por atividade causadora da degradação ambiental. Com relação ao nexo causal, falou-se no liame fático entre ação e o dano, a qual, diante da incidência cia do princípio da precaução, permite-se a inversão do ônus da prova, de modo a caber ao agente poluidor comprovar que suas condutas não provocaram os danos alegados. Por último ponto, constatou-se que, em consonância ao entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não cabe a alegação de qualquer sorte de excludente em matéria de responsabilidade civil ambiental, tudo porque restou consagrada a teoria integral do risco.

No terceiro capítulo, realizou-se um estudo correlacionado da doutrina com a prática jurídica, debruçando-se sobre algumas decisões jurisprudenciais. Num primeiro plano, identificou-se a ausência de qualquer sorte de dificuldade nas ações indenizatórias a versarem sobre a responsabilização civil em virtude de danos ambientais extrapatrimoniais individuais.

De outra banda, os danos ambientais extrapatrimoniais não apresentam a mesma clareza na esfera coletiva. Isso porque, inicialmente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça apontou a impossibilidade da extensão do sentimento de sofrimento constante no dano moral individual à dimensão coletiva e, embora o douto Tribunal já tenha mudado de posicionamento – apontando pela possibilidade da ocorrência de uma lesão a ferir os direitos da personalidade e do meio ambiente equilibrado no nível transindividual –, a inicial decisão do Superior Tribunal de Justiça ainda serve de fundamento para a negação de pleitos concernentes ao tema em apreço.

Por fim, restou identificado a problemática acerca da questão da prova para a condenação ao pagamento de verba indenizatória por tal sorte de lesão. É que se observou que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul requer uma comoção pública tamanha significativa para condenar o agente poluidor por dano ambiental extrapatrimonial coletivo. Dessa maneira, mediante tal posição, constatou-se que enseja o pagamento a conduta de arrastar um cachorro preso ao para-choque de um carro, ao passo que a tortura e os maus tratos a centenas de bois confinados para futura exportação não ensejam.

Em sendo tudo desse modo, defendeu-se, num primeiro momento, a efetiva possibilidade da concretização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo, pois, conforme visto, é possível realizar um alargamento dos ditames do dano moral individual e expandi-lo até a esfera coletiva, de maneira transindividual. Superada a possibilidade da concretização, defendeu-se ainda ser despiciente a comoção pública para fins de condenação, mas sim considerar a lesão em apreço um dano *in re ipsa*, de modo a gerar uma presunção relativa de prejuízo à coletividade, tudo a proteger da melhor maneira jurídica o meio

ambiente.

Assim, verificou-se a singela utilização de tais entendimentos aqui defendidos nas decisões jurisprudenciais. Ocorre, contudo, se tratar ainda de uma parcela ínfima de magistrados que admitem os posicionamentos ora sustentados. Por tal razão, verifica-se a latente necessidade da reformulação dos entendimentos dos juristas, afastando-se da doutrina puramente civilista e – diante da evidente sociedade de risco atual – focar as atenções ao frágil meio ambiente, de modo a desempenhar os julgamentos com o entendimento de ser possível a concretização do dano ambiental extrapatrimonial coletivo e de se tratar de um dano *in re ipsa*, transportando tais posições para a situação fática enfrentada nos litígios judiciais e verificar se aquele caso específico configura-se numa lesão intolerável e se clama por tal sorte de condenação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 13 ed., 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de São Paulo: Editora 34, 2011.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Dano Moral Coletivo no atual contexto brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Publicada no DOU de 5.10.1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.

_____. **Lei nº 5.869/73**: Intitui o Código de Processo Civil. Brasília. Publicado no DOU em 17.1.1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.

- _____. **Lei nº 6.938:** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. Publicado no DOU em 2.09.1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.
- _____. **Lei nº 7.347/85:** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Publicado no DOU de 25.7.1985.
- _____. **Lei nº 10.406/0:** Institui o Código Civil. Brasília. Publicado no DOU em 11.1.2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 03 de setembro de 2014.
- _____. **Resolução Conama nº 1 de 1986.** Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Brasília. Publicado no DOU em 17 de fevereiro de 1986. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acessado em 03 de setembro de 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1154747/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1150479/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 14/10/2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. REsp 1.060.753-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009.

- _____. Superior Tribunal de Justiça . REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1358112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1374342/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 25/09/2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37 do STJ de 12/03/1992 - DJ 17.03.1992.
- _____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0702.09.591973-5/003, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2014, publicação da súmula em 12/02/2014.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70037156205, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 11/08/2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70044449460, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/03/2012.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70052574845, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em

04/09/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70058961137, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 24/04/2014.

BOEIRA, Sérgio Luís. Saber Ambiental. **Ambiente e Sociedade**. Campinas, n. 10, junho, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2002000100010&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 27 de agosto de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. IN: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Coordenado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato; ARAGÃO, Alexandra. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2 Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Rejaine Silva. Visão sistêmica do meio ambiente no pensamento de Edgar Morin. **Revista Vida de Ensino**. Rio Verde: Instituto Federal Goiano - Campus Rio Verde, v. 02, n. 03, mar/set. 2010, p. 17-21. Disponível em <<http://rioverde.ifgoiano.edu.br/periodicos/index.php/vidadeensino/article/view/118/114>>. Acessado em 27 de agosto de 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; MOREIRA, Danielle de Andrade; ACHKAR, Azor El. **Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira**. XV Congresso

Nacional do CONPEDI - Congresso Brasileiro da Pós-Graduação em Direito, Manaus, 2005. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf>. Acessado em 27 de agosto de 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: A gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7 ed, 2011.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Ação Civil Pública e o dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 8 ed, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 289 – 318.

QUESTÕES HERMENÊUTICAS SOBRE SUSTENTABILIDADE E A EFETIVIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Leonel Pires Ohlweiler¹
André Abreu Bindé²

INTRODUÇÃO

Pensar, entender e efetivar a ideia da sustentabilidade tem se demonstrado um desafio para as atuais gerações haja vista a divergência entre o crescimento econômico e a preservação ambiental. Desenvolver-se sustentavelmente, na perspectiva do cenário mundial atual é uma meta dos mais variados setores e um requisito para a construção de uma sociedade mais fraterna.

O presente artigo parte da verificação da possibilidade de conceituação da sustentabilidade, desde os primeiros momentos em que o assunto foi inicialmente discutido, até o conceito proposto por Jurez Freitas de que a sustentabilidade, atualmente, deve assumir um conceito multidimensional de atuação na sociedade.

De igual forma pretende-se demonstrar que essa importante mudança de paradigma é fundamental para a efetivação do conceito da sustentabilidade, devendo ser oportunamente vista sob o prisma de atuação do poder público, eis que este é considerado um agente propulsor da sociedade,

¹ Professor do Mestrado em “Direito e Sociedade” no Centro Universitário La Salle - Unilasalle. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

² Mestrando em “Direito e Sociedade” no Centro Universitário La Salle - Unilasalle. Advogado e assessor de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

sendo um dos principais atores inseridos nesse contexto, o qual deve incentivar a efetivação de uma sociedade mais comprometida com os valores sustentáveis.

Para viabilizar essa atuação estatal e a proposta do presente trabalho, parte-se da teoria de Ronald Dworkin, no que pertine, em especial, a teoria construtiva interpretativa do direito. Objetivar a possibilidade de construção de uma nova interpretação jurídica do direito, em especial do direito administrativo, reinterpretando o direito com base na ideia da sustentabilidade como um conceito multidimensional é o norte que se destina alcançar (ou ao menos identificar) no presente trabalho.

Assim, o presente artigo tem como escopo efetivar um estudo, ainda que de forma não exaustiva, da conceituação da sustentabilidade em um olhar multidimensional e, diante dessa premissa, utilizando-se da teoria proposta por Dworkin, evidenciar a necessidade de uma nova interpretação do direito administrativo comprometida com os preceitos do desenvolvimento sustentável.

1. A IDEIA DA SUSTENTABILIDADE: A POSSIBILIDADE DE UM NOVO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

A ideia da sustentabilidade surge³ na medida em que é identificado a necessidade de uma mudança no curso da história da humanidade diante do agravamento da crise ambiental em nível global, eis que a trajetória do homem na terra, em especial no período pós-revolução industrial, comprovou o distanciamento entre as preocupações ambientais, econômicas e sociais. Levy (2001, p.33) pontua acertadamente que o homem

³ Importante registro de Bosselmann (2015, p. 36), no qual o autor pontua o surgimento do termo sustentabilidade como de responsabilidade de Hans Carls Carlowitz, engenheiro e cientista florestal alemão, que foi responsável por 40 anos da administração da indústria de mineração, publicando em 1714 o livro “*Sylvicultura Oeconomica oder Naturmässige Anweisung zur Wilden Baum-Zucht*”, objetivando investigar “como a conservação e o cultivo de madeira podem ser geridos de modo a proporcionar o uso continuado, duradouro e sustentável”.

“se tornou predador universal” e que “seu principal objetivo é, a partir de agora, o próprio planeta”.

Jean Dorst, em 1973, já registrava que o homem “cometeu um erro capital pensando poder isolar-se da natureza e não respeitar certas leis de alcance geral. Existe, já há muito, um divórcio entre o homem e seu meio” (1973, p. 378). Paulo de Bessa Antunes (2008, p. 07) igualmente pontua que a atual crise ecológica se fundamenta na concepção de que o homem é externo e alheio a natureza.

Nessa perspectiva de mudança necessária diversos foram os textos, tratados e manifestos publicados. Um importante marco quanto ao tema sustentabilidade em nível global surge em 1960, por intermédio do Clube de Roma, que, nas palavras de Bosselmann (2015, p. 45), se notabilizou com seu relatório “Os Limites do Crescimento”, no qual visualizou o crescimento econômico em rota de conflito com a sustentabilidade ecológica.

Com a verificação da necessidade de uma alteração no cenário global diante da perspectiva de agravamento da crise ambiental, e com a intenção de possibilitar uma construção de uma sociedade que cuidasse do presente e possibilitasse as condições para o futuro das próximas gerações, há que se referir ao Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecido como Relatório Brundtland, realizado em 1987.

No referido relatório, o conceito de sustentabilidade é abordado da seguinte forma:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades. Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso às crises ecológicas, entre outras...O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades atendam às necessidades humanas tanto pelo aumento do potencial produtivo como pela garantia de oportunidades iguais para todos. Muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia...

No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos. Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.

Verifica-se a contextualização proposta pelo Relatório Brundtland na atual conjuntura global, sendo o desenvolvimento sustentável desejado aquele que não prejudique a habilidade das futuras gerações de atender as suas próprias necessidades. Este portanto é o ponto inicial da ideia da sustentabilidade nos moldes contemporâneos. Em específico, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer reconhecem a relevância do relatório, na medida em que este

Destacou o quadro de desigualdade social na base do projeto de desenvolvimento econômico e social levado a cabo até então no cenário mundial, revelando que uns poucos países e comunidades no mundo consomem e esgotam boa parte dos recursos mundiais, ao passo que outros, em número muito maior, consomem muito pouco e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura (2014, p. 115)

Em pouco tempo após a publicação do Relatório de Brundtland, a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Conferência ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, reafirmou os preceitos identificados pela Conferência de Estocolmo em 1972.

Em face do conceito de sustentabilidade, uma relevante inovação surge na Cúpula da Terra sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Johannesburgo no ano de 2002. Nessa oportunidade foram introduzidas dimensões ao conceito da sustentabilidade, quais sejam: a dimensão econômico, social e ambiental.

Juarez Freitas identifica que a sustentabilidade é a “política que insere todos os seres vivos, de algum modo, neste futuro comum” (2012, p. 48), evidenciando a importância principalmente em relação ao Relatório de Brundtland, eis que:

Trata-se de progresso histórico, digno de nota. Entretanto, indispensável aperfeiçoar esse conceito, com o fito de deixar nítido que as necessidades atendidas não podem ser aquelas artificiais, fabricadas ou hiperinflacionadas pelo consumismo em cascata. Como se ponderou, em lugar da tríade de elementos básicos do conceito do Relatório (ou seja, (1) o desenvolvimento (2) que atende as necessidades das gerações presentes (3) sem comprometer as gerações futuras), o melhor é adotar uma série mais completa de elementos, nos moldes aqui preconizados. Com efeitos, apesar nos méritos, o conceito do Relatório não se mostra suficiente, nem adianta acrescentar, como fez Robert Solow, que a sustentabilidade determinaria que a nova geração mantivesse o mesmo padrão de vida da geração futura, assegurando esta condição para a geração subsequente. (FREITAS, 2012, p. 46-47)

Em verdade, não se pode ficar inerte diante do que é prescrito no Relatório de Brundtland, afinal não se trata de um texto estanque. É necessário reinterpretá-lo. A função de pioneirismo exercida pelo Relatório cumpre sua missão na medida em que convoca a sociedade global para refletir acerca do assunto, entretanto, há muito ainda para ser debatido e estudado acerca do desenvolvimento sustentável.

Bosselmann entende que o princípio da sustentabilidade tem sua adequada conceituação se compreendido como um princípio ético fundamental, assentado no “dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da terra” (2015, p.78). Nessa perspectiva, há que se pontuar que não se pode considerar o desenvolvimento sustentável como uma linha de chegada, como um objetivo final – ao contrário, é um processo dinâmico e de contínua adaptação, aprendizado e ação. Desenvolvimento sustentável é a utilização racional dos recursos

naturais sim, mas também é ao mesmo tempo a melhoria da qualidade de vida e o crescimento econômico (Sparemberger, 2005, p. 60).

Juarez Freitas, partindo do ponto de vista da necessidade de se repensar o conceito da sustentabilidade a partir do exposto pelo Relatório Brundtland, conceitua a sustentabilidade da seguinte forma, tendo como base o texto constitucional:

É o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e indireta, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (FREITAS, 2012, p. 50)

Diante desse complexo conceito proposto pelo autor, há que se considerar a natureza multidimensional da sustentabilidade, a qual irá integrar uma série de dimensões, as quais Juarez Freitas denomina de “*fios condutores*”, sendo estas dimensões jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental, nesse entendimento, afirma o autor que

A sustentabilidade é multidimensional (ou seja, é jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental), o que pressupõe, antes de tudo, uma reviravolta hermenêutica habilitada a produzir o descarte de pré-compreensões espúrias e unidimensionais, com a libertação de tudo o que impede o cumprimento alastrado da sustentabilidade como princípio constitucional, na cena concreta. Afinal, para crises sistêmicas, impõem-se soluções sistêmicas, estruturais e interdisciplinares, cooperativas e globais, com o engajamento de todos, não apenas dos governos. (FREITAS, 2012, p.51)

Em consonância com o entendimento exposto, há que se perceber a complexidade do tema, o qual envolve diversas áreas

de interesse da sociedade. Contudo, de maneira simples e com a finalidade de elucidar melhor o assunto, sustentabilidade pode ser entendida, em um conceito sintético como

Princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras. (FREITAS, 2012, p. 50)

J.J. Canotilho enfatiza que a “sustentabilidade configura-se como uma dimensão autocompreensiva de uma constituição que leve a salvaguarda da comunidade política em que se insere” (CANOTILHO, 2010, p. 08). Como já dito, na linha de pensamento desenvolvida por Juarez Freitas, a ideia da sustentabilidade assume um patamar multidimensional, o qual se ramifica nas multidimensões propostas. Canotilho, nesse sentido, afirma que

Convém distinguir entre sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e sustentabilidade em sentido amplo. A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a proteção/manutenção a longo prazo de recursos através do planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. De modo mais analítico [...] considera-se que a “sustentabilidade ecológica deve impor; [...] (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal. A sustentabilidade em sentido amplo procura captar aquilo que a doutrina atual designa por “três pilares da sustentabilidade” (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade econômica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social. Neste sentido, a sustentabilidade perfila-se como um “conceito federador” que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável (CANOTILHO. 2012, p. 71)

Para corroborar o entendimento e a possibilidade de aceitação do conceito da sustentabilidade como um conceito estruturante e de seus efeitos multidimensionais no direito, cita-se os julgados referentes ao Mandado de Segurança 22.164, no qual o Supremo Tribunal Federal consagrou a sustentabilidade como um princípio solidário da atual com as futuras gerações e possibilitou a visualização de um novo horizonte interpretativo ao direito, como se pode extrair da ementa do referido *decisum*

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) (*Grifo dos autores*)

Ainda, importante ressaltar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, julgada igualmente pelo Supremo Tribunal Federal, eis que esta decisão ao analisar uma possível restrição de importação de pneus usados,

considerou a proeminência dos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de evidenciar a relevância da sustentabilidade e da responsabilidade intergeracional, proibiu a importação de pneus para esse fim, como se pode extrair da ementa

“Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total dos seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afrontas aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. (...) Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio, a partir de 20-6-2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. (...) **Princípios constitucionais (art. 225) do desenvolvimento sustentável e da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras.** Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais

princípios da ordem social e econômica. (...) Demonstração de que: os elementos que compõem os pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica.

Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da CB). Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.” (STF, ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, DJE de 4-6-2012.)

(Grifo dos autores)

Assim, considerar a sustentabilidade como um novo valor, de atuação multidimensional faz com que novas interpretações sejam consideradas nas mais diversas áreas do Direito, e, conforme se pretende evidenciar no decorrer do presente artigo, principalmente no direito administrativo, pois como já dito, o Estado deve atuar como um propulsor para o

desenvolvimento sustentável da sociedade, e para se conseguir essa efetiva atuação do Estado, necessário se faz uma nova interpretação do direito administrativo sob o prisma do desenvolvimento sustentável.

2. A INTEGRIDADE DO DIREITO NO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Na obra “O Império do Direito” Ronald Dworkin coloca em discussão a própria questão do direito, principalmente os tipos de divergências que os juízes e advogados têm no tomar decisões em determinada questão jurídica.

De plano, Dworkin explicita em sua obra que a intenção é “compreender de que tipo de divergência se trata, e então, criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, 2003, p.15). A tentativa de mudança teórica avança, na medida em que há divergência quanto a hipótese de que o direito já está estabelecido e para a solução dos problemas relacionados ao direito bastaria analisar cuidadosamente o texto legal ou o histórico da atividade jurídica. Para Dworkin sempre haverá uma interpretação melhor e mais adequada ao caso. O direito como integridade, nessa visão do autor, torna-se um ideal político, a partir do momento em que o Estado atue em consonância com um conjunto coerente de princípios. Streck (2008, p. 273) salienta que a integridade do direito coloca o intérprete não em frente do objeto, mas sim fazendo parte da interpretação e do objeto. Gonçalves igualmente destaca que a “integridade desafia os juízes a fazerem uma leitura moral dos princípios de forma coerente” (2011, p. 260).

Importante também o esclarecimento trazido por Souza Cruz, demonstrando que por meio dessa modalidade construtiva de interpretação, Dworkin supera o aguilhão semântico pertencente ao positivismo, uma vez que Dworkin

Percebe haver elemento de mutação temporal no conceito interpretativo do direito, próprio do ciclo paradigmático. Em outras palavras, a comunidade jurídica não possui um conjunto uniforme de compreensões sobre as proposições

jurídicas, mas ao contrário, tais compreensões se modificam à medida que a sociedade se modifica também. (SOUZA CRUZ, 2003, p.30)

Assim, evidencia-se a construção da interpretação de acordo com a melhor resposta esperada pelo intérprete, nesse entendimento Dworkin explica que

Sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Contudo, apesar de sua abstração, trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática (DWORKIN, 2003, p. 112)

Nessa linha de entendimento, Dworkin entende, por exemplo, que o juiz, em uma decisão judicial, age interpretando todos os princípios morais e legais de uma comunidade, trazendo-os para o caso concreto, e, portanto, fazendo uma interpretação construtiva.

Guest, explicita que a “natureza da argumentação encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes” (2010, p. 07) caso seja seguida a linha interpretativa proposta por Dworkin. Para efetivar essa melhor interpretação, e seguindo nesse pensamento, o juiz (intérprete), dá à lei a melhor interpretação possível dentro do caso concreto, aliando-se a uma análise das decisões precedentes.

A ideia de integridade proposta por Dworkin pretende nortear as práticas jurídico-políticas da sociedade tanto no âmbito do Poder Legislativo como do Poder Judiciário; eis que

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça (DWORKIN, 2003, p. 202)

Continua ainda Dworkin

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (DWORKIN, 2003, p. 213)

Essa prática, em síntese, tem a intenção de afirmar a necessidade de o direito assumir que as afirmações jurídicas são proposições interpretativas, dentro de um processo de desenvolvimento político.

O direito visto como integridade faz com que o juiz, tratando-se conforme dito de uma concepção interpretativa do direito, a identificar direitos e deveres tendo por base o pressuposto que foram elaboradas pela comunidade personificada, trabalhando o direito como um produto de uma interpretação abrangente e como causa do direito. (DWORKIN, 2007, 272).

Relevante o entendimento exposto por Adalberto Narciso Hommerding e Cláudio Rogério Souza Lira, quando identifica a ação do juiz em face da proposta de interpretação do direito com integridade de Ronald Dworkin:

O juiz, agiria como uma espécie de “legislador” para o caso concreto. Ora, como se deveria saber, o juiz não deve e não por usurpar a função do legislador. A solução para inexistência de lei para o caso concreto está, conforme Dworkin, na utilização de conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade. Nesse tocante, a prática do juiz está alicerçada em argumentos de princípios, enquanto o labor do legislador é alumiado por argumentos de política. Dworkin sustenta que “el positivismo no consegue ver que el Derecho no es tan solamente un sistema de reglas,” Pois bem, parece claro que o Direito não significa tão-somente um conjunto de

uma teoria da legislação para orientar o processo de produção das leis. Essa teoria, porém, tem de cuidar dos princípios, como procura fazer a Teoria de Dworkin. Até porque os princípios devem iluminar a feitura da lei. A lei não é senão o resultado de um momento histórico recortado na forma de comando para os atores da vida em sociedade. Não levar em consideração os princípios por ocasião da produção da norma implica dupla dificuldade: maior discricionariedade do legislado e, por consequência, possibilidade de maior dificuldade para o juiz aplicar o direito, sem falar na maior possibilidade de se ampliar ainda mais a discricionariedade judicial. Aqui há de se registrar que a integridade se presta para uma melhor interpretação construtiva das distintas práticas legais, sobretudo em relação às decisões que envolvem os casos difíceis. A integridade, por meio da coerência, permite ao legislador produzir uma legislação que se harmonize com o sistema jurídico e com a história institucional da comunidade jurídica, evitando, assim, afronta aos distintos níveis de racionalidade da legislação. A coerência possui a função de garantir segurança e de previsibilidade, além de assegurar que tanto o legislador quanto o julgador apresentem a melhor decisão possível, coerente com a história moral e comunitária. Nesse sentido, o Direito como Integridade mostra-se como uma alternativa ao convencionalismo – que rechaça a coerência de princípio como fonte do Direito – e ao pragmatismo na produção/interpretação/aplicação da norma jurídica. (2013, p.7)

E nas palavras de Borges, a integridade assume

Um conceito que fornece um instrumental teórico indispensável para uma análise crítica da prática judicial brasileira. De um lado, exige uma coerência de princípio na atuação dos tribunais, sustentando que os juízes devem interpretar o direito de modo consistente com as concepções políticas e princípios morais que foram utilizados em casos anteriores. E devem fazer isso não pelo simples respeito à tradição ou às convenções do passado, mas, sim, uma questão de justiça, expressa no

princípio moral que demanda ao Estado tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. De outro lado, a integridade deixa claro quais são os limites da articulação entre direito e moral ao sustentar que, além do ideal de justiça, uma decisão jurídica deve se ater também a uma interpretação coerente dos princípios de equidade e devido processo. É esse o freio que a integridade inclusiva impõe à justiça. A esta, a integridade pura reserva um papel especial, ao convidar os intérpretes a pensar o direito sem as amarras institucionais, buscando o constante aperfeiçoamento e reformulação da prática jurídica. (BORGES, 2007, p. 66)

Dworkin imagina, como visto, a possibilidade de várias mãos escreverem um mesmo texto – no exemplo, um romance – constituindo uma “cadeia de escritores”, na qual cada um ao receber o capítulo anterior, para a elaboração do seu capítulo, deverá considerar todo o enredo e as circunstâncias até o momento obtidas e partir para o desafio de continuar a história sem perder o foco principal ou desvirtuar o caminho⁴.

O autor norte-americano comparara a interpretação do direito por parte do julgador a uma interpretação literária ou artística, entretanto a diferencia em razão da finalidade, pois

O direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a

⁴ Pontes (2011, p.129-130) ao comentar sobre a proposta de Dworkin quanto ao romance em cadeia, explicita, e há que se registrar a concordância, no sentido de que “ao escrever a continuação da história, ele (*o autor*) está vinculado, por exemplo, aos traços de personalidade dos personagens que o primeiro escritor criou. Mas a continuidade da história não é limitada apenas por aquilo que o primeiro escritor escreveu concretamente sobre seus personagens. Há uma limitação de segunda ordem, derivada do sentido geral da obra. Por exemplo, se os dois escritores estão em uma empreitada de escrever um romance policial, o segundo capítulo da obra será ruim se a continuidade for com base em uma comédia”

justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2000, p. 239)

Há que se atentar ao fato de não correr o risco de o julgador ficar restrito a julgar olhando tão somente para o passado. Assim, com o intuito de evitar o risco, Dworkin esclarece dois pontos importantes no processo interpretativo por parte do julgador que são: a adequação e a justificação.

O outro ponto relevante é a justificação, o qual seria a possibilidade de se ter a melhor justificativa perante o contexto da integridade. Neste sentido, é importante a verificação de que a proposição jurídica é adequadamente fundada e se oferece a melhor justificativa, perante as proposições jurídicas já consolidadas. (DWORKIN, 2000, p. 213)

Essa escolha, que irá ser analisada sob o viés tanto da adequação quanto da justificação, pressupõe uma interpretação aceitável perante a moral política. E aqui, a moral ocupa um importante espaço de influência nas decisões. Habermas explicita que a ideia de moral proposta por Dworkin é coincidente com o princípio Kantiano do direito, e com o princípio de Justiça de Rawls (HABERMAS, 2003).

Neste aspecto, destaca Dworkin que o argumento interpretativo é multidimensional (2012, p. 193). É relevante destacar que o caráter multidimensional significa a existência de uma relação de mútua sustentação entre os diversos princípios, uma relação de construção de virtudes em rede e não de forma hierarquizada. Concorde-se com Dworkin, portanto, quando menciona o seguinte:

Ou seja, a interpretação une os valores. Somos moralmente responsáveis, se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral, de modo a que cada um suporte a outra numa rede de valores que é autenticamente por nós abraçada.

(DWORKIN, 2012, p. 109)

No direito como integridade, “uma determinada proposição jurídica é verdadeira quando ela corresponde à melhor interpretação construtiva da prática jurídica, tendo em vista às exigências de justiça, equidade, devido processo adjetivo e, principalmente, de integridade” (PONTES, 2011, p. 146). Assim, o julgador se coloca como um elo, preservando os entendimentos passados, porém os adaptando para a realidade do caso presente - aplicando um conjunto de princípios coerentes com os princípios de justiça, equidade e devido processo.

A efetivação da ideia da integridade política, por meio de uma moralidade política, personifica a comunidade como um grande agente moral, pressupondo, portanto, que a comunidade pode estabelecer princípios próprios, diferentes daqueles que seus dirigentes adotam, ou quanto indivíduos adotariam. (DWORKIN, 2003, p. 203).

Dworkin, atribui como efeito prático da integridade no direito, a possibilidade de esta contribuir para a eficiência do direito, baseado no fato de que quando as pessoas são governadas por princípios, não há tanta necessidade de existirem regras explícitas, sendo que o direito pode moldar-se na medida em que se entenda exigirem as novas circunstâncias (DWORKIN, 2003, p. 229). Lenio Streck faz interessante abordagem ao concordar com a proposta de Ronald Dworkin quanto a importância da integridade – e da elevada importância dos princípios – no seguinte sentido

Os princípios, portanto, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses valores, ou seja, meios (condutas) para garantir um estado de coisas desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse ‘princípio instituidor’, sob pena de uma interpretação ‘alienada’.

[...]

Em outras palavras, a percepção do princípio faz com que

este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insistindo: hermenêuticamente, pela impossibilidade de cindir a interpretação e aplicação para que se compreenda, torna-se impossível 'isolar' a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor (isto não é criação da hermenêutica; os princípios constitucionais são o cerne do constitucionalismo contemporâneo). A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo. (2008, p. 256-258)

Dessa forma, os princípios não nascem apenas em juízos legislativos ou judiciais, mas são frutos da moralidade construída ao longo das tradições por uma comunidade de princípios vinculada por laços de fraternidade. (GONÇALVES, 2011, p. 251-252). Além disso, essa moralidade que compõe a ideia de integridade também pode contribuir para a relação entre os cidadãos, e não tão somente entre a relação indivíduos estado. Afinal, entre eles (cidadãos) pode haver a aceitação de exigências recíprocas, compartilhadas na mesma dimensão moral (DWORKIN, 2003, p. 230), ocasionando uma desnecessidade da atuação do direito (e do legislador) em razão de não se fazer necessária a tomada de decisões explícitas.

A integridade não fica reduzida a uma forma de aplicação do ordenamento jurídico. Ela vai além, ela exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2003, p. 264). Assim, a interpretação construtiva exitosa deve reconhecer a integridade como um ideal político distinto. A integridade é a chave para a melhor interpretação

construtiva das práticas jurídicas.

3. A SUSTENTABILIDADE COMO CONCEITO INTERPRETATIVO: PROJEÇÕES HERMENÊUTICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Considerando o contributo de Ronald Dworkin, conforme referido, é crível dizer que a sustentabilidade pode ser vislumbrada como importante conceito interpretativo para o Direito Administrativo. Com efeito, não é possível tal modo de compreensão no campo da mera descrição fática, ou seja, no mesmo nível das críticas desenvolvidas pelo autor em relação ao positivismo; é preciso ultrapassar o paradigma do positivismo jurídico para melhor materializar a sustentabilidade, cujo estudo não se pode reduzir a um conjunto de regras *tout court* em matéria ambiental, pois como princípio jurídico incorpora no campo do Direito Administrativo importante pauta deontológica para o desenvolvimento das atividades administrativas.

