

CIÊNCIA

AMBIENTE

JULHO/DEZEMBRO DE 1998

17

DIREITO AMBIENTAL

Amoretti 99





DIREITO AMBIENTAL

3 **EDITORIAL**

5 **PRÓXIMA EDIÇÃO**

ARTIGOS

7 O SURGIMENTO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS
Jose Luis Bolzan de Moraes

25 DIREITO E MEIO AMBIENTE:
a regulação numa era de desregulação
Everton Vieira Vargas

43 LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES Y PROTECCIÓN
AMBIENTAL EN UN ESPACIO INTEGRADO:
aproximación preliminar del problema
Martha Lucía Olivar Jimenez

57 OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL
A SERVIÇO DA BIODIVERSIDADE:
uma questão conflituosa
*Catherine Aubertin
Valérie Boisvert*

75 DA POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS
NA LEI 9.605/98
Paulo Affonso Leme Machado

89 O ESPÍRITO DAS LEIS FLORESTAIS
*Delmar Bressan
José Newton Cardoso Marchiori
Miguel Durlo*

95 DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TAXAS PELOS
ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL
Luisa Falkenberg

PONTO DE VISTA

103 O GREENPEACE E A LEI
Roberto Kishinami

109 **INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO**

111 **INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN**

o
i
r
á
m
u
s



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

REITOR DA UFSM

Paulo Jorge Sarkis

EDITOR

Delmar Antonio Bressan

CONSELHO EDITORIAL

Delmar Antonio Bressan

Miguel Antônio Durló

Ronai Pires da Rocha

Ronaldo Mota

Severo Francisco Ilha Neto

PREPARAÇÃO DE TEXTOS

Zília Mara Pastorello Scarpari

EDITORAÇÃO DE TEXTO

Simone Portella Fernandes

ILUSTRAÇÃO DA CAPA

Juan Torres Amoretti

PROGRAMAÇÃO VISUAL

Valter Antonio Noal Filho

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Editora Pallotti/Santa Maria

Ciência & Ambiente/Universidade Federal de Santa Maria.

Editora da UFSM - Vol. 1, n. 1 (jul. 1990) - Santa Maria :

Semestral

CDD:605 CDU:6(05)

Ficha elaborada por Marlene M. Elbert, CRB 10/951

editoraufsm

Prédio da Biblioteca Central - Campus Universitário - Camobi - 97105-900 - Santa Maria - RS - Brasil

Fone: (055)220.8126 - Fax: (055)220.8610

editora@ctlab.ufsm.br - www.ufsm.br/editora



EDITORIAL

Conta-se uma história sobre um astrônomo japonês que considerava o sol, alternadamente, ora como um corpo natural inanimado, cujas propriedades podem ser investigadas pelas técnicas da física matemática, ora como uma divindade ancestral da dinastia imperial japonesa.

Quando questionado sobre o assunto por colegas europeus, costumava dizer: “Aqui no Ocidente eu sei que tudo isso não faz sentido, mas no Japão eu acredito nisso.”

Essa história diz respeito à consistência do que pensamos. As crenças acerca de como são as coisas e sobre como elas deveriam ser, sobre o que é bom e belo, não se arranjam em nós como se fossem objetos jogados de qualquer jeito em uma caixa. Nossas crenças pessoais formam sistemas. Há uma época da vida na qual a criança acredita que o coelho da páscoa traz ovinhos de chocolate. Quando essa crença se perde, é todo um mundo que se quebra. Uma crença perdida é como um copo de cristal que se parte, não tem conserto. Resta, nesse caso, a opção de fundir de novo o vidro, para se fazer um novo copo. Se isto é razoável para cada um de nós em particular, talvez seja razoável para a humanidade como um todo. Parece firmar-se, na tradição dos debates sobre as relações do homem com a natureza, a consciência de que há um limite para nossas inconsistências enquanto humanidade. É dessa busca sábia de consistência, que inclui a capacidade de interpretar nossas próprias contradições, que se alimenta a procura de novos mundos, nos quais haja melhor equilíbrio entre o que pensamos e o que fazemos, e aquilo que é razoável para a humanidade como um todo.



PRÓXIMA EDIÇÃO

*O Lixo Urbano é o tema selecionado para a próxima edição de **Ciência & Ambiente**. Ao dedicar o 18º número da revista à abordagem de uma questão típica do mundo contemporâneo, os editores esperam reunir conhecimentos e experiências sobre coleta, tratamento e disposição de resíduos em diferentes escalas, desde as pequenas aglomerações urbanas até as metrópoles. O tema suscita, ainda, o debate sobre estratégias de mobilização da sociedade para a superação de um problema ambiental que, mesmo longe de nossas vistas, atinge a todos.*

O SURGIMENTO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Jose Luis Bolzan de Moraes

A consolidação dos interesses ditos transindividuais – aqueles atinentes a toda a coletividade – é, por certo, uma das características marcantes do Direito Contemporâneo. Tais interesses, por seus vínculos com categorias inteiras de indivíduos, passam a exigir novos arranjos nas relações entre Estado e Sociedade, além de um reposicionamento teórico da ciência jurídica. A atenção volta-se agora para os direitos coletivos e difusos, que encontram nos problemas ambientais um exemplo particularmente ilustrativo e bem acabado, e não mais para as questões individuais que sempre caracterizaram a tradição do direito liberal.

Premissas introdutórias

Para que pensemos o tema proposto, em particular para aqueles que como nós se preocupam com a temática ambiental, cumpre que situemos historicamente o surgimento das demandas coletivas, relacionando-as, a todo o tempo, com as modificações que vão ocorrendo no interior do próprio capitalismo, como núcleo econômico do modelo liberal.¹

Com este objetivo, podemos dizer que os modernos interesses transindividuais – coletivos e difusos – encontram no Direito do Trabalho, em especial na história do sindicalismo, o seu fundamento primário, inclusive como pano de fundo da idéia de direito social proposta por Georges Gurvitch². E não por acaso...

A passagem da sociedade feudal para a sociedade burguesa, sobretudo em virtude da modificação dos métodos de produção e de um maior intercâmbio comercial, importou, dentre outras conseqüências, na supressão do regime das corporações de ofício, que vigorou durante todo o período medieval. Tais corporações tinham por função precípua controlar e dirigir a produção, contrapondo-se ao modelo anterior de trabalho eminentemente doméstico.³

Tal supressão, calcada no ideário liberal de incompatibilidade da existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado – o homem, para atingir a plena liberdade, não podia ser subordinado a grupos, pois estes tolheriam sua livre e plena manifestação, vinculado que ficava ao predomínio da vontade grupal –, implicou, de início, uma interrupção no processo associativo que vinha se desenvolvendo ao longo de alguns séculos. Neste contexto, o aparato legal-racional do Estado Liberal, que passa a centralizar toda a produção jurídica, avaliza o surgimento desta nova ordem, proibindo, primeiramente, que as corporações praticassem determinados atos (proibição de dispor livremente de seus bens) para, num segundo momento, determinar o seu fechamento por completo. O sistema capitalista finca suas bases e, para a obtenção de êxito na implantação do novo paradigma, exige que todas as pessoas sejam livres e iguais, com vistas a permitir a implementação de contratos entre capital e trabalho. Percebe-se, pois, que a dominação deixa de ocorrer pela existência de vínculos pessoais, como na sociedade medieval, para caracterizar-se como dominação legal, desconhecendo, desse modo, quaisquer tipos de desigualdades entre os pólos responsáveis pela produção. Entretanto, ao mesmo tempo em que procura editar as normas que regulamentam as relações capital/trabalho de um ponto de vista privatista – a idéia de contrato individual de trabalho calcada na liberdade contratual –, o Estado capitalista deixa uma lacuna no Ordenamento jurídico no que toca às formas de organização social e toda a sua ação coletiva. Esta foi, justa-

¹ Os outros dois núcleos – moral e político – servem em realidade como padrões de garantia para o próprio surgimento e desenvolvimento das demandas de feição coletiva, no interior da discussão acerca do modelo econômico liberal. Como salienta Claude Lefort, o asseguramento dos direitos básicos oportuniza a contestação, a partir da expansão das garantias a todos. *A democracia como garantia da transformação*. Ver, do mesmo autor, *Pensando o Político*; ver também, F. Weyffort, *Por Que Democracia*; e N. Bobbio, *O Futuro da Democracia*.

² Ver a respeito a obra de nossa autoria *A Idéia de Direito Social. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

³ Ver THOMPSON, E. P. *A História do Movimento Operário Inglês*. (3 volumes). Ver também: MORAIS, J. L. B. de. *A Subjetividade do Tempo*. Porto Alegre, Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado, EDUNISC, 1998.

mente, a intenção do paradigma liberal, que pretendia provocar uma dispersão com o intuito de evitar o associacionismo, atomizando os conflitos e seus agentes. Porém, o protótipo liberal não contava com as crises cíclicas constantes, especialmente no caso das relações entre trabalho e capital que, se permanecessem geridas sob esta mesma ótica, agravariam as já conflitantes situações ligadas ao labor, acabando por provocar a ruptura da ordem vigente. A formulação econômica liberal principiava, pois, a não ser mais um meio explicativo do funcionamento da vida sócio-econômica e cedia espaços a uma realidade que se impunha com enorme vigor.

É na passagem do século XVIII e início do XIX, no entanto, que a situação nas relações trabalhistas começa a se modificar, tendo em vista que o novo paradigma de produção exigia rápida união e organização dos trabalhadores para que fosse possível reivindicar, sobretudo, melhores condições de trabalho – redução na jornada, pagamento de salários compatíveis com a função desempenhada, regulação do trabalho da mulher e do menor, etc. – reivindicações estas que, se partissem do trabalhador individualmente considerado, certamente seriam denegadas e destinadas ao fracasso.

Num primeiro período, surgiram, nos grandes centros industriais, as uniões clandestinas de trabalhadores, notadamente nas cidades européias. Esse estágio foi caracterizado pela *proibição da associação* de trabalhadores (exemplo clássico é a Lei Le Chapelier francesa), que se inicia com a Revolução Francesa de 1789, indo até meados do século XIX. As formas tênues de sindicatos eram consideradas como contrárias ao “interesse público” e toda manifestação associacionista era tida como conspiração delitativa. Conforme a elaboração jurisprudencial da *Common Law* inglesa, considerava-se contrário ao interesse público todo pacto limitativo da liberdade de comércio individual, seguindo as teorias que exaltavam a livre iniciativa mas que vedavam as uniões. Assim, as leis sobre coalizões (1799 e 1800) proibiam as organizações ou reuniões de trabalhadores enquanto tivessem a finalidade de obter melhores salários ou influir sobre as condições de trabalho.

Entretanto, pouco ou nada adiantaram as medidas restritivas e repressivas contra o sindicalismo, a greve e as coalizões. O governo da Inglaterra, em 1824, foi o primeiro a reconhecer os sindicatos de obreiros como entidades legais, retirando o caráter delituoso dos mesmos, fruto não só da ação direta do operariado, como também por influência e pela notável expansão das idéias socialistas.

E é justamente nesta fase, conhecida como de *tolerância*, que surgem no direito positivo dos países europeus as primeiras leis reconhecedoras dos direitos dos trabalhadores, especialmente

leis protetivas aos acidentados em serviço, aos menores e às mulheres. Muito mais que reconhecimento dos direitos dos trabalhadores pelo Ordenamento jurídico de índole liberal, tais leis se constituíram em verdadeiras válvulas de escape arranjadas pelo sistema para permitir condições de reprodução da dominação vigente e como reação à expansão do socialismo – especialmente o estampado no Manifesto Comunista de 1848. Logicamente, não se pode ignorar que quase a totalidade da legislação voltada para regular as relações de trabalho foi conquistada a duras penas pelos trabalhadores, especialmente pela ação do operariado urbano. Ressalve-se, todavia, que a maioria destas leis foi revogada e/ou abolida posteriormente em virtude de pressões de setores conservadores da sociedade de então.

O aparato legal-racional incorpora, portanto, em seu interior, uma primeira espécie representativa do coletivo, procurando passar a noção de que a ordem jurídica evoluiu e adaptou-se, mais uma vez, aos novos tempos. O que se observa, contudo, é que também as relações coletivas de trabalho, agora incorporadas ao sistema legal, são tratadas sob a mesma ótica *privatista* anterior, talvez, é claro, num grau um pouco diferenciado – posto que a agilização destas demandas tende a ser conduzida por instrumentos jurídicos distintos – mas que não fogem ao viés metodológico de neutralização dos conflitos e tensões sociais.

Porém, o desenvolvimento do próprio modelo capitalista determinou o aparecimento de intrincados problemas não vinculados ao trabalho, problemas que se refletiram no seio da sociedade. A complexificação das relações econômicas pela implantação da produção em larga escala, o crescimento desordenado das cidades, o êxodo rural, a explosão demográfica, etc., foram fatores que não só incrementaram, mas foram diretamente responsáveis pela eclosão de litígios de toda ordem, envolvendo não mais o indivíduo isolado, como no esquema tradicional liberal-burguês, mas coletividades inteiras, grupos e classes. O surgimento da *sociedade de massa* determinou que questões como saúde, educação, consumo, transportes, alimentação, poluição, publicidade, e tantas outras, fizessem parte da pauta de reivindicações de amplos setores da coletividade, estabelecendo pontos de conflito que fugiam aos parâmetros das relações de trabalho e das condições para melhorá-lo, ao mesmo tempo em que, na órbita jurídico-judiciária, provocavam o surgimento de controvérsias que perpassavam os limites do indivíduo, questionando aspectos relativos à continuidade da própria sobrevivência da espécie.

O Estado, como já salientado, responde a esta onda de transformações, buscando na modificação de suas próprias funções e na reformulação de sua principiologia original um refúgio que evite o colapso, passando, mais em virtude de reclamos dos cidadãos do que por iniciativa própria, a garantir, então, níveis

mínimos de renda, de saúde, escolaridade e de benefícios, através de intervenções maciças na vida econômica e social dos indivíduos, por intermédio de programas de políticas públicas. Passa a ser um Estado de Bem-Estar Social – o *Sozialer Rechtsstaat* alemão. Essa tendência se verifica, principalmente, do início deste século em diante.

No campo jurídico, o *État Providence* incorpora novos direitos – “os direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc.”⁴.

Se, de um lado, a criação desses novos direitos se coloca como inevitável ao Estado capitalista, por outro provoca uma rachadura no grande edifício jurídico liberal:

*Atividades e relações se referem sempre mais frequentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos.*⁵

Emergem, pois, direitos que, além de escaparem à tradição individualista, revelam-se indispensáveis à vida civil. São interesses atinentes a toda coletividade, ditos metaindividuais (para nós, transindividuais).

J. Ribas Vieira refere que a “concepção de direitos coletivos é recente e data da presença de movimentos sociais ligados à questão da ecologia e da proteção ao consumidor nos anos 60”⁶.

Todavia, mesmo que aceitemos esta posição – no sentido de que são, efetivamente, tais movimentos os que melhor refletem a perspectiva transpessoal – não podemos esquecer que tal trajetória se inicia, isto sim, com o desenvolvimento da luta operária por melhores condições de trabalho e de vida, ainda que tenhamos presente que ocorre também uma contaminação dos ramos do direito público, em princípio mais aptos para refletirem esta transformação, pela teoria tradicional atrelada ao direito privado.⁷

A emergência dos direitos de índole coletiva é consequência da crise do Estado Providência, pela inviabilidade de manutenção de determinadas políticas públicas sociais, o que ocasiona uma natural diminuição da tutela do poder público na esfera social, permitindo maior descentralização e presença da sociedade nos processos decisórios:

*... não pode ser, tampouco, esquecido que não se trata somente de uma crise da dinâmica do Estado Providência, pois há, tanto nos Estados Unidos como na Europa Ocidental, o fortalecimento de determinados movimentos sociais que empurram para um novo arranjo na relação Estado-Sociedade.*⁸

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. *Revista do Ministério Público*, n. 18, 1985, p. 9.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo*, n. 5, 1977, p. 131.

⁶ VIEIRA, José Ribas. Os direitos individuais sociais e coletivos no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 104, 1989, p. 280.

⁷ O que se observa, com isso, é que coube ao processo civil um papel fundamental no debate e na inclusão de temas cruciais para os interesses transindividuais, embora esta discussão esteja limitada, em muitos momentos, às preocupações da técnica processual.

⁸ VIEIRA, José Ribas. Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 104, 1989, p. 281.

Em suma: o Direito chega até nossos dias inserido em uma sociedade de massas que busca resolver seus intrincados e sempre emergentes conflitos, sem que tenha sido construída uma teoria jurídica apta a fazer face aos mesmos, embora tenhamos um número crescente de dispositivos legais regulando matérias novas ligadas a pretensões de natureza transindividual. A temática ambiental reflete uma de suas prioridades, insere que está no interior dos chamados interesses transindividuais, como veremos a seguir.

Interesses transindividuais

Considerações gerais

Os interesses transindividuais pressupõem a idéia de direito social, que não significa a simples regulação dos interesses relacionados às questões de trabalho e de seguridade social. Para além do conteúdo que regula, ele representa um outro modelo de ordem normativa baseado no pressuposto de integração dos seus atores e não como uma ordem subordinativa e hierarquizada.

Em razão deste constante atrelamento do direito social à questão social, é que se mostra salutar, para não dizer indispensável, que prendamos nossa atenção na construção dos interesses transindividuais, em suas duas categorias principais: *coletivos* e *difusos*.

Esta categoria – interesses transindividuais – permite, com sua duplicidade interna, uma aproximação qualificada às questões transpessoais, na medida em que consegue desvincular o seu conceito da idéia restritiva dos conflitos do trabalho, em especial.

É bem verdade, importa que se reafirme, que foi justamente o desenvolvimento destes conflitos que impulsionaram sobremaneira a construção de uma teoria mais acabada acerca dos conflitos e interesses de natureza coletiva em sentido amplo, como buscamos espelhar nas páginas precedentes.

As transformações da sociedade contemporânea não produziram somente novos embates no campo das relações de produção e seus arredores. O aprofundamento do projeto desenvolvimentista significou, outrossim, uma transformação radical no modo de vida das pessoas, assim como importou numa interferência significativa no meio ambiente, não só no sentido ecológico *stricto sensu*, como também no social. As *deseconomias externas*, no sentido proposto por Fernando Scaff⁹, afetaram não só o mercado e a produção fabril, como também trouxeram reflexos no dia-a-dia das pessoas, na sua *qualidade de vida*.

Esta transformação radical no *modus vivendi* iniciada, de forma paradigmática, pela transformação das relações de produção e aprofundada pela alteração radical no equilíbrio ecológico do

⁹ SCAFF, Fernando. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Sarai-va, 1990.

planeta, significa, no campo da teoria jurídica, uma total inadaptação dos seus conceitos clássicos ligados, inevitavelmente, aos conflitos de natureza inter-individual e apropriados, como já dito anteriormente, a uma concepção de relações de exclusão.

Portanto, é mister que busquemos imediatamente a adaptação do Direito, como mecanismo de regulação do convívio social, a uma realidade que não se molda aos seus pressupostos tradicionais.

A retomada da idéia de direito social possibilita, através de uma revisão crítica, que nos precipitemos em direção a uma redefinição, ou melhor, a um rearranjo da teoria jurídica, levando-se em conta também a permanência do *Welfare State* que, apesar de suas crises recorrentes, parece-nos um instrumento inevitável para a compreensão de uma realidade que impõe, a cada dia mais fortemente, a necessidade da aceitação do *être ensemble*.