A sustentabilidade, de plano, não se constitui em mera diretriz submetida à discricionariedade, mas é um *standard* (DWORKIN, 1995, p. 72) que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social e sim porque configura uma dimensão de moralidade, no âmbito da concepção de uma vida boa (bem viver) para os cidadãos. Neste sentido, destaca-se o trabalho pioneiro de Juarez Freitas:

O conceito de sustentabilidade, aqui adotado, é o de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da Sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador e ético no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito fundamental ao bem-estar (FREITAS, 2012, p. 50).

Este aspecto é crucial, pois a sustentabilidade: (a) é princípio jurídico com força obrigatória para Administradores Públicos e Juízes, não sendo crível defender o entendimento da possibilidade discricionária de afastar sua aplicação nos casos

concretos e (b) possui uma dimensão substancial, material, de indicar normativamente algo contido no seu sentido, construído intersubjetivamente no âmbito de uma dada comunidade política⁵. Trata-se de aplicação direta dos artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal, com a indicação constitucional determinando ao Estado e à Sociedade o dever de promover o bem-estar das gerações presentes, sem impedir a produção do bem-estar das gerações futuras.

No que tange ao primeiro aspecto, conforme examinado na primeira parte deste breve estudo, a sustentabilidade direciona-se para promover o desenvolvimento social, econômico, ético e jurídico, no intuito de garantir o bem-estar das gerações presentes e futuras. Portanto, não há juízo de discricionariedade. Não se pode aceitar o entendimento segundo o qual a vagueza ou ambiguidade do termo proporciona esta dimensão discricionária na sua aplicação. Aqui é crucial o entendimento de Ronald Dworkin quando refere que se trata de mera discricionariedade em sentido fraco a circunstância de um determinado agente público ter de aplicar uma norma que não pode ser aplicada mecanicamente, mas necessita de interpretação (Dworkin, 1995, p. 83). Logo, defender que há discricionariedade na aplicação da sustentabilidade, nesta mesma linha do autor, caracteriza uma tautologia. Sobre o tema impõe-se referir o entendimento de Lenio Luiz Streck sobre o papel desempenhado pelos princípios jurídicos:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial os adeptos das teorias da

⁵ Conforme Luis Prieto Sanchís, com a sua concepção de princípios, Dworkin destaca sua concepção das relações entre o Direito e a Moral. Os princípios, portanto, representariam não somente um expediente técnico destinado à colmatar lacunas do ordenamento ou a alicerçar a ficção da plenitude lógica, mas se constituem em elementos para desafiar o positivismo jurídico, referente aos aspectos como a insuficiência da regra de reconhecimento, a exclusão da discricionariedade judicial ou a necessária vinculação entre Direito e moral. (PRIETO SANCÍS, 1992, p. 32).

argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete.(STRECK, 2012, p.221).

Defender a sustentabilidade no processo das decisões jurídicas no Direito Administrativo, desta forma, é incompatível com as teses segundo a qual os princípios jurídicos ampliam a margem de liberdade. Quando, por exemplo, no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, está normatizado que a licitação também deve promover o desenvolvimento nacional sustentável, não significa a concessão de espaços arbitrários para que os agentes públicos decidam pela sua incidência ou não nos processos licitatórios, eis que não possuem autorização interpretativa para manipularem a sustentabilidade, mas antes devem compreendê-lo como determinante de uma deontologia que fixa limites para a decisão administrativa. Neste aspecto, Ronald Dworkin refere que argumentos a favor de princípios devem ser construídos de um modo diferente. Daí a importância de compreendê-los com o caráter interpretativo, na medida em que se deve recorrer para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história institucional – legislativa e judiciária – aparecem em conjunto com as diversas práticas partilhadas na comunidade (DWORKIN, 1995, p. 89). Laborar com a sustentabilidade, portanto, ultrapassa o modo de compreensão adotado pelas teses do positivismo jurídico e, antes, exige compreender o conteúdo, o propósito, no horizonte de sentido de um conjunto de práticas partilhadas intersubjetivamente pela comunidade.

No exemplo antes referido, não há como interpretar as regras da Lei nº 8.666/93, bem como exercer a competência administrativa para elaborar edital de licitação, sem desconsiderar as indicações de sustentabilidade contidas na Lei nº 12.187/2009, artigo 6º, inciso XII, como adotar medidas, inclusive no âmbito administrativo, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como estabelecer critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas

para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos⁶.

Como já mencionado, e de forma específica no Direito Administrativo, Juarez Freitas examina algumas projeções da sustentabilidade:

Com efeito, para além das funções éticas, econômicas e sociais, os atos, contratos e procedimentos administrativos devem desempenhar, a contento, funções de equilíbrio ecológico, via indução de padrões sustentáveis de consumo e produção. Esse dever descende do imperativo constitucional de endereçar todas as condutas administrativas, sem exceção, para o desenvolvimento sustentável, único capaz de promover, em bloco, os direitos fundamentais. (FREITAS, 2013, p. 128).

Tal modo de aplicação, por certo, exige outra postura do intérprete para materializar com efetividade a sustentabilidade, seja um agente público ou juiz, pois não alcança o desiderato exigido a vetusta metodologia do positivismo fundado em premissas dedutivas, eis que o conceito interpretativo de sustentabilidade transborda o mundo fenomênico das regras, assim como não se pode cair do outro lado, no horizonte das decisões jurídicas arbitrárias. Ronald Dworkin tem razão quando alude a impossibilidade de uma fórmula qualquer para lidar com princípios e, no caso, com a sustentabilidade. A decisão jurídica que argumenta a favor de um princípio debate com um conjunto de padrões normativos – regras e princípios – que estão em mútua interação, sendo que estes padrões relacionam-se com a

⁶ Sobre esta questão, destaca-se a compreensão de Juarez Freitas, ao também referir a importância da Lei de Resíduos Sólidos, Lei 12.305/2010 no exercício das competências administrativas e que “não se trata de simples predileção do administrador, porém de incontornável obrigação constitucional” (FREITAS, 2013, p. 131). Relativamente à obrigação de a Administração Pública adotar licitações sustentáveis, o autor defende de forma pioneira o entendimento segundo o qual os editais precisam concretizar a sustentabilidade (FREITAS, 2012, p. 230).

responsabilidade institucional, a interpretação das leis e a força persuasiva dos precedentes (DWORKIN, 1995, p. 95).

Outro exemplo que se pode citar é o caso do Mandado de Segurança nº 11.059 impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça por uma empresa interessada na participação de certame, o qual restringia ao estabelecer como requisito prévio para participação a permissão da empresa para operar em rede de arrasto de fundo. Nesse sentido, o Exmo. Ministro Relato João Otávio de Noronha ao indeferir a concessão de liminar, se manifesta citando parecer de lavra do Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, representante do Ministério Público Federal, nos termos que segue

A medida tem amparo jurídico, pois o direito de exploração econômica da pesca não é absoluto, de maneira que o Estado está autorizado a intervir, limitando o exercício da atividade pesqueira, adequando-o ao interesse público de conservação e equilíbrio do ambiente. Na qualidade de bem de uso comum do povo (art. 99, I doCC), o mar pode ter seu uso e exploração regulamentados, limitados, ou até mesmo, impedidos, conforme o caso, em nome da tutela do interesse público. [...]

Assim sendo, não se verifica qualquer ilegalidade a ser sanada, eis que a disposição do edital possui adequada motivação, além de ter sua finalidade voltada ao interesse público de preservação da fauna marinha e da sustentabilidade da pesca. Logo, a exigência de permissão em vigor mostra-se razoável e não frustra o caráter competitivo do certame.” (STJ, MS 11.059)

Há, portanto, dois pontos significativos nesta observação de Dworkin, aplicável para o tema proposto deste estudo, a sustentabilidade lida com um aspecto diferenciado de construção normativa no tempo e possui um caráter multidimensional, como já aludido. Portanto, inclusive na linha dos trabalhos desenvolvidos pela hermenêutica jurídica, o sentido de sustentabilidade projeta-se no tempo e o tempo é condição de

possibilidade da sua normatização, como refere Lenio Luiz Streck (STRECK, 2004).

Partindo-se do pressuposto de que decisões sustentáveis pretendem fazer do Direito Administrativo o melhor possível, este desiderato surge a partir do próprio ideal de integridade, e desenvolvido por Ronald Dworkin em textos reunidos na obra *O Império do Direito*. É crível dizer que a sustentabilidade proporciona a melhor justificativa, no horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, das práticas jurídicas (DWORKIN, 2003, p. 187).⁷ Também exige uma comunidade política comprometida com um esquema de princípios erigidos na própria prática desta comunidade, direcionados para materializar uma vida boa para os cidadãos, desta e das próximas gerações. Aqui há outra questão fundamental no pensamento deste autor: não há um sentido de sustentabilidade pronto e acabado, flutuando no ar, a espera para ser acoplado nos casos, mas é fruto do cotidiano da própria comunidade orientada por uma unidade de princípios constitucionais, o que exige grande responsabilidade hermenêutica dos operadores e agentes públicos.

O desenvolvimento desta atividade, a partir da obra do autor acima citado, desenvolve-se no âmbito da ideia da *chain of law* (Dworkin, 2000, p. 217), pois a prática da sustentabilidade também é um exercício de interpretação, não apenas quando ocorre a interpretação de um texto normativo, mas no seu cotidiano de construção de sentido, isto é, há a realização de um determinado propósito. As práticas da comunidade política, como por exemplo, todo o processo de constitucionalização da sustentabilidade prevista nos artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal, foi erigido com um objetivo específico. No campo do Direito Administrativo direcionou-se para uma

⁷ No entendimento de Dworkin, a integridade seria fundamentada por dois princípios e que já foram referidos aqui – princípio da integridade na legislação e princípio de integridade na *adjudication*, isto é, no âmbito da decisão dos responsáveis pela aplicação do Direito. A sustentabilidade, a partir deste ideal de um governo orientar-se por princípios coerentes, deve sustentar as práticas legislativas e a própria aplicação do Direito Administrativo.

mudança de paradigma, influenciando o conceito mesmo deste ramo do Direito:

Em função dela, necessário reformular com acréscimos, a conceituação do Direito Administrativo como *rede de princípios e regras, disciplinadoras das relações jurídicas internas e externas da Administração Pública ou de quem delegadamente cumpra o seu papel, de modo a respeitar o direito fundamental à boa administração e a induzir o desenvolvimento sustentável.* (FREITAS, 2013, p. 133).

Com efeito, no âmbito das decisões judiciais, o juiz deve adotar postura similar à do crítico literário. Ao decidir determinado caso de Direito Administrativo, contribui para aumentar a tradição que interpreta, sendo sua decisão como mais um capítulo desta prática, desta história e que já está em andamento, devendo considerar aquilo que já foi anteriormente escrito, com a finalidade de não descaracterizar a obra, por meio de uma postura de unidade e coerência com o todo (DWORKIN, 2003, p. 273).⁸ Relativamente à sustentabilidade, a decisão sobre o âmbito de sua materialização, portanto, relaciona-se, dentre outras questões, com a tarefa hercúlea de compreender o conjunto de outras decisões, judiciais e administrativas, e que muito embora não sejam iguais ao caso a ser decidido, versam sobre problemas similares, sendo que esta decisão deve inserir-se nesta rede como fazendo parte desta história em desenvolvimento da melhor forma possível. Este é um aspecto interessante, pois decisões sobre sustentabilidade repita-se, neste sentido não são discricionárias, na linha do entendimento de

⁸ A *chain novel* contribui para ilustrar a *chain of law*. Em tal projeto, um grupo de escritores é responsável por escrever um romance em série, sendo que cada um deles é responsável por escrever um capítulo novo. O outro escritor receberia este capítulo já escrito e continua o romance, para o próximo e, assim, sucessivamente. Para Dworkin cada escritor tem o dever de escrever o seu capítulo para construir a novela da melhor maneira possível, sendo que a complexidade da tarefa demonstra, exatamente, a dificuldade de decidir por meio do direito como integridade.

Juarez Freitas, e direcionam-se para desenvolver a história da sustentabilidade da melhor maneira possível.

Como conceito interpretativo, a sustentabilidade não é um conceito neutro, mas possui um apelo valorativo, envolve um propósito a ser realizado e compartilhado pela comunidade política. Considerando o entendimento de Ronald Dworkin, especialmente em *A Justiça de Toga*, os conceitos interpretativos exigem que as pessoas compartilhem uma prática. Não há dúvida que o atual estágio da sociedade brasileira contemporânea, a sustentabilidade é uma prática compartilhada, inclusive institucionalizada na Constituição Federal. Mas, como refere o autor, partilhar esta prática não significa que não ocorram divergências quanto à sua aplicação e daí surge a importância de construir uma concepção de sustentabilidade capaz de lidar com estas divergências interpretativas. No entendimento de Ronald Dworkin:

Em minha opinião, o conceito doutrinário de direito funciona como um conceito interpretativo, pelo menos em comunidades políticas complexas. Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. Para elaborar o conceito atribuímos valor e propósito à prática e formulamos concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores que especificamos. (DWORKIN, 2010, p. 19).

Com efeito, a sustentabilidade, como conceito interpretativo exige uma dupla responsabilidade, no processo de construção do sentido e do conteúdo mesmo partilhado no interior da comunidade política, marcado pelo diálogo, a fim de determinar a melhor forma de lhe dar continuidade. Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, uma concepção adequada do conceito interpretativo do Direito deve exatamente ser capaz de autocompreender-se como interpretativo, bem como que há um

propósito como elemento distintivo (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 261). Portanto, existe uma dimensão de moralidade substantiva capaz de orientar as decisões jurídicas e que deve ser buscada nos chamados *conceitos aspiracionais* do Direito. Refletindo sobre estes conceitos é possível determinar, por exemplo, quais princípios fornecem a melhor concepção de Direito, isto é, justificam um conceito, capaz de inseri-lo na rede de indicações e virtudes institucionalizadas de uma vida boa (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 261-262).

Aqui há uma relação intrínseca entre sustentabilidade e os *conceitos aspiracionais* defendidos por Ronald Dworkin, na medida em que a sustentabilidade é um conceito controverso, e desejável para a comunidade política como ideal a ser alcançado no âmbito de um Estado Democrático de Direito, sendo que não se pode compreender a sustentabilidade como conceito isolado, mas somente a partir das interconexões e referências recíprocas, formando uma rede (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 261), com o propósito de obter a melhor leitura do Direito Administrativo integrado à concepção de boa Administração Pública, como explicita Juarez Freitas: “Quer dizer, almeja-se descrever e prescrever a administração pública simultaneamente redesenhada sob o influxo do direito fundamental à boa administração pública e do princípio constitucional da sustentabilidade.” (FREITAS, 2012, p. 234).

A sustentabilidade, desta forma, está integrada a uma concepção de boa Administração Pública como referido, pois em última análise, direciona-se para impor ao Estado o dever de preocupar-se com os cidadãos de forma intertemporal (FREITAS, 2012) em aspectos sobre dignidade, respeito, igualdade, liberdade e bem estar. Trata-se de uma dupla dimensão, na esteira da diferenciação realizada por Ronald Dworkin entre moral e ética, quer dizer, com a sustentabilidade institucionaliza-se um padrão normativo de como a Administração Pública deve tratar os cidadãos, de como cada cidadão deve tratar os outros e de como cada cidadão deve viver (DWORKIN, 2012, p. 201). Aqui é importante destacar que garantir uma boa Administração Pública não significa desenvolver

um processo de gestão fundado em critérios de eficiência exclusivamente, com a obtenção dos melhores resultados econômicos e menor dispêndio de meios. A interconexão entre boa administração Pública e sustentabilidade é capaz de sugerir que no bojo de uma boa administração deve existir a preocupação de bem administrar, no sentido do exercício das competências administrativas para uma boa administração condicionada por indicações de sustentabilidade. No bem administrar, portanto, há um caráter deontológico de exercício das prerrogativas públicas, isto é, a dimensão de moralidade é essencial (DWORKIN, 2012, p. 210), sendo que a sustentabilidade é um conceito interpretativo capaz de aglutinar estas dimensões da gestão pública.

Portanto, bem administrar (boa administração Pública com sustentabilidade) caminha para um conjunto interpretativo de conexões e que de forma pioneira na Brasil tem sido construído pelo trabalho de Juarez Freitas, ao indicar a necessidade de (a) adotar relações administrativas marcadas pelo caráter de racionalidade imparcial, eficiente e eficaz, (b) decisões fundamentadas e com a necessária processualização, (c) sindicabilidade aprofundada das condutas dos agentes estatais, (d) resolução administrativa dos conflitos, (e) fim do burocratismo paralisante, (e) prevenção e precaução no exercício das competências administrativas e (f) defesa da constitucionalidade de ofício e regulação do Estado sustentável (FREITAS, 2012, p. 235-243).

Não se pode perder de vista, na linha do entendimento de Dworkin, que todas estas virtudes de bem Administrar, fazem parte do conceito interpretativo de sustentabilidade, e tais virtudes formam uma rede mutuamente sustentadora de outras virtudes institucionalizadas e importantes para o Direito Administrativo. Quando este autor debate as complexas questões da interpretação conceitual, refere o trabalho de Platão e Aristóteles na construção de suas teorias das virtudes e dos vícios:

Os seus argumentos eram ativamente holísticos. Ofereciam um argumento interpretativo elaborado que se desenvolvia em dois níveis significativamente diferentes.

Em primeiro lugar, analisavam cada virtude e vício construindo concepções de cada um baseadas e reforçadas com as concepções que apreciavam nos outros. Mostravam que essas virtudes formavam uma rede mutuamente sustentadora de valores morais. Depois, num segundo nível, encontravam interligações entre essa rede de conceitos morais e a ética. Diziam que suas concepções dos valores morais eram corretas porque uma vida que exhibe esses valores, compreendidos por meio dessas concepções, providencia com mais probabilidade um bem-estar, a *'eudaimonia'*, que os tradutores modernos vertem, normalmente, para felicidade, mas que podemos chamar melhor 'uma vida boa' – a vida que as pessoas, nos seus melhores interesses, devem tentar viver.(DWORKIN, 2012, P. 192).

De certo modo, a sustentabilidade aproxima-se como conceito interpretativo destes problemas debatidos, pois o melhor modo de compreender a sustentabilidade é exatamente mergulhar na rede de princípios outros que o sustentam e com eles completa este olhar holístico sobre a gestão pública em um Estado Democrático de Direito. Neste aspecto, destaca Dworkin que o argumento interpretativo é multidimensional (DWORKIN, 2012, p. 193). É relevante destacar que o caráter multidimensional significa a existência de uma relação de mútua sustentação entre os diversos princípios, uma relação de construção de virtudes em rede e não de forma hierarquizada. Destarte, a construção de uma concepção de sustentabilidade passa pela indicação de que o modo correto de gerir a coisa pública, sob a perspectiva da sustentabilidade, é correta em virtude de ser capaz de sustentar uma concepção de boa administração, uma espécie de *eudaimonia* administrativa.

No entanto, para o projeto hermenêutico da sustentabilidade materializar-se com efetividade no Direito Administrativo exige aquilo que Dworkin denominou de responsabilidade moral, mas que aqui pode ser tratada como espécie de responsabilidade hermenêutica, na qual urge desenvolver uma epistemologia sobre questões de sustentabilidade, quer dizer, uma teoria substantiva e integrada de

sustentabilidade (DWORKIN, 2012, p. 108). Conforme até aqui exposto, a concepção de sustentabilidade relaciona-se com um conjunto integrado de outros princípios e indicações normativas para que os cidadãos, de forma intertemporal, possam viver bem, assim como as futuras gerações, sendo que uma decisão jurídica sustentável deve demonstrar que agiu responsabilmente conforme esta rede integrada. O processo de licenciamento de um grande empreendimento industrial, com diversas consequências para o meio ambiente, não se relaciona simplesmente com a escolha entre sustentabilidade e liberdade econômica ao empreendimento. O Direito Administrativo marcado pela sustentabilidade não convive com subjetivismos e decisões por sorteio, de modo que nesta espécie de decisão, assim como outras, deve haver justificação.

Concorda-se com Dworkin, portanto, quando menciona o seguinte:

Ou seja, a interpretação une os valores. Somos moralmente responsáveis, se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral, de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valores que é autenticamente por nós abraçada. (DWORKIN, 2012, p. 109)

Decidir de modo sustentável, aliás na linha do que entende Juarez Freitas (FREITAS, 2012, p.244 e ss.) é decidir sobre os assuntos da Administração Pública de modo que a decisão seja capaz de integrar-se na rede de padrões de sustentabilidade realizando-os de forma integral, pois como já mencionado o ponto sensível do processo de interpretação é a integridade e coerência. A sustentabilidade, neste horizonte de compreensão, é capaz de unir os demais princípios, reforçando o propósito de boa Administração. Para Juarez Freitas a sustentabilidade determina mudanças paradigmáticas na hermenêutica, como:

A atitude axiológica pluralista e não dogmática, segundo a qual o *apriorismo excludente precisa ser abandonado*, dado que as

primazias jurídicas funcionam só à primeira vista. Assim, tomar um princípio constitucional em detrimento desmesurado dos demais ou adotar qualquer unilateralismo pernicioso é corromper a motivação/argumentação administrativista.

(...)

A atitude de coerência, segundo a qual deve-se intentar, em dado contexto, a *harmonização entre as demandas existentes e os textos normativos*, numa interpretação/aplicação das regras administrativistas que respeite o círculo hermenêutico. (...). (FREITAS, 2012, p. 246 e 247).

Desta forma, são inúmeros os reflexos hermenêuticos da sustentabilidade, sendo que aqui tão-somente se debateu algumas questões, inclusive discutidas por autores preocupados em construir um processo de gestão pública constitucionalizado. Isto repercute em termos de objetivos a serem materializados na sociedade contemporânea, e a sustentabilidade, com certeza, ocupa papel central, descartando-se teses sobre os conflitos insuperáveis entre sustentabilidade e outros princípios da ordem constitucional, pois não há conflito com a sustentabilidade. Tal conclusão exige compreender que o caráter interpretativo da sustentabilidade está em reafirmar o caráter da integralidade dos demais princípios para construir uma boa administração pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como divergir da necessidade de mudança de paradigmas em nossa sociedade. A efetivação do conceito do desenvolvimento sustentável é evidente e fundamental com a finalidade de preservar a própria sociedade, eis que este conceito relaciona fraternalmente a presente com as futuras gerações. Dessa forma, o Poder Público tem a função primordial de incentivar essa alteração, possibilitando e motivando a sociedade.

Para tanto, a proposta do presente artigo foi auxiliar na construção dessa atuação estatal diante dos conceitos da sustentabilidade, possibilitando a efetivação do desenvolvimento sustentável. O Direito Administrativo, conforme explicitado no

texto, deve ser reinterpretado. A contribuição de Dworkin quanto a possibilidade de existir diversas interpretações possíveis ao direito e este poder se adequar a melhor interpretação baseada nos princípios constitucionais evidencia a possibilidade de atuação do ente estatal como propulsor do desenvolvimento sustentável.

É necessária uma revisão de conceitos. É fundamental se pensar a sustentabilidade como um conceito estruturante do direito brasileiro, com desdobramento nas mais variadas dimensões da sociedade, não unicamente na dimensão ambiental, sendo esse o objetivo final que se pretendeu demonstrar no presente trabalho, ainda que de forma não exaustiva.

Nessa linha de pensamento Juarez Freitas colabora evidenciando, como já dito, com a teoria da multidimensionalidade do conceito da sustentabilidade. Esse pensamento corrobora o entendimento proposto por Dworkin quanto às possibilidades de interpretação, eis que um único conceito possui várias possibilidades de aplicação nas mais variadas áreas do conhecimento.

Por fim, há que se evidenciar que a concepção hermenêutica da sustentabilidade deve se relacionar com um conjunto integrado de outros princípios e indicações normativas, com o escopo de que os cidadãos possam perceber o desenvolvimento sustentável, de forma intertemporal. Nessa linha de pensamento, há que se afastar do direito administrativo, como já dito, as decisões por sorteio e os subjetivismos, e enfatizar que, conforme muito bem explicitado por Dworkin em sua teoria, pois todas as decisões devem ser rigorosamente justificadas.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. DIREITO AMBIENTAL.11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOSELDMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Lucas. Jurisdição Constitucional e Democracia. Integridade e Pragmatismo nas decisões do STF. Juruá Editora, 2007.

CANOTILHO. J.J.G.. **O Princípio da Sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional**. Revista de Estudos Politécnicos. 2010. Vol. VIII.

DORST, Jean. Antes que a natureza morra: por uma ecologia política. 6. Ed. São Paulo: Edgar Blucher, 1973

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 2ªreimp. Barcelona: Editorial S.A., 1995.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2012.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa. Juruá, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Souza. Racionalidade Legislativa: uma “ponte” entre a teoria da legislação e a teoria do direito como integridade. 2013

LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas. V. 4. N. 7. 2001

LÉVY, Pierre. A conexão planetária. O mercado, o ciberespaço, a consciência. Trad. Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Comissão Brundtland - O Nosso Futuro Comum**. Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. ONU, 1987. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.html>

SANCHIS, Luis Prieto. **Sobre Princípios y Normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional Ambiental: Constituição, Direito Fundamentais e Proteção do Ambiente. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Supremo Tribunal Federal Revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Mandado de Segurança 22.164**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995. Disponível em www.stf.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº101**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, DJE de 4-6-2012. Disponível em www.stf.jus.br

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. ROLIM, Rosinês. Educação ambiental: a educação formal e a não forma para a cidadania com sustentabilidade. Revista Trabalho e Ambiente, vol. 3. Caxias do Sul: Educs, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4^aed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5^aed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PONTES, André Luiz Marcondes. **Concepções de Direito e Justiça – a teoria de Ronald Dworkin e o liberalismo político de John Rawls**. Dissertação. Faculdade de Direito do largo de São Francisco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

VEIGA, J.E. da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: SENAC: 2010.

VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica em la teoria del derecho contemporânea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

POSICIONAMENTOS SOBRE DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Liane Tabarelli¹

Mathews Burg de Figueiredo²

1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais, econômicas e políticas que ocorreram desde o início da industrialização em diversos países europeus influenciaram, posteriormente, as atividades econômicas do Brasil, de modo que indústrias e serviços foram aumentando em uma sociedade nitidamente rural. Assim, começou a surgir, no contexto brasileiro, uma sociedade mais complexa, com uma maior interdisciplinaridade entre diversas áreas de conhecimento e concorrência nas atividades comerciais.

A partir dessa industrialização no Brasil, houve um aumento significativo da poluição, principalmente, em centros urbanos, surgindo, pois, preocupações não mais restritas às possibilidades de crescimento econômico, mas também à saúde e ao bem-estar dos indivíduos que viviam nesses locais. Diante disso, houve um envolvimento de diversos Estados, inclusive o brasileiro, para que determinadas medidas fossem tomadas quanto à proteção do meio ambiente, surgindo, assim, diversas Conferências. Cite-se, por exemplo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia, em 1972, e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992.

¹ Doutora em Direito, professora da Faculdade de Direito da PUCRS, advogada e assessora jurídica da Federação dos Trabalhadores na Agricultura no Rio Grande do Sul (FETAG/RS).

² Pós-Graduando em Direito pela UFRGS, Graduado em Direito pela PUCRS e advogado.

Nessas circunstâncias, em 1988, foram contempladas, na Constituição Federal, normas e princípios que passariam a regular os direitos ambientais, tal como o comando contido no artigo 225, o qual disciplina que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, foi prenunciado, ainda, no parágrafo terceiro do referido artigo, que poderá haver responsabilidade patrimonial àquele que causar danos ao meio ambiente, demonstrando, por conseguinte, as preocupações do Constituinte com o meio ambiente.

Não bastasse isso, em 1990, com o advento da Lei 8.078, não obstante a já existência de leis que tutelassem direitos difusos e coletivos (tal como a Lei 7.347/85, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública), houve uma maior tutela desses direitos, os quais mantêm estritas relações com o direito ambiental. Isso porque houve previsão de tutela processual dos titulares desses direitos e como poderão, inclusive, se verem indenizados em caso de dano à coletividade.

Assim, embora existam disposições em leis e na Constituição Federal acerca da proteção de direitos coletivos no âmbito de direito ambiental, discute-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se poderia ser conferida indenização a título extrapatrimonial a uma coletividade em razão da ocorrência de danos ambientais. Desse modo, o presente estudo tem por escopo apresentar a admissibilidade da ideia de dano moral destinado a uma coletividade, quando da ocorrência de danos ambientais, não obstante a existência de divergência sobre o assunto.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade civil, proveniente do latim *responsabilitatis*, que está atrelada ao sentido de “responsabilizar-se”³, caracteriza-se, essencialmente, por atribuir ao que causou danos a outrem a obrigação pelo ressarcimento dos prejuízos

³ BIRNFELD, Liane Francisca Huning. A responsabilidade civil ambiental pelos danos futuros e riscos de danos. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.48.

experimentados por este, em decorrência, via de regra, de um ato ilícito⁴. Essa responsabilidade, apurada mediante uma indenização, é fixada pela extensão do dano, como preleciona o artigo 944 do Código Civil pátrio⁵.

Diante do conceito da responsabilidade civil, percebe-se que, para a existência do direito de indenizar, deve haver alguns pressupostos. Estes, conforme a lição de Cavalieri Filho⁶ e o disposto no artigo 186 do Código Civil, são a conduta (comissiva ou omissiva) culposa do agente, onexo causal e o dano, os quais estão abrangidos no conceito de ato ilícito do aludido artigo.

Assim, a responsabilidade civil tem como pressuposto a existência de culpa, a fim de que aquele que sofreu o dano seja indenizado. É nessa perspectiva que há a chamada responsabilidade civil subjetiva. Nessa linha, explana Sérgio Cavalieri Filho: “a conduta culposa do agente erige-se, como assinalado, em pressuposto principal da obrigação de indenizar”⁷. Da mesma forma, a lição de Arnaldo Rizzardo: “Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado”⁸.

⁴ Embora exista a previsão do artigo 927 do Código Civil, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, admite-se a responsabilidade civil decorrente de ato lícito, inclusive em matéria de direito ambiental. Em relação a essa possibilidade, explanam Leite e Ayala: “Trata-se da consagração, em nosso ordenamento jurídico, da reparação de toda e qualquer espécie de dano coletivo, no que toca à sua extensão e em face do bem ambiental a indenização poderá decorrer até em consequência de ato lícito, considerando o risco da atividade”. Ver LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 277.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.29.

Porém, além da responsabilidade civil subjetiva, há também a objetiva. Esta, ao contrário daquela, não exige o pressuposto culpa para existir o dever de indenizar, bastando apenas uma conduta danosa e o nexo causal, porquanto tem como fundamento o risco. O risco é o perigo, implicando, pois, a responsabilidade daquele que exercer uma atividade nessa circunstância. Assim, conforme a lição de Cavalieri Filho, quando houver uma atividade de risco, “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”⁹. O risco é, portanto, um dos fundamentos da responsabilidade civil objetiva.

Hoje, vive-se em uma sociedade com diversos tipos de riscos, dentre os quais danos ambientais¹⁰. Não se pode, pois, olvidar que determinadas atividades desempenhadas podem acarretar danos ao meio ambiente. Por isso, uma vez considerado o meio ambiente um direito fundamental¹¹, entendeu-se que a responsabilidade civil ambiental deveria ser objetiva, pois o que se quer é a prevenção¹² desses riscos que podem levar a uma lesão ambiental.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editores, 2005. p.155.

¹⁰ ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Sustentabilidade ambiental**: requisito para o cumprimento da função social dos contratos agrários: arrendamento e parceria. 2014. 244 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2014. p. 163.

¹¹ LEITE, José Rubens Morato. Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito brasileiro. In: Milaré, Édis (Org.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 458.

¹² Em matéria de direito ambiental, fala-se em prevenção contra os riscos de danos. Essa prevenção está estritamente relacionada ao chamado princípio da precaução. Nesse sentido, afirma Machado: “o princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) está presente no Direito alemão desde os anos 70. Eckard Reh binder acentua que ‘a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro’.” Após, o mesmo autor ainda explana: “o princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas

Destarte, tendo em vista, em âmbito de direito ambiental, os riscos da atividade e, por conseguinte, a responsabilidade civil objetiva, não há a necessidade da demonstração da culpa para que os lesados sejam indenizados. Nesse sentido, Leite e Belchior afirmam que “o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria objetiva, dispensando, pois, o elemento da culpa do agente. No entanto, resta ainda comprovar o nexo causal e o dano ocorrido”¹³.

Não obstante a responsabilidade civil seja objetiva em matéria de direito ambiental, discute-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se seria admissível dano moral coletivo àqueles que experimentaram danos ao meio ambiente. Antes, necessário o enfrentamento da compreensão da responsabilidade civil extrapatrimonial, a qual será objeto de apreciação no item a seguir.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL

A responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, também conhecida como por danos morais¹⁴, na explanação de

e à continuidade da natureza existente no planeta”. Ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62-63.

¹³ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (Coordenador); FERREIRA, Heline Silvini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Orgs.). **Dano moral na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

¹⁴ Admite-se que o conceito de dano moral seja empregado como sinônimo de dano extrapatrimonial não só na doutrina, como na jurisprudência também. Com esse entendimento, Cavalieri Filho afirma existir dano moral quando da ocorrência de todas as ofensas à pessoa e dano patrimonial quando houver lesão ao patrimônio de alguém. Não distingue, por conseguinte, dano moral de extrapatrimonial. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.102. A jurisprudência também admite o emprego da expressão dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, como em recente Recurso Especial julgado (STJ, REsp. 1367923/RJ, 2 T., j. 06.09.2013, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27.08.2013). No entanto, há

Cavaliere Filho, segundo uma conceituação clássica, “é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma [...]”¹⁵, diferentemente do dano patrimonial, ou material, que seria aquele que resulta da lesão de bens do patrimônio da vítima. No mesmo entendimento, afirma Cahali quanto ao dano moral:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que moleste gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral.¹⁶

Assim, a ideia de dano moral, diferentemente de patrimonial, está atrelada à imaterialidade. Não se perquire, pois, a obtenção de ressarcimento patrimonial dos prejuízos materiais que um determinado indivíduo sofreu. Ao contrário, perquire-se a responsabilidade daquele que causou danos psíquicos a um determinado sujeito. Nesse sentido, explana Martins da Silva:

No entanto, em outras vezes, pelo contrário, não leva consigo a perda de dinheiro; a vítima é alcançada moralmente, por exemplo, em sua honra ou seus afetos. Em suma, por dano moral, segundo Daisy Justa Fernandes Bordon, deve-se entender aquele causado ao patrimônio desmaterializado de uma pessoa, ou seja, aquele resultante de lesões à honra, à paz

quem faça uma diferenciação entre ambos, como Leite e Ayala, *in verbis*: “Nota-se, entretanto, que o nome dano extrapatrimonial é menos restritivo, pois não vincula a possibilidade do dano à palavra moral, que pode ter várias significações e torna-se, desta maneira, falha por imprecisão e abrangência semântica.” LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4 ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 264.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100.

¹⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22.

interior, às crenças, à vida na sua totalidade física e moral, às afeições legítimas, aquele que afeta o âmago do ser¹⁷.

Porém, essa ideia do dano moral atrelada a sofrimento, humilhação e moléstia à alma humana sofreu certas restrições, na medida em que se aceita o dano moral quando da existência de violação a direito fundamental, como o direito à honra. Cavalieri Filho afirma, a partir de uma interpretação conforme a Constituição Federal, em especial no que diz respeito aos direitos à honra e à dignidade previstos em seu artigo 5º, incisos V e X, que “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade”¹⁸.

Sob esse viés, admite-se também que o dano moral tenha um caráter punitivo, não se restringindo apenas à ideia de reparação dos danos que acometeram um determinado sujeito. Nesse aspecto, elucida Martins da Silva:

Em outras palavras, a compensação do lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo¹⁹.

Nessa perspectiva de uma análise com maiores restrições ao conceito clássico de dano moral, pode-se questionar se seria ou não possível a configuração de dano moral coletivo. Todavia, essa discussão será tratada nos próximos itens, pois se faz necessário um maior estudo da responsabilidade civil coletiva e ambiental para que possa ser esclarecido o debate em questão.

¹⁷ SILVA, Américo Luís da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. conforme o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e a Lei 10.224, de 15.05.2001. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005. p. 38-39.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.101.

¹⁹ SILVA, Américo Luís da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. conforme o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e a Lei 10.224, de 15.05.2001. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005. p. 62.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM ÂMBITO COLETIVO

Embora o presente estudo não tenha o propósito de tratar de matéria eminentemente processual, cumpre salientar, ao menos, que o ajuizamento de uma ação indenizatória para responsabilizar o causador dos danos, hodiernamente, não se restringe única e exclusivamente a uma ação individual. Ao contrário, admite-se uma tutela coletiva, na medida em que, com o advento das Leis da Ação Popular (Lei 6.513/77) e da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), assim como do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), houve a possibilidade de uma coletividade receber, mediante um substituto processual, a devida proteção jurídica, não sendo mais necessária a solução de litígio a partir de um indivíduo apenas. Nesse sentido, “impõe-se, hoje, concluir que o processo civil já não mais se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas ao início referidas nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados e concretizados”²⁰, conforme elucida Zavascki.

Conquanto a Lei da Ação Popular seja considerada a primeira a tutelar direitos coletivos, foi com a Lei da Ação Civil Pública²¹ que houve, de fato, significativos avanços na tutela desses direitos, pois indivíduos titulares de direitos transindividuais também receberam proteção jurídica. Estes, conforme Zavascki²², são “direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”.

²⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p.15.

²¹ Nesse ponto, Milare afirma: “em virtude do caráter coletivo dos interesses lesados, neste caso, a sua tutela pode se dar através de ação civil pública ou de outros instrumentos processuais adequados, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo”. Ver MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 667.

²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p.15.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor igualmente contemplou, em seu artigo 81, parágrafo único, a tutela dos titulares de direitos transindividuais, como a dos direitos difusos, os quais estão vinculados, além de outras hipóteses, ao direito ambiental. Os direitos difusos são aqueles que não se podem identificar seus titulares, pois não há indivíduos determinados, mas sim uma coletividade, como no meio ambiente. Como visto, a sociedade tem direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, segundo o disposto no artigo 225 da Constituição Federal²³, não se restringindo, pois, esse direito a um indivíduo apenas²⁴.

Percebe-se, portanto, que o meio ambiente não é algo que se possa dividir entre os titulares desse direito. Também não é possível saber quais são, de fato, esses titulares, pois não se trata de direitos individuais, mas de transindividuais, fazendo com que surja uma indeterminação absoluta dos indivíduos²⁵.

Assim, os titulares de direitos transindividuais²⁶, podem, mediante um substituto processual, ser indenizados,

²³ Sarlet e Fensterseifer explanam que a Constituição Federal contemplou o meio ambiente como um direito e dever fundamental. Nesse sentido, afirmam: “Nessa ótica, a proteção de valores e bens jurídicos ecológicos importará restrições aos próprios direitos e ao comportamento do ser humano, inclusive a ponto de caracterizar também deveres morais e jurídicos (o próprio direito ao ambiente possui um regime jurídico constitucional de ‘direito-dever fundamental’)”. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p.37.

²⁵ *Ibidem*, p.36.

²⁶ O artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor prevê os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como visto, os direitos difusos são transindividuais e indivisíveis, cujos titulares não são identificados, como no caso do direito ao meio ambiente. Os coletivos, conforme explana Zavascki, são “transindividuais, com determinação relativa dos titulares”, mas com um âmbito menor do que os difusos, já que pertencem “[...] a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria”. Por fim, os direitos individuais homogêneos não tem a característica de transindividuais, pois, conforme o aludido autor, “há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele

responsabilizando, por conseguinte, aqueles que causarem danos e violarem esses direitos²⁷. Caso, por exemplo, ocorra a violação da honra de determinada comunidade judaica, poderão os indivíduos ser tutelados, mediante um substituto processual, de forma coletiva. Da mesma forma, se uma empresa emitir gases tóxicos na atmosfera, de modo que os habitantes daquela região sejam atingidos e sofram problemas de saúde, esses indivíduos também terão direito à devida proteção jurídica²⁸.

Portanto, é inegável que a responsabilidade civil coletiva está presente no ordenamento jurídico, haja vista a expressa previsão normativa de que haverá tutela de direitos coletivos quando da ocorrência ou não de danos.

5. IMPOSSIBILIDADE DE DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

É pacífico na doutrina e na jurisprudência²⁹ que, em matéria de direito ambiental, existe responsabilidade civil. Esta –

com o objeto do seu direito”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 34-36.

²⁷ Zavascki afirma que, embora o direito ao meio ambiente sadio seja difuso, pode, em determinadas situações ser individual homogêneo. Explana o autor: “outro exemplo, no campo do direito ambiental: o transporte irregular de produto tóxico constitui ameaça ao meio ambiente, direito de natureza transindividual e difusa. Mas constitui, também, ameaça ao patrimônio individual e às próprias pessoas moradoras na linha de percurso do veículo transportador (= direitos individuais homogêneos). Eventual acidente com o veículo atingirá o ambiente natural (*v.g.*, contaminando o ar ou a água), o que importa ofensa a direito difuso e, ao mesmo tempo, à propriedade ou à saúde das pessoas residentes na circunvizinhança, o que configura lesão coletiva a direitos individuais homogêneos”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 39.

²⁸ Indicam-se os seguintes precedentes, por exemplo: REsp 598.281/MG, REsp 650.728/SC e REsp 1367923/RJ.

²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p.336.

cujos pressupostos são a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano – é objetiva, ou seja, não exige a prova da culpa para que haja o dever de indenizar. Acolhendo essa posição, Machado afirma que a responsabilidade é objetiva, tendo em vista o risco da atividade e da expressa previsão normativa, como a da Lei 6.938/91, que prevê essa responsabilidade sem culpa. O referido autor ainda explana que basta a ocorrência de dano para ser devida uma indenização, ao afirmar que “a responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo”³⁰.

Entretanto, essa responsabilidade civil objetiva de que trata o aludido autor cinge-se à responsabilidade patrimonial, devendo aquele que causar danos arcar com seu patrimônio, e não à extrapatrimonial. Não há na jurisprudência, nem na doutrina, uma pacificação acerca da possibilidade ou não da ocorrência de dano moral coletivo ambiental, pois é discutível até em que medida o conceito de dano moral pode ser aplicado em determinado caso concreto³¹.

A concepção clássica de dano moral como abalo psíquico, sofrimento e humilhação de um indivíduo é ainda adotada por vários doutrinadores, tendo em vista que o conceito da expressão estaria restrito a um determinado sujeito, não se podendo, por conseguinte, falar em dano moral coletivo. Zavascki, por exemplo, afirma não existir dano moral coletivo, pois se deve restringir a abrangência das vítimas, de modo que o dano moral não ultrapasse o indivíduo. Assim, leciona:

Com efeito, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sofrimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ou seja, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua

³⁰ Ibidem, p.336.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p.336.

personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado.³²

Stoco também é defensor da impossibilidade de dano moral coletivo, e, por consequência, de dano moral coletivo em matéria de direito ambiental. Esse autor também advoga no sentido do dano moral restrito a um indivíduo, pois é inerente à pessoa, ao afirmar que:

No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe dano moral ao ambiente. Muito menos ofensa moral aos mares, aos rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito da personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.³³

Da mesma forma que Stoco e Zavascki, também Mazzilli é outro defensor da inexistência de dano moral coletivo, pois a reparação extrapatrimonial estaria atrelada à ideia de sofrimento e dor individual. Assim, o autor propõe uma nova concepção acerca da responsabilidade civil por dano ambiental: uma função punitiva, a fim de que aquele que causou danos seja responsabilizado patrimonialmente. Veja-se:

De um lado, os danos transindividuais nada mais são do que um feixe de lesões individuais; de outro, mesmo que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral coletivo, seria necessário lembrar que hoje

³² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 41.

³³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 855-856.

também se admite uma função punitiva na responsabilidade civil, o que confere caráter extrapatrimonial ao dano moral coletivo. Assim, p. ex., quando se lesa o meio ambiente, quando se divulga uma propaganda enganosa ou quando um laboratório põe em circulação medicamentos fraudulentamente desprovidos do princípio ativo, há mais que cogitar que apenas prejuízos patrimoniais.³⁴

Portanto, perceptível que o fundamento da inexistência de dano moral coletivo reside justamente no que consiste o dano moral. Para os autores supramencionados, o dano moral está, ainda, preso a uma concepção mais tradicional e vinculado a um caráter subjetivo íntimo do indivíduo, como a ideia de dor, tristeza, sofrimento.

6. POSSIBILIDADE DE DANO MORAL COLETIVO: UMA TENDÊNCIA HODIERNA

A concepção mais tradicional de dano moral, entendida ainda por muitos doutrinadores como melhor conceituação da expressão e ligada aos aspectos subjetivos do indivíduo (como comentado no item anterior), está, gradativamente, se desvinculando dessa perspectiva, para dar ensejo à possibilidade de dano moral coletivo. Cahali, defensor desse entendimento, afirma que é possível caracterizar dano moral coletivo quando da ocorrência de danos ao patrimônio valorativo de uma comunidade. Nesse sentido:

Quando se falar em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer dizer, em

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146.

última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.³⁵

Leite e Ayala também entendem ser possível a ocorrência de dano moral coletivo:

De fato, a coletividade pode ser afetada quanto a seus valores extrapatrimoniais e devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado por meio da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação.³⁶

Assim, percebe-se que caso uma coletividade sofra danos relacionados à sua honra, é possível existir indenização por dano moral, da mesma forma que existiria se um indivíduo dessa coletividade fosse afetado.

Diante disso, a responsabilidade civil ambiental, no que tange ao dano moral coletivo, está inserida na perspectiva de que não está circunscrita a um determinado indivíduo, mas a uma coletividade inteira, daí a sua transindividualidade. Desse modo, Leite e Ayala asseveram: “outrossim, a lesão ambiental direta não tem concepção de um direito individual e, sim, coletivo, imaterial e é um bem jurídico autônomo”³⁷.

Logo, percebe-se que os referidos autores possibilitam que danos ocorridos ao meio ambiente e que afetem uma determinada comunidade transcendam a figura de um indivíduo visto singularmente. A comunidade, dotada de personalidade difusa, tendo em vista a indivisibilidade e dificuldade de

³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

³⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 265.

³⁷ Ibidem, p.264.

determinação de seus titulares, acaba por receber uma proteção jurídica, inclusive por expressa previsão legal, como pelas Leis 7347/1985 e 8078/1990, possibilitando a ocorrência de dano moral coletivo. O lesado, assim, não é apenas um determinado sujeito da comunidade, mas a coletividade inteira.

Steigleder³⁸ também defende a possibilidade de dano moral coletivo ambiental, considerando também a ideia de não restringir o dano a um indivíduo. Além disso, a autora ainda sustenta que o dano moral coletivo em matéria de direito ambiental deve existir, tendo em vista que um dano ao meio ambiente caracteriza diminuição na qualidade de vida dos que vivem em uma coletividade, lesando, pois, valores imateriais.

Não bastasse isso, há no artigo 1º, inciso I, da Lei 7.347, de 1985, expressa disposição acerca do cabimento do dano moral. O aludido artigo assim dispõe: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I- ao meio-ambiente.” A partir disso, Morato Leite e Araújo Ayala elucidam que “essa fundamentação legal faz surgir um dano extrapatrimonial ambiental sem culpa, em que o agente estará sujeito a reparar a lesão por risco de sua atividade e não pelo critério subjetivo ou da culpa”³⁹.

Portanto, defende-se a possibilidade de dano moral coletivo, na medida em que a ideia tradicional de dano moral vinculada ao subjetivismo de um determinado indivíduo está se modificando, dando ensejo a uma nova concepção. Esta não está mais restrita à ideia de um sujeito, mas de uma coletividade, pois se há possibilidade de danos a um indivíduo, existiria também se uma comunidade experimentasse danos ambientais. É nesse diapasão que sustentam Leite e Ayala: “a vinculação do dano moral à esfera individual e de caráter unicamente subjetivo

³⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 174.

³⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.277.

representa um retorno às origens do reconhecimento da existência e reparabilidade dos danos morais”⁴⁰.

No item a seguir, considerações serão tecidas acerca dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

7. ENTENDIMENTO ATUAL DO STJ ACERCA DE DANO MORAL COLETIVO AMBIENTAL

Em 2006, surge, pela primeira vez, no Superior Tribunal de Justiça, a discussão acerca da possibilidade de dano moral coletivo ambiental, quando da interposição de Recurso Especial pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais. O recurso, conhecido também como Resp. 598.281/MG⁴¹, julgado pela Primeira Turma do aludido Tribunal, teve como objeto a possibilidade ou não de responsabilidade civil por dano moral conferida àqueles que viviam nos loteamentos do Bairro Jardim Canaã I e II, em Uberlândia, Minas Gerais, por terem experimentado danos ambientais decorrentes de processo erosivo nesses loteamentos, acarretando, assim, degradação de área de preservação ambiental.

O relator Ministro Luiz Fux e o Ministro José Delgado reconheceram, no caso, a possibilidade de dano moral ambiental, pois, além da expressa previsão da Lei 7.347/85 quanto a essa possibilidade, entenderam que uma coletividade, da mesma forma que um indivíduo, pode sofrer danos morais. Além disso, sustentaram que danos ao meio ambiente acarretam diminuição da qualidade de vida da população, causando impactos nas vidas das pessoas que nela habitam na comunidade.

Todavia, os Ministros Teori Albino Zavascki e Francisco Falcão entenderam pelo desprovimento do recurso, pois a

⁴⁰Ibidem, p. 304.

⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 598.281/MG**. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-resp-598281-mg-2003-0178629-9/relatorio-e-voto-12878881>. Acesso em: 20 jun. 2014.

hipótese de dano moral conferido a uma coletividade seria incompatível com o próprio conceito de dano moral. Para eles, o dano moral estaria atrelado ao sujeito visto individualmente, não se concebendo a ideia de transindividualidade. Nesse entendimento, a visão tradicional de dano moral relacionada ao sofrimento, humilhação e dor seria a melhor concepção para a ideia de dano moral.

A Ministra Denise Arruda também votou pelo não provimento do Recurso Especial. Embora a Ministra tenha reconhecido a possibilidade de dano moral coletivo, afirma que a prova do dano deve existir, isto é, deve a coletividade demonstrar que houve, de fato, um dano a sua moral. No caso concreto, segundo ela, como não houve a evidenciação do dano coletivo, não haveria dano moral à coletividade, o que a levou, assim, a desprover o recurso.

Diante disso, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça à época entendeu que o Recurso Especial 598.281/MG deveria não ser provido. No caso, três Ministros entenderam não existir dano moral coletivo em matéria ambiental, enquanto dois admitiram essa possibilidade.

Contudo, outros julgados do Superior Tribunal de Justiça também analisaram a possibilidade ou não de dano moral coletivo ambiental, dentre eles o Recurso Especial 791.653/RS⁴². Esta decisão, julgada pela mesma Primeira Turma à época, um ano após o Recurso Especial 598.281/MG, ou seja, em 2007, tomou rumos diferentes.

O Recurso Especial 791.653/RS, cujo relator foi o Ministro José Delgado, manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que admitiu a ocorrência de dano moral coletivo ambiental decorrente de poluição sonora no meio ambiente. Os Ministros, por unanimidade, aceitaram a possibilidade de dano moral conferido à coletividade atingida

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 791.653/RS**. Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25969/recurso-especial-resp-791653>. Acesso em: 22 jun. 2014.

pelos danos, demonstrando, assim, um novo posicionamento do STJ sobre o debate em questão.

Da mesma forma que o Recurso Especial 791.653/RS, o Recurso Especial 1.057.274/RS⁴³, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon, embora não tivesse como objeto a discussão da responsabilidade civil ambiental, tratou da possibilidade de configuração de dano moral coletivo. A relatora afirmou que a responsabilidade civil, através de um processo evolutivo doutrinário e jurisprudencial, vem adotando a possibilidade de dano moral coletivo, desvinculando, assim, da ideia de dano moral concebido a apenas um indivíduo. Afirmou, ainda, que da mesma forma que se pode conferir dano moral a um indivíduo, poder-se-ia também falar em dano moral coletivo.

Mais recentemente, no Recurso Especial 1.367.923/RJ⁴⁴, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao apelo do recorrente, a fim de manter a decisão recorrida que conferiu a uma coletividade danos morais decorrentes de danos ambientais. Foi consagrado que, como um determinado indivíduo pode sofrer dano moral, deve-se também atribuir a uma coletividade o mesmo entendimento⁴⁵.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.057.274/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933449&sReg=200801044981&sData=20100226&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.367.923/RS**. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158298/recurso-especial-resp-1367923-rj-2011-0086453-6-stj/relatorio-e-voto-24158300>. Acesso em: 24 jun. 2014.

⁴⁵ Assim como no REsp 1367923, Leite e Ayala entendem da mesma forma. Manifestam-se os autores: “De fato, a coletividade pode ser afetada quanto a seus valores extrapatrimoniais e devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado por meio da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA,

Portanto, embora ainda existam posicionamentos contra a possibilidade de dano moral coletivo ambiental, há, gradativamente, uma tendência para admitir essa hipótese. Julgados mais recentes demonstram que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a desvinculação da ideia de dano moral individual para dar ensejo a um dano moral conferido a uma coletividade.

8. CONCLUSÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado contemplado na Constituição Federal não está imune a possíveis danos que venham a ocorrer em uma sociedade de riscos em que se está inserido. Por isso, previu-se a responsabilidade civil objetiva em matéria de direito ambiental, prescindindo, pois, o pressuposto culpa para o dever de indenizar a fim de que aquele que causar danos ambientais tenha o dever de indenizar.

Porém, a principal discussão do trabalho não se situa na responsabilidade patrimonial àquele que causar danos ao ambiente, mas sim na responsabilidade extrapatrimonial. A partir disso, alguns doutrinadores acabaram por não admitir a possibilidade de ocorrência de dano moral coletivo ambiental, tendo em vista que o dano moral estaria atrelado a uma concepção de dor, sofrimento e abalo psíquico de naturezas, essencialmente, individuais.

Contudo, há, hodiernamente, uma nova tendência para admitir dano moral coletivo ambiental. A corrente doutrinária que defende essa possibilidade afirma, como fundamento, que da mesma forma que um indivíduo pode sofrer danos a sua honra, não constituiria óbice para que um grupo de pessoas, mesmo que indeterminado, fosse reparado. Ademais, os que admitem dano moral coletivo em matéria de direito ambiental advogam que bens imateriais estariam sendo violados quando da ocorrência de danos ao meio ambiente, acarretando, inclusive, uma redução da

Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.265.

qualidade de vida dos indivíduos que vivem na região afetada pelos danos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mediante julgados mais recentes, vem admitindo paulatinamente a possibilidade de dano moral conferido a uma coletividade, haja vista que a ideia de dano moral não estaria mais restrita única e exclusivamente a um abalo psíquico. Portanto, há uma tendência para admitir dano moral coletivo em matéria de direito ambiental tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

9. REFERÊNCIAS

BIRNFELD, Liane Francisca Huning. A responsabilidade civil ambiental pelos danos futuros e riscos de danos. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Diálogos constitucionais de direito público e privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (RETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Lei nº 6.513**, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 598.281/MG**. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158334/recurso-especial-resp-598281-mg-2003-0178629-9/relatorio-e-voto-12878881>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 791.653/RS**. Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25969/recurso-especial-resp-791653>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.057.274/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933449&sReg=200801044981&sData=20100226&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.367.923/RS**. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/09/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158298/recurso->

especial-resp-1367923-rj-2011-0086453-6-stj/relatorio-e-voto-24158300 Acesso em: 24 jun. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (Coordenador); FERREIRA, Heline Silvini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Orgs.). **Dano moral na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito brasileiro. In: Milaré, Édís (Org.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Reponsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Américo Luís da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. conforme o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e a Lei 10.224, de 15.05.2001. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. **Sustentabilidade ambiental**: requisito para o cumprimento da função social dos contratos agrários: arrendamento e parceria. 2014. 244 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

O MEIO AMBIENTE, A SUSTENTABILIDADE E AS QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA (RIO GRANDE DO SUL - BRASIL) E EM PORTUGAL

Mariângela Guerreiro Milhoranza¹

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, mediante a utilização de estudos científicos oriundos das áreas da biologia e da ecologia, será demonstrado que a prática bicentenária das queimadas controladas não prejudica o meio ambiente e nem interfere nas relações interespecíficas e intraespecíficas harmônicas da região, do Rio Grande do Sul, conhecida como Campos de Cima da Serra. Com esse mesmo mister, examinam-se as queimadas controladas nos países que fazem parte da União Europeia e, em especial, examinam-se as queimadas controladas em Portugal onde faz-se uma distinção entre queimada e queima.

No Brasil, em maio de 1998, foi criado o Programa de Prevenção e Controle às Queimadas e aos Incêndios Florestais no Arco do Desflorestamento - PROARCO, que emerge das funções institucionais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Ministério do Meio Ambiente - MMA. Este programa de prevenção e controle é

¹ - Pós Doutora, Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS, Advogada, Professora da Graduação em Direito da FACOS e da São Judas Tadeu, Professora da Pós Graduação em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS, Professora da Pós Graduação em Direito Tributário da Unisinos (contribuições previdenciárias) e Coordenadora da Pós Graduação em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho da FACOS.

implantado nos Campos de Cima da Serra. Culturalmente, a queimada controlada, praticada na região conhecida como Campos de Cima da Serra, no Brasil, é chamada de “sapecada” pelos produtores rurais moradores da região. Este processo de queima pode se dar por causas naturais ou por ação antrópica.

A sapecada ocorre por ação antrópica e é utilizada, apenas uma vez por ano, no final do inverno e antes da primavera, para eliminar a macega seca e renovar as pastagens para o alimento do gado quando o vento não está forte. Na sapecada, o fogo é de pouca intensidade. Como a cinza produzida pelo fogo é alcalina, há a diminuição da acidez do solo. Como diminui a sua acidez, o solo torna-se mais produtivo. A sapecada é manejada tendo em vista as especificidades geográficas dos Campos de Cima da Serra: relevo excessivamente desigual e irregular, muita pedregosidade e índice baixo e insuficiente de área mecanizável (em somente 6% da área total dos municípios dos Campos de Cima da Serra pode empregar o uso de maquinário mecânico). Entretanto, mesmo que benéfica ao solo da região, a sapecada foi proibida mediante legislação estadual, nos idos de 1992, através do art. 28 do Código Florestal do Estado (Lei Estadual nº 9.519/92).

Após a proibição da queima, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul promulgou a Lei Estadual nº 13.931/2012, que alterou o art. 28 do Código Florestal do Estado, e acrescentou nova exceção à proibição do uso do fogo ou queimadas, permitindo seu uso como prática de manejo controlado em pastagens. Entretanto, a Lei Estadual nº 13.931/2012 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Ministério Público, que acabou julgada improcedente, por maioria, pelo Pleno do Tribunal de Justiça. Inconformado, o Ministério Público ingressou com recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (este recurso ainda está pendente de apreciação pelo Pretório Excelsior).

Seja como for, ante a pendência do julgamento do recurso extraordinário, emerge a urgência de um estudo aprofundado e multidisciplinar (a partir de dados socioculturais, antropológicos, fisiobiológicos e jurídicos) acerca das queimadas controladas nos Campos de Cima da Serra para sustentar os

benefícios da sapecada e, conseqüentemente, a possibilidade da criação de legislação municipal permitindo a mesma como técnica de manejo do solo. Conseqüentemente, entende-se pela constitucionalidade da Lei Estadual nº 13.931/2012.

Entrementes, na realidade, a proibição das queimadas controladas trouxe conseqüências negativas para a população local além de êxodo rural e degradação ambiental, eis que foram esquecidos os direitos basilares do Estado Socioambiental e Democrático de Direito e, de igual forma, foi esquecida a bioética. Aliás, é sob esse ângulo de discussão, dentro do Estado Socioambiental e Democrático de Direito e sob os auspícios da bioética, como vetor da realização dos direitos fundamentais, que se propõe a criação de legislação, em âmbito municipal, para permitir a prática da (queimada controlada) nos Campos de Cima da Serra.

À luz da fundamentalidade do meio ambiente, propõe-se um exame da interação do homem da Região dos Campos de Cima da Serra com o meio ambiente denominando este, na bela expressão de Carlos Alberto Molinaro, como “lugar de encontro.” Com esse mister, investigam-se os aspectos socioculturais das queimadas controladas. Propõe-se, então, uma análise crítico legislativa para a permissão da sapecada, tendo como alicerce a cultura, a tradição e o próprio direito enquanto resultado das relações sociais. Nesse sentido, impõe-se a possibilidade da competência legislativa municipal para permitir a utilização das queimadas controladas como técnica de manejo do solo nos Campos de Cima da Serra.