Da confluência de fatores próprios à sociedade contemporânea emergem interesses que atinam a toda a coletividade, ditos transindividuais, pois não estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente. São demandas que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Ao contrário do direito excludente negativo e repressivo de feição liberal, temos um direito comunitário, positivo, promocional. Chega a ser um *direito educativo*, no sentido que busca criar, antes que reprimir, uma consciência de compromisso com atos futuros. Castigar o passado, além de insuficiente, é ineficiente para seus objetivos.

O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso – onde a socialização e a coletivização têm papel fundamental. A transformação ocorrerá com o aspecto fundante do Direito do Trabalho e através das políticas públicas que são formuladas por intermédio de instrumentos legislativos de variados matizes.

Há, nesta passagem, em primeiro lugar, a interrogação de um primado básico da tradição individualista. O interesse individual – juridicizado como direito subjetivo – passa a concorrer com interesses que têm nos seus pólos ativo e/ou passivo não mais o homem como ser isolado, mas o grupo dos interessados que pode variar em número e em qualidade, mas que é plural.

Por outro lado, no intuito de melhor compreender o objeto designado pelo signo, gostaríamos de justificar a utilização do termo *transindividual* – nomenclatura adotada pelo Código do Consumidor – por nos parecer mais adequado para definir um “interesse” que, embora vá além do indivíduo, perpassa-o; o prefixo *meta*, também de uso corrente, deixa a perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de alguma forma. O prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender

a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns (comunitários), tocam imediata e individualmente cada componente da coletividade. Parece-nos que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo, mas inserindo-o numa dimensão comunitária. Neste caso, o termo *individual* não tem o mesmo conteúdo excludente quando empregado como direito individual.

Ao se transcender o caráter subjetivo *formal* da coletividade, pode-se consubstanciar a titularidade do interesse difuso, da mesma forma que este. Assim, a dificuldade em se identificar *um/lo* titular não justifica a impossibilidade de se falar de um direito subjetivo difuso, como é o caso do direito subjetivo ao meio ambiente.

Discute-se, ainda, acerca de ser *direito* ou *interesse* a melhor designação para a subespécie *difuso* dos interesses transindividuais, uma vez que neles é impossível a identificação precisa da titularidade, como, por exemplo, no caso de consumidores lesados em virtude do consumo de um produto industrial produzido fora de suas especificações, onde não seria factível a identificação das pessoas atingidas. Também não é ponto pacífico a forma de classificação para albergar as distintas formas dos interesses em questão. Há autores que entendem que tanto os interesses coletivos como os difusos se acham alojados na rubrica dos interesses (direitos) trans(meta) individuais, uma vez que ultrapassam o indivíduo isoladamente considerado. Estes constituiriam o gênero e aqueles as espécies. Outros autores sustentam que o gênero são os interesses (direitos) coletivos, que se subdividiriam em interesses (direitos) coletivos *stricto sensu* e em interesses (direitos) difusos propriamente ditos.

Preferimos a primeira classificação, em razão de sua maior clareza didática, utilizando nomenclatura distinta para cada um de seus elementos, o que, instrumentalmente, a torna mais precisa.

Interesses coletivos

Dentro do gênero dos interesses transindividuais aparecem, em primeiro lugar, os chamados interesses coletivos que, estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria, ou seja, são os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente. Logo, para a sua caracterização, pressupõe-se a existência de um *vínculo jurídico* que una os membros da comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.

O que se percebe desde logo é que, embora coletivos, tais interesses possuem uma titularidade perfeitamente visível, pois identificada com os membros de um determinado grupo, unidos por um laço jurídico. Neste espectro podemos, então, situar, exemplificadamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais.

Como visto, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeitamente delimitado subjetivamente, pois juridicamente unidos. Assim, o interesse coletivo tem como titulares, apesar de sua extensão numérica, um conjunto delimitável e perceptível de pessoas.

A *afectio societatis* que liga os membros do grupo dá margem ao nascimento de interesses comuns, surgidos em função de uma relação de base que une os membros de uma referida comunidade e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito do grupo, permite sua identificação.

O campo do Direito do Trabalho expressa de forma muito clara esta concepção quando das questões de natureza coletiva, que envolvem, por exemplo, os funcionários de uma determinada categoria profissional agrupados em torno do seu sindicato, ou os funcionários de uma empresa quando a realidade sindical tem por base a empresa e não a categoria profissional. Em ambas as situações, todavia, os interesses relativos à coletividade terão por limite a categoria profissional ou a situação funcional das pessoas. Sendo assim, a coletividade de interessados estaria perfeitamente delimitada em ambos os casos pela ligação jurídica de base que une os indivíduos do grupo. Da mesma forma, temos interesses coletivos quando estivermos perante um grupo de consorciados, uma coletividade reunida em um condomínio. Ficam, então, configurados interesses coletivos quando um interesse comum afetar uma coletividade inteira.

Precisamos aprofundar a compreensão da idéia de interesse coletivo para que possamos afastá-la limpidamente de outras que, apesar de sua feição múltipla, permanecem adstritas ao âmbito dos interesses individuais.

Para tanto, podemos nos acercar desta *pureza* distinguindo três conotações diversas que podem assumir a idéia de interesse coletivo. Destas, somente a última será útil para nos apercebermos da presença de um interesse transindividual, senão vejamos:

1. A primeira acepção corresponde ao *interesse pessoal* do grupo que é diverso dos interesses pessoais de seus componentes. Estes dizem respeito aos interesses da pessoa jurídica ou moral.

2. A segunda identifica o interesse coletivo à *soma dos interesses pessoais* dos membros do grupo, sendo, portanto, coletivo só na forma de exercício dos diversos interesses individuais.

3. A última apresenta o interesse coletivo como a *síntese* dos diversos interesses individuais em jogo no interior do grupo, materializando um todo – novo interesse identificado com o grupo diretamente e, mediadamente com os seus membros, despersonalizando os diversos interesses individuais dispersos em seu interior.

É somente neste terceiro momento que estará presente o interesse coletivo adaptado à idéia aqui exposta. Nos dois conteúdos anteriores estaremos ainda diante de interesses individuais que podem ser os do próprio grupo ou de seus componentes, exercidos de forma coletiva.

Neste sentido, o interesse será coletivo quando, “além de ultrapassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social”¹⁰, sendo esta uma situação que se apresenta também com relação aos interesses difusos.

Logo, para definirmos o que sejam interesses coletivos, devemos lançar mão de seu elemento caracterizador para dizer que um interesse será coletivo quando o mesmo representar a síntese das pretensões de um grupo determinado ou determinável de indivíduos, unidos entre si por um liame jurídico comum.

É, efetivamente, o substrato jurídico de união dos membros do grupo que será a todo instante referenciado pela doutrina como definidora do interesse coletivo. Tal se justifica, também, porque o outro traço próprio dos interesses coletivos, qual seja, a determinação dos elementos componentes do grupo, reflete-se da própria existência desta amarra jurídica, a qual, por si mesma, limita a participação na comunidade dos elementos identificados com aquele laço de união.

Na doutrina brasileira, ligada à questão dos interesses coletivos, é repetidas vezes referendada esta posição. Tanto Hugo Nigro Mazzilli, quanto Lucia Valle Figueiredo, bem como Ada Pelegrini Grinover¹¹, propõem uma definição destes, partindo da existência de um vínculo jurídico de união e significando, dessa forma, dizer respeito ao homem socialmente vinculado, o que implica privilegiamento da sociedade civil organizada.

Partindo dessas assertivas, podemos dizer que os interesses coletivos caracterizam-se primordialmente por:

1. apresentar-se como síntese dos interesses individuais, configurando o fenômeno da *despersonalização dos interesses individuais*, no dizer de Lucia Valle Figueiredo, característica, todavia, partilhada com os interesses difusos;

2. serem interesses que pressupõem a existência de um vínculo jurídico de união dos elementos componentes do grupo, o que, de certa forma, assegura a homogeneidade do mesmo, embora, por outro lado, possa engendrar um processo de corporativização; isto pode significar a desnaturação do interesse coletivo como fenômeno superior de socialização do Direito, reconduzindo-o à identidade de interesse individual egoístico;

3. permitir, como consequência do laço jurídico que os une, a determinação/identificação dos elementos componentes da coletividade: a titularidade destes interesses pode ser a todo instante reconhecida;

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de C. *Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

¹¹ A posição destes autores pode ser conferida, entre outras, na *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, 1991, p. 289, e na *Revista de Direito Público*, ns. 82, 1987, p. 111 e 93, 1990, p. 20.

4. impedir a fruição individual excludente por parte de qualquer componente da coletividade. Assim, os integrantes da categoria ou classe não podem fruir individualmente do interesse sintetizado no grupo, muito embora possam, a título particular, utilizar-se de tal interesse sem, no entanto, com isso afastar a possibilidade de fruição dos demais co-titulares, que dele poderão beneficiar-se em momento diverso ou simultâneo;

5. ter como característica, sendo a síntese de determinados valores do grupo – o que não significa a unificação dos diversos interesses num único interesse coletivo – a *indisponibilidade*. Assim, nem a coletividade, como organização superposta aos indivíduos isolados, nem os membros simples, poderão, como ocorre com os interesses individuais, dispor de tais interesses que, uma vez estabelecidos, representam um valor disponível da coletividade como entidade diversa, tanto de sua síntese estrutural como figura jurídica, quanto de seus membros vistos separadamente;

6. sua tutela estar intimamente ligada ao grupo que dá substrato jurídico para a formação da coletividade. Como consequência desta tomada de importância de um tal tipo de interesse jurídico, espalha-se a idéia de controle público, perdendo força a dualidade estatização-privatização.

Há quem, como Rodolfo C. Mancuso, limite a três as notas fundamentais caracterizadoras dos interesses coletivos: a) um mínimo de organização; b) afetação a grupos determinados ou determináveis de pessoas – entidades próprias da sociedade civil; c) um vínculo jurídico básico.

Tal assertiva, em todo válida, deixa todavia de lado alguns aspectos que, longe de ser secundários, significam uma tomada de posição distinta daquela assumida tradicionalmente pelos interesses individuais, e permite a falsa idéia de serem os interesses coletivos, em realidade, interesses individuais assumidos coletivamente, na medida em que não expulsa de seus limites aspectos ligados à tradição individualista, tais como a despersonalização e a fruição não-excludente.

Contudo, a teoria dos interesses coletivos está longe de esgotar as possibilidades desse processo de despersonalização dos interesses. Se, do início aos meados do século XX, a resposta jurídica à questão social e aos demais aspectos ligados ao Estado do Bem-Estar Social significaram a crise profunda da idéia de direito individual, a segunda metade deste mesmo período histórico impõe, diante do próprio esgotamento das condições vitais do planeta, ao lado de outros problemas ligados à sociedade industrial, novas questões que, para serem apreendidas pelo universo jurídico, significam o aprofundamento da crise da racionalidade jurídica individualista.

São os novos impasses relacionados genericamente à *qualidade de vida* das pessoas que põem na ordem do dia novos tipos de interesses que, longe de serem individuais, diferenciam-se profundamente daqueles transindividuais de que até aqui vimos falando, os coletivos.

Interesses difusos

Os novos interesses, apesar de relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se sobremaneira dos anteriormente referidos por *não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico de base*.

A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em *atos genéricos, acidentais e mutáveis*, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, como refere o jurista italiano Mauro Cappelletti. Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluido, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidades e interesses de amplos setores da sociedade de massa característica dos tempos atuais.

Com o crescimento de importância das questões envolvendo interesses difusos, aprofunda-se, ainda mais, a incompatibilidade destes com uma teoria jurídica tradicional acostumada a reconhecer e atrelar a todo o direito um titular visível e palpável. Os interesses difusos significam uma *indeterminação subjetiva* de sua titularidade, embora pressuponham, da mesma forma que os interesses coletivos, um reforço da sociedade civil organizada, como único instrumento capaz de colocá-los em prática.

Todavia, este vínculo com a sociedade civil não se dá da mesma forma que quando tratamos dos interesses coletivos. Neste caso, os agrupamentos organizados têm um papel fundante, pois é a partir de sua organização interna que se estabelecerá o liame jurídico necessário à concretização dessa síntese própria ao interesse de grupo. No que diz respeito aos interesses difusos, os mesmos organismos da sociedade civil, embora participem ativamente como instrumentos de viabilização dos interesses, não têm papel jurídico fundamental como ordem integradora da coletividade para justificar a emergência desses interesses, muito embora apareçam como essenciais para a sua projeção tanto política quanto jurídica.

A síntese ordenadora do próprio interesse se fará não no interior de um grupo determinado, mas como fruto do debate democrático no interior diluído da sociedade civil como um todo. Dessa forma, é o indivíduo, enquanto cidadão, que atuará para dar conteúdo a esta forma fluida. É evidente que esse indivíduo presente na definição dos interesses difusos não pode ser o mesmo que titulariza os interesses individuais egoísticos, uma vez que o objeto destes novos interesses representa questões que afetam

problemas cruciais da comunidade, referendando, em verdade, opções prático-políticas cuja satisfação ou lesão implicam a coletividade como um todo. Isto não significa a destituição do papel dos grupos. Pelo contrário, há um fortalecimento dos mesmos na medida em que servem como mecanismos fundamentais para a praticabilidade, a implementação, a busca de efetivação de tais interesses. Há, aqui, a possibilidade de conjugação de forças entre a ação individual e a ação coletiva.

Trata-se, pois, de condição, eminentemente política, que impõe aos operadores jurídicos uma nova postura frente ao Direito, reincorporando o seu conteúdo ético.

A marca tradicional de distinção interna aos interesses transindividuais pressupõe a existência (interesses coletivos) ou não (interesses difusos) de vínculo jurídico entre os membros do grupo. No caso destes últimos, a unidade se formará a partir de situações contingenciais de fato e, sobretudo, calcada em pretensões de natureza positiva e não em reparações a prejuízos já sofridos.¹²

Na linha conceitual, Péricles Prade diz serem difusos os interesses “titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”.¹³

Nesta definição o autor procura agrupar o conjunto de características próprias aos interesses difusos. Todavia, às mesmas devem ser agregadas outras, além de serem melhor explicitadas aquelas referidas.

Podemos, então, arrolar as principais características destes interesses:

1. Os interesses difusos designam interesses que não pertencem a pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo, mesmo que delimitável de pessoas, mas a uma série indeterminada ou de difícil determinação de sujeitos. Neste sentido é já tradicional a questão posta por M. Cappelletti inquirindo *a quem pertence o ar que respiramos (?)* e respondendo: *a cada um e a todos, a todos e a cada um*. O mesmo vale para outros interesses igualmente difusos: valores culturais, espirituais, consumidores, meio ambiente. Nos interesses difusos, a titularidade resta tão fluida, dispersa, quanto aos mesmos, em razão da não ocorrência de um laço de união entre os possíveis/potenciais titulares. A titularidade é de todos e de ninguém – é de qualquer um, a qualquer momento.

2. Como conseqüência da indeterminação subjetiva, sequer se poderia falar em titularidade para definir a quem caberia a tutela dos interesses difusos. Eventualmente, podemos defini-la como uma *titularidade aberta*, podendo ser conferida a um *ente esponenziale* que refletiria de maneira maximizada o interesse pre-

¹²Ver, por exemplo, as definições aportadas por Hugo Nigro Mazzilli (*Revista de Informação Legislativa*, n. 109, 1991, p. 289). Ada Pellegrini Grinover (*Revista de Direito Público*, n. 93, 1987, p. 20) e pela Lei 8079/90, onde se dizem difusos os interesses transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I).

¹³Ver PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. São Paulo: RT, 1987. p. 57-58.

tendido: organismos intermediários da sociedade civil que encarnam a defesa de tais interesses de forma não burocrática (associações de moradores ou de consumidores, grupos ecológicos, partidos políticos); indivíduos isolados que assumam o ônus de tal *démarche*; ou, ainda, órgãos tradicionais, como é o caso do Ministério Público no Brasil, não sem os riscos próprios a todos os organismos burocratizados ligados ao Estado.

3. À diferença dos interesses coletivos, *inexiste vínculo jurídico* que reúna os *sujeitos eventuais* ligados aos interesses difusos. Com isso, a categoria jurídica fundamental do *direito subjetivo* resta, para muitos juristas, desconectada desta nova realidade, pois este só subsistiria enquanto relacionado a alguém que o titularizasse diretamente, ou seja, haveria a necessidade de uma conexão perfeita entre o objeto do direito e seu detentor. Aqui, contudo, o debate não é findo. Há posições divergentes, considerando a possibilidade de falar-se em um direito subjetivo difuso, por exemplo, um direito subjetivo do meio ambiente.¹⁴

4. Os interesses difusos referem-se a bens *indivisíveis*, significando que a satisfação do interesse implica sempre satisfação de toda a coletividade, da mesma forma que sua lesão se concretiza para todos.

5. Nelas não há hipótese em pensar-se em fruição exclusiva por algum titular, posto que sua satisfação ou lesão são inapreensíveis, pois disseminadas indistintamente entre os sujeitos todos e ao mesmo tempo. Há, pelo contrário, uma *inapropriabilidade individual exclusiva*, mais até do que uma eventual *apropriabilidade inclusiva*. A fruição é comum, de todos e de ninguém indistintamente.

6. A *indisponibilidade* é uma consequência de sua afetação indeterminada positiva ou negativamente.

7. Há uma conflituosidade intensa – *conflitualité massima* – que se expressa em razão da indeterminação dos sujeitos e da efemeridade e contingência dos próprios interesses, o que não permite limitar sua abrangência, favorecendo seu alargamento *ad infinitum*, seja no tocante aos sujeitos envolvidos, seja quanto aos objetos atingidos.

8. Por seu próprio conteúdo diluído no campo do combate político da sociedade civil, os interesses difusos têm uma tendência à transição e mutação no tempo e no espaço. Têm um caráter de *efemeridade*, o que exige uma prestação jurisdicional imediata e eficaz sob pena de irreparabilidade da lesão.¹⁵

A questão referente à reparação do dano causado a um interesse difuso pode ser estudada como um elemento diferenciador deste em relação aos precedentemente referidos. Entretanto, neste ponto colocam-se problemas significativos que merecem alguma detenção.

¹⁴Ver, neste sentido, a obra de Rosalina Correa de Araujo. *Direitos da Natureza no Brasil* (Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992), bem como texto inédito de Jose Luis Serrano Moreno. *El Derecho Subjetivo al Ambiente*.

¹⁵Embora importantes, os aspectos relativos aos mecanismos de acesso à justiça e/ou solução dos conflitos envolvendo interesses difusos não serão aqui abordados. Entretanto, remetemos o leitor a: BONAFE-SCHMIT, Jean-Pierre. *La Médiation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. 279 p.; CAPPELLETTI, Mauro (dir.) *Accès à la Justice et État Providence*. Paris: Economica, 1987. 361 p.; LASCOUMES, Pierre *et al.* *Transactions et Pratiques Transactionnelles*. Paris: Economica, 1987. 256 p.

Quando nos situamos no interior dos interesses individuais, temos sempre presente a conversibilidade em dinheiro do direito protegido e lesado. Assim, como regra geral, a lesão do direito individual poderá ser reparada por um correspondente financeiro – em razão da própria patrimonialização destes interesses (aspecto fulcral para a juridicidade liberal), o que possibilita a sua calculabilidade e *adequação* ao padrão monetário –, bem como pela identificação precisa de sua titularidade e, conseqüentemente, do credor da indenização.