No que tange à Comunidade Europeia, em específico, examinam-se as queimadas controladas em Portugal onde o Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas (ICNF) intervém diretamente enquanto autoridade nacional portuguesa para a conservação da natureza e da biodiversidade; apoiando no fortalecimento e na formulação da política de conservação da natureza e da biodiversidade, garantindo o cumprimento dos objetivos decorrentes dos seus regimes, em articulação com a Agência Portuguesa do Ambiente. De igual forma, o ICNF busca assegurar a gestão da Rede Nacional de Áreas Protegidas e a

implementação da Rede Natura 2000, e, nos casos de áreas marinhas protegidas, em articulação com a Direção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos (DGRM) e o Instituto Português do Mar e da Atmosfera, promove a proteção ambiental. Em Portugal, cada município legisla a respeito da queima controlada, de acordo com as especificidades locais e de acordo com a biodiversidade a ser protegida. Tal qual ocorre nos Campos de Cima da Serra, aqui se propõe a possibilidade da competência legislativa municipal para permitir a utilização da queima controlada, como técnica de manejo do solo, em Portugal.

2. A REGIÃO DOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA: ASPECTOS GEOGRÁFICOS E BIOLÓGICOS

O aprimoramento tecnológico e a evolução da sociedade acabaram por desencadear o desequilíbrio ambiental. O homem hodierno é o maior causador dos danos à natureza². A existência de agressões ao solo, ao ar e à água geram diversas formas de poluição e a consequência dessa poluição é a destruição de inúmeros ecossistemas. O homem está intimamente relacionado com o meio em que vive e com a forma com que o utiliza. O aumento da população mundial

O aumento da população mundial ocorreu pelo desencadeamento de vários fatores. Com a evolução científica, houve a descoberta de novos remédios e a cura de doenças que, por exemplo, na década de 40, eram consideradas fatais. Com o surgimento de melhores condições sanitárias e centros de saúde disponíveis, a humanidade passou (e vem passando) por uma alteração: um crescimento, sem precedentes, da população mundial e, com esse crescimento desmedido, resta a seguinte indagação: A malversação dos recursos naturais e a má interação do homem com o meio ambiente podem desencadear catástrofes

² BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Caxias do Sul: Educus, 2006, p. 29.

ambientais? Esta indagação é inquietante e preocupante e é feita para que se comece uma profunda reflexão.

É evidente que o dano ambiental antropogênico é o resultado da ganância e da falta de respeito do homem com o meio onde vive. Em nome do desenvolvimento, o homem degrada a natureza sem se importar com as consequências tanto para si quanto para o meio ambiente. É cediço que as mazelas ambientais são ameaça à preservação da própria espécie humana. Com o a expansão do capitalismo, os recursos naturais foram explorados sem regras, pois o que se queria era a produção de bens em massa, a baixo custo e sem qualquer preocupação com os dejetos que sobram dessa produção. O consumismo desenfreado, a falta de local apropriado para o lixo, a não utilização da reciclagem e a exploração de países subdesenvolvidos por empresas multinacionais contribuíram, visivelmente, para os violentos ataques à natureza.

A falta de saneamento básico, o desrespeito aos direitos sociais fundamentais, a pobreza, a desordem social³ e o

³ Como centro de consumo, a cidade produz enormes quantidades de lixo que nem sempre são corretamente descartadas e acabam gerando problemas ainda mais graves que o próprio lixo, sua deterioração e as crescentes dificuldades de se encontrarem áreas apropriadas para descartá-lo. Os desequilíbrios climáticos que produzem tempestades cada vez mais violentas tornam a vida nas cidades, especialmente nas metrópoles, muito mais complicada. O asfalto que cobre as ruas para dar mais conforto aos motoristas, mais estabilidade aos veículos automotores e impedem que as ruas se encham de poeira nos períodos de estiagem e de lama, nos períodos de chuva, é o mesmo que impede a penetração da água e transforma os morros em cachoeiras e as ruas em corredeiras que inundam casas e arrastam tudo o que há pela frente. É cada vez mais comum os cidadãos se sentirem amedrontados quando percebem a formação de chuva sobre suas cidades. Há ainda a poluição sonora, visual e a poluição lançada por automóveis e fábricas que, aliada ao excesso de construções, fazem da cidade uma ilha de calor onde as temperaturas têm alcançado níveis cada vez mais elevados. [...] Certamente, nem todas as modificações que são produzidas nas cidades são negativas do ponto de vista socioambiental. O ajardinamento de áreas degradadas, o reflorestamento de áreas centrais para a construção de parques, entre outras. No entanto, todas as modificações causam impactos ambientais. (CASTRO, Sílvia Regina Barbosa de Castro; GAMA, Elce Marília Silva F.; SANTI, Márcia de Lourdes

desrespeito com a democracia colaboram para a ocorrência de inúmeras agressões ao lugar de encontro. Em verdade, a degradação ambiental é o resultado não apenas da falta de educação ambiental do ser humano mas, também, é fruto da desigualdade⁴⁵ social que, hodiernamente, assola a humanidade. Não há como falar em equilíbrio ambiental enquanto os direitos básicos do cidadão não são observados. Não há como falar em

Domingos. **Geografia:** ensino fundamental. Belo Horizonte: Educacional, 2013, p. 24.)

⁴ No tópico, Tiago Fensterseifer: assevera que: Cada vez mais se reconhece a feição socioambiental das relações sociais contemporâneas, marcadamente pela conexão entre a proteção do ambiente e os direitos sociais à luz do princípio constitucional do *desenvolvimento sustentável* (art. 170, VI, da CF). A adoção do marco jurídico-constitucional *socioambiental* resulta da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e os direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano. O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso aos direitos sociais básicos, o que, diga-se de passagem, também é causa potencializadora da degradação ambiental. (FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas:** uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. Disponível em:

<www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>.

Acesso em: 23 ago. 2013.)

⁵ Sobre a desigualdade social, Adir Ubaldo Rech ensina que: Na realidade, há um pacto silencioso, histórico e cultural de exclusão social aceito e praticado, mediante normas urbanísticas informais adotadas pela elite dominante, que ignora determinadas classes sociais, que as afasta do seu convívio e que, ao mesmo tempo, busca beneficiar a especulação imobiliária, impedindo que, nos planos diretores, sejam destinados de forma planejada espaços economicamente mais acessíveis para os mais pobres. (RECH, Adir Ubaldo. Cidades socioambientalmente sustentáveis. In: BUTZKE, Alindo; RECH, Adir Ubaldo; GULLO, Maria Carolina (Org.). **Direito, economia e meio ambiente:** olhares de diversos pesquisadores. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 9-22, p 10-11.)

proteção ambiental enquanto as desigualdades⁶ sociais⁷ não são reduzidas e amenizadas.

Por outro lado, os cientistas advertem que uma das formas de produzir o efeito estufa seria mediante a utilização do fogo nos campos. Destarte, a história da utilização do fogo, pelo ser humano, se confunde com a própria evolução da humanidade. Quando o *homo sapiens* vivia em cavernas já utilizava o fogo. Portanto, a queima já agia sobre o ambiente provocando diversos efeitos. O fogo é um dos mais antigos agentes empregados, pelo ser humano, como vetor modificador da paisagem, atingindo não só o meio físico como, também, a biodiversidade como um todo.

Ainda, na antiguidade, existem relatos de que o fogo era manejado como meio de limpeza e ocupação da terra.⁸ A utilização do fogo, por conseguinte, é uma tradição universal e milenar que perdura, até hoje, em plena era do desenvolvimento científico e tecnológico. Seja como for, na região conhecida como

⁶ Consoante Molinaro, Pensar a democracia implica a superação das desigualdades (materiais) e por consequência a eliminação da exploração econômica, postulando pela paz social, fruto de um trabalho solidário que afirme uma dimensão humana integral. Pensar a democracia da contemporaneidade exige necessariamente pensar num regime constitucionalista. (MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 107.)

⁷ Nesse mesmo sentido, traz-se o posicionamento de Ingo Sarlet e de Tiago Fensterseifer: O enfrentamento dos problemas sociais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de expressivas partes da população aos seus direitos sociais básicos, o que, importa referir, é causa de degradação ambiental. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11–38, p. 15.)

⁸ BUTZKE, Alindo; SPARREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 9-31, p. 27.

Campos de Cima da Serra, o uso do fogo, para manejo do solo, era uma prática cultural e bicentenária.

A região conhecida como Campos de Cima da Serra está localizada no Nordeste do Rio Grande do Sul onde “[...] gramíneas aparecem nos solos rasos de morros e vales dos Campos de Cima da Serra.”⁹ Campos de Cima da Serra “[...] foi a denominação escolhida para o espaço geográfico inserido no Planalto das Araucárias (Floresta Ombrófila Mista) que se localiza nas áreas elevadas próximas ao limite dos estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.¹⁰

A título de classificação geomorfológica¹¹, o nome correto das terras altas gaúchas é Planalto Meridional:

⁹ BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Claudia. Desvendando a região. In: BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos Campos de Cima da Serra**. Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 11.

¹⁰ BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Claudia. Desvendando a região. In: BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos Campos de Cima da Serra**. Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 12.

¹¹ Consoante Georgina Bond-Buckup e Claudia Dreier, O processo de formação das rochas dos Campos de Cima da Serra iniciou-se em torno de 200 milhões de anos atrás, quando começou a fragmentação do supercontinente Pangéia. A sua porção sul, chamada Gondwana, destacou-se e, em seguida, também fragmentou-se em diversas placas, entre as quais, a América do Sul, a África, a Antártica, a Índia e a Austrália. O evento de fragmentação abriu fissuras numa vasta região do Gondwana, onde depois viriam existir as margens oeste da África e leste da América do Sul. Antes de aparecerem as imensas fissuras, existia no local um grande deserto que hoje os geólogos chamam de Botucatu. O magma vindo das profundezas da Terra extravasou pelas fissuras e espalhou-se sobre a areia do deserto por meio de inúmeros derrames de lavas, dispostos em várias camadas de rochas incandescentes que se sobrepuseram umas às outras. Essa deposição, um imenso empilhamento de derrames, transformou a paisagem do deserto de areias em deserto de lavas. Com o resfriamento das lavas, formaram-se inicialmente rochas conhecidas como basaltos. [...] No decorrer do tempo geológico, a água da chuva e os rios também contribuíram para desgastar as rochas, abrir os cânions e aplainar a paisagem. Os cursos d'água aparecem nos lugares onde existem falhas geológicas. Estas são fraturamentos associados ao derrame de lavas. Nas falhas encontram-se as partes mais frágeis das rochas. Quando sofrem alguma força que induza sua separação, os blocos de rocha são desunidos exatamente nos locais onde estão as falhas, como pode ser visto nos outros cânions da Região. (BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Claudia. Desvendando a região. In:

consequência de uma vertente ou derrame de lavas¹². Em que pese ser conhecida por Serra, a borda do Planalto é, na realidade, uma escarpa moldada pela erosão.¹³ O ponto mais alto, do estado do Rio Grande do Sul, é o pico do Monte Negro, localizado na cidade de São José dos Ausentes, cuja altitude chega a 1403 metros.

3. O CULTIVO DE PLANTAS EXÓTICAS, AS QUEIMADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A queimada controlada, praticada nos Campos de Cima da Serra, é chamada de “sapecada” pelos moradores. Com a proibição de queimar controladamente o campo, os produtores rurais ficaram sem alternativas para o manejo do solo, já que o relevo pedregoso da região impede o uso de técnicas mecânicas. Ante a não permissão da sapecada, os produtores rurais¹⁴, sem

BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos Campos de Cima da Serra**. Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 14-15.)

¹² Conforme cartilha elaborada pelo Ministério do Meio Ambiente e coordenada por Ilsi Iob Boldrini, “Nos Campos de Cima da Serra predominam as rochas efusivas da formação da Serra Geral, do Juro-Cretáceo, originadas por derrames sucessivos de lavas, ocorridos, principalmente, entre 120 e 135 milhões de anos.” (BOLDRINI, Ilsi Iob. (Org.). **Biodiversidade dos Campos dos Planaltos das Araucárias**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2009, p. 9.)

¹³ BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Cláudia. Desvendando a região. In: BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos Campos de Cima da Serra**. Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 13.

¹⁴ Conforme a pesquisa de campo de Damiane Boziki, Leonardo Beroldt da Silva e Rodrigo Cambará Printes, realizada em 2011, na APA Estadual Rota do Sol, nos Campos de Cima da Serra, Dentre as entrevistas realizadas na APA Rota do Sol predominaram as propriedades de até 5 ha, situadas em sua grande maioria no município de Três Forquilhas, nas quais observamos a prática da agricultura familiar. Já nos distritos de Tainhas e Potreiro Velho, em São Francisco de Paula, nos quais estão as maiores propriedades, predominam os arrendamentos (somente uma propriedade era do agricultor entrevistado). Foi possível observar, nas propriedades de São Francisco de Paula, um grande número de propriedades arrendadas por famílias do litoral. (BOZIKI, Damiane; SILVA, Leonardo Beroldt; PRINTES, Rodrigo Cambará. Situação

visualizar outras alternativas econômicas, arrendaram as suas terras para outros ramos de produção agrícola estranhos à cultura e ao meio ambiente local. Logo, em prol da economia¹⁵ e do lucro o lugar de encontro foi degradado e, como resultado de todas essas ações, ocorreu o desequilíbrio ambiental. Chegou-se, parafraseando James Lovelock¹⁶, a uma “[...] situação limite.”

A primeira cultura exótica a chegar e ganhar força foi a plantação de pinus. Hodiernamente, a plantação de pinus, para a empresa madeireira, é a maior fonte de produção econômica da região. Hoje em dia, as plantações de pinus ocupam cerca de 180.000 hectares, vale dizer, o equivalente a 32% da área ocupada por florestas plantadas.¹⁷ Portanto, infelizmente, houve o crescimento desenfreado da exploração da madeira de pinus. Com a exploração desmedida e sem qualquer controle por parte do Poder Público, ocorreu o comprometimento do ecossistema local. Comprovadamente, após a inserção do pinus, nos Campos

atual da utilização de agrotóxicos e destinação de embalagens na área de proteção ambiental estadual Rota Sol, Rio Grande de Sul, Brasil. **Revista VITAS**, [S. l.], n. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistavitas/images/artigos/SITUA%C3%87%C3%83O%20ATUAL%20DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20AGROT%C3%93XICO%20%20S%20E%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20DE%20EMBALAGENS%20por%20Damiane%20Boziki%20e%20outros.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2013, p. 5.)

¹⁵ Alindo Butzke e Mardióli Dalla Rosa defendem que: Os constrangimentos claros à expansão sem limites do modo capitalista de produção e a crise ambiental estão integrados à ordem política da atualidade, desconstruindo numerosos mitos relativos ao progresso tecnológico, à eficiência econômica e ao crescimento sem riscos. (BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli. Desenvolvimento sustentável, meio ambiente e prática do uso de fogo nos campos. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimada dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 105-128, p. 112.)

¹⁶ LOVELOCK, James. **A Vingança de gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p. 24.

¹⁷ KOCH, Marília Machado; HENKES, Jairo Afonso. Estudo de caso: a interferência das plantações de pinus spp nos ecossistemas dos Campos de Cima da Serra, RS. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 64-91, abr./set. 2013, p. 65.

de Cima da Serra, dezesseis espécies de animais nativos (entre elas nove aves) estão ameaçadas de extinção.¹⁸ Mediante a utilização de imagens de satélites, é possível observar áreas de mata nativa isoladas no meio de amplas e intermináveis áreas de pinus, pois resta cristalino que os espécimes de pinus das plantações comerciais estão se multiplicando, indiscriminadamente, pelas áreas de matas nativas. Conforme a figura ora colacionada, na área destacada em vermelho, percebe-se a plantação de espécimes de pinus que se misturam com espécies de árvores nativas (em azul). Ao que tudo indica, possivelmente estes exemplares de pinus estão ali em virtude da dispersão de suas sementes através do vento, uma vez que neste local, as árvores não possuem o formato linear, coeso e proporcional dos maciços comerciais.

Esta plantação indiscriminada ameaça a sobrevivência da fauna das florestas de araucária e, obviamente, a fauna dos Campos de Cima da Serra.

Outra cultura, estranha aos Campos de Cima da Serra, é a plantação de batata (*Solanum tuberosum*). Com a chegada da plantação de batata, também, chegou o uso do agrotóxico. O cultivo da batata tem utilizado dez diferentes tipos de agrotóxicos sendo um deles extremante tóxico e dois altamente tóxicos.

O uso indiscriminado de agrotóxicos está poluindo as águas dos Campos de Cima da Serra. A água, mais que fonte de recurso imprescindível à manutenção do ser humano no Planeta Terra, é um elemento vital para a conservação da vida.¹⁹ Todo e qualquer ecossistema precisa de água. Sem a água, não existe vida;

¹⁸ KOCH, Marília Machado; HENKES, Jairo Afonso. Estudo de caso: a interferência das plantações de pinus spp nos ecossistemas dos Campos de Cima da Serra, RS. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 64-91, abr./set. 2013, p. 74.

¹⁹ Defendem Thomas M. Kostigen e Elizabeth Rogers que: Apenas 3% da água da Terra é doce; a água restante é salgada. Isso é importante porque o fornecimento de água potável está se tornando cada vez mais difícil. Apenas 20% da população da Terra tem água corrente e mais de 1 bilhão de pessoas não possuem acesso à água limpa. (KOSTIGEN, Thomas M; ROGERS, Elizabeth. **O Livro verde**. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, p. 11.)

sem a água não existe fauna e sem a água não existe flora.²⁰ Indeadidamente, o uso indiscriminado dos agrotóxicos e a poluição dos recursos hídricos está ocorrendo porque a água está sendo utilizada como se fosse o bem de apenas um particular²¹: é a malversação da água.

A malversação dos recursos hídricos, a utilização de adubos químicos e o uso dos agrotóxicos²² na agricultura trazem consigo a contaminação de riachos e de rios. Ademais, os alimentos cultivados com a utilização desses verdadeiros venenos também estão intoxicados, implicando, assim, em um círculo vicioso onde a saúde e a qualidade da vida humana estão sendo atingidos²³ diante do descaso das autoridades.²⁴

²⁰ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PIMMEL, Nicole Freiberger. Política Nacional de Resíduos Hídricos: governança de água e cidadania Ambiental. In: AGUSTIN, Sérgio; CUNHA, Belinda Pereira (Org.). **Diálogos de direito ambiental brasileiro**. Caxias do Sul: Educus, 2012. p. 9-45, p. 9.

²¹ Paulo Affonso Leme Machado refere que: [...] a água, como bem de uso comum do povo: não pode ser apropriada por uma só pessoa, física ou jurídica, com exclusão absoluta de outros usuários em potencial; o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado; e a concessão ou autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.)

²² Salienta Celso Antonio Pacheco Fiorillo que: “A utilização dos agrotóxicos na agricultura tem determinado a poluição de praticamente todo o meio ambiente natural, tendo em vista que se reflete na água, no solo e no ar atmosférico.” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.)

²³ Sustenta Eliane Willrich Hoffmann que: A situação é caótica! Infelizmente o ser humano está mais preocupado com o TER do que com o SER. Uma natureza morta de nada lhe serve, mas está longe a preocupação efetiva da utilização dos recursos naturais. A preocupação cega sobre o poder econômico, faz esquecer o princípio básico da sobrevivência da humanidade no planeta. É inadiável a conscientização de uma política ambiental. (HOFFMANN, Eliane Willrich. **Desenvolvimento agrícola e o uso de agrotóxicos: políticas públicas para a sustentabilidade: um estudo de caso nas localidades de Linha Araripe, Linha Brasil e Linha Imperial na Cidade de Nova Petrópolis/RS**. 2006. Dissertação (Mestrado) – UCS, Caxias do Sul, 2006, p 144.)

Hoje em dia, além do despejo dos pesticidas químicos nos rios, o maior risco, de poluição dos recursos hídricos e de contaminação da biodiversidade e dos seres humanos, diz respeito à destinação final das embalagens dos venenos. Em pesquisa de campo realizada em 2011, entre agricultores da APA Estadual Rota do Sol, nos Campos de Cima da Serra, restou comprovado que “63% afirmaram que não tiveram nenhuma dificuldade, enquanto 25 % tiveram dificuldade para devolver”²⁵ as embalagens dos venenos. Dentre o percentual de 25% daqueles que tiveram dificuldades para devolver as embalagens, “[...] todos alegaram que não conseguiram dar a destinação adequada porque as empresas não organizaram um dia de coleta nem recolheram adequadamente o material.”²⁶ Mais alarmante,

²⁴ Aduz Délton Winter de Carvalho que: [...] a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeia a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos os desastres denominados naturais, algum fator antropogênico. (CARVALHO, Délton Winter de. Por um direito dos desastres ambientais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101-123, v. 9, p. 104.

²⁵ BOZIKI, Damiane; SILVA, Leonardo Beroldt; PRINTES, Rodrigo Cambará. Situação atual da utilização de agrotóxicos e destinação de embalagens na área de proteção ambiental estadual Rota Sol, Rio Grande de Sul, Brasil. **Revista VITAS**, [S. l.], n. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.uff.br/revstavitas/images/artigos/SITUA%C3%87%C3%83O%20ATUAL%20DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20AGROT%C3%93XICO%20%20S%20E%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20DE%20EMBALAGENS%20por%20Damiane%20Boziki%20e%20outros.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2013, p. 12.

²⁶ BOZIKI, Damiane; SILVA, Leonardo Beroldt; PRINTES, Rodrigo Cambará. Situação atual da utilização de agrotóxicos e destinação de embalagens na área de proteção ambiental estadual Rota Sol, Rio Grande de Sul, Brasil. **Revista VITAS**, [S. l.], n. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.uff.br/revstavitas/images/artigos/SITUA%C3%87%C3%83O%20ATUAL%20DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20AGROT%C3%93XICO%20%20S%20E%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20DE>>

ainda, consoante os resultados do mesmo estudo, foi comprovar que “88% responderam que tinham noção de que o agrotóxico causa danos à saúde. Entretanto, quando questionados sobre quais seriam esses danos, não souberam responder.”²⁷ Ante este quadro de total desinformação daqueles que estão aplicando os pesticidas nos Campos de Cima da Serra, ante este quadro de não utilização e devolução correta das embalagens dos pesticidas agrícolas, ante ao derrame de produtos químicos nas águas da região, indaga-se: será este o uso correto da função social da propriedade preconizada pela Constituição Federal de 1988²⁸? Enfim, no que consiste a verdadeira função social da propriedade? Disciplina o art. 186 da CF que:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

%20EMBALAGENS%20por%20Damiane%20Boziki%20e%20outros.pdf>.
Acesso em: 23 ago. 2013, p. 12.

²⁷ BOZIKI, Damiane; SILVA, Leonardo Beroldt; PRINTES, Rodrigo Cambará. Situação atual da utilização de agrotóxicos e destinação de embalagens na área de proteção ambiental estadual Rota Sol, Rio Grande de Sul, Brasil. **Revista VITAS**, [S. l.], n. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistavitas/images/artigos/SITUA%C3%87%C3%83O%20ATUAL%20DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20AGROT%C3%93XICO%20%20S%20E%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20DE%20EMBALAGENS%20por%20Damiane%20Boziki%20e%20outros.pdf>>.
Acesso em: 23 ago. 2013, p. 12.

²⁸ Dispõe o artigo 184 da Constituição Federal: Compete à União Federal desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante justa e prévia indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Já o art. 9º da Lei n. 8.629/93 define quando é cumprida a função social da propriedade, *verbis*:

Art. 9º A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - **utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente**; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. § 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei. § 2º **Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.** § 3º **Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.** § 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais. § 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel. (grifo nosso)

Seja como for, historicamente, a noção de propriedade privada aflora após o segundo estágio evolutivo da humanidade, quando surgem sinais de uma frágil agricultura e criação de

animais.^{29/30} Hodiernamente, a função social da propriedade é cumprida quando a mesma desempenha seu papel integralmente: quando além do interesse individual há o respeito aos interesses coletivos, vale dizer, quando há a harmonia entre o interesse coletivo e o interesse do individual. Nesse diapasão, tanto ao proprietário quanto ao arrendatário de uma área rural cabe torná-la produtiva, mas não só isso, pois, cabe primar pela preservação da fauna e da flora local. E, sob esse prisma, é evidente que “não há supressão do interesse do próprio *dominus*, mas se busca uma harmonização do interesse coletivo, ou social, com o individual.”³¹ Nesse sentido, Andreas J. Krell³² ensina que:

A utilização da propriedade, que é, a princípio, livre, deve – por expressa previsão constitucional – atender à sua *função social* (art. 5º, XXIII, da CF) e se conformar às restrições impostas pelo Poder Público, com o fim de que o seu uso não coloque em risco outros valores ou garantias asseguradas à coletividade.

Portanto, resta comprovado que substituir a queima do campo pelo cultivo de outras culturas está, em verdade, trazendo o desequilíbrio financeiro, econômico e ambiental à região. Portanto, no caso em tela, há o desrespeito à Constituição³³: foi

29 GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 343.

30 ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006, p. 22-28.

31 FETT, Albert. O Direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro e sua contribuição para o cumprimento da função social da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, v. 10, p. 137-153, 2009, p. 148.

32 KRELL, Andreas J. A Relação entre proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. **Revista Ambiente e Direito**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 19–36, 2010, p. 19.

33 Consoante magistério de Anderson Vichinkeski Teixeira, a Constituição, escrita ou não, serve para constituir no sentido de normatizar. Portanto, todos devem observar as regras da Constituição. Diz o autor: Encontramos aqui a dimensão programática que inevitavelmente o constitucionalismo, seja baseado em constituição escrita ou não, acaba quase sempre assumindo. Constituir é,

esquecida a função social da propriedade, foi esquecido o art. 186 da Constituição Federal e, de igual forma, foi esquecido o art. 225³⁴ da Lex Maior e, em suma, foram esquecidos os valores ambientais basilares do Estado Socioambiental e Democrático de Direito e foi esquecido que o meio ambiente é direito fundamental³⁵ de terceira dimensão.

4. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL E A PERMISSÃO DE UTILIZAÇÃO DAS QUEIMADAS CONTROLADAS NOS CAMPOS DE CIMA DA SERRA

A Constituição de 1988 elevou o Município à categoria de ente federado. Assim, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios passaram a ser entes.

ao mesmo tempo, projetar e normatizar o porvir. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 2, p. 400-429, maio 2014, p. 418.)

³⁴ **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.

³⁵ Observa Anderson Vichinkeski Teixeira que: A dimensão social dos direitos desta geração se realiza através da tutela de direitos coletivos e difusos, como a proteção à criança e ao adolescente, a proteção ao meio ambiente, e a tutela dos direitos do consumidor. Os direitos de terceira geração têm como regra geral a não vinculação restrita a uma determinada situação fática, de modo que princípios como a solidariedade, a busca kantiana *Zum ewigen Frieden* e o princípio da autodeterminação dos povos são exemplos de direitos cujos titulares se encontram difusos em um universo fenomenológico que tem nas instituições públicas – seja em nível nacional ou internacional – o ponto base para a defesa daqueles direitos. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 9, p. 20.)

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida³⁶, a Constituição de 1988, através dos arts. 1º e caput do art. 18, expressamente, reconheceu a competência e a autonomia dos Municípios, possibilitando inclusive, que os elaborem as suas leis orgânicas, ademais, a Constituição atribui à União, aos Estados e aos Municípios a capacidade política para eleger os seus representantes e elaborar a sua própria Constituição além da capacidade legislativa para editar determinados dispositivos legais como, por exemplo, o Plano Diretor. Em apertada síntese, a Constituição reparte as competências legislativas aos entes integrantes da Federação. Além de repartir as competências legislativas, a Constituição elenca quais são as competências da União e confere aos Estados, no que couber, o remanescente. Aos Municípios são atribuídas as competências que dizem respeito aos interesses chamados de predominantemente locais. Sinteticamente, podemos resumir as competências legislativas, expressas na Constituição, da seguinte forma: as competências da União estão disciplinadas nos artigos 22 e 24; as competências dos Estados estão elencadas nos artigos 24 e 25, § 1º e as competências dos Municípios estão dispostas no artigo 30, I e II.

No que tange à matéria ambiental, à União compete a elaboração da política geral do meio ambiente. O artigo 21, IX, atribui à União a execução de planos nacionais e regionais com vistas à ordenação do território. É de competência privativa da União legislar sobre águas e energia (art. 22, IV). Relativamente à competência comum a todos os entes, a proteção do meio ambiente artificial e natural. Já aos Estados, além das competências comuns sobre os assuntos previstos no art. 23, incisos III, IV, VI e VII, cabe suplementar, ou seja, especificar as normas gerais expedidas pela União e suprir eventuais lacunas deixadas pela legislação federal, em matéria de legislação concorrente, de acordo com as peculiaridades regionais (art. 24, incisos VI, VII, VIII).

³⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

Os Municípios também têm competência comum sobre o tema (art. 23, incisos III, IV, VI e VII), bem como competência legislativa supletiva para tratar sobre o uso e ocupação do solo urbano, a elaboração do plano diretor, consoante disciplina o art. 182, e também, versar sobre assuntos de interesse local, conforme dispõe o art. 30.

Consoante disciplina o VI do art. 24 da Constituição Federal Brasileira, a competência para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. Na competência concorrente, cabe à União editar as normas gerais e diante da ausência de norma geral definida pela União, a competência dos Estados é plena (art. 24, § 1º e 3º CF). Cabe aos Estados a competência suplementar (art. 24, § 2º CF), uma vez que coube à União a incumbência da edição das normas gerais. Percebe-se, portanto, que o art. 24 da CF não traz o Município como competente para legislar sobre meio ambiente. Entretanto, entende-se que dentro das matérias elencadas pelo art. 24, o Município pode legislar residualmente.³⁷ Portanto, trata-se de competência legislativa residual sempre que o tema, a ser legislado pelo Município, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos³⁸, “[...] tenha uma especial pertinência com o nível municipal.”