À medida que passamos à transindividualização dos interesses, além do espraiamento subjetivo de sua titularidade, eles assumem um outro conteúdo, onde a questão da patrimonialidade de seu objeto vai enfraquecendo.¹⁶ Se pensarmos um pouco além das questões financeiras ligadas ao direito trabalhista – por exemplo, questões relativas às condições de exercício do trabalho – podemos já visualizar, em caso de lesão a tais interesses que afetam uma categoria completa de pessoas, a ineficácia da reparação econômica da lesão cometida, embora, muitas vezes, ela ainda seja o mecanismo utilizado como modelo reparatório.¹⁷

Se, quando pensamos os ramos clássicos dos interesses transindividuais, já temos visível o choque entre a lesão cometida e a tradicional patrimonialidade da reparação, quando nos encontramos frente a questões de natureza essencialmente difusa, percebemos a total inadequação de tal solução. Esta inadaptação se produz não só, como pareceria à primeira vista, pela impossível definição dos eventuais beneficiados da reparação, em razão da indeterminação subjetiva do interesse lesado, mas, também, e principalmente, pelo conteúdo do próprio objeto desse interesse, que se mostra inadaptado à sua versão em moeda. Mesmo se pensarmos na possibilidade de pagamento dos prejuízos acarretados, será muito difícil, se não impossível, encontrarmos um equivalente financeiro para a *qualidade de vida* de uma coletividade inteira, mesmo porque não se pode pensar em reparações parciais para cada indivíduo pretensamente atingido, uma vez que não há uma titularidade individualizada. É o conteúdo do próprio interesse que se mostra inapto à conversibilidade em dinheiro. Pela perspectiva inversa – eficácia do interesses difusos – a possibilidade de *compra* dos prejuízos causados significaria a derrocada da própria idéia dos novos interesses, pois que colocada na vala comum dos interesses patrimoniais.

Para ilustrar tais assertivas, podemos buscar alguns exemplos práticos e nada fictícios. Basta que lembremos e levemos em consideração, por exemplo, o acidente de Tchernobyl – caso de uma usina atômica de produção de energia que teve um de seus reatores incendiado, lançando na atmosfera uma descarga radioativa que atingiu quase que a totalidade do continente europeu com a chamada nuvem radioativa e cujos prejuízos mediatos

¹⁶ Talvez fosse melhor utilizarmos o termo contrário para significar que, com os interesses difusos, chegamos à regulação de bens de valor inestimável.

¹⁷ O que se percebe na prática judiciária, muitas vezes, é que esta patrimonialização dos interesses está de tal forma incorporada pelos operadores jurídicos que nenhum outro mecanismo é imaginado. Além disto, a realidade de pauperização das classes operárias e de grandes parcelas da população, em um sentido mais amplo, em especial nos países externos ao nominado Primeiro Mundo, implica a *venda* (comercialização) das condições de trabalho, especificamente, ou de qualquer outro interesse porventura atingido.

sequer são imagináveis. Outro caso típico, de proporções também gigantescas, aconteceu no Alasca, quando um grande petroleiro (Exxon Valdez) chocou-se com o gelo, derramando sua carga no mar¹⁸, apenas para mencionarmos os que tiveram maior repercussão nos meios de comunicação.

Tais situações paradigmáticas demonstram claramente, por um lado, a extensão subjetiva e objetiva que pode atingir tal tipo de catástrofe: se tomarmos, por exemplo, o caso Tchernobyl, veremos que há um contingente razoavelmente mensurável de pessoas que foram atingidas, tomando-se por medida a exposição direta e imediata aos efeitos da radiação. Todavia, este número se dirige ao infinito não identificável se aceitarmos como padrão os prejuízos imediatos e mediatos sofridos pela população européia e por todos aqueles direta ou indiretamente atingidos – por exemplo, os consumidores de produtos contaminados. Mas, não se limitam a estes os prejuízos causados, devendo-se incorporar aos mesmos os custos ecológicos, culturais, étnicos, que escapam totalmente a qualquer cálculo, mesmo probabilístico.

O caso das relações de consumo explicita limpidamente a questão. Como diz Hugo N. Mazzilli:

*Se, dentre uma série de bens de consumo vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual na indenização cabível. Já seu interesse pode ser individual homogêneo quando uma série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito, ou pode ser coletivo (em sentido estrito) quando de um aumento indevido das prestações do mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão).*¹⁹

Assim, colocam-se em xeque todos os mecanismos próprios ao direito tradicional, incapazes de fazer face aos prejuízos ocorridos. Se a estimativa quantitativa apresenta, desde logo, problemas de mensurabilidade, a interrogação sobre a qualidade desta reparação apresenta outra série de dúvidas, a mais aguda referindo-se à sua adequação. Se pensarmos em abalos a, por exemplo, sítios culturais, poderemos perceber com maior facilidade a impossibilidade de trabalharmos neste campo com os mesmos mecanismos tradicionalmente ligados aos interesses individuais.

Percebe-se que a tradicional relação custo-benefício que se estabelece entre o interesse e a indenização que sua lesão acarreta,

¹⁸Dados rápidos acerca destes acidentes podem ser obtidos em: RÉMONDO-GOUILLOUD, Martine. *Du Droit de Détruire*. Paris: PUF, 1989. pp. 79-81.

¹⁹MAZZILLI, Hugo N. Interesses coletivos no Código do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, 1991, p. 313.

não pode prosperar quando se trata de questões referentes à *qualidade de vida* das pessoas. O conteúdo indeterminado dos interesses difusos não pode assumir a mesma relação mercadológica que se estabelece para os interesses individuais. Mesmo que discutível no âmbito individual²⁰ o prejuízo é limitado no aspecto subjetivo e determinável – mesmo que em muitas situações aleatoriamente, por estipulação legal, judicial ou contratual – no aspecto patrimonial. Quando entramos no campo dos interesses transindividuais, a natureza dos mesmos impede que o prejuízo causado seja *adquirido e recomposto* através do pagamento de uma quantia em dinheiro.

A necessidade de se repensar as formas de solução dos conflitos de natureza difusa acarreta, no campo da reparação dos prejuízos, a formulação de novos mecanismos. Neste caminho é que se pensa, então, em estabelecer, por exemplo, a obrigação de recomposição do meio ambiente degradado – vide art. 225, § 2º da Constituição brasileira de 1988 – pela atividade econômica exploratória ou mesmo pelo responsável pelo ato causador do dano.

Contudo, esta nova hipótese jurídica não atinge definitivamente o fim visado²¹. Mesmo que com a recomposição do patrimônio prejudicado²² obtenhamos ganhos significativos, se comparada com a indenização financeira do dano, não chegamos, ainda, ao momento de invertermos o sentido do próprio Direito como mecanismo, ou seja, de transformarmos sua regulação negativa em *integração conjuntiva*, tendo como base a formulação de uma ordem promocional. Neste sentido, mais importa aos interesses a cumplicidade de todos com o conteúdo dos mesmos, do que uma possível repressão dos atos cometidos. Trata-se mais da preocupação com o aspecto educativo-promocional e menos do aspecto repressivo.

Considerações... não finais

Conteúdos expressos pelo sistema normativo (Direito Positivo) e sobretudo o novo contexto da transfonteirização dos fatos a serem regulados e previstos, conduziram os operadores jurídicos a repensar as estruturas do próprio Direito. Ou seja, as questões que referem os interesses difusos, em particular a questão ambiental (talvez a mais paroxística), que compõem o elenco dos direitos humanos, já de terceira geração, transformados em direitos fundamentais dos cidadãos incorporados à ordem constitucional dos países, apontam para a desformalização do modelo de Direito até agora sustentado.

Os problemas já não afetam uma, duas, ou algumas pessoas, mas multidões inteiras e os riscos produzidos já não se circunscrevem a limites geográficos previamente definidos.

²⁰Embora a questão da patrimonialização do direito seja crucial, no âmbito deste artigo não importa problematizar tal aspecto. Cabe, todavia, a ressalva da interrogação acerca da eficácia e da aptidão satisfativa do pagamento do prejuízo como forma de resposta jurídica à lesão do interesse juridicamente protegido.

²¹Uma árvore de 500 anos derrubada, mesmo que replantada, só terá esta idade depois de novos 500 anos passados. Logo, o restabelecimento do local no estado anterior é, em muitos casos, uma falsa solução.

²²No caso específico do petroleiro Exxon-Valdez, utilizouse tal mecanismo, tendo a companhia proprietária sido encarregada de efetuar a limpeza e despoluição das áreas atingidas.

Talvez aqui esteja um importante papel a ser desempenhado por uma nova ordem jurídica, que reflita os reais problemas-limites das sociedades contemporâneas, desprocurando-se com os prejuízos emergentes e circunstanciais, mas tentando assegurar aquilo que já vem expresso na Constituição Brasileira de 1988, em seu 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.

²³ Preferimos, tal qual ampla literatura francesa, o termo *mundialização* ao invés de *globalização* de tão má fama.

Jose Luis Bolzan de Moraes é Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, e Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Tal se aplica, inclusive, como estratégia para assegurar o mais básico dos interesses presentes em todas as Declarações de Direitos Humanos e no elenco dos direitos fundamentais das cartas constitucionais modernas: *a vida*, entendida em sua plenitude.

Talvez aqui esteja presente o mais significativo aspecto da *mundialização*²³ de nossa era: a mundialização dos direitos humanos. Mas isto é tema para uma outra oportunidade.

DIREITO E MEIO AMBIENTE: a regulação numa era de desregulação

Everton Vieira Vargas

A questão ambiental ganha repercussão no terreno jurídico ao colocar em debate conceitos fundamentais, como o de soberania dos Estados, e ao buscar estabelecer princípios e regras capazes de prevenir, mitigar ou reverter impactos causados no meio ambiente, tanto por políticas públicas quanto por ações privadas. O avanço da legislação nesta matéria apoiou-se em princípios gerais que, a partir da Conferência de Estocolmo (1972) e em especial durante o processo preparatório da Conferência do Rio, em 1992, serviram como andaime para a formulação de regras obrigatórias e não obrigatórias orientadas à promoção do desenvolvimento sustentável. Na sua implementação, instituições internas e internacionais passaram a ter papel central indicando a natureza global das questões relativas ao meio ambiente. Há, por outro lado, que se atentar para o fato de que a legislação sobre o tema não se configure em nova barreira comercial, nem seja uma desvantagem na competição entre empresas.

Os dramáticos acontecimentos sociais, econômicos e políticos verificados no final da década de 80 – em particular, o final da Guerra Fria, a difusão do fundamentalismo religioso, os esforços no campo do desarmamento e para a proteção dos direitos humanos, a afirmação da iniciativa privada, a intensificação dos fluxos de capital, os esforços para a liberalização das trocas internacionais e a importância adquirida pelas economias de escala, a aceleração do processo de integração da Comunidade Econômica Européia, a democratização na América Latina e o contínuo aumento do diferencial econômico entre os países industrializados e as nações em desenvolvimento – colocaram em questão todo um conjunto de conceitos, valores, percepções e práticas que justificavam e legitimavam o comportamento internacional dos Estados.

Os episódios ocorridos naquele momento histórico eram indicativos de que, uma vez mais, as sociedades se encontravam frente a escolhas que teriam profundas repercussões. Não só as relações dentro de uma dada sociedade seriam afetadas, mas também as relações entre as diferentes sociedades, consubstanciadas precipuamente nos contatos interestatais, entrariam em uma nova fase. O aumento da pobreza no Terceiro Mundo deixou de ser questão restrita à esfera das preocupações econômicas para converter-se numa questão de segurança internacional.

A instantaneidade da comunicação criou novas expectativas, universalizou preocupações, influenciou os padrões de consumo com evidente reflexo sobre a capacidade política e a disponibilidade de meios para administrar as demandas sociais emergentes por parte dos Governos, em particular no mundo em desenvolvimento. Por outro lado, a tecnologia avançada alterou os métodos de produção, introduzindo-se com um novo e decisivo elemento na competitividade das empresas e das nações. Esses fatores estão na base de um novo enfoque da divisão internacional do trabalho, com repercussões relevantes no campo ambiental.

As tendências demográficas, não apenas em termos de crescimento da população, mas sobretudo do ponto de vista de sua concentração, de seus hábitos de consumo e das técnicas de produção utilizadas para satisfazer suas necessidades, concorreram para tornar mais sérias as alterações no meio ambiente induzidas pela ação humana. O consumo ou a degradação de recursos naturais, acelerados pela afluência econômica e pelo emprego intensivo da tecnologia, propiciou o surgimento de “problemas de alcance global e globalizou problemas que antes tinham dimensões locais ou regionais”¹, os quais ultrapassam os limites da jurisdição nacional e se constituem num fator novo nas relações entre os Estados.

Robustecida politicamente com o fim da economia centralmente planejada e com a liquidação da União Soviética e de seu império, a economia capitalista aprofundou a utilização de proces-

¹ CHOUCRI, Nazli. *Politics of global environmental change: a conceptual framework*. p. 1.

produtivos baseados na aplicação intensiva de capital e de tecnologia e passou a requerer mercados ampliados, tornando insustentáveis modelos autárquicos ou protecionistas de desenvolvimento econômico. O processo de mudanças políticas e a globalização da economia internacional refletiram-se no discurso dos países industrializados e das agências internacionais, especialmente as de vocação econômica, sobre (i) a necessidade de reformas políticas e econômicas internas nos países, com ênfase na redução do papel do Estado na formulação e na gerência das soluções para os problemas emergentes; (ii) o imperativo de uma nova distribuição dos benefícios do desenvolvimento; e (iii) a necessidade de ações coletivas globais para a resolução de problemas que extrapolam as fronteiras nacionais.

Nesse contexto, assistiu-se a um recrudescimento do debate sobre a proteção do meio ambiente, que já se verificara no final dos anos 60 e início dos 70 e que vinte anos mais tarde coincidiria com o esgotamento dos paradigmas políticos, econômicos e sociais vigentes desde o início do segundo pós-guerra. A natureza multifacetada e o alcance global são aspectos definidores da morfologia das questões ambientais enquanto fenômeno político e econômico. O discurso baseado no argumento da globalidade da questão e das respostas por ela reclamadas prega a alteração da lógica e dos modelos que servem de parâmetro à organização da produção (em particular a consideração do meio ambiente como externalidade nos cálculos econômicos). Trata-se, em suma, de criar um novo paradigma que legitime e justifique ações alternativas às implementadas até o presente.

O quadro delineado – genérico e sem a intenção de esgotar as dimensões das transformações recentes – mostra que a questão ambiental tem importantíssimas repercussões no terreno jurídico, seja no sentido de colocar em debate conceitos fundamentais como o da soberania dos Estados, seja no sentido de estabelecer princípios e regras capazes de prevenir, mitigar ou reverter impactos causados no meio ambiente tanto por políticas públicas quanto por ações privadas. Os fenômenos conexos com a emergência das questões ambientais ao primeiro plano das preocupações dos cidadãos e da política corroboram a opinião de Wolfgang Friedmann, para quem “assim como as relações internacionais modernas não são mais essencialmente matéria de relações diplomáticas interestatais, mas afetam grupos e indivíduos e alcançam muitos domínios da vida econômica e social, assim também o direito internacional moderno move-se em diferentes níveis”.²

O cruzamento das dimensões local e global da questão ambiental faz com que sua regulação jurídica tenha como pressuposto as repercussões daquelas dimensões para a ordem internacional. Por outro lado, se no plano interno a participação da sociedade civil é estratégica para qualquer empreendimento de

² FRIEDMANN, Wolfgang. The Changing Structure of International Law. In: FALK, Richard; KRATOCHWIL, Friedrich; MENDLOVITZ, Saul H. (ed.) *International Law: a contemporary perspective*. Boulder, Co.: Westview Press, 1985. p. 142.

proteção do meio ambiente, em nível internacional não há como deixar de reconhecer o papel preponderante que cabe aos Estados. Acrescente-se que, na estruturação de um regime jurídico interno ou internacional, apenas o Estado, única instituição legitimamente apta a obrigar o cumprimento das determinações legais, tem possibilidade de estabelecer padrões de proteção ambiental juridicamente exigíveis. O irônico dessa circunstância é que a intensificação do esforço para proteção do meio ambiente tem lugar ao mesmo tempo em que ganha curso a idéia da necessidade de reduzir a envergadura da ação do Estado em benefício da maior eficiência do setor privado.

O fato ambiental como pressuposto do direito ambiental

A relação entre direito e meio ambiente pode ser associada ao despertar da sociedade para as conseqüências da Revolução Industrial, no final do século passado e no início do presente século, bem como para o uso intensivo dos recursos naturais, em particular das águas e dos recursos vivos. Exemplos disso são os acordos sobre rios fronteiros e navegação, valendo citar a propósito o acordo sobre a navegação no Rio Reno e o Tratado de 1909 entre os Estados Unidos e o Reino Unido sobre Águas Fronteiriças entre os Estados Unidos e o Canadá. Por este último ajuste, ambos se comprometiam a não poluir cada lado da fronteira de modo que pudesse resultar em prejuízo à saúde ou à propriedade do outro. Todavia, o marco mais relevante do que se poderia chamar de primeira fase do direito ambiental foi o laudo arbitral sobre o caso Trail Smelter, igualmente entre Estados Unidos e Canadá. Esse caso teve por base uma reclamação dos Estados Unidos a propósito de danos causados por emissões derivadas do processamento de cobre praticado por uma empresa canadense na fronteira entre os dois países. A partir da constatação dos primeiros danos, em 1925, uma comissão mista estabelecida para examinar a disputa deu ganho de causa para os Estados Unidos em 1931. Tal decisão, porém, não foi de molde a suspender a poluição e a persistência de danos, o que levou à criação de um tribunal arbitral conjunto, cujas decisões de 1938 e de 1941 foram favoráveis ao ponto de vista norte-americano.³

Os exemplos citados evidenciam dois aspectos centrais das questões ambientais: a natureza transfronteiriça das conseqüências ambientais das atividades antropogênicas e a dimensão econômica dos danos causados. Tais aspectos ganharam maior realce a partir do final dos anos 60 e firmaram-se na agenda internacional com a celebração, em 1972, em Estocolmo, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. As duas dimensões antes referidas concorreram para que se buscassem instrumentos

³ BROWN WEISS, Edith. (ed.). *Environmental Change and International Law: new challenges and dimensions*. Tokyo: United Nations University Press, 1992. pp. 7-8.

jurídicos que prevenissem e/ou remediassem as eventuais consequências para o meio ambiente da intensificação da ação humana. Ademais, a questão ambiental ganhou um sentido de urgência, acentuado principalmente pela atuação das organizações não governamentais. Embora o impulso dessas questões possa ser localizado nas sociedades industrializadas, a necessidade de um tratamento mais imediato foi progressivamente sendo aceita e promovida também pelas nações em desenvolvimento, sobretudo à luz da prioridade de elevar os padrões de bem estar social e de condição econômica. Essa urgência se consubstanciou, de um lado, no estabelecimento de leis e normas internas, bem como na criação de instituições públicas e privadas devotadas ao tratamento das questões ambientais; de outro, numa renovação qualitativa e quantitativa do direito internacional, mediante a celebração de reuniões e a negociação de instrumentos internacionais de natureza coercitiva (acordos, convenções, protocolos) ou recomendatória (declarações, resoluções ou decisões de organismos internacionais). A identificação de interesses comuns entre os Estados na proteção e no combate à degradação do meio ambiente propiciou uma rápida evolução do direito internacional ambiental, o qual muitas vezes tem servido como plataforma para o estabelecimento de legislações nacionais.