Por outro lado, o parágrafo único, do art. 27, do Código Florestal Nacional prevê, expressamente, o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais quando **peculiaridades locais o justificarem**, desde que tal permissão seja estabelecida em ato

³⁷ No tópico, explica Regina Maria Macedo Ney Ferrari, [...]o art. 24 refere-se apenas à União, Estados e ao Distrito Federal, não incluindo nesse elenco a figura do Município, admitindo a competência suplementar apenas em relação aos Estados. O art. 30, II, veio, de certa forma, suprir a falha do art. 24; não criando competência para o Município, mas admitido que ele tenha competência legislativa suplementar da legislação federal e estadual, naquilo que couber, ou seja, dentro dos assuntos de interesse local. (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 59.)

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. 2, p. 226-230.

do Poder Público, desde que se circunscrevam as áreas e se estabeleçam as normas de precaução, *verbis*:

Art. 27 – É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação. Parágrafo único – **Se particularidades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução.** (grifo nosso)

Nesse desiderato, tendo em conta que a norma geral estabelecida pela lei federal, permite o uso do fogo em práticas agropastoris, é decorrência lógica concluir que a norma estadual não pode contrariar a norma federal, sob pena de perda da eficácia. Nesse rumo, cumpre ao legislador estadual definir as regiões que justifiquem o emprego do fogo em atividades agropastoris, disciplinando o seu exercício. Ainda que o tema das questões ambientais não reste pacífico na jurisprudência, o que não tem sido admitido é a queimada descontrolada, sem aceiros e sem licença. E assim ocorre, por exemplo, no caso da queima da palha de cana-de-açúcar, no interior de São Paulo (considerada ilegal por Paulo Affonso Leme Machado³⁹ já que a mesma é maléfica para a saúde do ser humano). Conforme salienta Paulo Affonso Leme Machado⁴⁰, “Há muitos anos, as populações das regiões canavieiras de todo o Brasil vêm sendo afetadas pelos

³⁹ Assevera Paulo Affonso Leme Machado que: Não é preciso que um ato administrativo proíba a queimada da palha da cana-de-açúcar, para que esse procedimento seja entendido como ilegal. A ilegalidade decorre da própria conceituação de poluição contida na Lei 6.938/1981, art. 3a, III, e alíneas. Destarte, acreditamos que nenhuma autoridade pública teve o despudor de outorgar autorização e/ou licença para essas queimadas. E se tais autorizações tiverem sido emitidas, nulas serão de pleno direito, pela sua manifesta ilegalidade. Constata-se um tempo de omissão e de insensibilidade quanto a essa ação poluidora do ar, que merece ser corrigida por uma eficaz e pronta interdição administrativa e/ou judiciária. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 628.)

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 627.

efeitos maléficis das queimadas da palha de cana-de-açúcar.” No caso específico, o Superior Tribunal de Justiça não declarou que a queima não pode ocorrer, mas sim que a mesma não pode ocorrer “sem a respectiva licença” conforme se depreende da leitura do acórdão do REsp nº 439546-SP⁴¹.

De qualquer sorte, resta cristalino que para ser permitida, a queimada tem que ser controlada, feita através de aceiros e mediante licença municipal. Conforme o magistério de Fabiano Corrêa Figueiró⁴², a queimada controlada pode ser definida como a aplicação controlada do fogo em combustíveis, tanto no estado natural como alterado sob determinadas condições de clima, de umidade do material combustível, de umidade do solo, entre outros, de tal forma que o mesmo seja confirmado a uma área pré-determinada e produza a intensidade de calor e a taxa de propagação controladas para favorecer certos objetivos do manejo.

De outra esfera, o parágrafo único do art. 2º do Decreto n. 2661/98 conceitua⁴³, legalmente, as queimadas controladas ao dispor que “[...] considera-se queimada controlada o emprego do fogo como fator de produção e manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica, em áreas com limites físicos previamente definidos.”

⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 439546-SP**. 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 03.08.06.

⁴² FIGUEIRÓ, Fabiano Corrêa. Diagnóstico do meio físico e biótico: referente à recuperação de área atingida por queimada. In: BOM JESUS. Ministério Público. **Inquérito Civil 038/2008**. Bom Jesus, 2009, p. 8.

⁴³ Consoante lições de Paulo Affonso Leme Machado, O decreto 2.661/98 conceitua "queima controlada" e "incêndio florestal" [...]. O decreto define queima controlada como o emprego do fogo como fator de produção e manejo em atividades agropastoris ou florestais, e para fins de pesquisa científica e tecnológica, em áreas com limites físicos previamente definidos"(art. 2º, parágrafo único) e conceitua "incêndio florestal como o fogo não controlado em floresta ou qualquer outra forma de vegetação. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Uso do fogo na floresta e demais formas de vegetação**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/nat_sucroalcooleiro/Documents/documentos_art/13.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.)

Observe-se que a queimada é uma forma de queima de biomassa.⁴⁴ A queima pode ocorrer ou por causas naturais ou por ação antrópica. Conforme Roberto Birch Gonçalves⁴⁵, “[...] a queima da matéria orgânica produz primariamente água e dióxido de carbono.” Seja como for, as queimadas controladas estão previstas especificamente na legislação brasileira. Para poder utilizar este método de manejo do solo, é necessário que haja a delimitação física do local onde será feita a queimada e que haja licença prévia municipal permitindo a realização da mesma.

Consoante asseverado anteriormente, o parágrafo único, do art. 27, do Código Florestal Nacional prevê, expressamente, o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais quando peculiaridades locais o justificarem, desde que tal permissão seja estabelecida em ato do Poder Público e desde que se circunscreva as áreas e se estabeleça normas de precaução. Tendo em vista este permissivo legal, alguns municípios tentaram legislar no sentido de permitir o uso do fogo como técnica de manejo do solo. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por inúmeras vezes, acabou se posicionando contrário à permissão do uso do fogo.⁴⁶ Entretanto, imperioso salientar que,

⁴⁴ Conforme Roberto Birch Gonçalves, a fórmula da reação química das queimadas controladas é a seguinte: $[CH_2O] + O_2 \rightarrow CO_2 + H_2O$, sendo que o elemento CH_2O representa a composição média da biomassa. Além desses elementos, também são produzidas outras espécies de químicas, tais como monóxido de carbono (CO), óxidos nitrosos (NOx), hidrocarbonetos e partículas de aerossóis (Andrea apud Freitas et al, 2005), os quais são incorporados à atmosfera, sendo a ela misturados e transportados. (GONÇALVES, Roberto Birch. Análise das queimadas de campos sob o ponto de vista da teoria da *Path Dependence*. In BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimada dos Campos. O homem e o Campo - A Natureza, o Fogo e a Lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 157-176, p. 162.)

⁴⁵ GONÇALVES, Roberto Birch. Análise das queimadas de campos sob o ponto de vista da Teoria da Path Dependence. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 157-176, p. 162.

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70009974197**. Tribunal Pleno. Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 07/03/2005; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 594134025**. Tribunal

nos idos de 1995, em acórdão da lavra do Desembargador Relator José Maria Rosa Tesheiner, ocorreu o **primeiro julgamento**, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, permitindo a queimada como técnica de manejo do uso do solo. No caso em tela, foi reconhecida a competência supletiva do município para legislar sobre a matéria, consoante vê-se na ementa a seguir:

ACAO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL ESTABELECEndo REQUISITOS PARA A QUEIMA DE CAMPOS. INEXISTENCIA DE VICIO FORMAL, POR COMPREENDIDA A MATERIA NO AMBITO DA COMPETENCIA SUPLETIVA DO MUNICIPIO. INEXISTENCIA, OUTROSSIM, DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. EVENTUAL INFRACAO A LEGISLACAO FEDERAL OU ESTADUAL: EXAME INCABIVEL EM Acao DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 594134009, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Maria Rosa Tesheiner, Julgado em 13/03/1995)

Em seu voto, sustentou Tesheiner, com fulcro no art. 30, II, da Constituição Federal, a competência supletiva do Município para legislar sobre meio ambiente⁴⁷:

Aos Municípios compete complementar a legislação federal e estadual no que couber. O cabimento, no caso, é reconhecido pela Constituição do Estado, que outorga ao Município competência para promover a proteção

Pleno. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 06/11/2000; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 594136079**. Tribunal Pleno. Relator: José Velhinho de Lacerda, Julgado em 11/09/1995. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 594139669**. Tribunal Pleno. Relator: Nelson Oscar de Souza, Julgado em 15/05/1995.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**

ambiental. José Afonso da Silva, ao tratar da competência supletiva dos Municípios afirma competir-lhes, certamente, legislar supletivamente sobre a proteção do patrimônio paisagístico, assim como sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor paisagístico local.

Continua Tesheiner, ainda em seu voto, defendendo a competência supletiva, sobre a inconstitucionalidade material alegada pelo MP:

No que diz respeito à inconstitucionalidade material, alega-se que o Município estaria autorizado a legislar apenas em favor do meio ambiente; não contra o mesmo, permitindo a sua degradação. Não procede a alegação, pois não existe nem seria racional a existência de norma constitucional proibindo, em qualquer hipótese e sem quaisquer ressalvas, a queima dos campos nativos. O que apenas se pode afirmar é a inocuidade da lei municipal, caso ocorra, em concreto, queima com violação de lei ordinária federal ou estadual. Não cabe, porém, examinar-se, em ação direta de inconstitucionalidade, eventual contrariedade à lei infraconstitucional.

No mesmo acórdão, o Desembargador Luiz Felipe Azevedo Gomes também votou pela possibilidade do Município legislar a favor da queima do campo nativo. Em seu voto, o Eminentíssimo Desembargador⁴⁸, trazendo doutrina balizada, alegou que:

É o próprio Celso Ribeiro Bastos quem lembra lição de Fernanda Dias Menezes sobre este assunto da competência suplementar do Município, que vale também transcrever: “A leitura do caput do art. 24 mostra que a competência legislativa concorrente foi distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, não mencionando os Municípios entre os aquinhoados, e isso não significa

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**

que estes estejam excluídos na partilha, sendo-lhes dado suplementar a legislação federal ou estadual, no que couber, conforme dispõe o art. 30, II, da Constituição. Trata-se de modalidade de competência legislativa concorrente primária, porque prevista diretamente na Constituição, mas diferente da competência concorrente primária que envolve a União e os Estados. É diferente porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência suplementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local.

Outro voto, advindo do mesmo julgamento e que vale a transcrição, é o voto do Desembargador Milton dos Santos Martins. A partir de uma abordagem técnica, o Ilustre jurista pontificou que:

Eminentes Colegas, também acompanho integralmente o eminente Relator no seu voto. Não teria nada a acrescentar senão também que pelo art. 30 já se diz tudo da legislação suplementar e que também estaria dentro da competência do Município pelo art. 23 essa proteção do meio ambiente. Essa proteção, quero crer, não é só o poder de polícia, mas inclusive estabelecer a atuação da polícia na habilitação. Quanto à queima do fogo, ainda é uma dificuldade a ser resolvida, porque já se diz hoje que estaria queimando a riqueza da própria pastagem, mas o fato é que esse costume avoengo também tem permitido renovar os campos do Rio Grande do Sul, não se sabe se com grande prejuízo, ou falta de prejuízo ou até beneficiando esses campos, muito antes de se cuidar de uma pecuária moderna e mais atualizada com técnicas e controle das pastagens.

Da leitura dos votos aqui transcritos percebe-se, portanto, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (ainda que supletiva) zelar pela preservação das florestas e de toda a biodiversidade, bem como, proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas

formas é o que Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer denominaram de “[...] sistema federativo tipo cooperativo.”⁴⁹

O Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), que trata da proteção da vegetação nativa, nos auspícios do art. 38, reza que é proibido o uso de fogo na vegetação, exceto quando em locais ou regiões cujas peculiaridades justifiquem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental competente do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), para cada imóvel rural ou de forma regionalizada, que estabelecerá os critérios de monitoramento e controle. Disciplina, também, que o emprego da queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, visando ao manejo conservacionista da vegetação nativa, cujas características ecológicas estejam associadas evolutivamente à ocorrência do fogo, é permitida. É claro que a mesma lei disciplina a forma de licenciamento. Assim, o § 1º do mesmo dispositivo legal, prevê que o órgão estadual ambiental competente do SISNAMA exigirá que estudos para o licenciamento da atividade rural contenham planejamento específico sobre o emprego do fogo e o controle dos incêndios.

De tudo isso, percebe-se que a regra geral de proibição das queimadas sofre restrições, conforme as peculiaridades da região, podendo, mediante prévia aprovação do órgão estadual ambiental, serem autorizadas. Esse é, aliás, o mesmo viés do parágrafo único do art. 28 da Lei Estadual 9.519/1992 que foi objeto de ADIN pelo MP. Portanto, não há grande necessidade de intenso raciocínio jurídico para aclarar que a atual lei estadual não confronta as normas da lei federal, a *contrario sensu*, a norma estadual se coaduna com a legislação federal vigente. E, também,

⁴⁹ Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer entendem que há um “[...] forte suporte normativo-constitucional para sustentar que a CF/88 consagrou (no plano textual) um sistema federativo tipo cooperativo [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.)

nesse mesmo diapasão é o conteúdo da Lei n. 6.938/81. Para Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰:

[...] também a Lei 6.938/1981 prevê a possibilidade de o Município legislar em matéria ambiental com o objetivo de estabelecer normas supletivas e complementares àquelas provenientes da União e dos Estados, reforçando o cenário normativo descrito anteriormente.

Nas hipóteses de competência legislativa residual, como é a competência do Município para legislar sobre meio ambiente, não se admite a ação direta de inconstitucionalidade, “[...] quando se faz necessário o confronto entre a legislação nacional de princípios ou de normas, de um lado, e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal de outro”, conforme já decidiu, inclusive, o Pleno do STF (STF-Pleno: RT 808/171). Por derradeiro, cumpre enfatizar que a Constituição Federal no art. 225, dispositivo legal que trata da proteção ambiental, em momento algum trata da proibição do uso do fogo como técnica de manejo do solo. Nas palavras de Raúl Machado Horta⁵¹:

[...] As normas centrais da Constituição Federal, tenham elas natureza de princípios constitucionais, de princípios estabelecidos ou de normas de preordenação, afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder. Como consequência da subordinação à Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-membros, a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução, mediante as quais faz o transporte da Constituição Federal

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema de repartição de competências na CF. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 827.

⁵¹ HORTA, Raúl Machado. Poder constituinte do Estado-Membro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, p. 5-17, 1988, p. 5.

para a Constituição do Estado das normas centrais, especialmente as situadas no campo das normas de preordenação. A tarefa do constituinte limita-se a inserir aquelas normas no ordenamento constitucional do estado, por um processo de transplantação. A norma de reprodução não é, para os fins da autonomia do Estado-membro, simples norma de imitação, frequentemente encontrada na elaboração constitucional. As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior. As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz a adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional.

E prossegue o insigne jurista:

[...] A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação torna a Constituição Federal a sede de normas centrais, que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais, seja na área subordinada da legislação ordinária.

A Constituição Estadual consagra, também, a competência dos Municípios para promover a proteção ambiental⁵², que, como se vê, a nível constitucional, envolve todas as esferas da federação, o que demonstra a importância desse direito fundamental:

⁵² Na nota de rodapé n. 82, no capítulo sobre “O Sistema de Repartição de Competências na CF”, Ingo Wolfgang Sarlet traz uma lista de doutrinadores favoráveis à competência supletiva municipal em matéria ambiental, citando, entre estes, José Afonso da Silva, Andreas J. Krell, Paulo Afonso Leme Machado, Silvia Cappelli, Annelise Monteiro Steigleder entre outros. (SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema de repartição de competências na CF. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 827.)

Art. 13 - É competência do Município, além da prevista na Constituição Federal e ressalvada a do Estado:

V - promover a proteção ambiental, preservando os mananciais e coibindo práticas que ponham em risco a função ecológica da fauna e da flora, provoquem a extinção da espécie ou submetam os animais à crueldade; [...].

Percebe-se, da leitura do dispositivo em tela, que o mesmo não proíbe expressamente a queima do campo. Aliás, sequer menciona o fogo como um método que ponha em risco a ecologia ou a biodiversidade. Nesse diapasão, entende-se que quando há a peculiaridade local, a tradição, a cultura e a prática bicentenária de uma técnica de manejo do solo que não agride o lugar de encontro (nos Campos de Cima da Serra) tal método pode ser objeto de legislação municipal⁵³, mesmo que exista legislação⁵⁴ estadual carecedora de regulamentação.⁵⁵

⁵³ Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Adir Ubaldo Rech para quem Portanto, é juridicamente possível que os municípios também legislem no que couber, por exemplo, sobre matas ciliares, florestas, defesa do solo, etc. Florestas ou espécies localizadas em municípios podem ter sua preservação ou conservação como um interesse meramente local, como o caso das hortênsias em Gramado no RS, os campos da Serra gaúcha, etc. Sendo objeto de legislação Municipal, buscam, se for o caso, adequar a própria legislação federal aos interesses locais. É o caso das matas ciliares ou ocupação dos espaços sobre as bacias de captação de água de interesse de um determinado município, que deve ser objeto de legislação municipal. (RECH, Adir Ubaldo. Fundamentos jurídicos da tutela do meio ambiente e a profusão de normas sem efetividade e eficácia. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem: o direito ao meio ambiente. ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária.** Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 41-66. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/recursos_naturais_homem_EDUC_S_ebook.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013, p. 42-43.

⁵⁴ Sobre a legislação, assevera Adir Ubaldo Rech que: [...] é fundamental que tenhamos uma visão epistêmica do que efetivamente fazer. A lei é o principal instrumento no planejamento da gestão pública. Mas não é toda lei que tornará efetivo esse planejamento. Isso só ocorrerá se ela tiver uma construção epistêmica, científica, inteligente e capaz de ser instrumento cogente de políticas públicas adequadas à solução de problemas. (RECH, Adir Ubaldo. Mobilidade urbana como instrumento de sustentabilidade. In: RECH, Adir

Por outro lado, novamente, relembra-se que tendo em mira as características de alta pedregosidade e da vegetação rasteira da região dos Campos de Cima da Serra, é impossível qualquer forma de mecanização para o uso da terra nas atividades agrícolas. Em vista disso, é costume secular a utilização das queimadas anuais. Este costume secular, avoengo e tradicional, já está mais que incorporado à cultura local, e é o modo empírico utilizado para recompor a massa verde, aniquilada pelo rigor do inverno.

5. O USO DO FOGO COMO TÉCNICA DE MANEJO EM PORTUGAL

Seja em Portugal, seja em qualquer outro lugar do mundo, os efeitos do fogo no solo revestem-se de uma complexa gama de múltiplos mecanismos envolvidos e à forma como esses mecanismos se encontram inter-relacionados. Portanto, há que se considerar tanto a existência de efeitos diretos do fogo sobre o solo (derivados da ação do calor sobre o componente orgânico), quanto a existência dos efeitos indiretos (“derivados do

Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: EducS, 2014. p. 110-118. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Instrumentos_de_Developiment_o_e_Sustentabilidade_Urbana.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014, p. 111.)

⁵⁵ Em sentido oposto, traz-se o ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado: Divirjo de que se possa conceituar o emprego repetitivo do fogo, numa mesma área, como um fator de produção aceitável numa sociedade que respeite a saúde das pessoas humanas e que queira conservar o equilíbrio da natureza. Os nossos índios, quando podiam ser nômades, usavam o fogo em pequenas áreas, não reiterando a prática no mesmo local. Os indígenas iam escolhendo outras áreas para a agricultura, deixando a anterior para ser regenerada pela própria natureza. O uso do fogo na agricultura brasileira empobrece o solo e fauna, não deixando, também de empobrecer as futuras gerações de agricultores. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Uso do fogo na floresta e demais formas de vegetação**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/nat_sucroalcooleiro/Documents/documentos_art/13.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.)

desaparecimento da proteção proporcionada pelo coberto vegetal e pela folhada)”⁵⁶.

Historicamente, o uso do fogo controlado, enquanto técnica de manejo do solo, em Portugal, remonta aos idos de 1836, quando Frederico Varnhagen traz o fogo como um método prático da gestão de pinhais para a prevenção de incêndios. Por outro lado, como técnica de gestão silvícola devidamente planejada, foi introduzido, em Portugal, o uso do fogo em 1982. A introdução do fogo, em 1982, teve ligação direta com a visita de Edwin Karnareck, o “ecologista do fogo”, da Tall Timbers Research, da Flórida, EUA, no ano de 1976. Assim, por sugestão de Karnareck, o fogo foi introduzido, em Portugal, como técnica de gestão silvícola.⁵⁷

A partir daí, pesquisadores do Departamento Florestal da Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro (UTA) e da Estação Florestal Nacional passaram a investir em pesquisas científicas para aprofundar os estudos a respeito dos efeitos do fogo controlado no solo português.

Nesse sentido, “diversos estudos levados a efeito ao longo dos últimos 20 anos, sobre os efeitos do fogo no solo, na vegetação arbustiva e arbórea, tiveram resultados positivos demonstrando a eficácia do uso do fogo em condições próprias.”⁵⁸ E, ainda, nesse mesmo diapasão, os estudos científicos comprovam que “se trata de um método cujos impactes ambientais são controláveis, que podem ser nulos ou negligenciáveis, com vantagens operacionais e econômicas em

⁵⁶ FERREIRA, António Diniz; COELHO, Celeste; SILVA, Joaquim Sande; ESTEVEZ, Tania. Efeitos do Fogo no Solo e no Regime Hidrológico. In **Ecologia do Fogo e Gestão de Áreas Ardidas**. (Editores) MOREIRA, Francisco; CATRY, Felipe X.; SILVA, Joaquim Sande; REGO, Francisco. Lisboa: Isapress, 2010, p. 22.

⁵⁷ FERNANDES, Paulo; BOTELHO, Hermínio; LOUREIRO, Carlos. **Manual de Formação para a Técnica de Fogo Controlado**. Vila Real: UTAD, 2002, p. 9.

⁵⁸ FERNANDES, Paulo; BOTELHO, Hermínio; LOUREIRO, Carlos. **Manual de Formação para a Técnica de Fogo Controlado**. Vila Real: UTAD, 2002, p. 9.

relação às outras técnicas de gestão da vegetação do sub-bosque, e versátil, uma vez que permite alcançar diversos objetivos (silvícolas, silvopastoris, cinegéticos e ecológicos).”⁵⁹

Com o intento de trazer conhecimento técnico àqueles que pretendem manejar o solo através da técnica do uso do fogo, a UTA, no Norte de Portugal, criou um curso de 90 horas, com aulas práticas e teóricas. Assim, foi criado o Processo de Formação para a Credenciação no Uso da Técnica do Fogo Controlado dividido em quatro etapas: I. Formação Teórico Prática do Fogo Controlado com duração de 30 horas aula; II. Plano de Fogo Controlado para uma Unidade de Gestão com duração de 18 horas aula; III. Planeamento de Um Fogo Controlado com duração de 12 horas aula e IV. Execução de Fogos Controlados com 30 horas aula.

Este curso de capacitação foi desenvolvido a partir do que preconiza a legislação portuguesa a respeito do fogo controlado. Portanto, a legislação que estabelece os critérios necessários para a autorização de utilização do fogo enquanto técnica de manejo do solo.

6. A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE A QUEIMA CONTROLADA

Em 25 de novembro de 2002, entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 264/2002 que transferiu, para as Câmaras Municipais, as competências dos Governos Cívicos em matéria consultiva, informativa e de licenciamento de atividades diversas. Em sequência, em 18 de dezembro de 2002, foi promulgado o Decreto-Lei n.º 310/2002 que veio estabelecer o regime jurídico do exercício e da fiscalização da atividade de realização de fogueiras e queimadas, nomeadamente, quanto às competências para o seu licenciamento pelas Câmaras Municipais.

Mais tarde, em 12 de maio de 2009, a Lei n.º 20/2009 estabeleceu a transferência de atribuições para os municípios do continente em matéria de constituição e funcionamento dos

⁵⁹ FERNANDES, Paulo; BOTELHO, Hermínio; LOUREIRO, Carlos. **Manual de Formação para a Técnica de Fogo Controlado**. Vila Real: UTAD, 2002, p. 9.

gabinetes técnicos florestais, bem como outras no domínio da prevenção e da defesa da floresta, nomeadamente, em relação à preparação e elaboração do quadro regulamentar respeitante à autorização do licenciamento de queimadas, e da utilização de fogo de artifício ou outros artefatos pirotécnicos, nos termos dos artigos 27.º e 29.º do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 17/2009, de 14 de janeiro.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 17/2009, de 14 de janeiro, foram estabelecidas medidas e ações a desenvolver no âmbito do Sistema Nacional de Defesa da Floresta contra Incêndios, designadamente o estabelecimento de condicionalismos ao uso do fogo, pelo que se torna pertinente a atualização e a clarificação dos termos e conceitos relativos ao licenciamento de atividades que envolvam o uso do fogo.

Portanto, em Portugal, cabe aos municípios legislar a respeito do uso do fogo. No Município de Vieira do Minho, por exemplo, foi promulgado o Regulamento Municipal de Uso do Fogo cujo objeto é estabelecer “o regime jurídico de licenciamento de atividades cujo exercício implique o uso do fogo, designadamente, fogueiras, queimas de sobrantes de exploração, queimadas, fogo técnico e utilização de fogo de artifício e outros artefactos pirotécnicos no Concelho de Vieira do Minho.” Já no Município de Cascais, entrou em vigor o Regulamento Municipal de Uso do Fogo, Queimadas, Queimas, Fogueiras e Utilização de Artefactos Pirotécnicos que esclarece aos particulares, bem como “cria condições de segurança que permitam uma diminuição do risco de incêndio e a protecção de bens comuns como as matas e florestas. De acordo com as restrições ao uso do fogo estatuídas estabelecidas nos artigos 26.º a 30.º do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 17/2009, de 14 de Janeiro, que estabelece as medidas e acções a desenvolver no âmbito do Sistema Nacional de Prevenção e Protecção Florestal Contra Incêndios, torna-se essencial a elaboração deste instrumento que visa regular a realização de queimadas, queima

de sobranes, fogueiras e, utilização de artefactos pirotécnicos.”

Seja como for, no sentido de prevenção do mau uso do fogo, foi criado o ICNEF, Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, como órgão regulador e fiscalizador, a nível nacional, do uso do fogo. Desde logo, estabeleceu-se uma diferenciação entre queimada e queima. Conforme o ICNEF, há a queima “quando se utiliza o fogo para eliminar sobranes de exploração agrícola ou florestais, que estão cortados e amontoados.”⁶⁰ Pode-se fazer uma queima em todos os espaços rurais, fora do período crítico (normalmente é o período do verão português compreendido entre julho e setembro), desde que não se verifiquem os índices de risco temporal de incêndio de níveis muito elevado e máximo (n.º 2 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 17/2009, de 14 de janeiro). No entanto, também deverá ter em atenção o estipulado no n.º 1 do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 310/2002, de 18 de dezembro.

A queima pode ser realizada a uma distância superior a 300 metros de bosques, matas, lenhas, searas, palhas e depósitos de substâncias suscetíveis de arder e, ainda, sempre que se possa prever perigo de ignição. Se, entretanto, ao realizar a queima houver degradação ambiental, haverá a aplicabilidade da “coima” ou multa pela degradação ocorrida. Nesse viés, a coima pode ir de 140€ a 5000€, para pessoas singulares, e 800€ até 60000€ para pessoas coletivas (Decreto-Lei n.º 17/2009, de 14 de janeiro). Em caso de originar um incêndio, pode incorrer, também, em crime de incêndio florestal (Lei n.º 56/2011, 15 de novembro).

Já a queimada é “o uso do fogo para renovação de pastagens e eliminação de restolho e ainda, para eliminar sobranes de exploração cortados mas não amontoados. A realização de queimadas só é permitida após o licenciamento na Câmara Municipal e só é permitida fora do período crítico e sempre que as condições climatéricas sejam desfavoráveis à ocorrência de incêndios (dias com pouco calor, com muita humidade e com pouco vento). O período crítico é

⁶⁰ Conceito disponível em <http://www.icnf.pt/portal/icnf/faqs/dpci>.

regulamentado em portaria específica, publicada anualmente.”⁶¹

Entretanto, existem municípios que não construíram uma legislação específica sobre o uso do fogo e, nesse sentido, acabam se utilizando do que preconiza a legislação federal. Por exemplo, o Município de Barcelos não possui uma legislação municipal específica. Todavia, adota a legislação federal no seguinte sentido: “Nos termos do artigo 27º do Decreto-Lei n.º 124/2006, de 28 de Junho, alterado pelo Decreto-lei n.º 17/2009, de 14 de Janeiro, a realização de queimadas é proibida sem o devido licenciamento pela Câmara Municipal e deve ser acompanhada por um técnico credenciado em fogo controlado ou pela Corporação de Bombeiros.” Percebe-se, portanto, que em Portugal, a partir da legislação em âmbito federal, cada município pode estabelecer os parâmetros para a proteção e o licenciamento ambiental para a feitura de queimas e de queimadas. E, se por ventura, não houver a criação da legislação municipal específica, é adotada a legislação federal como norma geral cabendo, ao município, através da Câmara Municipal, apenas autorizar a feitura da queima.

7. CONCLUSÃO

É a partir de um prisma sociológico (a partir de um *sistema de conclusões sociológicas*⁶²) que emerge a base para o entendimento da sociedade atual, de sua cultura e, em especial, de sua interação com a natureza à luz do direito. O homem é um produto biosociocultural⁶³ resultado das interações e das relações⁶⁴ dentro

⁶¹ Conceito disponível em <http://www.cm-braga.pt/wps/portal/publico/>

⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 4, p. 199.

⁶³ No que tange à relação do homem com o ambiente, o ser humano não é biológico, de um lado, e sociocultural, de outro. O ser humano é biológico e sociocultural. Por isso, traz-se o termo biosociocultural; o ser resultado de todas as interações com o entorno.