A Conferência de Estocolmo representou um marco para o tratamento dos temas ambientais e para sua regulação jurídica. Logrou-se, então, um consenso quanto à necessidade da adoção de princípios e regras que disciplinassem tanto em termos locais quanto globais as questões relativas à proteção ambiental e ao uso dos recursos naturais, em virtude da natureza complexa dos problemas e da possibilidade de consequências negativas derivadas das ações humanas para o meio ambiente em geografias distantes daquelas onde foram exercidas. O reconhecimento desse fato tem conotações jurídicas relevantes ao referir-se, entre outros aspectos, a ações humanas conduzidas na esfera soberana dos Estados e cujas consequências poderiam ter repercussões patrimoniais para as sociedades situadas fora da jurisdição do Estado onde se originara o fato ambiental. Com efeito, o princípio 21 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano afirma que “os Estados têm, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos de conformidade com suas próprias políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar que as atividades dentro de sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites de jurisdição”. Esse princípio – para cuja redação muito contribuiu a atuação da delegação que representou o Brasil na Conferência de Estocolmo – encontra correspondência na própria Declaração, no princípio 11, segundo o qual

as políticas ambientais de todos os Estados devem fortalecer e não afetar de maneira adversa o potencial de desenvolvimento presente e futuro dos países em desenvolvimento, nem antepor-se ao alcance de melhores condições de vida para todos, e medidas apropriadas devem ser tomadas pelos Estados, pelas organizações internacionais com vistas a alcançar um acordo para enfrentar as possíveis conseqüências econômicas nacionais e internacionais resultantes da aplicação de medidas econômicas.

Ademais, a Declaração de Estocolmo incorporou o princípio do "poluidor pagador" (*polluters pay principle*), um dos pilares para o desenvolvimento de legislação interna e internacional sobre responsabilidade e compensação por danos ambientais causados por atividades ocorridas sob a jurisdição de um Estado.⁴

O fato dos dois princípios terem sido aceitos sem reservas pela comunidade internacional dá-lhes uma dimensão política especial, ainda que a Declaração seja um documento de natureza não coercitiva. Por eles, reforçam-se pilares do direito internacional, como a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais e a responsabilidade de não causar dano a outrem em conseqüência das atividades exercidas em seu território, sejam elas fruto de políticas públicas, sejam derivadas da iniciativa particular. Igualmente importante é a relação estabelecida entre políticas ambientais e desenvolvimento. O parágrafo 11 deixa muito claro que os impactos econômicos das políticas ambientais devem ser abordados no contexto de uma negociação política que deverá ter presente a necessidade de assegurar o potencial dos países em desenvolvimento. Esses dois parágrafos se revelariam cruciais vinte anos depois da Conferência de Estocolmo, quando a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), celebrada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, trataria de fazer uma integração entre o progresso sócio-econômico e a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, por meio do conceito de desenvolvimento sustentável.

A evolução político-jurídica da preocupação com o meio ambiente

Não obstante sua importância histórica como marco da incorporação dos temas ambientais na agenda internacional, a Conferência de Estocolmo abordou a relação meio ambiente e desenvolvimento desde uma perspectiva setorial. A questão central dizia respeito essencialmente às relações entre o homem e o meio ambiente.⁵ A palavra-chave da Conferência era *poluição*. Até a publicação, em 1987, do relatório *Our Common Future* (Relatório Brundtland), elaborado pela Comissão Mundial sobre

⁴ Vide Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (Princípio 22).

⁵ GUIMARÃES, Luiz Filipe de Macedo Soares. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Brasília: 1990. (mimeo) p. 3.

Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela então Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, a proteção ambiental fora compreendida dentro de limites estreitos, como a manutenção da pureza do ar, ou da limpeza da água e da fertilidade do solo, ou o planejamento e a administração dos assentamentos humanos.

O mérito maior do Relatório Brundtland foi propor uma abordagem mais ampla, que considerasse as motivações econômicas que estão na raiz da degradação ambiental. A discussão aberta pelo relatório apontava o descompasso entre a disponibilidade de recursos naturais e a intensidade do processo predatório associado ao emprego de tecnologia; a análise da Comissão questionava a viabilidade dos padrões de desenvolvimento, à vista, entre outros fatores, dos processos de modernização da agricultura, de urbanização, de apropriação da base de recursos naturais e de utilização de fontes não renováveis de energia. A proposta do relatório foi sintetizada no conceito de desenvolvimento sustentável, que, em essência, advogava a utilização no presente dos recursos naturais de maneira a também permitir sua disponibilidade para as gerações futuras.

No plano jurídico, o relatório defendia a necessidade de urgente atualização do ordenamento jurídico interno e internacional, mediante o reconhecimento de direitos e obrigações recíprocas dos Estados e dos indivíduos, no que tange ao desenvolvimento sustentável; a regulação das ações dos Estados e entre os Estados; o fortalecimento das leis e acordos internacionais para apoio à idéia do desenvolvimento sustentável; e o reforço dos métodos e desenvolvimento de novos procedimentos para prevenção e resolução de controvérsias ambientais.⁶ Ademais, as normas jurídicas deveriam ir além da regulação sobre pesquisas, troca de informações e monitoramento da situação ambiental, de modo a estabelecer bases para uma ação incisiva de redução das emissões de poluentes e de emprego de tecnologias mais adequadas em termos ambientais.

Esse esforço, entretanto, tropeçava – e em larga medida ainda tropeça – em três obstáculos importantes: (a) a incerteza a respeito de dados científicos e tendências de longo prazo de problemas ambientais globais, como é o caso da mudança do clima, em relação aos quais se possa obter um consenso da comunidade científica quanto a natureza, causas e conseqüências; (b) a dificuldade de se realizarem análises de custo-benefício das medidas ambientais propostas e encontrar um equilíbrio entre os custos de curto prazo e os benefícios de longo prazo; (c) a questão da implementação efetiva pelos Estados dos compromissos jurídicos internacionais, seja em função de deficiências estruturais de natureza econômica, tecnológica ou administrativa, seja em decorrência de pressões dos interesses contrariados.⁷

⁶ THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 330. O relatório propôs ainda em seu anexo I um sumário de princípios legais para proteção ambiental e desenvolvimento sustentável.

⁷ FOUËRÉ, Erwan. *Emerging Trends in International Environmental Agreements*. In: CARROLL, John. (ed.). *International Environmental Diplomacy: the management and resolution of transfrontier environmental problems*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 34.

Note-se, porém, que o consenso científico não é matéria pacífica. Sobretudo em relação a questões capazes de requerer grandes esforços das sociedades, como é o caso da mudança do clima, não é difícil ver a ciência ser utilizada como pano de fundo para defesa de interesses específicos. Os críticos dessa atitude vêem o protagonismo crescente da indústria em prol do desenvolvimento sustentável como caldo de cultura para uma “ideologização” das opiniões científicas em matéria ambiental. Exemplo disso seria a discussão sobre a produção, em escala comercial, de alimentos baseados em organismos geneticamente modificados.⁸ Parece, entretanto, fora de dúvida que ações internacionais em matéria ambiental dificilmente lograrão consenso se não contarem com a contribuição técnico-científica para a compreensão dos problemas e com o envolvimento do setor produtivo e da sociedade civil.

A primeira experiência significativa no sentido de enfrentar os desafios antes listados de maneira integrada deu-se na negociação do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, concluída em 1987. Pode-se considerar que ali se inaugurou um engajamento pleno e sistemático da comunidade científica, cujas investigações sobre os efeitos dos clorofluorcarbonos (CFCs) no processo de rarefação da camada de ozônio que envolve a atmosfera terrestre foram cruciais para a definição dos compromissos internacionais assumidos pelos Governos no Protocolo. Estes tiveram de agir, apesar de as análises e os dados científicos disponíveis serem incompletos, pois a alternativa de postergar decisões poderia ter consequências sérias para a saúde, além de custos econômicos e sociais draconianos. Os efeitos transfronteiriços causados pela emissão de CFCs e os danos associados à destruição da camada de ozônio levaram à convicção de que o meio ambiente não poderia continuar sendo tratado como uma externalidade pela análise econômica. Impunha-se o desenvolvimento de novos instrumentos analíticos que permitissem uma adequada avaliação dos custos e dos benefícios das ações acordadas entre os Estados.⁹ Finalmente, na questão da implementação dos compromissos, a experiência com o Protocolo de Montreal mostrou a relevância de uma articulação entre Governos, indústria e ONGs: a indústria, enquanto promotora de inovações tecnológicas (no caso a busca de alternativas para o CFC); as ONGs enquanto veículo para a conscientização da sociedade e canal de preocupações de setores interessados da sociedade. A discussão do Protocolo ainda promoveu o início de uma alteração na visão prevalecente sobre a cooperação internacional. O assistencialismo puro e simples, que marcara as políticas de cooperação, inclusive por influência das circunstâncias da Guerra Fria, teria que ceder lugar a modalidades inovadoras de transferência de tecnologia e à provisão de recursos financeiros novos e adicionais que habilitassem os países em desenvolvi-

⁸ O autor deseja agradecer o comentário de Pedro Luis Dalcerro sobre esse aspecto.

⁹ Todavia, o fim da consideração do meio ambiente como externalidade coloca importantes questões para os países em desenvolvimento, sobretudo aqueles de grande extensão territorial e ricos em recursos naturais. Um dos aspectos fundamentais, e certamente dos mais polêmicos, refere-se aos critérios para determinar o limite para a exploração de determinado recurso. Ademais, há o problema da compatibilização da exploração de áreas que concentram mais de um deles (por exemplo, como conciliar a exploração de minérios em regiões florestais).

¹⁰BENEDICK, Richard. *Ozone Diplomacy: new directions in safeguarding the planet*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991. pp. 205-207.

to, em particular aqueles com maior potencial de aumento do consumo de CFCs, como a China e o Brasil, a adotarem novas tecnologias que evitem dano à camada de ozônio.¹⁰

A repercussão dos avanços obtidos na negociação do Protocolo de Montreal se traduziu concretamente: a coalizão entre cientistas, representantes de ONGs, indústrias e funcionários governamentais foi reeditada na negociação da Convenção sobre Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos, concluída na Basiléia (Suíça), em 1989, e no contexto do processo preparatório da Conferência do Rio, quando se negociaram a Convenção de Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima. O lançamento da negociação desta última se fez não obstante importantes dúvidas agasalhadas pela comunidade científica sobre a real possibilidade de existência de um aquecimento da atmosfera terrestre e dos mecanismos naturais de regulação da concentração dos gases estufa.

A decisão de encetar a negociação teve como um de seus pilares o princípio da precaução que já embasara as negociações sobre a camada de ozônio. Esse princípio foi consagrado na Declaração do Rio, em 1992, a qual afirma: "... quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente". O avanço da legislação internacional em matéria ambiental apoiou-se também no princípio de que a maior parte da emissão de poluentes, inclusive resíduos tóxicos e perigosos, é originada nos países desenvolvidos, cabendo-lhes, por isso, a responsabilidade maior pelo combate a esta poluição. Tal princípio foi originalmente incluído, por consenso, nas resoluções 43/196 e 44/228 da Assembleia Geral das Nações Unidas, que estabeleceram as bases políticas e jurídicas para a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. A Declaração do Rio, adotada por unanimidade na Conferência, consagrou igualmente por consenso essa idéia, por meio da noção de responsabilidades comuns mas diferenciadas dos Estados na proteção do meio ambiente e no reconhecimento por parte dos países desenvolvidos da responsabilidade que lhes cabe na busca do desenvolvimento sustentável em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente.¹¹ Com essa linguagem, procurou-se deixar claro que a maior responsabilidade dos países industrializados pela degradação ambiental, derivada em essência de seus padrões de produção e consumo, não exime os países em desenvolvimento de adotarem medidas orientadas à proteção do meio ambiente ou à mitigação ou reabilitação necessárias em decorrência de danos causados por vários fatores, entre os quais se incluem políticas públicas (como subsídios para a exploração agrícola) ou a pobreza (associada à falta de investimentos sociais suficientes).

¹¹Vide *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento* (Princípios 15 e 7, respectivamente).

Meio ambiente e comércio

Um dos aspectos mais importantes do desenvolvimento do direito ambiental internacional está relacionado a sua compatibilidade com os princípios do livre comércio consagrados nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ao se intensificar a campanha em prol de níveis de proteção ambiental mais elevados, nos anos 80, os países em desenvolvimento deixaram explícita sua preocupação de que seus bens e serviços poderiam enfrentar barreiras não tarifárias mais elevadas para o acesso aos mercados dos países industrializados, em decorrência da legislação ambiental por estes adotada. Tais temores se justificavam pelo incremento das pressões sobre os Governos dos países avançados, oriundas de alianças implícitas ou explícitas entre grupos ambientalistas e interesses econômicos protecionistas. Estes últimos buscavam uma forma para impedir a competição de bens produzidos a custos mais baixos ou de maneira mais eficiente nos países em desenvolvimento, mediante o estabelecimento de exigências ambientais para ingresso de produtos e serviços nos mercados que já dominavam.

A preocupação com a compatibilidade entre normas de proteção ambiental e o livre comércio foi refletida no princípio 12 da Declaração do Rio, segundo o qual "as medidas de política comercial com fins ambientais não deveriam se constituir em meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou em restrição velada ao comércio internacional". O mesmo parágrafo realça que "se deveria evitar medidas unilaterais para solucionar os problemas ambientais que se produzam fora da jurisdição do país importador". Por sua vez, o artigo XX do Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT), ao possibilitar a seus Estados-parte a adoção de medidas necessárias à proteção da vida humana, animal e vegetal, da saúde e de recursos naturais não renováveis reafirma que tais medidas "não devem constituir meios para discriminação arbitrária entre países onde prevalecem as mesmas condições, nem para restrição tácita ao comércio internacional".

As políticas de liberalização comercial, ao promoverem a redução das barreiras protecionistas e ao incentivarem o aumento dos fluxos de comércio, com a conseqüente expansão da economia, podem, por outro lado, incrementar a pressão sobre os ecossistemas, seja mediante a maior exploração dos recursos naturais, seja por meio de maiores emissões de poluentes. A pressão sobre os ecossistemas é agravada no caso da ausência de legislação que estabeleça medidas e padrões suficientes para mitigar os efeitos negativos das atividades econômicas. Como assinalado em relatório do GATT, "uma expansão do comércio pode produzir efeitos ambientais negativos tão grandes que anulam os benefícios convencionais da abertura de mercados (maior especialização, maior competitividade, etc.), resultando num declínio global do bem estar nacional"¹².

¹²GATT. *Trade and Environment*.
Genebra, 1992. p. 2.

É preciso ter presente, porém, que o debate entre meio ambiente e comércio não é pacífico nem está concluído. Toda essa discussão de caráter notoriamente econômico se reflete no campo do direito, seja pela adoção de regras mais genéricas e em alguns casos menos estritas, seja pela necessidade de um processo de negociação mais longo com os setores afetados por eventuais regulamentações ambientais, ou ainda pela adoção de regulamentações locais unilaterais. No plano interno, um exemplo bastante evidente é o da Lei de Crimes Ambientais, adotada no Brasil, em 1998. No plano internacional, pode-se citar o caso da mudança do clima, no qual o estabelecimento de metas numéricas para limitação das emissões dos gases de efeito estufa por parte dos países industrializados e economias em transição (estes últimos os países do antigo bloco socialista) somente se tornou possível na negociação, concluída em 1997, do Protocolo de Kyoto à Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima. No caso dos ajustes internacionais, há ainda que considerar que os mesmos somente entram em vigor após reunirem o número mínimo de ratificações previstas.

Nos países em desenvolvimento, a relação entre comércio e meio ambiente tem repercussões muito diferentes para cada um deles. Isto decorre não só dos distintos níveis de avanço econômico e social entre os mesmos, mas também da coexistência dentro de um país de diferentes graus de sustentabilidade inclusive em relação a um mesmo recurso. Por exemplo, no Brasil, as plantações de florestas destinadas à exploração de papel e celulose adotam técnicas de manejo sofisticadas, cujo emprego em grau semelhante – e obviamente respeitando as características biofísicas específicas – ainda não foi possível alcançar no que tange às florestas nativas. Assim, a adoção de eventuais regras de política comercial com o objetivo de aprofundar a sustentabilidade de recursos naturais pode ser útil para um setor que já domina a tecnologia, mas pode também ser nefasta para setores cuja exploração ainda requer maiores investimentos.

Apesar de algumas tecnologias limpas, em princípio, adicionarem custo ao preço final do produto, estão elas crescentemente associadas a métodos de produção mais eficientes. Todavia, no plano das relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a procura da maximização da eficiência pode ter um caráter discriminatório ante a persistência das assimetrias econômicas entre os Estados. Uma medida de proteção ambiental pode ser mais cara, se aplicada num país desenvolvido, do que num país em desenvolvimento, mas este, ao adotá-la, pode estar *ipso facto* abrindo mão de opções futuras necessárias para seu desenvolvimento.¹³

A ênfase na promoção do desenvolvimento sustentável pode ainda esconder objetivos protecionistas. A União Européia, por exemplo, recorre ao conceito de desenvolvimento sustentável e às ações acordadas na Agenda 21 para justificar a utilização de medidas restritivas de comércio como instrumento para resguardar preocupações

¹³ BHAGWATI, Jagdish. The Case for Free Trade. *Scientific American*, november 1993, p. 49.

ambientais. Tais medidas se traduzem na proliferação de regulamentações, na maior parte das vezes de caráter local, e incentivadas por grupos de interesse, que limitam o consumo de determinados bens e serviços – em particular de produtos acabados, processos de produção (sobretudo se afetam o meio ambiente global, por exemplo mediante a emissão de gases de efeito estufa) e recursos naturais – sob a alegação de não se coadunarem com padrões de sustentabilidade unilateralmente estabelecidos. As regulamentações colocam em prática, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos, banimentos, padrões de qualidade, etiquetagem, esquemas de certificação ou taxaço que claramente ofendem as regras aceitas pelos Estados nos acordos da OMC. Na origem de decisões dessa espécie, não é incomum verificar a influência de setores econômicos cuja fatia de mercado seria ameaçada pela concorrência de produtos dos países em desenvolvimento. O fato de tais regulamentações terem lugar em nível local faz com que muitos países aleguem impedimentos constitucionais para adotar medidas que impeçam a aplicação das restrições à entrada dos produtos colocados no índice.

Cumprir ter presente ainda que uma série de acordos ambientais internacionais têm repercussão comercial, embora esse aspecto não tenha sido objeto de consideração prioritária em sua negociação. Com efeito, foram estabelecidas do ponto de vista ambiental, normas comerciais desnecessárias para alguns países e que podem ser potencialmente danosas a seus interesses comerciais¹⁴, situação que está sendo ainda examinada pelo Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC (CTE), por meio de um diálogo entre os secretariados de cada um dos acordos multilaterais de meio ambiente e os membros daquele Comitê.¹⁵ Esse diálogo é um processo que visa esclarecer os propósitos dos diferentes acordos e os instrumentos utilizados para gerenciar determinada questão ambiental. As discussões até agora realizadas permitiram firmar a percepção de que as medidas comerciais incluídas nos acordos ambientais multilaterais são produto de um pacote negociador específico e, portanto, necessárias para solucionar os problemas ambientais que levaram àqueles ajustes.

Uma questão fundamental, nesse contexto, relaciona-se à solução de conflitos entre os acordos ambientais e as regras da OMC, bem como de controvérsias surgidas a partir da aplicação de medidas ambientais ou comerciais estatuídas por determinado acordo. Tal questão assume importância à vista do estabelecimento na OMC de um mecanismo de resolução de disputas comerciais com base em alegadas violações dos acordos firmados em 1994. O mecanismo, que produz decisões de natureza obrigatória para os Estados envolvidos, já foi acionado em diferentes oportunidades, quando uma parte considera que seus interesses comerciais foram prejudicados em função de medidas impostas por outra parte com supostos fins de proteção ambiental. É preciso

¹⁴HOROWITZ, Evelyn. *The Trade/Environment Link*. In: UNCTAD/SELA, *Trade and Environment: the international debate*. Caracas: s/d. p. 11.

¹⁵O Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC é formado, hoje, por todos os 133 países membros.

ter presente que os acordos ambientais também dispõem de recursos para resolver disputas, seja por meio de mecanismos específicos de solução de controvérsias, seja por instrumentos de cooperação internacional. Assim, ao contrário do argumentado por alguns, não há necessidade de, por ora, modificar a estrutura da OMC para acomodar preocupações ambientais.