⁶⁴ Nesse passo, sobressai a avaliação elaborada por Carlos Alberto Molinaro acerca da “relação” homem *versus* ambiente. Explicita o autor que as relações são “[...] acrônicas em sentido estrito, isto é, existem dentro e fora de um tempo determinado, e possibilitam o conhecimento do mundo.”

de um grande contexto: nada pode ser considerado em si mesmo⁶⁵ tudo está interligado.⁶⁶

E, nesse contexto, de interligação emerge a tradição como reflexo do costume local: seja vista como costume, seja vista como tradição a sapecada é uma realidade biosociocultural dos Campos de Cima da Serra. Enquanto realidade biosociocultural, a sapecada há de ser preservada e pode ser manuseada em um *continuum* que proporciona a preservação e que, ao preservar, não deixa de proporcionar uma certa evolução, pois o humano está sempre evoluindo. Nesse sentido, preservar a tradição significa, em última análise, evoluir e evoluir em uma vivência pessoal e civilizacional, pois afirma-se, categórica e cotidianamente, que a homogeneidade temporal está fora de questão. Ademais, cumpre destacar que sob a égide da legislação atual, a possibilidade de se utilizar a sapecada, como técnica de manejo do solo, há de ser vista como aquilo que a lei denomina de “[...] peculiaridade local.” Nos Campos de Cima da Serra, a peculiaridade local se deve à geomorfologia do relevo e ao intenso inverno da região. Andreas

(MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental:** proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-22.)

⁶⁵ Joaquín Herrera Flores assevera que: Todo producto cultural surge en una determinada realidad, es decir, en un específico e histórico marco de relaciones sociales, morales y naturales. No hay productos culturales al margen del sistema de relaciones que constituye sus condiciones de existencia. No hay productos culturales en sí mismos. Todos surgen como respuestas simbólicas a determinados contextos de relaciones. Ahora bien, los productos culturales no sólo están determinados por dicho contexto, sino que, a su vez, condicionan la realidad en la que se insertan. Este es el circuito cultural. No hay, pues, nada que pueda ser considerado en sí mismo, al margen del contexto específico en que surge y sobre el que actúa. (FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: CARVALHO, Salo de; FLORES, Joaquín Herrera; RÚBIO, David Saches. **Direitos humanos e globalização:** fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 72-109. Disponível em: < <http://www.edipucrs.com.br/direitoshumanos>>. Acesso em: 23 ago. 2013.), p. 74.

⁶⁶ Para Molinaro, “Tudo no mundo está relacionado.” (MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** Dissertação (Mestrado) - PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 25.)

Joachim Krell⁶⁷, ao analisar a competência do município para legislar em matéria ambiental, assevera que “[...] cada vez mais os municípios vieram criando as suas normas para uma proteção mais eficiente do seu ambiente e o melhoramento da qualidade de vida da sua população.” Portanto, quando o município legisla, em matéria ambiental, está preocupado com as suas próprias peculiaridades e com o bem estar de seus habitantes: é o respeito à bioética, o respeito à vida, à biodiversidade e, em especial, aos moradores dos Campos de Cima da Serra.

Já em Portugal, podemos perceber que a legislação ambiental sobre queima e uso do fogo, enquanto técnica de manejo do solo, está bem mais avançada eis que há a permissão de os municípios legislarem sobre a proteção e o licenciamento ambiental para a feitura de queimas e de queimadas. Entretanto, se não houver a criação da legislação municipal específica, é adotada a legislação federal como norma geral, cabendo, ao município, através da Câmara Municipal, apenas autorizar a feitura da queima. Em verdade, Portugal se preocupou em criar mecanismos de prevenção e educação ambiental a todos aqueles que se utilizam da queima como técnica de manejo do solo. Traz-se, como exemplo, a iniciativa da UTA que criou um curso, de 90 horas, com aulas práticas e teóricas, a fim de estabelecer um Processo de Formação para a Credenciação no Uso da Técnica do Fogo Controlado, curso de capacitação desenvolvido a partir do que preconiza a legislação portuguesa a respeito do fogo controlado.

REFERÊNCIA

1. OST, François. *A Natureza a margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1990, p. 210.

⁶⁷ KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In KRELL, Andreas J (Org.). **A Aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 157.

2. BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Caxias do Sul: Educs, 2006, p. 29.
3. MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 109–110.
4. MARGULIS, Lynn; SAGAN, Dorian. **O que é vida?** Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002, p. 254.
5. CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 15.
6. BUTZKE, Alindo; SPARREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 9-31, p. 10.
7. PIERANGELLI, José Henrique. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. **Justitia**, São Paulo, n. 144, p. 9-22, out./dez. 1988, p. 9.
8. CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é direito ambiental?** dos descaminhos da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 67.
9. FENSTERSEIFER, Tiago. **A Dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no estado socioambiental de direito**. 2007. Dissertação (Mestrado) - PUCRS, Porto Alegre, 2007, p. 13.
10. BUTZKE, Alindo. O Homem e a natureza. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 7–28. Disponível em:

<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/recursos_naturais_ho mem_EDUCS_ebook.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013, p. 25.

11. CASTRO, Sílvia Regina Barbosa de Castro; GAMA, Elce Marília Silva F.; SANTI, Márcia de Lourdes Domingos. **Geografia: ensino fundamental**. Belo Horizonte: Educacional, 2013, p. 24.
12. FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente**. Disponível em: <www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/12.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2013.
13. RECH, Adir Ubaldo. Cidades socioambientalmente sustentáveis. In: BUTZKE, Alindo; RECH, Adir Ubaldo; GULLO, Maria Carolina (Org.). **Direito, economia e meio ambiente: olhares de diversos pesquisadores**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 9-22, p. 10-11.
14. MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. 2006. Dissertação (Mestrado) – PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 107.
15. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11–38, p. 15.
16. BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Claudia. Desvendando a região. In: BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos Campos de Cima da Serra**. Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 11.
17. FORTES, Borges Amyr. **Geografia física do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria Globo, 1959 *apud* BOND-BUCKUP, Georgina; DREIER, Claudia. Desvendando a região. In: BOND-BUCKUP, Georgina (Org.). **Biodiversidade dos**

- Campos de Cima da Serra.** Porto Alegre: Libretos, 2008. p. 11-17, p. 13.
18. ALBECHE, Daysi Lange; GULLO, Maria Carolina R. Perfil socioeconômico dos municípios dos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei.** Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 59-76, p. 59.
19. BOLDRINI, Ilsi Iob. (Org.). **Biodiversidade dos Campos dos Planaltos das Araucárias.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2009, p. 9
20. TRAVI, Vitor Hugo. **A natureza no Quinta da Serra.** Canela: [s. n.], 2013, p. 3.
21. RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado. **RS biodiversidade.** Disponível em: <<http://www.biodiversidade.rs.gov.br/arquivos/1161787177FOLDER.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2013.
22. TELLECHEA, Fernando. **Análise dos custos de transação no setor industrial da cadeia produtiva de carne bovina no Rio Grande do Sul.** 2001. Dissertação (Mestrado) – UFRGS, Porto Alegre, 2001, p. 10.
23. FREITAS, Thales R. O. de et al. Mamíferos. In: BOLDRINI, Ilsi Iob. (Org.). **Biodiversidade dos Campos dos Planaltos das Araucárias.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2009. p. 209-222, p. 212.
24. MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Lei 11.794/2008: a crueldade contra os animais. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, [S. l.], n. 4, p. 171-174, jun. 2009, p. 172.
25. BOZIKI, Damiane; SILVA, Leonardo Beroldt; PRINTES, Rodrigo Cambará. Situação atual da utilização de agrotóxicos e destinação de embalagens na área de proteção ambiental estadual Rota Sol, Rio Grande de Sul, Brasil. **Revista VITAS**, [S. l.], n. 1, set. 2011. Disponível em: <<http://www.uff.br/revistavitas/images/artigos/SITUA%C3%>

87%C3%83O%20ATUAL%20DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20AGROT%C3%93XICO%2020S%20E%20DESTINA%C3%87%C3%83O%20DE%20EMBALAGENS%20por%20Damiane%20Boziki%20e%20outros.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2013, p. 5.

26. LOVELOCK, James. **A Vingança de gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p. 24.
27. KOCH, Marília Machado; HENKES, Jairo Afonso. Estudo de caso: a interferência das plantações de pinus spp nos ecossistemas dos Campos de Cima da Serra, RS. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 64-91, abr./set. 2013, p. 65.
28. KOSTIGEN, Thomas M; ROGERS, Elizabeth. **O Livro verde**. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, p. 11.
29. WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política Nacional de Resíduos Hídricos: governança de água e cidadania Ambiental. In: AGUSTIN, Sérgio; CUNHA, Belinda Pereira (Org.). **Diálogos de direito ambiental brasileiro**. Caxias do Sul: EducS, 2012. p. 9-45, p. 9.
30. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.
31. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.
32. HOFFMANN, Eliane Willrich. **Desenvolvimento agrícola e o uso de agrotóxicos: políticas públicas para a sustentabilidade: um estudo de caso nas localidades de Linha Araripe, Linha Brasil e Linha Imperial na Cidade de Nova Petrópolis/RS**. 2006. Dissertação (Mestrado) – UCS, Caxias do Sul, 2006, p 144.
33. CARVALHO, Délton Winter de. Por um direito dos desastres ambientais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101-123, v. 9, p. 104.

34. LUTZENBERGER, José. **Manual de ecologia: do jardim ao poder**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2004, v. 1, p. 46.
35. GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 343.
36. ENGELS, Friedrich. **A Origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006, p. 22-28.
37. FETT, Albert. O Direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro e sua contribuição para o cumprimento da função social da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, v. 10, p. 137-153, 2009, p. 148.
38. KRELL, Andreas J. A Relação entre proteção ambiental e função social da propriedade nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. **Revista Ambiente e Direito**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 19–36, 2010, p. 19.
39. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito público transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 2, p. 400-429, maio 2014, p. 418.
40. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 9, p. 20.
41. CARVALHO, Délton Winter de. A sociedade do risco global e o meio ambiente como um direito personalíssimo intergeracional.

Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 52, p. 27-36, 2008, p. 31.

42. BUTZKE, Alindo; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito ambiental e direitos humanos: a relação homem versus ambiente e o problema do fogo nos Campos de Cima da Serra. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimadas dos campos: o homem e o campo: a natureza, o fogo e a lei.** Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 9-31, p. 29.
43. CARVALHO, Délton Winter de. O Papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 75, p. 45-76, jul.-set. 2014, p. 48.
44. RECH, Adir Ubaldo. Fundamentos legais para a conservação e o manejo dos campos sulinos. In: BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimada dos campos: o homem e o campo - a natureza, o fogo e a lei.** Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 35-58, p. 44.)
45. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 70001436658.** Tribunal Pleno. Relator: Elvio Schuch Pinto, Julgada em 21/05/2001.
46. REDECKER, Lucas. **Redecker comemora aprovação do projeto que autoriza manejo com fogo em pastagens.** Disponível em: <<http://www.lucasredecker.com/2011/12/26/redecker-comemora-aprovacao-do-projeto-de-lei-que-autoriza-manejo-com-fogo-em-pastagens/>>. Acesso em: 23 ago. 2013.
47. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação direta de inconstitucionalidade ADI 70047341656 RS.** Relator Jorge Luís Dall'agnol. 15/04/2013.
48. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do processo ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34-35.
49. DRUON, Maurice. **O Menino do dedo verde.** 82. ed. São Paulo: José Olympio, 2008.

50. BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli. Sustentabilidade planetária. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: EducS, 2014. p. 7-28. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Instrumentos_de_De_senvolvimento_e_Sustentabilidade_Urbana.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014, p. 8.
51. BUTZKE, Alindo. O Homem e a natureza. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem: o direito ao meio ambiente. ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária**. Caxias do Sul: EducS, 2012. p. 7–28. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/recursos_naturais_ho_mem_EDUCS_ebook.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013, p. 16.
52. RECH, Adir Ubaldo. Instrumento para um urbanismo socioambiental. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: EducS, 2014. p. 51-65. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Instrumentos_de_De_senvolvimento_e_Sustentabilidade_Urbana.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014, p. 53.)
53. CARVALHO, Délton Winter de. A Genealogia do ilícito civil e a formação de uma regulação de risco pela responsabilidade civil ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 65, p. 83-99, 2012, p. 88.
54. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Comercio, biotecnologia e principio precauzionale. **Rivista Giuridica Dell’Ambiente**, Milano, v. 16, n. 5, p. 743–748, 2001, p. 746.
55. MOLINARO, Carlos Alberto. **Dignidade e interculturalidade**. Porto Alegre: PUCRS, 2008.
56. OST, François. **O Tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 13.
57. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à sociologia geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

58. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, t. 1, p. 158.
59. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.
60. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O Controle de constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 59.
61. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, t. 2, p. 226-230.
62. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 628.
63. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESp 439546-SP. 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 03.08.06.
64. FIGUEIRÓ, Fabiano Corrêa. Diagnóstico do meio físico e biótico: referente à recuperação de área atingida por queimada. In: BOM JESUS. Ministério Público. **Inquérito Civil 038/2008**. Bom Jesus, 2009, p. 8.
65. GONÇALVES, Roberto Birch. Análise das queimadas de campos sob o ponto de vista da teoria da *Path Dependence*. In BUTZKE, Alindo; DALLA ROSA, Mardióli (Org.). **Queimada dos Campos. O homem e o Campo - A Natureza, o Fogo e a Lei**. Caxias do Sul: Educs, 2011. p. 157-176, p. 162.
66. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 594134009**. Tribunal Pleno. Relator: José Maria Rosa Tesheiner, Julgado em 13/03/1995.
67. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.
68. SARLET, Ingo Wolfgang. O Sistema de repartição de competências na CF. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel;

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 827.
69. HORTA, Raúl Machado. Poder constituinte do Estado-Membro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88, p. 5-17, 1988, p. 5.
70. RECH, Adir Ubaldo. Fundamentos jurídicos da tutela do meio ambiente e a profusão de normas sem efetividade e eficácia. In: BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Org.). **Os recursos naturais e o homem: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidária**. Caxias do Sul: EducS, 2012. p. 41-66. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/recursos_naturais_ho mem_EDUCS_ebook.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013, p. 42-43.
71. RECH, Adir Ubaldo. Mobilidade urbana como instrumento de sustentabilidade. In: RECH, Adir Ubaldo (Org.). **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: EducS, 2014. p. 110-118. Disponível em: <http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Instrumentos_de_De senvolvimento_e_Sustentabilidade_Urbana.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2014, p. 111.
72. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **O Uso do fogo na floresta e demais formas de vegetação**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/nat_sucroalcooleiro/Documentos/documentos_art/13.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2013.
73. FERREIRA, António Diniz; COELHO, Celeste; SILVA, Joaquim Sande; ESTEVEZ, Tania. Efeitos do Fogo no Solo e no Regime Hidrológico. In **Ecologia do Fogo e Gestão de Áreas Ardidas**. (Editores) MOREIRA, Francisco; CATRY, Felipe X.; SILVA, Joaquim Sande; REGO, Francisco. Lisboa: Isapress, 2010, p. 22.
74. FERNANDES, Paulo; BOTELHO, Hermínio; LOUREIRO, Carlos. **Manual de Formação para a Técnica de Fogo Controlado**. Vila Real: UTAD, 2002, p. 9.

75. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 4, p. 199.
76. MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21-22.
77. FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: CARVALHO, Salo de; FLORES, Joaquín Herrera; RÚBIO, David Saches. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 72-109.
78. MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito**. Dissertação (Mestrado) - PUCRS, Porto Alegre, 2006, p. 25.
79. KRELL, Andreas Joachim. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In KRELL, Andreas J (Org.). **A Aplicação do direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 157.

OS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: NOVAS PERSPECTIVAS COM FOCO NA SUSTENTABILIDADE E NA EQUIDADE

Rogério Rammê¹
Marla Sonaira Lima²

INTRODUÇÃO.

Desde os primeiros debates internacionais sobre meio ambiente e desenvolvimento, que culminaram com a realização da Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, realizada pelas Nações Unidas em Estocolmo, no ano de 1972, a humanidade vem buscando estabelecer metas e firmar acordos políticos internacionais sobre a proteção do meio ambiente planetário. Contudo, referidas metas e acordos políticos dificilmente são levadas a efeito no plano político interno pelos Estados-nação. A explicação é conhecida de todos: a proteção ambiental ainda é vista com reservas quando implica em redução das potencialidades de desenvolvimento e crescimento econômico das nações.

Parte daqueles que sustentam a necessidade de uma nova racionalidade ambiental, aberta à compreensão de que a humanidade deve inverter a lógica atual, que prioriza o desenvolvimento em detrimento da sustentabilidade, amparam

¹ Doutorando em Direito (PUCRS). Mestre em Direito Ambiental (UCS). Especialista em Direito Ambiental (ULBRA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA. Pesquisador do GDEF-PUCRS.

² Doutoranda em Recursos Hídricos e Saneamento Ambiental (IPH/UFRGS). Mestre em Ecologia (UFRGS). Graduada em Ciências Biológicas (UFRGS).

seus argumentos em valores éticos e ecológicos profundos, reconhecendo na natureza e nas demais formas de vida um valor intrínseco próprio e não meramente instrumental para os seres humanos. Dessa mesma perspectiva, advém a ideia de que não se pode valorar economicamente a natureza, por tratar-se de um patrimônio inestimável e de essencial importância para a manutenção das bases da vida no planeta.

No entanto, a degradação e o colapso dos ecossistemas e seus serviços essenciais são a maior prova de que a grande maioria dos seres humanos, na prática, no âmbito de suas relações sociais, políticas e econômicas, pouco ou nenhum valor intrínseco atribuem aos recursos naturais bióticos e abióticos do planeta. Paradoxalmente, portanto, mesmo que a “bandeira da sustentabilidade” venha sendo cada vez mais erguida por distintos setores da sociedade, ainda estamos longe de torná-la efetiva. É simples entender o porquê: a sustentabilidade implica reconhecer a existência de limites ecológicos ao desenvolvimento, algo que não costuma ser bem assimilado pelas grandes corporações, pelo setor industrial, pelo agronegócio e pelo mercado consumidor. Tampouco pelos governos. Afinal, vivemos em um mundo capitalista, globalizado, onde praticamente tudo é medido pelo seu valor econômico. Estará o meio ambiente acima ou fora dessa realidade? A prática da vida em sociedade sinaliza que não.

Muitos especialistas sustentam que para se alcançar a sustentabilidade é necessário apostar em novas abordagens que proporcionem uma interconexão entre as racionalidades econômica e ecológica. Além disso, a equidade no acesso aos recursos naturais e a um ambiente sadio deve ser priorizada. Isso implica a necessidade de novos mecanismos jurídicos que a assegurem, sobretudo em cenários de risco e vulnerabilidade socioambiental.

No presente ensaio, parte-se da hipótese de que a proteção constitucional do meio ambiente necessita assimilar a abordagem dos ecossistemas, de modo a irradiar para todo o ordenamento o dever constitucional de proteção dos serviços ecossistêmicos. Intui-se, por ora, que o caminho talvez seja o de fomentar, ao lado das normas de comando e controle, normas de

direito premial que objetivem incentivar a proteção do meio ambiente, numa perspectiva socioambiental que não descuide da sustentabilidade e da equidade. Acredita-se que, ao lado da ecologia humana, as perspectivas teóricas da economia ecológica e da justiça ambiental podem contribuir na construção de novas estratégias jurídicas de regulação, capazes de impedir que as forças de mercado sigam dando continuidade ao atual modelo capitalista – muitas vezes maquiado de verde - de exploração dos recursos naturais.

É possível reconstruir o capitalismo a partir de bases socioambientais? Em que medida o direito pode contribuir para esse desafio? Questões como essas ainda seguem sem respostas definitivas. Entretanto, compreender a fundamentalidade jurídica dos serviços ecossistêmicos e sua relação direta com o bem-estar humano, sobretudo dos mais pobres, parece ser um passo importante a ser dado.

1. OS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O BEM-ESTAR HUMANO E PARA A VIDA EM GERAL

Os ecossistemas são sistemas complexos, dinâmicos, contínuos e abertos, formando um grande ecossistema, que é a biosfera. Representam as interações entre fatores bióticos (seres vivos) e abióticos (elementos não vivos, como água, luz, temperatura, calor, umidade, vento, salinidade etc.). Tais fatores bióticos e abióticos e sua distribuição no tempo e no espaço compõem a estrutura do ecossistema em que as funções e processos ecológicos irão ocorrer.

Como sistemas abertos, os ecossistemas, mantêm permanente intercâmbio de matéria e de energia com o meio. A importância intrínseca dos fluxos de matéria e energia significa que os processos das comunidades estão fortemente vinculados ao ambiente abiótico. Portanto, nesses sistemas os fatores ambientais irão determinar as formas de vida capazes de sobreviver em determinado ambiente. De maneira geral, percebe-se que os componentes básicos do ecossistema constituem a totalidade dos organismos (comunidade) de uma determinada

área, interagindo entre si e com o ambiente físico e químico a sua volta, de maneira a estabelecer estrutura trófica, diversidade biológica, fluxo de energia e ciclagem dos materiais (DAJOZ, 2005; BEGON, 2007).

Os ecossistemas são autossuficientes em termos energéticos e também possuem a capacidade de realizar reciclagem contínua da matéria, sendo comum a existência de efeitos de retroalimentação (*feedback*) (LEVIN, 1998). Também possuem a capacidade de se autorregular, podendo resistir ou se recuperar de mudanças no sistema, alcançando um estado de equilíbrio dinâmico (PIMM, 1984; RYKIEL, 1985). Sofrem sucessão ecológica, ou seja, a formação dos ecossistemas ocorre devido a uma longa evolução, consequência de processos de adaptação entre as espécies e o meio ambiente (BEGON, 2007).

Dessa forma, “qualquer desequilíbrio que leve à acumulação ou à depressão de algum componente de um ecossistema é normalmente corrigido pelos processos dinâmicos de automanutenção do ecossistema”³ (RICKLEFS, 2003, p. 463).

Entretanto, quando esses processos ecológicos são rompidos, notadamente pela intervenção humana, os ecossistemas sofrem abalos em suas estruturas e funções, tornando-se incapazes de se manterem. Isso acarreta uma grave consequência para a humanidade: todos os bens, produtos e serviços derivados dos ecossistemas, que contribuem para o bem-estar das populações humanas, chamados de *serviços ecossistêmicos*, são afetados.

Uma boa definição do que sejam os serviços ecossistêmicos é dada por EHRLICH (1989, p. 12-13):

³ Ricklefs exemplifica: “[...] quando matéria orgânica morta se acumula num sistema, os detritívoros aumentam em número e consomem o excesso de detrito. Quando os números dos herbívoros aumentam muito e começam a deplecionar seus recursos alimentares, as taxas de natalidade declinantes e a mortalidade crescente interrompem o crescimento populacional e restauram uma relação sustentável entre consumidor e recurso” (RICKLEFS, 2003, p. 463).

[...] os ecossistemas fornecem à humanidade um conjunto absolutamente indispensável de serviços, dentre os quais se destacam a manutenção da qualidade gasosa da atmosfera, condições climáticas adequadas à vida, a operação do ciclo hidrológico (fundamental para o controle de enchentes e para a provisão de água doce para a agricultura, a indústria e os domicílios), a assimilação de resíduos, a reciclagem de nutrientes essenciais à agricultura e à atividade florestal, a formação de solos, a polinização de safras, a provisão de alimentos do mar, e a manutenção de uma imensa biblioteca genética da qual a humanidade retirou as verdadeiras bases de sua civilização.

Alguns desses serviços são globais, pois os benefícios gerados extrapolam a localização dos ecossistemas que os prestam. Um bom exemplo de serviço ecossistêmico global é a captura de carbono, cujos efeitos gerados são globais e não adstritos ao local onde esteja o sumidouro de carbono. Outros serviços ecossistêmicos são essencialmente locais, pois os benefícios estão atrelados à proximidade dos ecossistemas prestadores. A função recreativa dos espaços naturais é um bom exemplo de um serviço ecossistêmico essencialmente local (ARAGÃO, 2012).

COSTANZA e colaboradores, foram os primeiros a formatar uma proposta efetiva de classificação dos serviços ecossistêmicos, definindo-os como o “fluxo de materiais, energia e informação que provêm dos estoques de capital natural e são combinados ao capital de serviços humanos para produzir bem-estar aos seres humanos” (COSTANZA *et al.*, 1997).

Posteriormente, a Avaliação Ecológica do Milênio (MILLENNIUM, 2005), organizada pela ONU, com a colaboração de mais de 1.300 pesquisadores de 95 países, elaborou uma nova classificação dos serviços ecossistêmicos, a seguir descrita, a qual passou a ser majoritariamente adotada no âmbito doutrinário, sobretudo por conseguir simplificar a classificação formulada por COSTANZA, agrupando os serviços ecossistêmicos em quatro categorias:

(a) *Serviços de suporte*: sustentam a funcionalidade dos ecossistemas e, portanto, são necessários para a produção de todos os outros serviços ecossistêmicos. Exemplos: ciclagem de nutrientes, ciclo da água, formação do solo, produção primária, ciclos biogeoquímicos, habitats etc.

(b) *Serviços de provisão*: bens ou produtos obtidos dos ecossistemas. Exemplos: água, madeira, fibras, combustíveis, recursos genéticos, alimentos vegetais e animais, fármacos etc.

(c) *Serviços de regulação*: benefícios obtidos a partir da regulação das condições ambientais pelos processos ecossistêmicos. Exemplos: regulação climática; controle hídrico, controle de catástrofes naturais, controle de pragas e doenças; polinização etc.

(d) *Serviços culturais*: benefícios não-materiais que as pessoas obtêm dos ecossistemas através do enriquecimento espiritual, desenvolvimento cognitivo, reflexão, recreação e experiências estéticas. Exemplos: atividades espirituais, contemplativas, educacionais e recreacionais.

Percebe-se, portanto, que os *serviços ecossistêmicos* são os inúmeros serviços prestados pelos ecossistemas e pela biodiversidade em geral, essenciais ao equilíbrio ecológico planetário e à manutenção das bases da vida no planeta.

A relação entre os serviços ecossistêmicos e o bem-estar humano também é um dos principais pontos retratados no relatório Avaliação Ecossistêmica do Milênio. O relatório descreve diferentes dimensões do bem-estar humano que dependem diretamente do bom funcionamento dos serviços ecossistêmicos, tais como (MILLENNIUM, 2005):

(a) *segurança*: os serviços ecossistêmicos geram aumento de segurança pessoal aos indivíduos e às comunidades; aumentam a segurança ao acesso a recursos naturais; e proporcionam maior segurança contra desastres;

(b) *bens materiais básicos para uma vida boa*: os serviços ecossistêmicos contribuem com bens materiais essenciais ao bem-

estar humano, tais como insumos, alimentos, abrigo, meios de subsistência e acesso à recursos naturais de um modo geral;

(c) *saúde*: os serviços ecossistêmicos asseguram o controle da qualidade do ar, das águas e do clima; aumentam a proteção contra doenças associadas a desequilíbrios ambientais e geram um aumento na sensação de bem-estar humano;

(d) *relações sociais*: os serviços ecossistêmicos têm o efeito benéfico de despertar nos seres humanos valores recreativos e culturais, aumentando a coesão social e o respeito mútuo em sociedade;

(e) *liberdade de escolha e ação*: os serviços ecossistêmicos proporcionam um aumento nas oportunidades de escolha e ação de indivíduos e comunidades, tendentes a alcançar aquilo que valorizam.

Na última década, porém, vários estudos científicos apontam para uma mesma conclusão: a importância dos serviços prestados pelos ecossistemas globais é subavaliada ou desconsiderada dos planos de gestão, das políticas públicas e dos sistemas de avaliação de impacto ambiental na maioria dos países, situação essa que inviabiliza o mandamento da sustentabilidade, bem como os demais objetivos do Desenvolvimento do Milênio (metas da ONU), tais como a redução da pobreza, fome, doenças etc.

A Avaliação Ecológica do Milênio (MILLENNIUM, 2005), apontou que, dentre os 24 ecossistemas planetários analisados, 15 deles, ou seja, mais de 60%, estão degradados ou em declínio. De igual modo, apontou existir evidências de que as mudanças em curso nos ecossistemas aumentam as probabilidades de alterações aceleradas, abruptas, e potencialmente irreversíveis nos ecossistemas estudados, podendo acarretar importantes consequências ao bem-estar humano futuro, tais como: doenças, alterações significativas na qualidade do ar e da água, alterações nos climas regionais etc.

Sabe-se que a ação antrópica é fator que impacta os ecossistemas há milhares de anos. Entretanto, a escala dos impactos aumentou significativamente na modernidade, atingindo grandes proporções. Vários podem ser os exemplos: a

sobreexploração, gerando escassez dos recursos naturais; a introdução de espécies exóticas, alterando ambientes e impactando biotas locais; a conversão de habitats, perturbando processos naturais de regeneração e controle e perda de biodiversidade; a irrigação em escalas imensas de terras impróprias para a agricultura, impactando a disponibilidade hídrica, a fauna e a flora; a fertilização artificial que é absorvida pelos lençóis freáticos, reduzindo a qualidade da água pelo aumento de matéria orgânica e redução de oxigênio dissolvido, potencializando a mortalidade de peixes; as fontes antrópicas de ácidos, tal como ocorre na queima de combustíveis fósseis que libera na atmosfera óxidos nitrosos e dióxido de enxofre, os quais se dissolvem nas gotas de chuva provocando chuva ácida, alterando o pH de rios, lagos e solos; a introdução de metais pesados no ambiente, como mercúrio, arsênico, chumbo e zinco que se acumulam nos distintos ambientes causando danos à flora e à fauna; os pesticidas usados nas plantações, que afetam adversamente a biodiversidade; os gases do efeito estufa, decorrentes de fontes antrópicas, que impactam a camada de ozônio, gerando alterações climáticas (RICKLEFS, 2003).

Segundo YORK *et al.* (2003) é possível identificar três diferentes teorias sobre os impactos ambientais gerados pela intervenção antrópica sobre os ecossistemas. A primeira é a *teoria da ecologia humana*, que aplica os princípios ecológicos para melhor compreender as sociedades humanas, afirmando que muito embora os seres humanos possuam capacidades que os distanciam das demais espécies - no que tange à organização, tecnologia e cultura - suas ações encontram um limite intransponível: as condições ecológicas dos ecossistemas. Por essa razão, ecologistas humanos enfatizam a importância dos princípios ecológicos para a compreensão das forças motrizes dos impactos humanos sobre o meio ambiente, com o intuito de influenciar as relações sociais e políticas. A segunda teoria é a da *modernização* que crê na possibilidade de os impactos sobre os ecossistemas globais serem resolvidos por meio de modificações nas estruturas e instituições econômicas, sociais e políticas, sem uma necessária renúncia ao capitalismo, ao crescimento

econômico e à globalização. Ao contrário, essa perspectiva teórica sugere que o desenvolvimento e a modernização podem aliviar a crise ambiental e não intensificá-la. Já a terceira teoria é a da *economia política da sustentabilidade* – ou economia ecológica – que, de modo radicalmente oposto à teoria da modernização, identifica o crescimento econômico como a força motriz por trás dos impactos ambientais. Assim, sustenta que os impactos sobre os ecossistemas apenas podem ser enfrentados a partir de uma reestruturação da sociedade, com a imposição de limites à expansão econômica, com foco na sustentabilidade.

Qual dessas teorias apresenta melhores respostas? Não há consenso. Como bem observam ANDRADE e ROMEIRO (2009):

Isso se deve, em primeiro lugar, ao fato de que considerar os limites biofísicos impostos pelos ecossistemas à escala do sistema econômico, significa desafiar o dogma do crescimento econômico e questionar os fundamentos da sociedade de consumo de massa. Em segundo lugar, deve-se salientar o ainda limitado conhecimento humano sobre a dinâmica subjacente aos ecossistemas, bem como os esforços ainda tímidos no sentido de se desenvolver análises integradas dos sistemas natural e econômico. É fundamental a compreensão dos processos (funções) ecossistêmicos que dão origem aos benefícios prestados pelos ecossistemas e as interfaces destes com o bem-estar humano.

Percebe-se, pois, ser de suma importância reconhecer o papel desempenhado pelos serviços ecossistêmicos para a manutenção das bases da vida no planeta e para o bem-estar humano. Mas há uma importante questão que não pode ser desconsiderada: a desigual distribuição das perdas ecossistêmicas no cenário social.

Assim, para além das teorias apontadas por YORK e colaboradores, identifica-se uma quarta perspectiva teórica do impacto ambiental, focada nas vítimas das desigualdades e injustiças ambientais: a chamada *justiça ambiental* ou *ecologismo dos pobres*, como prefere ALIER (2009).

Entre as teorias acima referidas, a ecologia humana, a economia ecológica e a justiça ambiental, possuem pontos em comum que diferem substancialmente do credo da ecoeficiência e da modernização ecológica. A seguir, procurar-se-á identificar esses pontos em comum, com o intuito de extrair contribuições aptas a (re)orientar a proteção jurídica dos serviços ecossistêmicos.

2. SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS E JUSTIÇA AMBIENTAL: O FOCO NA EQUIDADE

Cada vez mais observa-se inexistir uma repartição equitativa das *externalidades ambientais negativas* no cenário social. O que se percebe hoje é que a degradação do meio ambiente e as *perdas ecossistêmicas* não atingem a todos os grupos sociais de maneira uniforme, bem como não os submetem aos mesmos riscos e incertezas.

Esse fenômeno passou a ser identificado pelas expressões *injustiça ambiental* e *desigualdade ambiental*, que assinalam a ocorrência de uma maior destinação dos riscos e danos ambientais decorrentes dos processos de desenvolvimento, a certas comunidades tradicionais, grupos de trabalhadores, grupos raciais discriminados, populações pobres e marginalizadas. Em reação a isso, emergiu a perspectiva da *justiça ambiental*, que compreende um conjunto de princípios e práticas que visam assegurar que nenhum grupo de pessoas, sejam eles grupos étnicos, raciais ou de classe, venham a suportar de modo desproporcional a degradação do espaço coletivo (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004). O objetivo dessa abordagem é a superação das desigualdades ambientais, as quais podem se manifestar na forma de uma desigual proteção contra a degradação ambiental, bem como na forma de um desigual acesso aos recursos ambientais (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009).

Com efeito, o escopo das lutas e demandas por justiça ambiental é demonstrar que a exposição da população humana aos riscos ambientais está longe de ser equitativa, reivindicando,

para além da necessidade de preservação do meio ambiente, o respeito aos direitos humanos fundamentais das populações que suportam tais desigualdades.

É inegável haver correlação entre as perdas ecossistêmicas, pobreza e vulnerabilidade socioambiental. Afinal, os efeitos negativos da degradação dos serviços ecossistêmicos têm recaído de forma desproporcional sobre as populações mais pobres, fazendo aumentar as desigualdades e as disparidades no cenário social. Saliente-se que diversos estudos científicos recentes (MILLENNIUM, 2005; IPCC, 2007; PNUMA, 2012), convergem no entendimento de que as populações pobres são quem mais sofrerão as consequências do declínio dos serviços prestados pelos ecossistemas de um modo geral.

A pobreza, tal como reconhecido na Avaliação Ecossistêmica do Milênio (MILLENNIUM, 2005), pode ser definida como uma carência pronunciada de bem-estar em suas múltiplas dimensões. Logo, as perdas ecossistêmicas só aumentam essa carência, dificultando ainda mais a vida dos mais pobres. Vários podem ser os exemplos:

(a) a *segurança* de indivíduos e comunidades pobres é afetada pelo declínio dos serviços de produção, que afetam o provisionamento de alimentos, gerando insegurança alimentar; o declínio dos serviços de regulação também é causa de insegurança aos mais pobres, já que potencializam a ocorrência de enchentes, secas, deslizamento de terras etc;

(b) a *saúde* dos indivíduos e comunidades pobres sofre abalo com as perdas dos serviços de produção e regulação, podendo acarretar carência nutricional pela falta de alimentos e exposição a doenças associadas a desequilíbrios ecológicos;

(c) as *relações sociais* e as *liberdades de escolha* dos mais pobres também são reduzidas drasticamente quando os serviços ecossistêmicos são colapsados, impossibilitando-os de viverem suas vidas na plenitude, aumentando a infelicidade, abalando suas percepções de vida e de futuro (MILLENNIUM, 2005).

Como se não bastasse, a pobreza também torna indivíduos e comunidades menos *resilientes*⁴ às perdas ecossistêmicas. Ou seja, a carência acentuada de bem-estar dos pobres cresce com as perdas ecossistêmicas e lhes retiram a capacidade de resistir a tais perdas. Essa baixa capacidade de resiliência, segundo CORREA (2010), decorre de fatores como:

- (a) *maior sensibilidade às perdas ecossistêmicas* tanto quanto maior for a dependência que tenham do meio ambiente como fonte de subsistência direta;
- (b) *maior exposição a desastres ambientais*, já que as populações carentes acabam sendo obrigadas a se concentrar áreas de maior risco ambiental, sujeitas a deslizamentos, contaminação, degradação;
- (c) *vulnerabilidade pela interação de aspetos sociais, políticos e econômicos*, tais como restrições no acesso a serviços essenciais como água potável, saneamento básico, condições precárias de habitação e infraestrutura etc.

Em complemento, não pode ser olvidada a relação direta existente entre o colapso de serviços ecossistêmicos e os chamados migrantes ou refugiados ambientais, pessoas que acabam obrigadas a se deslocar dos locais onde residem em razão da completa degradação de seus ambientes e modos de vida.

Evidenciada a relação entre degradação ambiental e vulnerabilidade social, e o quanto as perdas de serviços ecossistêmicos agravam essa vulnerabilidade, há que se concordar com FOLADORI (2001) quando afirma que a crise ambiental contemporânea está relacionada às contradições internas da espécie humana, fruto de um “desequilíbrio de classes”. Assim, tanto as leis e ritmos próprios da natureza, quanto a modificação deles pela ação do homem acabam atingindo em diferentes

⁴ Resiliência é um conceito extraído da ecologia, que refere-se à habilidade dos ecossistemas retornarem ao seu estado natural após um evento de perturbação natural, sendo que quanto menor o período de recuperação, maior é a resiliência de determinado ecossistema.

proporções as distintas classes sociais. Por esta razão, compreender a complexidade da crise ambiental exige compreender o quanto as relações capitalistas influenciam e determinam os comportamentos em relação ao meio ambiente, impactam os serviços ecossistêmicos e geram desigualdades ambientais.

3. OS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES AMBIENTAIS PELO PRISMA DA ECONOMIA ECOLÓGICA

A crise ecológica contemporânea põe em discussão os fundamentos da racionalidade econômica tradicional ou neoclássica. Como corolário, uma nova racionalidade econômica, com diferentes abordagens metodológicas e estratégias conceituais, vem ganhando cada vez mais força. Trata-se da economia ecológica.

A economia neoclássica enxerga a economia como um todo (macroeconomia) e o meio ambiente como uma parte desse todo. Um de seus pressupostos é o de que não existem limites ambientais à expansão da atividade econômica (CECHIN, 2010). Desta forma, na visão da economia neoclássica a questão ambiental se resume a um problema de otimização de recursos naturais restritos, com o intuito de tornar possível alcançar os fins pretendidos mesmo diante da escassez de recursos. Há uma crença na substitutividade do capital natural por capital produzido (sustentabilidade fraca), e na possibilidade da crise ambiental ser enfrentada e solucionada pelo mercado, apostando no credo da ecoeficiência e no culto à modernização ecológica (ALIER, 2009).

Essa forma de raciocinar a relação entre economia e meio ambiente não apresenta respostas e soluções adequadas para os chamados *conflitos de distribuição ecológica*, ou seja, os conflitos que decorrem da falta de equidade na distribuição das externalidades ambientais negativas, e que são, portanto, típicos casos de desigualdade e injustiça ambiental.

Por sua vez, a economia ecológica funda-se em um paradigma teórico novo, interdisciplinar, de onde emergem

diferentes metodologias e estratégias conceituais norteadas pela noção de sustentabilidade (LEFF, 2009).

Segundo ALIER (2009, p. 44-45), a economia ecológica proporciona uma “visão sistêmica das relações entre a economia e o meio ambiente”, tratando-se de um campo de estudos que observa a economia como um “subsistema de um ecossistema físico, global e finito.” Em outras palavras, a economia ecológica tece um forte contraponto à economia neoclássica ao afirmar que o sistema econômico é apenas parte do sistema ecológico.

A economia ecológica desenvolve novas metodologias e concepções, dentre as quais destacam-se (ALIER, 2009, p. 49):

- (a) novos indicadores de (in)sustentabilidade da economia;
- (b) aplicação de conceitos ecológicos, como capacidade de carga e resiliência, às relações socioambientais;
- (c) métodos de avaliação multicriterial para o problema da valoração econômica dos serviços ecossistêmicos, tradicionalmente considerados bens comuns, fora do mercado;
- (e) análise do risco, da incerteza, da complexidade e da ciência pós-normal;
- (f) utilização de instrumentos como o da avaliação ambiental integrada, como método auxiliar na tomada de decisões;
- (g) contabilidade do capital natural, promovendo o debate entre sustentabilidade fraca e sustentabilidade forte;
- (h) permanente preocupação com os conflitos ecológicos distributivos;
- (i) análise da relação entre consumo excessivo e impactos ambientais.

No que se refere aos serviços ecossistêmicos, a economia ecológica não refuta as técnicas de valoração monetária, por entender que em certos contextos essas técnicas constituem ferramentas úteis de gestão do ambiente. No entanto, defende a adoção de uma perspectiva multicriterial, não baseada apenas em razões ecológicas, para interpretar a distribuição territorial e as

desigualdades sociais, espaciais e temporais da espécie humana no uso dos recursos naturais (ALTMANN *et al.*, 2015, p. 34).

Em síntese, a economia ecológica lança um olhar crítico sobre as causas e consequências da degradação ambiental e energética que decorre dos processos de produção e consumo, buscando edificar uma nova racionalidade econômica. Mas talvez a sua principal contribuição resida na percepção de que uma justa distribuição não tem apenas um viés econômico, mas também socioambiental, cuja consideração, na tomada de decisões que afetem a vida de povos e comunidades, é fator determinante para que sejam adequadamente compreendidos e valorados os serviços ecossistêmicos.

Um bom exemplo disso é dado por ALIER (2008). Pela visão tradicional, o valor econômico das perdas ecossistêmicas pode parecer baixo se comparado com os ganhos dos projetos que destroem a biodiversidade. Contudo, quais grupos de pessoas sofrerão os efeitos de tais perdas? Além disso, como mensurar em valores econômicos as perdas biológicas significativas, como a extinção de uma espécie? Aí reside o problema da contabilidade econômica convencional no tocante aos recursos da biodiversidade e aos serviços ecossistêmicos.

4. ECOLOGIA HUMANA E ETNOCONSERVAÇÃO: NOVAS ESTRATÉGIAS PARA CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE COM FOCO NA DIVERSIDADE CULTURAL

A ecologia humana investiga os padrões e os processos de interação do ser humano com seus ambientes. Diversos aspectos são considerados: valores étnicos e culturais, estilos de vida, condição econômica, uso de recursos e resíduos, capacidade de suporte, densidade populacional etc.

Como observa BEGOSSI (1993), muito embora a ecologia humana se baseie em conceitos oriundos da ecologia, ela não é vista propriamente uma das ramificações da ecologia. Isso porque estudar as relações entre homem e o ambiente que o cerca, exige a análise de fatores que transcendem a ecologia (fatores econômicos, sociais, políticos etc.).

Diversas são as abordagens da ecologia humana, e os pontos de contato desta com outras áreas do saber, como a antropologia, a geografia e a sociologia. As abordagens mais conhecidas são as da ecologia cultural, a etnobiologia, a sociobiologia, os modelos de subsistência e a ecologia aplicada. Segundo BEGOSSI (1993), todas tem um ponto em comum:

São faces diferentes de uma mesma moeda. Por exemplo, a ecologia cultural estuda a influência de variáveis ambientais no comportamento e nas culturas humanas; a sociobiologia estuda as bases biológicas do comportamento e a etnobiologia os sistemas de classificação da natureza. Todas estas questões existem entre a humanidade e a natureza e perdem o sentido se são consideradas exclusivas.

No que se refere à conservação de ecossistemas e da biodiversidade, uma moderna perspectiva, inserida nos estudos e pesquisas de ecologia humana, merece destaque: a *etnoconservação*, uma proposta que rompe com as tradicionais estratégias de conservação da biodiversidade.

Segundo DIEGUES (2000), o modelo predominantemente mais aceito de conservação da biodiversidade é marcado pelos seguintes princípios:

- (a) a natureza, para ser conservada, deve estar separada das sociedades humana;
- (b) a noção de mundo selvagem estabelece que sua proteção deve ser promovida separadamente do convívio humano.

Entretanto, a aceitação desses princípios tem conduzido a estratégias de conservação da biodiversidade, incapazes de levar em conta os interesses das populações locais, gerando conflitos no entorno ou mesmo no interior de áreas protegidas.

Com base nesses problemas, uma nova abordagem para a conservação emerge. A etnoconservação, resulta da constatação das ambiguidades e incongruências das teorias conservacionistas

tradicionais, que ignoram as necessidades culturais e ambientais das comunidades locais.

Para o presente ensaio, importa destacar algumas dessas novas estratégias da conservação da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos, que não descuidam da diversidade étnica e cultural, destacadas por DIEGUES (2000):

- (a) as comunidades tradicionais devem ser aliadas nos processos de conservação, com a valorização do conhecimento e das práticas de manejo dessas populações;
- (b) deve-se criar uma aliança entre cientistas e os portadores dos conhecimentos tradicionais locais, levando em conta que ambos conhecimentos – o científico e o local – são importantes. Envolver as populações locais na pesquisa da conservação, como co-pesquisadores, integrando os saberes científicos e locais é uma boa estratégia;
- (c) deve-se superar as divergências que ainda separam ecologistas sociais e preservacionistas, tendo em vista que a principal ameaça à biodiversidade vem das instituições neoliberais, que acham que a conservação pode ser alcançada por mecanismos de mercado;
- (d) deve-se buscar mecanismos que assegurem o acesso das populações locais aos recursos naturais existentes em seu território, notadamente porque as perdas culturais decorrentes da negativa de acesso, acarretam perdas de biodiversidade.
- (e) o estabelecimento de áreas protegidas, não deve pautar-se exclusivamente nos modelos tradicionais de “natureza intocada”, mas podem fundamentar-se, na maioria das regiões brasileiras, na concepção de *paisagem* ou *mosaicos de ecossistemas*, conectando porções de matas nativas com áreas ocupadas pelas comunidades locais, impondo a estas a responsabilização pela proteção integral das matas nativas, mediante mecanismos de compensação ou incentivo;
- (f) a incorporação das comunidades tradicionais como parceiras da conservação, exige tratamento que as valorize nessa tarefa.

Para tanto, deve-se desenvolver espaços deliberativos para que as comunidades tenham vez e voz nas decisões sobre conservação.

Tratam-se, portanto, de estratégias que procuram estabelecer um conservacionismo de bases étnico-culturais. Uma nova aliança ecológica entre homem e natureza, pautada pela conservação das funções ecológicas dos ecossistemas locais, por meio da valorização da diversidade cultural das populações que neles habitam.

5. A FUNDAMENTALIDADE JURÍDICA DOS SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e com o amadurecimento de uma leitura constitucional da tutela do ambiente, identifica-se o projeto de uma nova ordem jurídico-ecológica, capaz de tornar convergentes as agendas social e ambiental por meio de uma adequada regulação constitucional socioambiental.

Segundo SARLET e FENSTERSEIFER (2010), a atual ordem constitucional brasileira é inovadora ao estabelecer claramente a opção por um modelo de Estado Socioambiental de Direito, o qual resulta de uma convergência da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais em um mesmo projeto jurídico-político, voltado ao desenvolvimento humano em padrões sustentáveis.

Um dos caminhos que a doutrina especializada vem trilhando para identificar o marco normativo desse novo modelo de Estado, passa pela redefinição da noção de dignidade humana, a qual passa a ser concebida por uma dupla dimensão, social e ecológica (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011). Dessa remodelação do conceito de dignidade humana, exsurge a ideia de um *mínimo existencial ecológico* (ou socioambiental). Sobre o tema, SARLET e FENSTERSEIFER (2010, p. 14) observam:

[...] para além dos direitos já identificados doutrinariamente como “possíveis” integrantes da noção de um mínimo existencial (reconhecidamente controversa, a despeito de sua popularidade), como é o caso de uma

moradia digna, de assistência social, de uma alimentação adequada, entre outros, é nosso intento sustentar a inclusão nesse elenco da qualidade ambiental, objetivando a garantia de uma existência humana digna e saudável, especialmente no que diz com a construção de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade do ambiente.

Em essência, o mínimo existencial ecológico se traduz num princípio basilar do Estado Socioambiental de Direito, pautado por valores éticos de justiça social e ambiental. Decorre, sobretudo, do reconhecimento da jusfundamentalidade do direito-dever ao ambiente ecologicamente equilibrado e da constatação de como os atuais processos de degradação ambiental atingem em cheio a dignidade da vida humana, sobretudo dos mais pobres. Com efeito, para além de um mínimo existencial social, o mínimo existencial ecológico (ou socioambiental) adquire notoriedade como um padrão mínimo de qualidade ambiental para a concretização da dignidade de indivíduos e coletividades humanas.

Cabe destacar que a edificação desse Estado Socioambiental de Direito também passa pela consolidação de uma ordem constitucional mediante o reconhecimento de direitos e deveres fundamentais socioambientais, os quais decorrem de uma compreensão integrada e interdependente dos direitos sociais e da proteção do meio ambiente.

E os serviços ecossistêmicos? Inserem-se no âmbito de proteção do direito-dever fundamental ao meio ambiente? Por certo que sim, muito embora a tradição jurídica, mesmo a de vocação jusambiental, ainda não tenha assimilado adequadamente a abordagem dos ecossistemas. Não obstante, o projeto jurídico-político socioambiental brasileiro, inclui a proteção jurídica dos serviços ecossistêmicos, porquanto essenciais para o equilíbrio ecológico, cuja proteção é assegurada no art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

O equilíbrio ecológico norteia a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil. Segundo leciona MACHADO (2013), a noção de equilíbrio, do ponto de vista ecológico, se

consubstancia na conservação das propriedades e funções ecológicas do meio ambiente, assegurando assim a existência, evolução e desenvolvimento dos seres vivos. O direito ambiental contemporâneo, nas palavras do autor “sente a necessidade de estabelecer normas que assegurem o equilíbrio ecológico” (MACHADO, 2013, p. 67).

A Constituição Federal ao afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que incumbe ao Poder Público “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (art. 225, §1º, I, da CF/88). Assim agindo, o constituinte acabou reconhecendo a fundamentalidade jurídica dos serviços ecossistêmicos, inserindo-os no âmbito da proteção constitucional do ambiente.

Isso implica, na doutrina de FIGUEIREDO (2013), quatro incumbências básicas, pouco observadas no cenário político brasileiro atual:

- (a) preservação dos processos ecológicos essenciais ainda não degradados;
- (b) restauração de processos ecológicos essenciais que tenham sofrido degradação;
- (c) provisão do manejo ecológico das espécies, sobretudo daquelas ameaçadas de extinção;
- (d) provisão dos manejo ecológico dos ecossistemas.

Por conseguinte, na ordem jurídico-constitucional socioambiental brasileira, os poderes públicos assumem a atribuição de preservar e restaurar os serviços ecossistêmicos, provendo o manejo ecológico dos ecossistemas e das espécies vivas, e cuidando para que o comportamento humano não interfira de forma a degradar as funções ecológicas dos ecossistemas. Por manejo ecológico, deve ser compreendida a gestão ecossistêmica, com o objetivo de preservar e restaurar suas estruturas, funções e serviços (FIGUEIREDO, 2013).

Desta forma, é absolutamente inadmissível tolerar a omissão estatal em cenários sociais de absoluta degradação de

serviços ecossistêmicos. No Brasil, em diversas regiões do país essa omissão se verifica, e muito deve-se a essa inadequada compreensão do que sejam os serviços ecossistêmicos e de sua jusfundamentalidade objetiva, a implicar deveres de proteção de um Estado cujo projeto jurídico-político é socioambiental.

A proteção jurídico-constitucional dos serviços ecossistêmicos deve, portanto, irradiar-se por todo o ordenamento infraconstitucional, tal como um fractal⁵. Contudo, os mecanismos jurídicos voltados a essa proteção, na perspectiva da socioambientalidade constitucional brasileira, não podem se pautar apenas em princípios ecológicos, descurando da equidade.

Isso implica uma clara mensagem direcionada ao legislador ordinário, ao administrador público e ao aplicador do direito. Uma mensagem a indicar que a regulação jurídico-protetiva adotada, seja pelas tradicionais normas de *comando e controle*⁶, seja por normas de direito premial (sanções positivas), deve pautar-se sempre pela equidade no acesso aos serviços ecossistêmicos e pela atuação regulatória do Estado, evitando a temida lógica de mercado que condiciona a proteção da biodiversidade ao custo de oportunidade.

Ambas as formas de atuação jurídica são necessárias. As normas de comando e controle, muito embora estejam cada vez mais mostrando-se incapazes de, por si só, tutelar adequadamente o equilíbrio ecológico, exercem um papel importante no tocante a definição de padrões de comportamento a serem observados em prol da qualidade ambiental, bem como as sanções em caso de descumprimento. Mas não bastam.

Um aspecto importante para compreender a razão da parcial ineficácia das normas jurídicas ambientais de comando e controle é de ordem jurídico-econômica: em termos de direito econômico os serviços ecossistêmicos são considerados bens públicos globais, sendo valorados a preço zero, o que leva a um

⁵Estrutura geométrica complexa cujas propriedades, em geral, repetem-se em qualquer escala.

⁶ Normas que regras, fixam regras, procedimentos e padrões determinados para as atividades econômicas a fim de assegurar o cumprimento dos objetivos da política em questão. (NUSDEO, 2012)

excesso de utilização dos recursos naturais afetando os serviços essenciais que são prestados pelos ecossistemas, gerando perdas irreparáveis para a manutenção das bases da vida do planeta (tragédia dos comuns).

Um outro fator é de ordem geopolítica: mesmo que em determinados países a proteção do ambiente se torne efetiva por meio de normas de comando e controle, sempre haverá Estados – sobretudo aqueles que ainda não atingiram níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico – onde tais normas não surtirão o efeito de salvaguardar o equilíbrio ecológico. E desta forma o desequilíbrio ecológico se propaga globalmente, já que a degradação não respeita fronteiras.

Com isso, novas normas de direito premial, fundadas na moderna concepção de que o direito também deve estimular comportamentos que venham ao encontro dos objetivos estatais (função promocional do direito), cada vez mais ganham espaço em nosso ordenamento. Atualmente, há uma tendência jurídica favorável à adoção de instrumentos econômicos destinados à indução de comportamentos “ambientalmente corretos”, que venham ao encontro dos objetivos da política ambiental pretendida. Exemplos não faltam: extrafiscalidade tributária em material ambiental; créditos de carbono; subsídios e financiamentos públicos para atividades “amigas do ambiente”; isenções fiscais etc. O mais recente instrumento econômico a ser debatido e cuja utilização já está em marcha, inclusive no Brasil, é o chamado *sistema de pagamentos por serviços ambientais (PSA)*⁷

⁷ O sistema de pagamentos por serviços ambientais pode ser conceituado como um sistema de transações entre duas ou mais partes envolvendo a remuneração àqueles que promovem a conservação, recomposição, incremento ou manejo de áreas de vegetação/ecossistema considerada apta a fornecer certos serviços ecossistêmicos, e ou que se abstém de práticas tendentes à sua degradação. (NUSDEO, 2013, p. 13). Muito embora o PSA já esteja sendo implementado em diversos Municípios brasileiros, e até mesmo alguns estados já tenham legislado sobre o tema, a aprovação de uma legislação federal que discipline uma *política nacional de pagamentos por serviços ambientais* está sendo discutida no Congresso Nacional do Brasil há quase uma década, sem perspectiva clara de aprovação.

A justificá-los, emerge um novo pretensão princípio do direito ambiental, doutrinariamente denominado de *princípio do protetor-recebedor*. Trata-se de um desdobramento dos já consagrados princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador, focado, porém, na internalização das externalidades positivas, fruto de ações humanas benéficas aos serviços ecossistêmicos (ARAGÃO, 2012).

Esse novo princípio propõe uma lógica nova para a proteção do equilíbrio ecológico: ao invés de desencorajar ações danosas ao meio ambiente valendo-se de instrumentos de comando e controle – tal como fazem os princípios poluidor-pagador e usuário-pagador -, o princípio do protetor-recebedor fundamenta a possibilidade de conferir uma retribuição econômica àqueles que se empenham na proteção da biodiversidade e dos serviços ecossistêmicos.

Os desafios, contudo, para além da teorização, são de ordem prática: evitar que normas de direito premial sejam efetivadas dentro da lógica econômica tradicional, sabidamente incapaz de evitar a proliferação e desigualdades ambientais.

É missão essencial do Estado brasileiro promover a cultura da preservação dos serviços ecossistêmicos. Não se está com isso a dizer que a coletividade não tem qualquer compromisso com a qualidade do meio ambiente. Por óbvio que tal tarefa, à luz de uma adequada compreensão da dimensão objetiva que irradia da proteção constitucional do meio ambiente, deve ser compartilhada pela coletividade. Entretanto, não se pode abrir mão de uma adequada regulação estatal infraconstitucional voltada à preservação e restauração das funções ecológicas dos ecossistemas brasileiros, por normas de comando e controle, complementadas por normas de direito premial, com foco na equidade e na redução das desigualdades ambientais brasileiras.

Porém, para alcançar essa adequada regulação jurídico-protetiva dos serviços ecossistêmicos no plano infraconstitucional, faz-se necessário superar as três barreiras que a impedem, apontados por SALZMAN (2010):

- (a) a ignorância do público em geral e da própria comunidade científica em relação aos serviços ecossistêmicos;
- (b) o desafio econômico de atribuir valor a bens públicos e de internalizar externalidades positivas; e
- (c) a desconexão entre as decisões tomadas no âmbito das jurisdições políticas e as áreas ecologicamente significativas.

Superadas essas barreiras, restará um último desafio. Eleger dentre as possíveis estratégias jurídicas de regulação a mais adequada para o momento e para o caso concreto, sempre com foco na equidade socioambiental, na cultura e nas práticas locais. SALZMAN (2010), enumera um conjunto de cinco estratégias jurídicas de regulação possíveis, para uma tutela jurídica dos serviços ecossistêmicos, denominadas pelo autor de “5 Ps”: prescrição, penalidade, persuasão, direitos de propriedade e pagamento.

As normas de *prescrição*, são as típicas normas de comando e controle, que ordenam comportamentos impondo sanções para a hipótese de descumprimento; as normas de *penalidade*, na visão do autor, são as que estabelecem encargos financeiros, como impostos e taxas, objetivando reduzir comportamentos ambientalmente indesejados por meio de sinais financeiros que os desincentivem; as normas de *persuasão*, baseiam-se na informação e na educação, sobretudo dos proprietários de terra, quanto às consequências das práticas de manejo insustentáveis e às alternativas existentes; as normas focadas nos *direitos de propriedade* enfatizam as obrigações dos proprietários na gestão ecológica dos bens comuns existentes em suas propriedades; por fim, as normas de *pagamento*, que se podem ser estabelecidas na forma de pagamentos diretos ou isenções fiscais (SALZMAN, 2010, p. 142).

Muitas são as possibilidades de atuação regulatória estatal. Seja quais fores as escolhas feitas, elas devem ser norteadas pelo enfoque das *relações* entre homem e natureza, e não pelo enfoque do *controle* humano sobre a natureza (BOSSSELMAN, 2015). O ambiente natural não é algo separado do ser humano, ou algo que deva ser moldado para aumentar a qualidade da vida humana,

desconsiderando as complexas relações ecológicas que podem ser afetadas. Esse tipo de pensamento conduziu a humanidade à crise ecológica atual e a uma drástica redução nos níveis de bem-estar, sobretudo dos mais pobres. Urge portanto romper com as fronteiras entre o homem e a natureza, desenvolvendo novas racionalidades, nas mais diferentes áreas, capazes de melhor compreender a complexidade dessas relações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio objetivou demonstrar a necessidade de repensarmos a moldura constitucional do ambiente a partir de uma abordagem dos ecossistemas.

O intuito não foi apenas o de demonstrar a importância dos ecossistêmicos para o bem-estar humano, enfatizando o quanto as populações pobres e socialmente vulneráveis sofrem com sua degradação. A real intenção foi a de demonstrar a necessidade de que as múltiplas racionalidades que formam o tecido social assimilem a complexidade das interações entre homem e natureza, tornando-as mais óbvias e inteligíveis.