Responsabilidade e compensação por danos ao meio ambiente

Outro aspecto associado ao comércio e à resolução de controvérsias é o da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e sua compensação, questão que ganhou particular relevância sobretudo a partir dos anos 80, quando se verificaram vários desastres ambientais. A discussão e adoção por consenso pela Assembleia Geral das Nações Unidas do princípio da responsabilidade maior dos países desenvolvidos pelo combate à poluição (resolução 43/196) foi sem dúvida um passo importante na discussão da responsabilidade e compensação por danos causados ao meio ambiente, representando na verdade um refinamento do princípio do poluidor pagador ao atribuir aos países desenvolvidos o ônus pelo combate à poluição. Cumpre ter presente, porém, que as decisões da Assembleia Geral das Nações Unidas não têm caráter obrigatório para os Estados. Daí a importância de se traduzirem certos compromissos de natureza política em normas jurídicas vinculantes, mediante acordos internacionais que posteriormente, após a ratificação, serão incorporados ao ordenamento jurídico dos Estados-parte.

A implementação efetiva de medidas referentes à responsabilidade está vinculada à internalização dos custos ambientais, o que, por sua vez, pressupõe a valoração dos bens oriundos da natureza. A valoração é hoje um dos temas mais complexos e discutidos nos foros ambientais. Entre outros aspectos que a conformam estão os métodos de valoração e a utilização de conhecimentos tradicionais, isto é, aqueles detidos por comunidades indígenas ou transmitidos de geração para geração e que possibilitam adequado manejo do meio ambiente. Quanto aos custos ambientais, apesar dos esforços no sentido de desenvolver sistemas de contas nacionais que os internalizem, “os danos causados ao meio ambiente estão majoritariamente externalizados, isto é, não são assumidos por aqueles que os geraram, e o resultado final é que os cidadãos arcam com a responsabilidade contingente, por meio da responsabilidade do Estado”¹⁶. Quanto maior a externalidade dos custos ambientais menor será o cuidado com os riscos associados a atividades perigosas para o meio ambiente.¹⁷

No plano internacional, o regime jurídico sobre responsabilidade e compensação por danos ao meio ambiente ainda é esparso; há hoje esforços em curso, como é o caso das negoci-

¹⁶PIRACÉS, Roberto Ruiz. La Responsabilidad por Daño Ambiental. *Revista Diplomacia*, junio/diciembre 1995. p. 61.

¹⁷PIRACÉS, R. R. Op. cit. p. 63.

ações em torno do protocolo à Convenção sobre Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos (Convenção da Basileia) e sobre o protocolo de biossegurança à Convenção sobre Diversidade Biológica. A ausência de normas específicas para coibir ou reverter danos em certos setores tem sido utilizada como argumento para o emprego das restrições comerciais antes mencionadas, com o objetivo de “forçar” a adoção de medidas que evitem a degradação ambiental ou a revisão dos métodos de exploração de recursos naturais tidos como predatórios. As restrições, entretanto, são de caráter unilateral e por isso mesmo adotadas ao arrepio da prática internacional que se baseia na negociação de regimes de responsabilidade e de compensação.

Uma das áreas em que tais regimes estão mais adiantados é o da poluição marinha.¹⁸ Nesse particular, a Convenção sobre Responsabilidade Civil, de 1969, foi um avanço importante na conscientização sobre

*os perigos da poluição representados pelo transporte marítimo de óleo a granel; a necessidade de se assegurar compensação adequada e de fácil obtenção às pessoas que sofreram danos causados por poluição, resultante de um derrame ou descarga de óleo proveniente dos navios; a fixação de regras e procedimentos internacionais uniformes, para se definir matéria de responsabilidade e providenciar justa compensação em tais casos.*¹⁹

As lacunas existentes no que tange à responsabilidade e compensação decorrem muitas vezes da dificuldade de se definir com precisão qual o direito cuja violação gera a obrigação de um reparo por parte do agente causador do dano. Outro aspecto é a caracterização desse agente, cuja intencionalidade ou negligência na produção do dano é um dos pilares do instituto da responsabilidade. Na esfera internacional, a compensação dá-se por meio de uma pena pecuniária que, para efetivar-se, demanda a correta imputação ao causador do dano. O direito interno tem neste particular um papel importante, “particularmente no que diz respeito às normas procedimentais e substantivas de responsabilidade cujas diretrizes se orientem em tornar atraente, desde o ponto de vista indenizatório, a intervenção dos cidadãos”²⁰. Recorde-se, a propósito, que, no âmbito do direito internacional, a responsabilidade do Estado é análoga à da pessoa jurídica que não logra controlar seus agentes ou os efeitos dos processos e procedimentos que emprega, sendo que a relação desses com o dano é estabelecida a partir da existência ou não da intenção de produzir o resultado da ação (dolo ou culpa).²¹

A disciplina jurídica da responsabilidade e da compensação por danos ambientais enfrenta ainda a fragilidade da estrutura jurídica e das instituições judiciais em vários países. Essa constatação esteve na origem do princípio 13 da Declaração do

¹⁸Sobre este ponto o autor deseja agradecer textos e indicações que lhe foram enviados pelo Doutor Walter de Sá Leitão, do Serviço Jurídico da PETROBRÁS.

¹⁹LEITÃO, Walter de Sá. *As Convenções Internacionais e os Esquemas Voluntários de Responsabilidade e Compensação por Danos de Poluição do Mar do Petróleo*. PETROBRÁS: Serviço Jurídico, 1992. p. 1. (mimeo).

²⁰PIRACÉS, Roberto Ruiz. Op. cit. p. 62.

²¹BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. (Fourth Edition). Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 438. A propósito, vale reproduzir parte da decisão do Tribunal Arbitral sobre o citado caso Trail Smelter: “the Tribunal (...) finds that (...) under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence. (...) Considering the circumstances of the case, the Tribunal holds that the Dominion of Canada is responsible in international law for the conduct of Trail Smelter”. (vide DIXON, M. & McCORQUODALE, R. *Cases and Materials on Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 529.)

Rio que, de um lado, apontou a necessidade de os Estados desenvolverem uma legislação interna relativa à responsabilidade e indenização a vítimas de contaminação e de outros danos ambientais, e, de outro, a cooperação internacional no desenvolvimento de uma legislação internacional sobre a matéria.

A regulação jurídica do meio ambiente no âmbito do MERCOSUL

A questão de comércio e meio ambiente surge de maneira particularmente aguda nos processos de integração econômica, como é o caso do MERCOSUL. Tais processos, cumpre ter presente, são hoje resultado de um movimento maior de transnacionalização do capitalismo.

As forças de integração, que tendem a favorecer a visão de um mundo interdependente, não prevêm necessariamente proteção automática contra as ameaças ecológicas. Na verdade, elas são parte do problema, pois os processos de integração podem ter uma dupla repercussão sobre o meio ambiente: mediante resistências de setores arcaicos da economia e da sociedade à modernização, perpetuando distorções que podem ser nefastas para o meio ambiente e concorrendo para enrijecer barreiras políticas, econômicas e culturais e para acentuar as diferenças entre nações ou grupos de nações; ou mediante a facilitação da instalação de empresas em países ou territórios onde a legislação ambiental é menos estrita, aumentando a pressão sobre os ecossistemas.

Enquanto processo de integração econômica, o MERCOSUL visa promover a aproximação e a união entre as economias de seus membros com o objetivo último de criar um mercado comum. Um dos elementos básicos para se alcançar essa meta é a eliminação das barreiras tarifárias e não tarifárias no comércio entre os países-membros. O Tratado de Assunção, instrumento jurídico que estabeleceu o MERCOSUL, firmado em 26 de março de 1991, estabeleceu em seu preâmbulo que a integração será alcançada mediante “o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas dos diferentes setores da economia”. Uma das implicações da criação do mercado comum é “a coordenação de políticas econômicas e setoriais entre os Estados Partes (...), a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes”²². Dois aspectos devem ser notados dessas regras constitutivas do MERCOSUL: em primeiro lugar, no preâmbulo, a preservação do meio ambiente e o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis estão colocados em pé de igualdade com os outros elementos igualmente significativos para a construção do mercado comum; em segundo lugar, qualquer política relevante para a concorrência entre as Partes deverá ser

²²Vide artigo 1º do Tratado de Assunção.

objeto de coordenação entre elas. Com esse objetivo, procedeu-se em 1993-94 a estudos sobre a dimensão ambiental das legislações dos quatro países nos setores industrial, agrícola e energético, que têm maior impacto sobre o meio ambiente, seja pela produção de efluentes, seja pela utilização de recursos naturais. O objetivo de todos esses estudos, levados a efeito sob a égide da Reunião de Ministros do Meio Ambiente, era harmonizar a legislação vigente, entendendo-se por isto o estabelecimento de critérios comuns para a consideração adequada de critérios ambientais e não a promulgação de uma legislação única para os países do bloco. O esforço empreendido desaguou nas Diretrizes Básicas sobre Política Ambiental, elaboradas a partir de proposta do Brasil, e aprovadas pela Resolução 10/94 do Grupo do Mercado Comum (GMC). Com base nessas diretrizes se pretendia criar condições equitativas de competitividade no MERCOSUL, bem como critérios ambientais comuns para a negociação e implementação de atos internacionais com repercussões sobre o processo de integração.²³

²³ MACIEL, Claudia de Borba. *Política Externa Brasileira sobre Meio Ambiente e Comércio Internacional: o caso da integração regional no MERCOSUL*. (Dissertação de Mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Relações Internacionais, 1997. p. 112.

Assegurar a competitividade internacional das empresas localizadas nos países do bloco implica necessariamente adotar tecnologias e processos de produção mais consentâneos com as exigências dos mercados consumidores em matéria ambiental. O desconhecimento dessa dimensão por parte do setor produtivo certamente significará um alijamento de mercados internacionais importantes para o MERCOSUL. Por outro lado, uma competição cada vez mais acirrada nos mercados internacionais requer que o setor produtivo tenha capacidade de antecipar tendências, preferências e gostos dos consumidores, bem como estar atento a sinais da cena internacional, por exemplo, negociações de acordos internacionais que limitam a utilização de um produto ou processo.

A experiência mostra que a adoção de padrões ambientais mais elevados não significa necessariamente perda de competitividade para as empresas, visto que muitas vezes tais padrões são estratégicos para o ganho de posições no mercado internacional, por meio da redução de custos na cadeia produtiva associada à utilização de tecnologias mais limpas e mais eficientes. A promoção de regras ambientais mais estritas pode favorecer a competição e contribuir de maneira decisiva para que um país passe a trilhar de maneira mais determinada o caminho do desenvolvimento sustentável, com repercussões não só para a economia mas também para a sociedade, uma vez que melhores níveis de proteção ambiental concorrem, por exemplo, para a redução de doenças derivadas de poluição.

Dos quatro países do bloco, é o Brasil aquele cuja legislação consagra padrões ecológicos mais elevados. Com efeito, os custos de produção das empresas brasileiras acabam por ser mais elevados do que o das similares localizadas no Uruguai, na Argentina ou no Paraguai, provocando desvantagens competitivas para as empresas brasileiras.

Em 1996, iniciou-se a negociação de um Protocolo sobre Meio Ambiente ao Tratado de Assunção, no âmbito do Subgrupo de Trabalho sobre Meio Ambiente (SGT-6), criado em 1995. As discrepâncias entre as legislações dos quatro países torna esse exercício delicado, exigindo um complexo e muitas vezes difícil processo de consultas internas, não só aos órgãos governamentais interessados, mas também ao setor produtivo e às organizações não-governamentais. A importância do Protocolo está em criar um quadro jurídico que evite desvios de fluxos de comércio e investimentos no âmbito do MERCOSUL.²⁴ A atual redação do projeto sob negociação estabelece um compromisso obrigatório mínimo que, ao reiterar propósitos já contraídos em documentos anteriormente aceitos e ao estabelecer novos objetivos, levará à construção de um regime jurídico harmônico entre os quatro parceiros. A implementação dessa moldura legislativa se fará segundo os princípios da gradualidade, da flexibilidade, do equilíbrio e da reciprocidade consagrados no Tratado de Assunção.

Cabe notar que outros temas relativos ao meio ambiente se encontram na pauta do SGT-6 e seu encaminhamento certamente concorrerá para dar maior densidade ao arcabouço jurídico que se está formando no contexto do MERCOSUL. Exemplos disso são a análise das restrições não-alfandegárias, a relação entre competitividade e meio ambiente, o desenvolvimento das normas da série ISO 14000 de qualidade ambiental, a discussão sobre a adoção de um selo verde voluntário e o estabelecimento de um sistema de informações ambientais. Acrescente-se a isso a agenda ambiental que permeia as discussões dos Subgrupos de política industrial, agrícola e energética, a qual se poderia exemplificar com as discussões sobre registro de agrotóxicos e sobre sustentabilidade das matrizes energéticas dos países do bloco.²⁵

Conclusões

Estas breves notas tiveram por objetivo traçar um panorama da situação do direito ambiental na atualidade. Como se poderá ter notado, a formulação de normas ambientais é matéria profundamente política e influenciada pelos interesses dos grupos que atuam na sociedade e pela própria evolução das relações internacionais.

A gestão sustentável dos recursos naturais tidos como de importância universal, mas situados na esfera de jurisdição dos Estados, é, cada vez mais, foco de preocupação universal. O corolário dessa tendência é a pressão em favor de uma atuação mais desenvolvida dos organismos internacionais, através do estabelecimento de normas, diretrizes e critérios para gestão desses recursos, cuja verificação pressupõe o escrutínio tanto do trabalho daqueles organismos quanto das políticas e da atuação das instituições nacionais. O papel mais saliente das organizações internacionais também está associado ao crescente valor econômico

²⁴MACIEL, Claudia de Borba. Op. cit. pp. 116-126.

²⁵MACIEL, Claudia de Borba. Op. cit. pp. 126-137.

adquirido pelos recursos naturais, o que leva a sua mercantilização, e à conseqüente participação das empresas na comercialização dos bens ambientais, gerando sua privatização. Mediante a atuação dos organismos internacionais se busca o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos capaz de evitar que a exploração predatória desses bens possa resultar em danos permanentes para a humanidade, caso do aquecimento global gerado pelo efeito estufa, e capaz de impedir que, em nome de uma consideração do meio ambiente como patrimônio comum da humanidade, se adotem regras cujo efeito prático seria a anulação da soberania dos Estados sobre seus recursos naturais.

Tais tendências podem parecer contraditórias com a forte presença do Estado nos esforços para regulação da proteção e do uso do meio ambiente. Todavia, o desenvolvimento de técnicas que utilizam recursos genéticos ou biológicos para produção de insumos para agricultura ou a indústria e a utilização crescente de conhecimentos tradicionais sobre métodos e técnicas de uso dos bens ambientais são dois exemplos de como a apropriação de recursos naturais, até há pouco tidos como *res comunis*, passa a ter um valor de mercado e de como sua utilização pode ser privatizada, por exemplo, mediante a proteção da propriedade intelectual.

Para países como o Brasil, o engajamento no esforço internacional de tratamento das questões com repercussão sobre o meio ambiente reclama instituições nacionais estruturadas e equipadas, com ênfase na formação de recursos humanos, bem como articulação entre os diferentes agentes envolvidos em atividades com impacto ambiental. A criação da legislação ambiental, tanto no plano interno quanto externo, tem despertado crescente interesse da parte do Congresso, interesse, aliás, que é possível constatar em todos os países democráticos. A revisão do papel do Estado na administração dos problemas econômicos e sociais tem permitido a expansão das atividades dos grupos de interesse, sobretudo das organizações não-governamentais.

Uma das melhores sínteses para a compreensão da crescente importância do meio ambiente como matéria de interesse do direito pode ser encontrada em Giorgio Del Vecchio:

o direito apanha em suas malhas o homem total nas suas relações com os outros homens (daqui o aspecto intersubjetivo ou bilateral, próprio de qualquer determinação jurídica). Exatamente porque o direito diz essencialmente respeito aos nexos sociais e aos limites das exigências recíprocas entre os vários sujeitos conviventes, por isso é que as determinações jurídicas nem sempre se manifestam (como as morais) no sentido de um comando ou de uma proibição, mas, pelo contrário, vão muitas vezes até o ponto de permitir e garantir uma certa esfera de liberdade.²⁶

²⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952. p. 241.

Everton Vieira Vargas é Diplomata, Chefe da Divisão do Meio Ambiente do Ministério de Relações Exteriores, Brasília, Distrito Federal.

LIBRE CIRCULACIÓN DE
BIENES Y PROTECCIÓN
AMBIENTAL EN UN
ESPACIO INTEGRADO:
aproximación preliminar
del problema

Martha Lucía Olivar Jimenez

El fenómeno de la integración regional aparece en Europa en los años cincuenta y en América Latina en los sesenta como una forma de cooperación más fuerte entre Estados para la realización de objetivos comunes y el fortalecimiento externo de los mismos. El gran desafío de un mercado integrado consiste en compatibilizar los fines del desarrollo y crecimiento económico con la defensa del medio ambiente. El derecho internacional contemporáneo presenta una tendencia reciente hacia la conciliación de estos dos intereses aparentemente opuestos y en el marco de la integración los esfuerzos en esse sentido deben ser mayores. Así es importante examinar la experiencia europea en este ámbito y también los esfuerzos realizados en el proceso integracionista del Cono Sur.

¹ De acuerdo con el eminente jurista argentino Julio A. Barberis es posible deducir que una entidad es sujeto del Derecho de gentes del hecho de que ella sea titular, de manera directa y efectiva, de un derecho o de una obligación en el orden internacional. Esa es pues la esencia de la personalidad jurídica internacional: la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones frente a tal orden jurídico. BARBERIS, Julio A. *La personnalité juridique internationale*. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Tome 235, 1992, IV, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, ps. 149-304.

² Defendimos esta idea anteriormente en "El establecimiento de una política común de protección al medio ambiente - su necesidad dentro de un mercado común". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 10, setembro 1994, ps. 100-119. Artículo publicado igualmente en la colección *Estudos da Integração* (7º volume), Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994, ps. 9-55.

³ Podemos constatar esa tendencia principalmente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio y del acuerdo GATT. Sobre esta cuestión consultar entre muchos otros: PALMENTER, David. "Environment and trade: much ado about little?" en: *Journal of World Trade*, v. 27, n. 3, junio 1993, ps. 3-70; CHARNOVITZ, Steve. "Environmentalism confronts GATT rules - Recent developments and new opportunities", en: *Journal of World Trade*, v. 27, n. 2, abril 1993, ps. 3-53; PATTERSON, Eliza. "GATT and the environment - Rules changes to minimize adverse trade and environmental effects" en: *Journal of World Trade*, v. 26, n. 3, junio 1992, ps. 99-109.

El Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991, representó el inicio de una nueva etapa en el ámbito de las relaciones internacionales entre los cuatro países miembros al establecer como objetivo fundamental la constitución de un mercado común. Como bien lo establece el artículo 1º la libre circulación de mercancías al interior de la subregión es uno de los pilares esenciales de tal programa. La justificativa a tan ambiciosa iniciativa se encuentra en el preámbulo de ese instrumento internacional: "la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social". Ciertas condiciones son establecidas, por el propio preámbulo, en la búsqueda de las finalidades consagradas: "ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía...".