Destacou-se aqui, as perspectivas ecologia humana, com ênfase nas estratégias de etnoconservação, da justiça ambiental e da economia ecológica, como abordagens que muito têm a nos dizer sobre objetivos a perseguir e caminhos a trilhar. A interdisciplinaridade que caracteriza o direito ambiental contemporâneo permite levá-las em conta.

Procurou-se destacar que muitas são as possíveis estratégias a serem adotadas para uma eficiente regulação jurídica voltada à gestão dos serviços ecossistêmicos no Brasil. Como visto, trata-se de um dever constitucional imposto ao Estado brasileiro, em todos os níveis da federação. Vale ressaltar aqui, em complemento, que a aplicabilidade desse dever é imediata, à luz de uma interpretação conjunta e sistemática da Constituição Federal (art. 225, §1º, I, combinado com o art. 5º, §1º).

O futuro dos serviços ecossistêmicos passa pelo direito e pela regulação estatal. Porém são as escolhas feitas no âmbito

regulatório que definirão se esse futuro sorrirá para todos ou só para alguns.

Por fim, resta a certeza de que o direito cada vez mais está sendo desafiado a dar sua contribuição para a reconstrução de um capitalismo de bases socioambientais e para o surgimento de uma jurisprudência socioambiental, que reproduza princípios ecológicos e de justiça, com foco na equidade.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto.

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

_____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALIER, Joan Martínez. Idiomas de Valoração. **Boletim da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica (EcoEco)**, n. 19, set., out., nov. e dez. 2008. Disponível em: <http://www.ecoeco.org.br/backup/conteudo/publicacoes/bol_etim_ecoeco/Boletim_Ecoeco_n019.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. **O ecologismo dos pobres**. Trad. de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2009.

ALTMANN, Alexandre; SOUZA, Luiz Fernando; STANTON, Márcia Silva. **Manual de apoio à atuação do Ministério Público: pagamento por serviços ambientais**. 1. ed. Porto Alegre: Andrefc.com Assessoria e Consultoria em Projetos, 2015. v. 1. 106p.

ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e o bem-estar humano. Texto para Discussão. **IE/UNICAMP**, n. 155, fev. 2009. Disponível em:

<www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1785&tp=a>
 . Acesso em: 10 fev. 2016.

ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço... mas devia: o dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Volume IV – Direito Administrativo e Justiça Administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza%20n%C3%A3o%20tem%20pre%C3%A7o%20Alexandra%20Arag%C3%A3o%2025%20de%20Outubro.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

BEGON, Michael; TOWNSEND, Colin R.; HARPER, John L. **Ecologia: de Indivíduos a Ecossistemas**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

BEGOSSI, Alpina. Ecologia Humana: um enfoque das relações homem-ambiente. **Interciência**, n. 18(1), p. 121-132, 1993.

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

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen**. São Paulo: Editora SENAC/EDUSP, 2010.

CORREA, E. M.. Qual a relação entre pobreza e meio ambiente? Evidências e reflexões desde uma perspectiva multidimensional do bem-estar humano. In: **III Conferência Latino Americana e Caribenha sobre Abordagem das Capacitações e Desenvolvimento Humano**, 2010. Porto Alegre: III Conferência Latino Americana e Caribenha sobre Abordagem das Capacitações e Desenvolvimento Humano, 2010. Disponível em: <www.pucrs.br/eventos/alca/decad/download/pobreza-e-meio-ambiente.doc>. Acesso em: 16 fev. 2016.

COSTANZA, Robert *et al.* The value of the world's ecosystem services and natural capital. **Nature**, vol. 387, p. 253–260, 1997.

- DAJOZ, Roger. **Princípios de Ecologia**. 7ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- DIEGUES, Antônio Carlos. Etnoconservação da Natureza: enfoques alternativos. In: DIEGUES, Antônio Carlos (Org.). **Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos**. São Paulo: Hucitec, 2000.
- EHRLICH, Paul. The limits to substitution: meta-resource depletion and a new economic-ecological paradigm. **Ecological Economics**, Solomons, n° 1, 1989, p. 9-16.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de Direito Ambiental**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FOLADORI, Guillermo **Limites do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Unicamp, 2001.
- INTERGOVERNAMENTAL Panel on Climate Change – IPCC. **Ecosystems, their properties, goods, and services. Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change**. Cambridge: University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2007.
- LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LEVIN, S. A., Ecosystems and the biosphere as complex adaptive systems. **Ecosystems**, n. 1, p.431-436, 1998.
- MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MILLENNIUM Ecosystem Assessment - MEA. **Ecosystems and Human Well-being: Synthesis**. Washington D.C.: Island Press, 2005.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por Serviços Ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012.

- _____. Pagamento por serviços ambientais: do debate de política ambiental à implementação jurídica. In: LAVRATTI, Paula; TEJEIRO, Guillermo. **Pagamento por Serviços Ambientais, fundamentos e principais aspectos jurídicos**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2013, p. 8-45. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131201182658_5649.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- PIMM, S. L.. The complexity and stability of ecosystems. **Nature**, n. 307, p. 321–326, 1984.
- PROGRAMA das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA (2012). **Quinto Panorama do Meio Ambiente Global (GEO-5)**. Disponível em: <http://www.unep.org/geo/pdfs/GEO-5_SPM_Portuguese.pdf> Acesso em: 09 fev. 2016.
- RICKLEFS, Robert E. **A Economia da Natureza**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.
- RYKIEL, E. J. Towards a definition of ecological disturbance. **Australian Journal of Ecology**, n, 10, 361–365, 1985.
- SALZMAN, James. Um campo verde? O passado e o futuro dos serviços ecossistêmicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 137-154.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.
- _____. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- YORK, Richard; ROSA, Eugene A.; DIETZ, Thomas. Footprints on the Earth: The Environmental Consequences of Modernity. **American Sociological Review**, n. 68, 2003, p. 279-300.

PERSPECTIVAS SOBRE A INSERÇÃO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NA REGULAÇÃO DO MERCADO DE SEGUROS¹

*Pery Saraiva Neto*²

1 INTRODUÇÃO

O mercado segurador brasileiro caracteriza-se atualmente pela alta diversificação de ramos econômicos que abrange e espécies de riscos que assume, há muito tendo superado a prevalência de seguros de automóveis ou outros segmentos de riscos patrimoniais, para também atender aos segmentos de seguros de pessoas, empresariais e de responsabilidade civil.

Este mercado, que tem peso de 5,8% do PIB brasileiro, com R\$ 322,23 bilhões de faturamento no ano de 2014, vem se destacando pelo seu significativo crescimento nos últimos anos,

¹ Este artigo é uma versão atualizada e revisada de texto anteriormente publicado em: SARAIVA, Pery. Seguros, regulação e sustentabilidade ambiental: crítica e perspectivas. In: CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. (Org.). **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Ano IV. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

² Doutorando em Direito/PUCRS. Mestre em Direito/UFSC. Especialista em Direito Ambiental/FUNJAB-UFSC. Professor Convidado (pós-graduação) UFRGS, PUCRS, UNISINOS, ESMESC, ESA/OAB-SC, ESA/OAB-RS, UNIDAVI, POSITIVO, UNIVALI e UNOESC. Diretor do Instituto "O Direito por um Planeta Verde". Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC). Diretor Vice-Presidente Cultural (Acadêmico) e Presidente do GNT Seguro Ambiental da Associação Internacional de Direito do Seguro - AIDA/BRASIL. Vice-Presidente do Grupo de Trabalho Seguros e Mudanças Climáticas CILA/AIDA. Autor e colaborador de livros e artigos sobre Direito Ambiental e Direito do Seguro. Advogado e Consultor nas áreas de Direito do Seguro e Direito Ambiental. E-mail contato@perysaraivaneto.com.br.

tendo registrado crescimento superior ao do PIB. Ouve avanço de 5,3% em 2013 e 7,1% em 2014, no comparativo por períodos³. Ademais, evidencia-se sólido, na medida em que encerrou 2014 com reservas técnicas de R\$ 563,27 bilhões.⁴

Por outro lado cumpre referir a enorme importância que os seguros representam no âmbito social e econômico, garantindo a reposição patrimonial e econômica em situações de sinistralidade, permitindo a reestruturação por pessoas, famílias e empresas, sejam segurados, beneficiários ou terceiros, cumprindo um importante função social e econômica.

Pelo presente estudo objetiva-se destacar que o mercado de seguros no Brasil, em que pese sua robustez e potencial de crescimento, ainda muito pouco tem se voltado para as questões de sustentabilidade, especialmente em sua dimensão ambiental. Aborda-se, portanto, o papel do órgão regulador deste mercado, a Superintendência de Seguros Privados – Susep, apontando suas carências no direcionamento do mercado para práticas de sustentabilidade ambiental, para então refletir sobre a necessidade de desenvolvimento de uma regulação sustentável, o que será feito indicando caminhos para inserção de práticas de sustentabilidade ambiental no setor.

2 BREVES NOTAS SOBRE A ESTRUTURA DO SISTEMA DE REGULAÇÃO DO MERCADO SEGURADOR NO BRASIL

O mercado segurador brasileiro sofre regulação estatal desde a sua origem, sendo que o marco regulador atualmente vigente teve origem em 1966, por força do Decreto-Lei 73, que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, Capitalização e

³ De modo a ilustrar, com dados mais atuais, vale registrar que a participação do setor, no PIB, saltou de 1,3% para 6,2% em 25 anos – entre 1990 e 2015 – e deve manter essa tendência, até porque o setor de seguros vem crescendo sempre acima da média da economia nacional. No ano de 2015, enquanto o PIB caiu 3,8%, o mercado de seguros cresceu 11,6%.

⁴ VALOR FINANCEIRO: seguros, previdência e capitalização. Cenário exige mudança de ação. São Paulo: Jornal VALOR ECONÔMICO, maio de 2015, ano 14, número 17, p. 9.

Previdência Complementar Aberta (SINSP), atualmente composto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), ambos vinculados ao Ministério da Fazenda.

O CNSP é o órgão normativo das atividades securitárias, de previdência complementar aberta e de capitalização, tendo como principal atribuição a de fixar as diretrizes e normas da política governamental para o segmento de seguros, resseguros e afins, por meio da edição de resoluções.

A Susep tem função regulatória, intervindo no controle e fiscalização dos mercados de seguros, resseguros e afins, tendo a atribuição de fixar políticas relacionadas às atividades deste mercado, com função executora - fiscalizando a constituição, organização, funcionamento e operações do mercado, bem como expedindo normas, por meio de circulares, relativas à regulamentação das operações de seguro. As circulares expedidas pela Susep devem ser referendadas pelo CNSP.⁵

3 FALHAS, ACERTOS E DESAFIOS DO SISTEMA DE REGULAÇÃO EM SEGUROS

O sistema de regulação no Brasil é constantemente exposto a críticas. Para os limites deste texto, duas dimensões de falhas merecem ser postas.

A primeira, do sistema regulatório como um todo, quando equivocasse no foco de atuação. Ilustra-se tal afirmação demonstrando como isto se dá especificamente na regulação do setor de seguros. Tal destaque pretende evidenciar que, ao perder-se em objetivos e incumbências que não são essencialmente do escopo da entidade reguladora, pois se sobrepõe a outros setores estatais, deixa de atentar a questões contemporâneas e relevantes, consistindo nisso a segunda dimensão de falhas, ou seja, peca ao não orientar para o incremento de práticas de sustentabilidade nas

⁵ BARBOSA, Aluísio; *et al.* Agências reguladoras: o papel do Estado na economia ao longo da história. In CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. (Org.). **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 179/182.

operações e empresas reguladas, especialmente a sustentabilidade em sua faceta ambiental.

As falhas aqui apontadas, portanto, referem-se, por um lado, ao agir desnecessário e, por outro, que também é uma decorrência daquele, o não agir em questões essenciais. Vejamos de forma mais detalhada.

3.1 FALHA DE FOCO

São fracassadas as experiências dos modelos regulatórios, que tinham na origem a ambição de corrigir as ‘falhas do mercado’. Tal fracasso é atribuído ao próprio equívoco na definição do campo operacional da regulação, que ao fim e ao cabo é redundante e sobrepõe-se sobre incumbências que já são atribuídas a outras estruturas do Estado.⁶

Um exemplo, neste sentido, é a atuação da Susep em questões envolvendo consumidores individualmente, atuando como mero balcão de reclamações, confirmando-se redundante e sobrepondo sua atuação a todos os órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), tais como os PROCON’s, ou mesmo o próprio sistema de Justiça.

Não se descarta para o papel de uma agência reguladora ou, no caso, da Susep, para com a defesa do consumidor, contudo, a perspectiva deve ser o mercado consumidor, coletiva e difusamente considerado, e não o atendimento individual e em casos isolados. Um agir adequado seria o estudo sistematizado das reclamações individuais apresentadas pelos consumidores, via SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, para a partir desta base de dados localizar os pontos de desequilíbrio e disfunções nas relações entre fornecedores e consumidores e, então sim, ditar normas regulamentadoras buscando superar eventuais desajustes, seguindo-se com a fiscalização.⁷

⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 217.

⁷ BARBOSA, Aluísio; *et al.* Agências reguladoras: o papel do Estado na economia ao longo da história. In CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery.

3.2 ACERTO DE FOCO

O ajuste no seu foco de atuação poderá permitir cada vez mais o agir de modo macro, tal como já o faz, mas de forma cada vez mais ampliada. Com efeito, a Susep possui forte atuação no sentido de corrigir e prevenir falhas do mercado de seguros, sendo de se destacar seu foco, na atualidade, de impor a todas as seguradoras operantes no Brasil a implementação, até dezembro de 2017, de adequações em seus balanços às regras do regime prudencial de supervisão, à semelhança do Solvência II. Trata-se de um acordo internacional que está sendo instituído no âmbito da Comunidade Europeia pela Eiopa (Autoridade Europeia para Seguros e Previdência Complementar), com previsão de vigorar a partir de janeiro de 2016. Semelhante ao Basileia II, o Solvência II objetiva a solidez do sistema, de forma ampla, aumentando os controles sobre indicadores financeiros (patrimônio e reserva de capital, por exemplo) e a qualidade da gestão das companhias de seguro e resseguro. No modelo que vem sendo implantado no Brasil, pela Susep, pretende-se viabilizar que se possa verificar se as seguradoras adotam boas práticas de gestão, permitindo ao órgão supervisor do mercado que aja preventivamente, na medida em que são fixadas regras padronizadas de controle de riscos em quatro dimensões: subscrição, crédito, operacional e mercado, com princípios que regem a regulação de riscos e controles internos, até diretrizes sobre divulgação e transparência de informações sobre solvência e a situação financeira das seguradoras.⁸

Medidas como esta estão conformes com uma visão moderna de regulação do mercado, ditando e exigindo do setor de forma ampla, a adoção de boas práticas, governança e accountability.

(Org.). Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 184/187.

⁸ VALOR FINANCEIRO: seguros, previdência e capitalização. Objetivo é solidez de todo o sistema. São Paulo: Jornal VALOR ECONÔMICO, maio de 2015, ano 14, número 17, p. 33.

3.3 DESAFIOS: FOCO NA SUSTENTABILIDADE

Não há como negar, porém, que a adoção, e a imposição de adoção, destas novas práticas é fruto de resposta ao cenário de crise iniciado em 2008. O agir em resposta a um quadro de crise, porém, sempre é intempestivo, e precisa de um cenário realmente catastrófico para estimular mudanças.

Na questão ambiental, porém, seria absolutamente equivocado aguardar um cenário catastrófico para então passar a agir ou impor práticas de sustentabilidade. Há consistentes, quantitativas e qualificadas informações a demonstrarem o quadro geral de crise ambiental, com grande potencial de impacto negativo à qualidade de vida no planeta. Induvidosa a preocupação global com as questões ambientais.⁹

A Superintendência de Seguros Privados, até o momento, está indiferente a tais questões, muito embora sejam inúmeras as esferas regulatórias onde seria possível uma atuação regulatória com viés para a sustentabilidade.

Três temas atuais e relevantes bem demonstram o descaso do órgão regulador com a adoção de práticas de sustentabilidade. Ao mesmo tempo traduzem-se em desafios e possibilidades de ação.

O primeiro refere-se à inexistência de regulamento, tampouco de fomento, para o desenvolvimento de produtos de seguros para riscos ambientais, embora seja conhecido o enorme desenvolvimento deste setor.¹⁰

⁹ Neste sentido, dentre outros, vide: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007; FREITAS, Juares. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁰ Sobre o progressivo aumento da arrecadação de prêmios, no ramo 0313 – R.C. Riscos Ambientais, nos últimos 5 anos, vide www.susep.gov.br/menuestatistica/monitoramentodomercado.

A importância do desenvolvimento deste ramo de seguro é evidente: institui instrumentos de proteção a atividades econômicas que impliquem riscos ao meio ambiente; cria mecanismos de salvaguarda e garantia de reparação aos danos ambientais; fomenta um importante setor econômico, com resultados positivos à economia; e permite que o segurador atue como protagonista e parceiro na gestão de riscos ambientais, evidenciando o caráter preventivo dos seguros, logo, com grande potencial de desdobramento de sustentabilidade ambiental.

O caminho para implementação de um seguro para riscos ambientais, no Brasil, vem sendo percorrido já há alguns anos, sendo correto afirmar, na atualidade, que as iniciativas intentadas pelo mercado – até aqui sem qualquer regulação - propiciaram reflexões suficientes sobre este complexo tema e que repercutiram no seu estágio atual de desenvolvimento, agora com nítidas e objetivas possibilidades de concretização deste ramo de seguros.¹¹

Há que se atentar, porém, que o desenvolvimento dos seguros ambientais não pode ser conduzido por uma lógica de mera arrecadação de prêmios, ou oferecer produtos demasiadamente restritivos em suas coberturas. Seguros ambientais devem ser desenvolvidos, no Brasil, em consonância com o grau de desenvolvimento do Direito Ambiental brasileiro, pois é a partir deste marco jurídico que se configura a infelizmente sobre a qual recairá a proteção pelos seguros.

Embora os princípios fundadores em matéria ambiental estejam centrados na prevenção e na precaução, nas hipóteses em que não tenha sido possível evitar uma degradação ao meio ambiente, necessário que existam mecanismos eficientes para viabilizar a reparação ou reconstituição do bem ambiental lesado, pois, "de nada adiantariam ações preventivas e precaucionais se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações. Assim, sob pena de falta de responsabilização, há necessidade de

¹¹ POLIDO, Walter. **Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil**: estágio de desenvolvimento atual. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014, p. 15/19.

o Estado articular um sistema que traga segurança à coletividade".¹² Para isso não se pode apenas fiar no mercado. Uma atuação estatal regulatória é imprescindível.¹³

O segundo exemplo de omissão para com a sustentabilidade refere-se à negligência da Susep com a regulamentação do seguro de responsabilidade civil ambiental previstos na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (LPNRS).¹⁴

Com efeito, referida norma ambiental, uma das mais avançadas e relevantes do nosso sistema legal de proteção do meio ambiente, prevê em seu artigo 40 a possibilidade de vincular a contratação de seguros ambientais no licenciamento de atividades envolvendo resíduos perigosos, atribuindo ao CNSP e à Susep a regulamentação desta espécie de seguros.¹⁵ Lamentavelmente até

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.

¹³ Por certo que não se está sugerindo uma regulação imposta. Quer-se uma regulação democraticamente construída, nos termos propostos por Juarez Freitas, no sentido de permitir participação no processo de definição de normas em uma regulação sustentável, o que pressupõe "progresso significativo no tocante ao princípio da participação, por exemplo, em audiências públicas antes de toda resolução de cunho regulatório, sob pena de nulidade. Audiências públicas efetivas, não mera atividade de consulta passiva ou de fachada, nem simples idealização mitológica da participação". FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 222.

¹⁴ Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010.

¹⁵ LPNRS, art. 40.: No licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que operem com resíduos perigosos, o órgão licenciador do Sisnama pode exigir a contratação de seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente ou à saúde pública, observadas as regras sobre cobertura e os limites máximos de contratação fixados em regulamento. Referido artigo foi regulamento pelo Decreto 7.404/2010, que prevê no seu artigo 67 que "No licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que operem com resíduos perigosos, o órgão licenciador do SISNAMA pode exigir a contratação de seguro de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente ou à saúde pública, observadas as regras sobre cobertura e os limites máximos de contratação estabelecidos pelo Conselho Nacional de

o momento este dispositivo ainda não obteve regulamentação, o que, quando realizado, deverá implicar em definir a natureza jurídica deste seguro, o momento de contratação, questões relacionadas a renovações, a forma de acionamento, a sistemática de limites, os tipos de coberturas, dentre tantas outras questões que estão em aberto, embora a referida previsão legal.

A regulamentação do seguro vinculado ao licenciamento ambiental apresenta-se como importante mecanismo de garantia no sistema de licenças ambientais, tal como se dá no âmbito da Comunidade Europeia, por conta da Diretiva 2004/35/CE.¹⁶

A terceira demonstração de descaso do órgão regulador refere-se à sua indiferença com um movimento que pode se caracterizar como uma forma de autorregulação, ou de como o mercado vem criando normas para introduzir práticas de sustentabilidade. Tal tendência será analisada no item 4, a seguir, sendo de se frisar, neste momento, que se trata de um movimento espontâneo do setor, sem qualquer interferência estatal.

Estas três formas de tratar de temas de sustentabilidade ambiental no âmbito do mercado de seguros não pode ser tida, pelo mercado, como uma forma desproposita de interferência, a final, natural que o segmento dos seguros siga tendência que já se consagra no âmbito bancário.¹⁷

Seguros Privados - CNSP. Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deverá considerar o porte e as características da empresa.

¹⁶ Em Portugal esta diretiva foi recepcionada pelo Decreto-Lei 147/2008, prevendo no art. 22.: Garantia financeira obrigatória. 1 – Os operadores que exerçam as actividades ocupacionais enumeradas no anexo III (p. ex.: gestão de resíduos, descargas para águas de superfície/subterrânea, captação/represamento de água, “transportes” - risco elevado) constituem obrigatoriamente uma ou mais garantias financeiras próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si, que lhes permitam assumir a responsabilidade ambiental inerente à actividade por si desenvolvida. 2 – As garantias financeiras podem constituir-se através da subscrição de apólices de seguro, da obtenção de garantias bancárias, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios reservados para o efeito.

¹⁷ Neste sentido, Resolução Bacen 4.327, de 25 de abril de 2014, que fixa diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que

4 PARÂMETROS PARA UMA REGULAÇÃO AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEL DO MERCADO DE SEGUROS BRASILEIRO

Agir com prevenção e precaução, diante de riscos ambientais, vincula-se à inserção do elemento da sustentabilidade em práticas do mercado. E não há hoje valor mais vanguardista do que a sustentabilidade. Trata-se de um conceito baseado no “duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras. (...) [A sustentabilidade] compele a trabalhar com escalas múltiplas de tempo e espaço, o que desarruma a caixa de ferramentas do economista convencional. Ela impele ainda a buscar soluções triplamente vencedoras (Isto é, em termos sociais, econômicos e ecológicos), eliminando o crescimento selvagem obtido ao custo de elevadas externalidades negativas, tanto sociais quanto ambientais”¹⁸.

A inserção da sustentabilidade nas práticas sociais e econômicas vincula-se à ideia de responsabilidades, portanto, de deveres. Deveres de todos para com a qualidade ambiental, em proveito das presentes e futuras gerações, inclusive por comando constitucional inserto do artigo 225, *caput*.

Seguindo este raciocínio, e de acordo como o que propomos nas primeiras etapas deste texto, propõem-se uma nova base administrativa de regulação, como pressuposto para uma adequada governança sustentável, pelo qual a "regulação da sustentabilidade é atividade de disciplina da atividade econômica relevante ou de serviços públicos, efetuada com relativa independência em relação à própria Administração Pública, em articulação, quando possível, com os mecanismos internacionais

prevê, dentre outros, a necessidade de inclusão da variável socioambiental no gerenciamento de riscos, por força do artigo 5º, que dispõe que "O risco socioambiental deve ser identificado pelas instituições mencionadas no art. 1º como um componente das diversas modalidades de risco a que estão expostas".

¹⁸ VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p. 171/172.

de governança".¹⁹

Tudo no sentido da construção de uma regulação sustentável, que seja, portanto, transparente, dialógica, isonômica, proba e eficiente, o que implica na regulação pública das atividades de mercado sistematicamente relevantes (tais como as atividades bancárias ou os planos de saúde) e das delegações de serviços públicos (que) tem de passar por transformações de fundo, com a incorporação desse novo paradigma".²⁰

O comprometimento do mercado segurador com práticas de sustentabilidade fica evidenciado - e neste ponto reside o que se indicou, acima, como um movimento semelhante à autorregulação, ou um embrião de autorregulação - com a adesão aos *PSI: Princípios para Sustentabilidade em Seguros*, propostos pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA²¹, dentre os quais destacamos os seguintes compromissos:

Princípio 1 – Incluiremos em nosso processo de tomada de decisão questões ambientais, sociais e de governança que sejam relevantes para nossa atividade em seguros.

Ações possíveis:

Administração de sinistros

¹⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 222.

²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 228/230.

²¹ A UNEP FI lançou os Princípios em junho/2012 no Rio de Janeiro, Brasil, para apoiar os objetivos da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (“Conferência Rio+20”). O evento de lançamento foi copatrocinado pela International Insurance Society e pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização. O lançamento marcou o início da Iniciativa da UNEP FI para os Princípios da Sustentabilidade em Seguros (a “Iniciativa PSI”), a fim de promover a adoção e implementação dos Princípios mundialmente.” (UNEP. United Nations Environment Programme (PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). **PSI:** Princípios para Sustentabilidade em Seguros. Tradução CNSEG. Rio de Janeiro, 2012).

- ✓ Responder aos clientes sempre de forma rápida, ética, sensível e transparente, e certificar-se de que os processos de sinistros sejam explicados e entendidos claramente;
- ✓ Integrar questões ASG²² aos serviços de reparos, reposições e demais serviços de sinistros;

Princípio 2 – Trabalharemos em conjunto com nossos clientes e parceiros comerciais para aumento da conscientização sobre questões ambientais, sociais e de governança, gerenciamento de riscos e desenvolvimento de soluções.

Ações possíveis:

Clientes e fornecedores

- ✓ Dialogar com clientes e fornecedores sobre os benefícios da gestão de questões ASG, e sobre as expectativas e exigências da companhia em relação às questões ASG;
- ✓ Fornecer aos clientes e fornecedores informações e ferramentas que possam auxiliá-los na gestão de questões ASG;
- ✓ Integrar questões ASG aos processos de concorrência e seleção de fornecedores;
- ✓ Estimular clientes e fornecedores a divulgarem questões ASG e a usarem as estruturas relevantes de divulgação ou relatório;

Princípio 4 – Demonstraremos responsabilidade e transparência divulgando com regularidade, publicamente, nossos avanços na implementação dos Princípios.

Ações possíveis:

- ✓ Avaliar, medir e acompanhar o progresso da companhia na gestão de questões ASG e, de forma proativa e regular, divulgar esta informação para o público;
- ✓ Participar nas estruturas relevantes de divulgação ou relatório;
- ✓ Dialogar com clientes, órgãos reguladores, agências de classificação e outros públicos estratégicos, a fim de obter entendimento mútuo

²² Ambientais, Sociais e de Governança.

sobre o valor da divulgação por meio dos Princípios.²³

Tais princípios são de adesão espontânea. Incluem valores muito mais complexos do que o meramente econômico. Sinalizam novas práticas empresarias. Assumir compromissos de tal envergadura, como o fez o mercado segurador brasileiro, só se justificam com a premissa de que se trata de um mercado verdadeiramente engajado com as relevantes preocupações da contemporaneidade. Embora, naturalmente, ainda exista muito para ser implementado.

A efetiva implementação de tais princípios de sustentabilidade pelo mercado segurador, por certo, ocorrerá gradualmente (como, aliás, vem ocorrendo em outros segmentos empresariais e mesmo pela sociedade e pelo Poder Público), conforme aponta pesquisa aplicada no setor, de que as metas de concreção dos princípios, pelo mercado, estejam em elevado grau de incorporação nas práticas securitárias.²⁴

É momento de aperfeiçoamento destas práticas, com o compartilhamento das técnicas internas já implementadas, de modo a permitir o aperfeiçoamento e difundir o desenvolvimento de programas internos por outras empresas, construindo novas ideias, visando a propiciar uma ação conjunta e organizada de todo o mercado segurador na devida incorporação dos princípios, tornando seus objetivos práticas correntes.

Parece certo que uma atuação regulatória, com viés sustentável, seja fundamental neste processo.

²³ UNEP. United Nations Environment Programme (PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). PSI: Princípios para Sustentabilidade em Seguros. Tradução CNSEG. Rio de Janeiro, 2012.

²⁴ Pesquisa da CNseg revela comprometimento das seguradoras com PSI. Das quatro metas definidas para 2015 referentes aos Princípios para Sustentabilidade em Seguros, três já foram alcançadas”. Disponível em <http://www.cnseg.org.br/cnseg/servicos-apoio/noticias/pesquisa-da-cnseg-revela-comprometimento-das-seguradoras-com-psi.html>.

5 REFERÊNCIAS

ARNT, Ricardo. **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

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

CARLINI, Angélica; SARAIVA, Pery. (Org.). **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

____; _____. **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Ano II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

____; _____. **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Ano III. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

____; _____. **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Ano IV. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CNSEG. Pesquisa da CNseg revela comprometimento das seguradoras com PSI. **Das quatro metas definidas para 2015 referentes aos Princípios para Sustentabilidade em Seguros, três já foram alcançadas**. Disponível em <http://www.cnseg.org.br/cnseg/servicos-apoio/noticias/pesquisa-da-cnseg-revela-comprometimento-das-seguradoras-com-psi.html>.

FREITAS, Juez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte:

Fórum, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POLIDO, Walter. **Seguros para riscos ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Programa de Seguros de Riscos Ambientais no Brasil**: estágio de desenvolvimento atual. Rio de Janeiro: Funenseg, 2014.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

_____. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNEP. United Nations Environment Programme (PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). **PSI: Princípios para Sustentabilidade em Seguros**. Tradução CNSEG. Rio de Janeiro, 2012.

VALOR FINANCEIRO: seguros, previdência e capitalização. **Objetivo é solidez de todo o sistema**. São Paulo: Jornal VALOR ECONÔMICO, maio de 2015, ano 14, número 17.

VEIGA, José Eli. **Desenvolvimento Sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.