En diciembre de 1994 en la ciudad de Ouro Preto fué concluído, por Decisión del Consejo Mercado Común, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur. Tal instrumento internacional complementaría el Tratado Constitutivo, plasmando en muchos aspectos la práctica del periodo de transición y creando una organización internacional al dotar de personalidad jurídica al Mercosur en su capítulo II.¹

Aún cuando en el cuerpo de estos dos tratados no existan disposiciones específicas sobre la armonización de legislaciones relativas a la protección del medio ambiente o al establecimiento de una política ambiental común en esa área, en un futuro próximo - si los objetivos consagrados por dichos instrumentos internacionales son mantenidos - acciones en estos dos sentidos serán necesarias, pues eventualmente las reglas de protección ambiental nacionales podrán convertirse en obstáculos no sólo a la libre circulación de bienes, mas a la realización de las otras libertades que son propias de un mercado integrado.² El análisis de la experiencia europea, a la cual haremos especial referencia, ya que es imposible no hacerlo al hablar de integración regional, confirma plenamente tal afirmación.

El gran desafío de un mercado integrado consiste en compatibilizar los fines del desarrollo y crecimiento económico con la defensa del medio ambiente. El derecho internacional contemporáneo - cuya esencia es incentivar la cooperación entre los distintos sujetos de la comunidad internacional - presenta una tendencia reciente hacia la conciliación de estos dos intereses aparentemente opuestos.³ En el marco de la integración es de vital

importancia la existencia de una firme voluntad política por parte de los Estados miembros para la realización de un desarrollo verdaderamente “sustentable” en el sentido consagrado por los acuerdos firmados en la Conferencia de las Naciones Unidas en Río de Janeiro sobre Medio Ambiente (1992). Examinaremos inicialmente y de forma panorámica el estado de la cuestión dentro de la experiencia europea (I) para posteriormente analizar los esfuerzos realizados en el ámbito del Mercosur, manifestando nuestra opinión al respecto (II).

I

La experiencia europea

Como es de todos conocido, el proceso de integración europeo se desarrolla dentro de un orden jurídico propio: el Derecho Comunitario, dotado de características particulares que lo individualizan y separan, al mismo tiempo, del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión. Este sistema es completamente diferente del proceso integracionista del cono sur⁴, por lo que las soluciones encontradas en Europa no pueden ser simplemente “transportadas” a la experiencia sudamericana, más pueden servir de referencia en la búsqueda de instrumentos o mecanismos adecuados a nuestra realidad a fin de enfrentar problemas similares.

Los esfuerzos para conciliar la libre circulación de bienes (en particular los residuos peligrosos) y la protección del medio ambiente se han plasmado en el ámbito de las reglas materiales previstas en los Tratados Constitutivos y han sido desarrolladas por los instrumentos de derecho derivado (A). Sin embargo, es en la interpretación de las normas hecha por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas donde podemos observar una verdadera evolución del tratamiento dado a esta problemática (B).

A. El derecho material

El Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Europea, modificado particularmente por el Acto Único Europeo, el Tratado de Maastricht y el Tratado de Amsterdam⁵, consagra como normas fundamentales en el área que nos ocupa: los artículos 30 a 34 que reglamentan uno de los principios esenciales de todo mercado común – la libre circulación de mercancías; el artículo 36 que autoriza restricciones a dicha libertad en términos y condiciones precisas; el artículo 130 R que contempla la implantación de una política ambiental común sobre la base de ciertos principios y objetivos básicos; el artículo 130 T que permite a cada Estado miembro mantener o introducir medidas de protección reforzadas.

⁴ Sobre esta cuestión remitimos al lector al trabajo “La comprensión de la noción de Derecho Comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur” que constituye una síntesis de los principios del Derecho Comunitario Europeo y del Derecho del Mercosur, en: *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, ps. 33-88.

⁵ Este último instrumento aún no entró en vigor y modificará toda la nomenclatura del Tratado de Roma.

Paralelamente a esas disposiciones, debe destacarse el artículo 3B relativo al principio de subsidiariedad, elevado a la categoría de principio general por el Tratado de la Unión Europea. Tal dispositivo figuraba – desde el Acto Único – en el capítulo relativo al medio ambiente y el Tratado de Maastricht impone su aplicación en aquellos dominios que no constituyen atribuciones exclusivas de la Comunidad. La norma autoriza la intervención de las autoridades comunitarias, en la medida en que los objetivos de una acción prevista no puedan ser alcanzados por los Estados miembros y que puedan, debido a la dimensión o a los efectos de dicha acción, ser mejor realizados a un nivel comunitario.

En el área de la protección ambiental el instrumento privilegiado por las autoridades comunitarias ha sido la directiva, y no podría ser diferente tratándose del mecanismo destinado a la armonización de legislaciones nacionales, no a su unificación. Así, en 1975 fué adoptada la Directiva CE 75/442 del Consejo relativa a los residuos⁶, modificada por la Directiva CE 91/156 del Consejo⁷. Este órgano de decisión emitiría igualmente la Directiva 84/631 relativa a la vigilancia y control de la transferencia fronteriza de residuos peligrosos⁸ y en 1990 decidiría sobre su modificación mediante un Reglamento (instrumento de unificación legislativa) adoptado tres años más tarde: el Reglamento CE 259/93⁹. La adopción de este instrumento aparece doblemente justificada en su preámbulo: en primer lugar, por el hecho de la Comunidad Europea haber adherido a la Convención de Basilea de 1989 y en segundo lugar, por la adopción de normas específicas sobre la cuestión en la Convención de Lomé¹⁰.

La legislación europea tiene como fundamento el respeto a tres principios: a) la proximidad, b) la prioridad a la valorización, entendiendo por tal la recuperación, la regeneración y el reciclaje de residuos, c) la autosuficiencia a nivel comunitario y nacional. Siguiendo las normas consagradas en la Convención de Basilea, el Reglamento se ocupa en su título II de la transferencia de residuos entre los Estados miembros y en su título III de la transferencia dentro de los mismos. Se hace una distinción entre los residuos destinados a la eliminación y entre aquellos destinados exclusivamente a la valorización.

En cuanto a los primeros, el Reglamento establece normas destinadas a asegurar un control bastante rígido sobre los movimientos transfronterizos de residuos. Es consagrado un procedimiento de notificación obligatorio para la transferencia, el Estado miembro de destino es responsable por la emisión de la autorización para la transferencia, siendo que los Estados de expedición y de tránsito de los residuos tendrán derecho a levantar objeciones a la misma. La transferencia sólo podrá realizarse después de la obtención de la autorización proveniente de la autoridad competente del país de destino.

⁶ Directiva 75/442 CEE del Consejo, en el DOCE, 25.07.1975, L. 194/39.

⁷ Directiva 91/156 CEE del Consejo, en el DOCE, 26.03.1991, L. 78/34.

⁸ Directiva 84/631 CEE del Consejo, en el DOCE, 13.12.1984, L.326/31.

⁹ Reglamento 259/93 CE del Consejo, en el DOCE, 6.02.1993, L.30/1. El Reglamento fué modificado por la decisión 94/721 CE de la Comisión, en el DOCE, 9.11.1994, L.288/36 y por el Reglamento 120/97 CE del Consejo, en el DOCE, 24.01.1997, L.22/14.

¹⁰ La Convención de Lomé IV ACP – CEE firmada el 15 de diciembre de 1989, sigue los principios de la Convención de Basilea.

El Reglamento prevé la posibilidad para los Estados miembros de adoptar disposiciones – de conformidad con los tratados constitutivos – destinadas a prohibir, de forma general o parcial, la transferencia de residuos o a levantar sistemáticamente objeciones a tal transferencia. Tal posibilidad pretende garantizar el respeto a los principios de proximidad, prioridad a la valorización y autosuficiencia impuestos a nivel comunitario, más asegurar igualmente que las transferencias de residuos respeten los planes de gestión de los mismos, y, principalmente que las legislaciones nacionales de protección ambiental, orden público, protección a la salud, no sean irrespetadas. La consagración de tal posibilidad en relación con los residuos destinados a la eliminación modificó esencialmente el sistema consagrado anteriormente por la Directiva de 1984 que no la admitía.¹¹

¹¹ La Directiva permitía únicamente levantar objeciones en tales circunstancias.

En relación con los residuos destinados exclusivamente a la valorización son aplicadas las normas sobre el procedimiento de notificación obligatorio antes referidas. En este caso los Estados miembros de expedición, destino y tránsito pueden objetar la transferencia, más no es necesaria la autorización para la transferencia de parte del Estado de destino. La transferencia puede realizarse después de transcurrido un plazo de treinta días, siempre y cuando no haya sido presentada ninguna objeción. La autorización es, en consecuencia, tácita. El Reglamento prevé dos hipótesis en las que pueden levantarse objeciones:

a) cuando la transferencia es contraria a los planos de gestión de residuos que hayan sido comunicados a la Comisión Europea;

b) cuando la transferencia no respeta las legislaciones nacionales relativas a la protección del medio ambiente, del orden público, de la seguridad pública o de la protección a la salud.

Como lo señalaría la Corte de Justicia de Comunidades Europeas en su decisión de 29 de junio de 1994¹², el Reglamento está lejos de armonizar de forma completa las normas relativas a la transferencia de residuos entre los Estados miembros de la Unión, sus normas pueden ser entendidas como un esfuerzo para “una renacionalización organizada del asunto”¹³ puesto que de acuerdo con el principio de la subsidiariedad las autoridades nacionales y locales estarían en mejores condiciones que las comunitarias para aplicar y garantizar el cumplimiento de las normas de protección ambiental.

B. La jurisprudencia comunitaria

La evolución de la jurisprudencia en esta materia es bien interesante. Debido al enfrentamiento entre dos principios tan importantes para la formación de un mercado común, a fin de admitir restricciones a la libertad de circulación fundadas en la

¹² Caso 187/93, Parlamento v. Consejo, Sentencia CJCE de 29-06-1994, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*, 1 - 1994, 2857.

¹³ Cita del Abogado General F. G. Jacobs en sus conclusiones, decisión referida en la nota anterior.

protección al medio ambiente la Corte exigiría a los Estados miembros su justificación fehaciente. Nos referiremos brevemente a algunas decisiones claves, principalmente dos relativas a prohibiciones a la exportación de residuos y una a la importación de los mismos.

La primera gran sentencia sobre el conflicto libre circulación y protección ambiental es conocida como “Inter-Huiles” y data de 1983: *Syndicat National de Fabricants Raffineurs d’Huiles de Graissage v. GIE Inter-Huiles*¹⁴. En tal ocasión fué discutida una prohibición francesa a la exportación de residuos de aceite, fundamentada, entre otros motivos, en razones de protección al medio ambiente. La normas francesas para la eliminación o disposición del aceite utilizado eran más drásticas que en otros Estados (principalmente Bélgica), pues se prohibía la utilización de residuos de aceite como combustible y se insistía en su reciclaje para lubricantes – mucho más caro. Según la opinión de la Asociación Francesa de Procesadores de Aceite usado, sin la prohibición a la exportación los residuos de aceite francés podrían ser exportados a Bélgica e incinerados con efectos nocivos para el medio ambiente belga. La Corte decidiría contrariando esa posición: en los casos en que los aceites fuesen vendidos para su eliminación o regeneración autorizada en otro Estado, como en aquellos en que esa eliminación se realizaba en el Estado de origen, la protección ambiental era efectivamente garantizada. El Tribunal dió en esta ocasión prioridad a la libre circulación de bienes condenando las restricciones ligadas aparentemente a la protección ambiental.

En 1987 la Corte de Justicia tendría una vez más la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en la decisión “Nertsvoeder Fabriek”: *Openbaar Ministerie v. Nertsvoeder Fabriek Nederland*¹⁵. La Corte debía decidir sobre la compatibilidad con las normas comunitarias de las disposiciones de un estatuto público alemán que imponía la utilización obligatoria de instalaciones de recuperación situadas en Alemania para la disposición de desechos provenientes de mataderos. A fin de evitar riesgos para la salud pública el estatuto (*Destruchewet*) obligaba a los generadores y mantenedores de mataderos a utilizar exclusivamente las compañías de reciclaje encargadas por su distrito particular y que procesaban tales residuos transformándolos en alimentos para animales. Como consecuencia de tales disposiciones las exportaciones de este tipo de residuos para los Países Bajos fueron prohibidas.

En esta ocasión el Tribunal de Luxemburgo consideraría que la prohibición era incompatible con el artículo 34 del Tratado de Roma. Para la Corte el objetivo de protección a la salud pública así como la protección al medio ambiente sería alcanzado en la medida en que los residuos fuesen vendidos a un establecimiento

¹⁴Caso 172/82, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*, I - 1983.555.

¹⁵Caso 118/86, en *Coletânea de Jurisprudência da CJCE*, I - 1987.3883.

especializado, independientemente del Estado miembro en que tal establecimiento estuviese localizado. El resultado sería equiparable al obtenido con la eliminación o utilización de los residuos en el Estado de origen.

En septiembre de 1988 la Corte de Justicia emitiría una decisión, relativa a la circulación de bienes en general, en la cual reconocería la posibilidad para un Estado miembro de justificar medidas restrictivas a la circulación de mercancías por motivos de protección al medio ambiente, pero dejaría claro que al hacerlo los Estados deben respetar el principio de proporcionalidad y minimizar el impacto que las medidas tienen sobre dicha libertad fundamental.¹⁶

¹⁶Caso 302/86. Comisión v. Dinamarca (Caso de las botellas danesas) sentencia CJCE de 20-9-88, en *Coletânea de Jurisprudência da CJCE*. 1988. 4607.

¹⁷Caso 2/90. Comisión v. Bélgica, en *Coletânea de Jurisprudência da CJEC*. 1 - 1992.4431.

El último análisis relativo a la cuestión que nos ocupa sería hecho por la Corte de Justicia en 1992 – “Residuos de Valonia”¹⁷ – y plasma una ligera mudanza del Tribunal en la aproximación y solución del conflicto libre circulación y defensa del medio ambiente. La Comisión de Comunidades Europeas se enfrentaba a Bélgica a través de una acción de incumplimiento. Las autoridades regionales de Valonia habían adoptado una medida prohibiendo que las instalaciones situadas en el territorio para la eliminación de residuos fuesen utilizadas para residuos originados de otro Estado. Dos fundamentos utilizados por la Corte en esta oportunidad deben ser destacados. En primer lugar, el Tribunal supranacional aborda el problema de la disposición transfronteriza de residuos bajo las normas del Tratado relativas a la libre circulación de bienes. de esta manera rechaza implícitamente la posición defendida por algunos Estados miembros (principalmente Alemania) según la cual en relación con este problema no podría aplicarse ninguna de las normas relativas a las libertades fundamentales, pues esta actividad no consistía en una actividad “económica” y en consecuencia no era comprendida en el concepto de integración económica reglamentado por el Tratado.

En segundo lugar, la Corte pone de relieve el principio de la auto-suficiencia en materia de disposición de residuos para la protección ambiental, así, una restricción de importar residuos de origen extranjero puede ser necesaria para proteger el medio ambiente dentro de una comunidad y por esa razón puede prevalecer sobre la libre circulación de bienes. El Tribunal se refiere al artículo 130 R que impone la obligación de rectificar en la fuente los efectos nocivos contra el medio ambiente. La Corte también se refiere a la posibilidad, prevista por la Directiva CE 84/631 sobre circulación transfronteriza de residuos peligrosos, de que los Estados miembros puedan levantar objeciones a la importación de residuos sobre la base de leyes y reglamentos internos. En tales circunstancias el Estado miembro de destino examina cada caso particularmente, no siendo posible establecer una prohibición de carácter general.

Como vemos la jurisprudencia de la Corte no fué modificada, más el análisis del problema presenta otro enfoque más favorable a la protección ambiental y menos mercantilista, obediendo a las nuevas tendencias dentro del proceso integracionista dentro de la Unión.

II

La experiencia en el Mercosur

Al cumplirse ocho años de haberse originado el proceso integracionista del Mercosur las metas establecidas están lejos de concretizarse, más no podemos olvidar que el tiempo es un elemento esencial en este tipo de proceso y a pesar de que ni la zona de libre comercio ni la unión aduanera están constituidas, el balance inicial de esta experiencia no es negativo. La abertura y el desarrollo de los intercambios – no solamente comerciales – entre Estados, que hasta entonces eran completamente aislados unos de los otros, constituyen por sí mismos un factor de evolución en la subregión. No obstante, no debe perderse de vista que los Tratados constitutivos persiguen objetivos de integración regional que exigen para su realización la adopción de mecanismos e instrumentos precisos, y lo que es más importante: un verdadero y serio compromiso político de los Estados con tales fines.

En relación con nuestro tema de análisis, examinaremos los avances que en el marco del derecho material han sido realizados en el Mercosur con miras a conciliar los intereses económicos de la libre circulación con la protección ambiental (A) para posteriormente detenernos brevemente en el análisis de las debilidades instrumentales del sistema, propias a la naturaleza del derecho internacional (B).

A. El derecho material

Como ya referimos en la introducción el próprio Tratado de Asunción impone la obligación de realizar los objetivos comerciales garantizando el respeto y preservación del medio ambiente. Dentro de los distintos subgrupos de trabajo que figuraban en el anexo V de este instrumento internacional, fué discutido el tema ambiental. En la segunda Reunión de Cúpula de Presidentes fué decidida la creación de una Reunión Especializada en Medio Ambiente (REMA), medida que se concretizó a través de la Resolución 22/92 del Grupo Mercado Común.

Como bien lo refiere la profesora argentina Leila Devia¹⁸, el trabajo de la REMA se concentró en detectar las asimetrías políticas y legislativas que podrían afectar la competencia entre las empresas y la competitividad de los productos. Tal actividad contribuiría a establecer una relación horizontal entre los distintos subgrupos de trabajo. Los temas tratados en el seno de la reunión fueron principalmente:

¹⁸DEVIA, Leila. "La política ambiental en el marco del Tratado de Asunción", en: *Mercosur y medio ambiente*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 27-34.

a) el análisis de la legislación vigente en materia ambiental en los cuatro Estados;

b) la proposición de directrices en el área específica de la protección ambiental y la concertación de las políticas ambientales de los Estados;

c) la determinación de las restricciones no arancelarias al comercio vinculadas a la protección del medio ambiente.

Igualmente fueron identificados los tratados internacionales, ratificados por los Estados del Mercosur (no necesariamente por todos), en materia ambiental considerados prioritarios, entre los cuales destacaremos la Convención de Basilea sobre circulación transfronteriza de residuos peligrosos, ya mencionada.

En 1994 el Grupo Mercado Común aprobaría por Resolución 10/94 una serie de directrices básicas en materia ambiental. En tanto que el Consejo Mercado Común adoptaría en agosto de ese año la Decisión 2/94, comprendiendo el Acuerdo sobre el transporte de mercancías peligrosas en el Mercosur. Dentro del preámbulo se deja claro que la existencia de reglamentaciones nacionales diferentes puede dificultar el intercambio internacional de estos bienes, siendo necesario establecer padrones mínimos de seguridad para el intercambio de los mismos, independientemente de la modalidad de transporte utilizada. El Acuerdo comprende 10 artículos, a los cuales sería incorporado posteriormente el décimo primero por Decisión 14/94 del CMC y dos Anexos. Todas las disposiciones son bastante generales y tienen como fundamento las Recomendaciones edictadas por la ONU sobre esta cuestión y reenvían, en la mayoría de los casos, a las normas nacionales de los Estados, lo que no contribuye en realidad a una armonización de las mismas. Así por ejemplo, el artículo 5º dispone: “La circulación de las unidades de transporte con mercancías peligrosas será regida por las normas generales establecidas en este Acuerdo y por las disposiciones particulares de cada Estado Parte”.

Entre las normas llama la atención el artículo 3º cuyo tenor es el siguiente: “Cada Estado-Parte se reserva el derecho de prohibir la entrada en su territorio de cualquier mercancía peligrosa, mediante previa comunicación a los demás Estados”. El dispositivo contiene una verdadera reserva a favor de los Estados que no estaría sometida – en principio – a ningún control, situación bien diferente del principio consagrado por el artículo 2º del Anexo I del Tratado de Asunción que comprende la definición de gravámenes y restricciones a la libre circulación de bienes. Esta última disposición prevé, a través del renvio al artículo 50 del Tratado de Montevideo, las hipótesis de excepción a la regla general. Tales excepciones son específicas, su interpretación es restricta y las medidas adoptadas no podrán constituir discriminaciones arbitrarias, ni restricciones disfrazadas al comercio entre los Estados

¹⁹Sobre esta disposición: ESTRELLA FARIA, José Angelo. *O Mercosul: Principios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, Núcleo de Assessoramento Técnico. 1993. ps. 101-109.

partes.¹⁹ Esa misma orientación es seguida en la Unión Europea. En el Mercosur, entonces, la circulación de mercancías peligrosas escapa a las reglas generales sobre libre circulación. Si por un lado se dá prioridad a los intereses ambientales del Estado, por otro la existencia de tal disposición podría dar lugar posteriormente a conflictos entre los Estados miembros debido a su eventual utilización arbitraria por las autoridades estatales.

El Consejo Mercado Común adoptaría en 1995 la Decisión I/95 previendo la creación de un subgrupo de trabajo dedicado al estudio de las cuestiones ambientales – el subgrupo de trabajo 6 sería constituido por la resolución GMC 38/95 substituyendo la REMA. Como funciones prioritarias del subgrupo fueron señaladas:

a) la identificación de las restricciones no aduaneras, trabajo que sería desarrollado en colaboración con el comité técnico 8, vinculado a la Comisión de Comercio del Mercosur y encargado de detectar e identificar nuevas restricciones;

b) la eliminación de posibles obstáculos al acceso a los mercados, vinculados con la protección ambiental, afectando la competitividad por el aumento de los costos de producción;

c) la armonización y aprobación de normas sobre la evaluación del impacto ambiental (complementando lo anterior);

d) la identificación de las normas internacionales de gestión ambiental y el impacto de su aplicación como factores diferenciadores de la competitividad para los productos originarios del Mercosur;

e) el estudio de ciertos temas sectoriales propuestos por los demás subgrupos de trabajo;

f) la elaboración de proyectos de instrumentos jurídicos relativos a la protección del medio ambiente, visando la optimización de los niveles de calidad ambiental;

g) el establecimiento de un sistema de informaciones sobre las cuestiones ambientales;

h) el análisis de la futura implantación de un “sello verde” en el Mercosur.

Tales tareas deberían obedecer, en principio, un calendario determinado con plazos comprendidos hasta diciembre de 1997.

Durante la XIII Reunión del Consejo Mercado Común, en diciembre de 1997, fué adoptado por Decisión 8/97 el régimen de infracciones y sanciones del acuerdo sobre transporte de mercancías peligrosas, destinado a complementar las Decisiones 2/94 y 14/94, al ser circunscripto como Anexo III de la primera. La Decisión 8/97 persigue dos objetivos primordiales: 1º) posibilitar a las autoridades competentes de los Estados-Partes el cumplimiento de las normas de los mencionados instrumentos y “la consecuente aplicación de sanciones ajustadas en función de la gravedad de la infracción cometida.”²⁰; 2º) reducir en el mayor

²⁰Primer Considerando de la Decisión, publicada en el *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, SAM, n. 5, junio 1998, ps. 13-20.

grado posible los riesgos vinculados al transporte de este tipo de mercancías en los Estados miembros. El capítulo II se ocupa en términos generales de las infracciones y de las sanciones; las primeras clasificadas en leves, graves y muy graves, las segundas comprenden desde multas a la caducidad del permiso de transporte internacional. Los capítulos siguientes tipifican las infracciones que pueden ser cometidas en el transporte por carretera (capítulo III) y por vías ferreas (capítulo IV), determinando en cada caso las sanciones correspondientes.

De los esfuerzos realizados hasta hoy podemos concluir que la problemática ambiental no es ajena a las autoridades del Mercosur. Y no podría ser diferente si tenemos en cuenta que tres de las cuatro Constituciones Nacionales consagran expresamente el Derecho a un medio ambiente sano y los cuatro países poseen normas relativas a la protección ambiental de variada naturaleza, en algunos casos sin que exista un cuerpo de instrumentos diferenciado para la protección ambiental. Aparentemente hay una consciencia de que la no adopción de pautas comunes, que más tarde lleven a la implantación de una verdadera política común en esta área, puede dificultar la realización de los objetivos comerciales, debido a la aparición de obstáculos a nivel nacional a la libre circulación y a la libre competencia entre las empresas situadas en la región. Tal preocupación no estuvo presente en los primeros años del proceso europeo. Sería lamentable que tales esfuerzos y acciones no sean efectivamente concretizadas por los gobiernos interesados.

B. Las debilidades del sistema en el ámbito instrumental

Si bien, como acabamos de analizar, desde el punto de vista del derecho material hay que constatar la intención de conciliar los intereses económicos y los intereses ambientales dentro de la región, desde el punto de vista del desarrollo y de la aplicación de las normas se hace evidente la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del derecho internacional para la realización de objetivos propios a la integración regional, principalmente a la formación de un mercado común.

Dos problemas preliminares pueden ser señalados dentro del sistema existente en el Mercosur:

a) *la necesidad de internalizar las normas contenidas en los instrumentos de los órganos de decisión.* La estructura institucional del Mercosur es característica de las organizaciones internacionales de cooperación. No hay en el sistema ninguna referencia a la existencia de poderes supranacionales, en consecuencia, toda decisión adoptada por cualquiera de los tres órganos señalados en el artículo 2º del Protocolo de Ouro Preto y obligatoria para los Estados²¹ debe ser incorporada al orden jurídico

²¹ Artículo 9, 15 y 20 del Protocolo de Ouro Preto.

²²En la Unión Europea la situación es bien diferente debido al carácter supranacional de las normas adoptadas en su seno. Los Estados no pueden realizar ningún acto de internalización, las normas penetran directamente (en regla general, principalmente aquellas contenidas en los Reglamentos) en los ordenes jurídicos nacionales. Si un Estado publica un reglamento, por ejemplo, estará violando la propia naturaleza del orden comunitario y podrá ser responsabilizado por eso. Ver entre muchos otros: BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*. 5. ed., Paris: Montchrestien, 1995; ISAAC, Guy. *Droit Communautaire Général*. 4. ed., Paris: Masson, 1994; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *Qué Unión Europea?*, Madrid: Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1996; MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, José. *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid: Mc Graw Hill, 1997; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed., Madrid: Editorial Trivium, 1997; MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Das Comunidades à União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; QUADROS, Fausto De. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1991; SIMON, Denys. *Le Système Juridique Communautaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

²³En la práctica ya fué constatado tal problema: el STF debió pronunciarse varias veces en 1997 y 1998 sobre la no incorporación en el Brasil del Protocolo sobre medidas cautelares del Mercosur y su imposibilidad de ser aplicado en casos concretos. Tal instrumento era aplicado en los demás Estados debido a su internalización en ellos, principalmente en Argentina.

interno de cada uno de ellos para poder ser aplicada por las autoridades nacionales y eventualmente invocada por los particulares, como es normal en el ámbito del Derecho Internacional Público. Así se desprende de los artículos 42 y 38 del Protocolo de Ouro Preto.

El artículo 42 establece: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y deberán, *cuando necesario*, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país". El artículo 38 estipula el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de los órganos de decisión en sus respectivos territorios. En el párrafo único se determina que los Estados informarán sobre las medidas adoptadas a tales finalidades a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Destacamos la mención "cuando necesario" hecha en el artículo 42 pues podría entenderse que algunas de las normas adoptadas en el seno de la organización internacional no precisarían de internalización en el orden interno, penetrando en él directamente. La "incorporación" a que el artículo hace referencia debe entenderse, en nuestra opinión, como desarrollo legislativo o reglamentario del respectivo instrumento en el ámbito interno, visando la aplicación de sus normas, mas no puede ser interpretada en el sentido de no necesitar de un acto que las haga formar parte del orden jurídico interno. Todas las decisiones deberán ser internalizadas, aun cuando sea de la forma más simple: por su publicación en el diario oficial o por la emisión de atos administrativos que reproduzcan sus disposiciones.²² Esto se debe a que son normas de naturaleza internacional. El procedimiento de internalización es pues de competencia exclusiva de cada Estado y se realiza de acuerdo con las disposiciones del derecho interno previstas a ese fin. No existe un plazo máximo para llevar a cabo tal tarea, el Estado goza de discrecionalidad en esta materia. El hecho de que las normas sean internalizadas en algunos de los Estados pero no en todos constituye por sí mismo un obstáculo a la efectiva realización de un mercado único.²³

En una tentativa de garantizar la entrada en vigor de las decisiones simultaneamente en el territorio de los cuatro Estados, el artículo 40 consagra un procedimiento: una vez que los cuatro Estados han internalizado el instrumento correspondiente, avisan a la Secretaría Administrativa que comunicará este hecho a cada uno de los Estados, treinta días después de tal comunicación las normas entrarán en vigor en el territorio de la región. Todo depende, en último caso, de la voluntad y celeridad de los Estados en aplicar las normas del Mercosur. El sistema no es el más seguro ni efectivo si lo que se quiere es crear un mercado común.

b) *La jerarquía de las normas emanadas de los órganos de decisión del Mercosur en el orden jurídico interno, depende de cada uno de los Estados.* El "Derecho Comunitario" es, como mencionamos anteriormente, el sistema jurídico propio del proceso de integración europeo. Entre sus características, consagrada por la jurisprudencia de la Corte de Justicia, está la primacía de sus normas frente a las disposiciones nacionales. Esto porque, como lo señalara el gran Profesor Leontin Constantinesco, las normas deben tener la misma fuerza obligatoria en todos los ordenamientos jurídicos y vincular de la misma forma a todos los Estados miembros.²⁴ Los fundadores del sistema, así como el Tribunal supranacional, entendieron que de otra forma la efectiva realización de los objetivos de integración podría ser obstaculizada por los Estados miembros al invocar sus legislaciones nacionales.

En el ámbito del Mercosur la cuestión es bien diferente, el derecho internacional es la orden aplicable al proceso. A pesar que la jurisprudencia y la doctrina internacional, así como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, consagran el principio de la prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno²⁵, la solución del conflicto depende de cada Estado. En muchos casos la jerarquía que los tratados internacionales poseen dentro del orden jurídico interno está plasmada en la Constitución²⁶, pero en muchos otros la Carta Magna guarda silencio²⁷. En tal hipótesis la solución queda en manos de los jueces nacionales que se confronten con el problema. En ese caso si los tribunales no consagran la primacía de las normas internacionales, un proceso de la naturaleza y envergadura como es el de integración subregional, puede verse seriamente afectado y la seguridad jurídica amenazada. La solución disímil del conflicto entre la norma internacional y la norma interna en los Estados miembros constituye por sí misma un obstáculo para los objetivos de la integración en la región.

Otro punto de debilidad del sistema Mercosur está en la posibilidad de conflictos que pueden generarse entre las normas adoptadas a nivel central y las legislaciones emitidas a nivel estatal y municipal, en materia ambiental, debido a la separación de competencias entre el Poder central y sus subdivisiones locales, en particular en los Estados Federales como Argentina y Brasil. Ese enfrentamiento puede conllevar la violación de obligaciones internacionales y la creación de obstáculos para la efectiva realización de las libertades fundamentales de un mercado común.

La ausencia de mecanismos y de órganos que garanticen una interpretación uniforme de las decisiones adoptadas en el seno de la organización internacional, así como la ausencia de instrumentos destinados al control de la legalidad de las mismas, constituye sin duda una laguna en el proceso integracionista del Cono Sur. La interpretación disímil de las normas es una barrera a la aplicación uniforme de las mismas.

²⁴CONSTANTINESCO, Leontin. "Las relaciones del Derecho Comunitario con el derecho de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea", en *Derecho de la Integración*, n. 2, abril, 1968, ps. 50-85.

²⁵Ver entre muchos otros: ARBUET VIGNALI, Heber. y ARRIGHI, Jean Michel. "Os vínculos entre o Direito Internacional Público e os sistemas internos", en: *Revista de Informação Legislativa*, n. 115, julho/setembro, 1992, ps. 413-420; SHAW, Malcom. *International Law*, 4. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997, ps. 99-136.

²⁶Como ejemplos podemos citar las Constituciones Argentina y Paraguay: artículos 75 & 22 y 141 respectivamente.

²⁷Es el caso de las Constituciones Brasileña y Uruguaya respectivamente.

Finalmente, podemos señalar como otro factor negativo dentro del proceso la falta de transparencia en la adopción de las normas comunes. Muchas veces las normas solo se hacen conocidas en el momento en que su internalización es realizada, antes de esto los distintos sectores de la sociedad, en los cuatro Estados, no son realmente consultados. Es cierto que este problema se presenta también dentro de un sistema tan avanzado como la Unión Europea, más en los últimos años se han ideado mecanismos dirigidos a corregir, de la mejor manera posible, tal situación. En el Mercosur la creación del Foro Consultivo Económico y Social persigue, entre otros, tal objetivo, más hasta ahora la intervención de dicho órgano ha sido bastante precaria. En una materia como la protección ambiental y la influencia que ella puede tener en la realización de los fines establecidos por los Tratados Constitutivos la transparencia juega un rol primordial.

Hemos tratado de hacer referencia a algunos de los puntos que consideramos críticos dentro del proceso de integración regional, estamos conscientes que en el momento actual la situación no vá a cambiar radicalmente pues otras preocupaciones están en la mira de los gobiernos nacionales. El Brasil enfrenta una situación económica delicada y su posición en relación a la modificación estructural profunda del sistema es negativa, se dá preferencia a las soluciones “pragmáticas” de los problemas que se vayan presentando. No obstante, a largo plazo habrá que adoptar posiciones más precisas si la intención es avanzar a una integración más profunda...el tiempo lo dirá. Hacemos votos para que prime el deseo de mejorar las condiciones de vida de los pueblos de la región, no solamente la situación de los grupos económicamente más fuertes.

Martha Lucía Olivar Jimenez es Profesora de Derecho Comunitário de la Maestria en Derecho de la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

OS DIREITOS DE
PROPRIEDADE
INTELECTUAL A SERVIÇO
DA BIODIVERSIDADE:
uma questão conflituosa

*Catherine Aubertin
Valérie Boisvert*

A questão dos direitos de propriedade intelectual sobre os recursos genéticos serve de referencial para os debates a respeito da biodiversidade. Ocorre que a escolha de um regime de proteção da diversidade biológica acaba por determinar a sua transformação em mercadoria ou a sua manutenção num estatuto particular, por se tratar de ser vivo e pela dimensão estratégica que apresenta como conjunto de recursos agrícolas. Coexistindo com outros regimes de proteção, a Convenção sobre a Diversidade Biológica ratifica a extensão das patentes às diferentes formas de vida. De outra parte, as ONGs, ao liderarem a oposição à mercantilização dos seres vivos, projetam a inadequação dos direitos de propriedade intelectual às variedades agrícolas e às plantas farmacêuticas, em particular nos países do Sul. Elas preconizam a adoção de direitos dos trabalhadores do campo e dos povos da floresta, fundados na tradição e na propriedade comunitária.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica firmada no Rio de Janeiro propôs valorizar o trabalho de conservação das “comunidades locais e das populações autóctones”, ratificando a evolução progressiva do patenteamento dos recursos genéticos e das inovações biotecnológicas. Por um lado, afirma-se que as populações devem associar-se à divisão igualitária das vantagens decorrentes de seus saberes e de suas práticas; por outro lado, legaliza-se a extensão dos direitos de propriedade intelectual¹ aos seres vivos e tenta-se aplicá-los a seu objetivo de conservação da biodiversidade. Esses dois aspectos parecem entretanto dificilmente conciliáveis, como vamos demonstrar.

A ambivalência da Convenção testemunha o caráter ao mesmo tempo central e controvertido dos direitos de propriedade intelectual nas discussões sobre a biodiversidade. Da mesma forma que a avaliação econômica², o tema dos direitos de propriedade é objeto de um desvio estratégico por parte de diferentes atores em cena. Surge como elemento estruturante, um referencial para os debates, e uma linguagem imposta para a formulação dos pontos de vista. Além disso, não se poderia considerar as discussões sobre os direitos de propriedade intelectual como exclusivamente técnicas. Se a carta revela inegavelmente a competência do jurista em relação a tais direitos, estes também refletem as percepções econômicas e, de modo mais geral, visões do mundo diferentes.

Conforme a perspectiva econômica dominante, para que o mercado possa instalar-se e para que as soluções econômicas possam aplicar-se à gestão sustentável da biodiversidade, é preciso que direitos de propriedade tenham sido previamente estabelecidos. A erosão da biodiversidade é, com efeito, interpretada como uma consequência da ausência ou da imperfeição do mercado, acarretando a dissociação entre poder de ação e responsabilidade. Considera-se então que os bens úteis não apropriados que constituem a biodiversidade, podem ser esgotados livremente, ao sabor das necessidades da atividade econômica, sem o cuidado de sua preservação. Uma vez objetos de um direito, cobertos por uma patente, por exemplo, eles se tornam mercadorias e são comercializados por seus proprietários. A adoção generalizada de direitos de propriedade intelectual comprova a adesão implícita à tese da superioridade do mercado como modo de regulação e como modo de alocação ótima dos recursos genéticos. Assim, os direitos de propriedade intelectual, em particular as patentes, presumem garantir, ao mesmo tempo, o desenvolvimento das biotecnologias, uma adequada remuneração para o inventor, a divisão equitativa dos benefícios extraídos da biodiversidade, a manutenção dos conhecimentos tradicionais e uma melhor gestão dos recursos genéticos.

¹ Forma particular de direitos, destinados a proteger os produtos da criatividade do homem (patentes, direitos autorais, marcas registradas, etc.).

² AUBERTIN, C. & VIVIEN, F. D. *Les Enjeux de la biodiversité*. Paris: Economica, 1998. (Collection Poche Environnement), p. 17-26.

Em contrapartida, as ONGs e os representantes de comunidades do Sul e de povos indígenas que reivindicam direitos para os povos da floresta e para os trabalhadores do campo, estimam que generalizar o apelo aos direitos de propriedade intelectual é negar aos recursos genéticos seu caráter particular, anular a especificidade do ser vivo e participar da lógica da homogeneização do processo de globalização. Além disso, reclamam para esses povos e agricultores a possibilidade de preservar-se do mercado e das lógicas a que ele induz. O grupo ou a comunidade – e não o indivíduo – são considerados como a unidade de decisão e gestão dos recursos, como a entidade econômica de base. O objetivo de maximização do proveito individual é contrário ao de estabilidade e perenidade do grupo. A mercantilização dos recursos e a globalização daí decorrente são percebidas como ameaças para a independência dos povos, a democracia, a segurança alimentar...

A adaptação dos direitos de propriedade aos seres vivos

Os direitos de propriedade intelectual constituem uma forma particular de direitos, concebida para proteger os produtos da criatividade do homem. Seu princípio geral consiste em que ao detentor do direito é outorgado um monopólio sobre a exploração do material em questão, porque ele desenvolveu esforços e investimentos para criar o produto. Sistemas específicos de direitos que se aplicam exclusivamente aos cultivares – variedades vegetais cultivadas, portanto utilizadas e melhoradas pelo homem após uma seleção orientada – foram desenvolvidos a fim de considerar o caráter original e estratégico dos recursos agrícolas. Ao mesmo tempo em que garantem uma certa proteção da inovação, não restringem a circulação dos recursos genéticos. Com o progresso da engenharia genética, expandiram-se novas práticas em matéria de proteção da inovação: as patentes, até então consagradas às invenções industriais sem consideração pela natureza da inovação protegida, estenderam-se às invenções biotecnológicas. Contribuem, assim, para fixar as particularidades dos recursos genéticos e fazer deles uma mercadoria como qualquer outra.

Os sistemas de proteção das plantas

Os primeiros sistemas de proteção aos cultivares visavam garantir a segurança alimentar e sustentar a atividade dos agricultores, resguardando também os interesses do inventor. Uma vez constituídos como fator estratégico e geopolítico, fez-se necessário que o acesso aos recursos fitogenéticos fosse franqueado a todos.

Os certificados de propriedade de cultivares

A partir de 1920 abre-se o debate sobre a proteção das plantas. Seus termos permanecem atuais: teme-se a elevação dos custos de produção se há direitos de propriedade a pagar, teme-se que os produtores selecionem apenas as variedades mais rentáveis e restrinjam-se tão somente a uma produção homogênea, acarretando a erosão da diversidade das espécies vegetais disponíveis. Em 1961, um acordo internacional para a proteção de cultivares é firmado em Paris.³ Na ocasião, funda-se a Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV).

Nesse sistema, a variedade vegetal é protegida, mas pode ser utilizada como recurso genético para a criação de uma nova variedade, sem que nenhuma dependência em termos de direito seja estabelecida entre as duas. Existe portanto acesso livre e gratuito ao recurso genético, tanto para os pesquisadores quanto para a invenção e a seleção.

A FAO e o patrimônio comum da humanidade

A FAO, pela sua própria missão – garantir a segurança alimentar e promover o desenvolvimento rural sustentável – está ligada a um objetivo de conciliação entre conservação e desenvolvimento: procura estimular os melhoristas a utilizar os mais diversos recursos genéticos, favorecendo a multiplicidade de cruzamentos e a livre circulação de genes. Em seu Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos de 1983, finalmente assinado por mais de cem países, a FAO defendia a noção de patrimônio comum da humanidade com livre acesso aos recursos, bem como o direito dos agricultores – *farmer's rights*. Como forma de promover esses direitos, pregava negociações multilaterais para regulamentar as trocas de recursos genéticos.

Em sua primeira versão, o Compromisso baseava-se no “princípio universalmente aceito de que os recursos genéticos são patrimônio comum da humanidade e que, conseqüentemente, devem ser acessíveis, sem nenhuma restrição”. Esta noção de patrimônio da humanidade pressupõe garantir a todos o acesso aos germoplasmas para fins de desenvolvimento e avanços científicos.

Os direitos dos agricultores, por seu turno, deviam assegurar compensação financeira e transferências de tecnologia, em razão da contribuição passada, presente e futura das comunidades rurais para a conservação e o desenvolvimento dos recursos fitogenéticos. Um mecanismo de justa repartição dos benefícios permitiria a criação de um fundo de financiamento. Para tanto, seria preciso definir as modalidades de participação dos países financiadores, bem como regras de atribuição ou de partilha aos agricultores comprometidos em empreender ações de conservação. A questão, debatida já há quinze anos, é complexa e encontra numerosos obstáculos.

³ ILBERT, H. & TUBIANA, L. *Protection Juridique des inventions biotechnologiques: analyse de la directive européenne et propositions*. Solagral, 1992. (Collection Réseau Biotechnologique).

Os dois sistemas, o certificado de propriedade de cultivares e o sistema da FAO, são coerentes: fincada na terra, a planta cujos caracteres genéticos se quer estudar é de livre acesso, conforme a noção de “patrimônio comum da humanidade”; a invenção vegetal protegida por um certificado de patente é também de livre acesso para os pesquisadores. O livre acesso à variedade genética fica assim garantido.⁴ Contudo, esses dois sistemas tiveram de ser modificados para responder à evolução das práticas e ao aumento do número de patentes de biotecnologias pelas empresas transnacionais.

⁴ JOLY, P. B. Les ressources phytogénétiques et leur gestion, exemple des CIRAs. In: *Biodiversité: le fruit convoité*. FPH/Solagral. 28, 50-58, 1994.

Os critérios da proteção assegurada pela UPOV foram revisados em 1991. A proteção estendeu-se às variedades botânicas, ou seja, à biodiversidade “selvagem”, sendo que o princípio de livre acesso à variedade como recurso genético foi questionado.

Os países do Sul contestaram o princípio de livre acesso a seus recursos genéticos, instituído pela FAO. Segundo eles, esse princípio teria permitido às empresas transnacionais aceder livremente a recursos que, uma vez identificado seu princípio ativo em laboratório, poderiam ser declarados objeto de uma inovação e patenteados. Em oposição a tais práticas, qualificadas de biopirataria, esses países passaram a reivindicar que o princípio de patrimônio comum da humanidade fosse estendido aos produtos das biotecnologias. Por essa razão, diversos países industrializados manifestaram reservas; os Estados Unidos e o Canadá recusaram sua adesão ao Compromisso da FAO, que ainda está em negociação. Os direitos dos agricultores também ficaram suspensos. Como o fundo internacional não foi criado, nenhum mecanismo compensatório ficou previsto para os países do Sul que fornecem recursos genéticos, fora do acesso ilusório às variedades vegetais do Norte.

As recentes descobertas da engenharia genética e os acordos industriais subjacentes colocaram em nova perspectiva a questão da proteção da inovação e da apropriação dos recursos genéticos. Os recursos genéticos “selvagens”, até então menos considerados, são objeto de atenção renovada por parte das indústrias farmacêutica e agrícola, como matérias-primas e como reservas de genes suscetíveis de conferir novas qualidades aos cultivares e às criações de animais.

O recurso ao sistema de patentes

A patente é um monopólio temporário de exploração (concedido na Europa por 20 anos), que dá a seu titular a faculdade de ser o único a fabricar e a comercializar sua invenção, ou de permitir sua difusão mediante pagamento de direitos de propriedade. Entretanto, a patente não é uma autorização de comercialização. Esta deve ser solicitada às autoridades administrativas que garantem o respeito às normas em matéria de saúde, alimentação,

meio ambiente, e que zelam pelo respeito à livre concorrência (lei antitrust, licenças obrigatórias de interesse público...). Por outro lado, o registro de uma patente exige a descrição da invenção e do procedimento que deve ser seguido para reproduzi-la. Assim, a divulgação da invenção oferece informações ao público. Se a invenção não fosse protegida por uma patente, a sociedade poderia ignorar sua criação e não seria possível controlar sua adequação ao bem público.⁵

⁵ GALLOCHAT, A. Peut-on breveter le vivant? *La Recherche*, 261, 25, 56-60, 1994.

A inovação deve responder aos critérios de patenteamento – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial –, isto é, deve caracterizar um progresso claro em relação aos conhecimentos e técnicas anteriores. A aplicação do direito das patentes aos seres vivos não funciona por si. Evolui com o progresso técnico, a demanda industrial e as modificações da visão do mundo dos cartórios de patentes.

O desenvolvimento da engenharia genética efetuou-se em laboratórios, organizados em redes internacionais e ligados aos interesses econômicos privados das indústrias química, farmacêutica e agroalimentar, habituadas aos procedimentos de registro de patentes.

Assim sendo, o recurso à patente para as plantas foi favorecido pelo fato de que a maior parte das descobertas biotecnológicas acontece nos Estados Unidos, onde a agricultura vinculase ao mundo industrial. Na França, onde a pesquisa agrícola é largamente financiada pelo Estado, a indústria de sementes, por tradição mais próxima do mundo agrícola que do industrial, recorre pouco à patente. As sementes podem efetivamente ser protegidas por outros sistemas: os certificados de propriedade, mas também as marcas registradas, os direitos autorais, os segredos comerciais. São também protegidas, de fato, quando se trata de sementes híbridas.⁶

⁶ Com efeito, os híbridos de primeira geração (F1) não podem ser utilizados como porta-grãos, visto que na segunda geração a redistribuição aleatória dos genes faz perder o efeito de heterose.

Por outro lado, as inovações biotecnológicas exigem importantes suportes financeiros, enquanto que, uma vez isolado, o gene é relativamente fácil de ser extraído do organismo modificado e de ser reproduzido, donde a necessidade do recurso a um direito de propriedade intelectual.

⁷ OST, F. *La Nature hors la loi*. Paris: La Découverte, 1995, p. 71.

Foi possível observar uma extensão do campo coberto pela proteção, ao mesmo tempo em que se modificava o tipo de intervenções da tecnociência sobre o dado natural.⁷ Daí em diante, o que pode ser protegido por uma patente não é tão somente o organismo modificado ou o procedimento que permitiu sua obtenção, mas também a informação genética que ele contém, bem como todas as aplicações possíveis. A proteção estende-se então a todos os elementos vivos, plantas selvagens, animais e genes humanos. Pode-se patentear as funções asseguradas por um gene, o que permite estender a proteção a todos os genes que desempenham a mesma função. A patente de um animal transgênico

poderia estender-se a todos os organismos que recebessem o gene identificado. As aplicações das descobertas feitas sobre as ligações entre genes e doença são igualmente cobertas pelas patentes.

O acesso aos recursos transformados é deste modo restrito, pois fica submetido à aprovação prévia do detentor da patente e à compra de seu direito de uso.

O reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual pelas instâncias internacionais

O sistema de patentes recebeu conseqüente apoio da parte do GATT, acordo cujo objetivo consistia em facilitar o comércio internacional e cuja influência sobre as políticas econômicas dos Estados era decisiva. Essa influência aumentou ainda mais com a transformação do GATT em Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1995. Os países membros da organização têm, com efeito, a obrigação de adequar-se aos seus regulamentos. A Convenção sobre a Diversidade Biológica, por sua vez, reconhece os direitos de propriedade intelectual, entre os quais as patentes, como meio de assegurar uma gestão sustentável dos recursos genéticos.

A patente consagrada pelo GATT

A lógica microeconômica que amparou o direito das patentes encontrou expressão institucional e adquiriu caráter de obrigação no plano internacional, por ocasião dos debates que se desencadearam sob a égide do GATT. Acordo comercial firmado em 1948, o GATT visava inicialmente harmonizar as legislações dos países em matéria de comércio internacional de mercadorias.

Durante o ciclo de negociações, chamado Ciclo do Uruguai, que aconteceu entre 1986 e 1994, o acordo ampliou suas prerrogativas: restrito a princípio ao comércio internacional de produtos industriais, seu campo de ação estendeu-se aos direitos de propriedade intelectual, aos serviços, aos investimentos e à agricultura. Domínios até então excluídos das negociações em razão de seu caráter estratégico passaram a ser objeto de investimento. Em 1994, um acordo sobre os direitos de propriedade intelectual ligados ao comércio foi assinado em Marrakech.

O GATT possuía direito de inspeção e coerção sobre as políticas dos países membros, poder que foi reforçado com sua transformação em OMC. Essa organização consagra a evolução do direito das patentes e impõe sua generalização na forma atual. Uma patente pode ser obtida para toda invenção sem discriminação quanto à área tecnológica (artigo 27 do acordo sobre os direitos de propriedade intelectual ligados ao comércio), isto é, não se pode excluir uma invenção do direito de patente, pelo simples fato de tratar-se de ser vivo. Há contudo exceções e

arranjos possíveis. Conforme o artigo 27.5 (3) do acordo sobre os direitos de propriedade intelectual ligados ao comércio, “as partes devem assegurar a proteção das variedades vegetais, seja através das patentes, seja por um sistema *sui generis* eficaz, ou por uma combinação destes dois meios”. Tais direitos ditos *sui generis* são direitos de propriedade intelectual não definidos, que compete a cada país estabelecer por conta própria. Os direitos de propriedade intelectual já existentes, como os certificados de propriedade de cultivares, podem ser aplicados.

A possibilidade de patentear produtos não está em conformidade com numerosas legislações nacionais, de tal sorte que estas precisam ser modificadas para evitar medidas de distorção comercial. O Brasil e a Argentina, por exemplo, flexibilizaram seus regulamentos sem entretanto chegar ao ponto desejado pelos Estados Unidos, enquanto que a Índia, sob a pressão de fortes mobilizações populares, recusa-se a modificar o *Indian Patent Act*, que proíbe patentear formas de vida e permite aos agricultores produzir e comercializar suas sementes como melhor lhes aprouver.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica ratifica o direito das patentes

Pode-se ler a Convenção sobre a Diversidade Biológica como um plano que fixa as modalidades de exploração dos recursos biológicos pela engenharia genética. Em contrapartida ao reconhecimento da extensão do direito das patentes e da manutenção negociada do acesso aos recursos genéticos, a Convenção reconhece aos países a soberania sobre seus próprios recursos genéticos. Propõe também atribuir às comunidades detentoras dos saberes sobre os recursos um direito de propriedade intelectual que ela incentiva a implementar. A Convenção procura enfim promover a transferência de tecnologias no contexto dos acordos bilaterais e define um mecanismo financeiro para ajudar os países do Sul a respeitar as obrigações por ela sugeridas: o Fundo Mundial para o Meio Ambiente (FEM).

A Convenção ordena uma situação considerada inaceitável para os países do Sul, depois do fracasso das iniciativas da FAO. Afirmando, por um lado, a soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos e, por outro, a organização da exploração genética por meio de contratos bilaterais entre Estados e empresas, ela reconhece legalmente o direito à patente dos recursos genéticos.

Os contratos de exploração biológica são apresentados como meio eficaz e benéfico a todos de promover a conservação. Com efeito, as empresas e os institutos de pesquisa podem ter acesso aos recursos genéticos, e os países das comunidades que fornecem recursos e saberes obtêm parte dos lucros e benefícios.

A bioexploração também seria favorável do ponto de vista ecológico: de um lado, o valor atribuído aos recursos genéticos aumentaria, o que faria de sua preservação um objetivo economicamente racional; de outro lado, parte dos lucros provindos da bioexploração seria investido diretamente em programas de conservação *in situ*. Enfim, a bioexploração lança mão de financiamentos privados, o que não é de se desprezar, tendo em vista as dificuldades de estabelecer e alimentar fundos de compensação. Além disso, uma estratégia de conservação baseada em contratos de bioexploração apresentaria a vantagem de ter uma natureza mercantil que favoreceria a aliança e não a oposição às forças da globalização.

Para que tais contratos possam firmar-se, é essencial que os direitos sobre os recursos sejam bem definidos. Assim, a Convenção sobre a Diversidade Biológica apresenta os direitos de propriedade intelectual como condição para a transferência de tecnologia, para o reconhecimento do trabalho de conservação das populações locais e como um dos meios de assegurar a preservação da biodiversidade (artigo 16-5).

A inadequação dos direitos de propriedade intelectual

A extensão dos direitos de propriedade como garantia de gestão sustentável da biodiversidade, do ponto de vista ecológico, econômico e social, suscita numerosas críticas. Centraremos nossa análise na inadequação dos direitos de propriedade intelectual em relação à diversidade dos contextos culturais. A ignorância dos laços particulares que unem as sociedades ditas “tradicionais” à natureza é enfatizada tanto pelos representantes dos países do Sul quanto pelas ONGs e pelos pesquisadores.

De maneira geral, critica-se nos direitos de propriedade intelectual o fato de só se preocuparem com a proteção de interesses industriais, em detrimento de outras preocupações de ordem moral, social ou ecológica. Estas não são de fato sua obrigação, mas a Convenção, apresentando os direitos de propriedade intelectual como instrumento de conservação da biodiversidade, contribuiu para alimentar a confusão.

Uma adaptação improvável à diversidade das situações

As representações e os usos da biodiversidade e, por conseguinte, as relações dos homens entre si e com a natureza, não são as mesmas em todos os lugares. As comunidades cuja vida depende da utilização e da conservação da biodiversidade local não percebem da mesma forma que os industriais a conservação da biodiversidade. Esta é resultado indireto das práticas culturais e econômicas dessas comunidades e não um objetivo econômico ou ecológico.⁸

⁸ BERKES, F., FOLKE, C., GADGIL, M. Indigenous knowledge for biodiversity conservation. *Ambio*, 22, 2-3, 151-156, 1994.

A ética ocidental visa conservar a diversidade genética enquanto tal, e os bancos de genes são constituídos em grande parte para permitir integrar os progressos genéticos oriundos das biotecnologias. Esses bancos de genes seguem um modelo linear⁹ que apresenta clara separação entre as funções de conservação dos genes, de criação e de utilização das variedades. Na gestão das comunidades rurais, ao contrário, a diversidade deve responder a uma grande gama de utilizações e depende da organização social e cultural das sociedades. A utilização dos recursos obedece a um modelo circular no qual o material vegetal desempenha a um só tempo as funções de produção e de reserva genética. As variedades tradicionais não são estruturas genéticas fixas, são, ao contrário, construções genéticas dinâmicas. O que importa conservar não é a diversidade genética enquanto tal, mas os mecanismos que conduziram a esta diversidade e que são produto do trabalho dos agricultores.¹⁰

O exemplo do milho mostra então a que ponto o estatuto de uma planta pode diferir no Norte e no Sul. Plantado num país do Norte quase que totalmente a partir de híbridos comercializados, trata-se de uma monocultura intensiva em grande superfície, cujo produto é destinado principalmente à indústria agroalimentar e à alimentação animal. Nos países do Sul, as sementes comercializadas representam menos da metade do que é semeado. Diferentes tipos de milho, utilizados conjuntamente segundo suas qualidades para diferentes usos alimentares ou religiosos, conforme seu ciclo de produção para controlar o risco, são geralmente inseridos numa policultura familiar em que o milho constitui patrimônio cultural e garantia de alimento.¹¹

Como se pode então desejar a proteção da biodiversidade ligada a tais práticas e saberes, através dos direitos de propriedade intelectual? Como uma instituição concebida para encorajar o progresso técnico pode pretender remunerar uma tradição, permitir a conservação e a transmissão intacta das mentalidades, das produções culturais ou naturais?¹²

Os critérios de atribuição de patentes ou de certificados de propriedade de cultivares não estão adaptados aos saberes indígenas. A invenção coletiva no decorrer das gerações, que caracteriza esses saberes, necessita de um intercâmbio de informações no interior de uma comunidade de produtores, num contexto onde as mudanças são progressivas. Cada avanço não significa propriamente nem uma invenção, nem uma descoberta; considerados globalmente, tais avanços transformam tanto a tecnologia quanto uma invenção individual. As variedades indígenas não se prestam a uma produção do tipo industrial: não possuem as qualidades de estabilidade e de homogeneidade requeridas para a certificação; ao contrário, são diversificadas e variáveis.

⁹ BERTHAUD, J. Strategies for conservation of genetic resources in relation with their utilization. *Euphytica*, 00:1-12, spécial Eucarpia, 1996.

¹⁰ EMPERAIRE, L., PINTON, F., SECOND, F. Gestion dynamique de la diversité variétale du manioc en Amazonie du Nord-Ouest. *Natures, Sciences, Sociétés*, 6, 2, 27-42, 1998.

¹¹ GRAIN. The Biotech Battle over The Golden Grop. *Seedling*, 13, 3, 23-32, 1996.

¹² HERMITTE, M.-A. Les aborigènes, les "chasseurs de gènes" et le marché. *Le monde diplomatique*, 25, 1992.

Numa perspectiva de direitos *sui generis* plenamente adaptados aos saberes e variedades indígenas, seria preciso considerar a propriedade coletiva como noção fundamental e definir a inovação como um processo a longo prazo, cumulativo e informal. Admitindo-se que o princípio de compensação das populações locais seja considerado, que montante poderia constituir uma retribuição justa e realista? Como e de que forma se poderia distribuir os direitos? Essa questão implica a resolução de um certo número de problemas:

– Para muitos povos, natureza e cultura são indissociáveis. Os recursos e os saberes sobre esses recursos pertencem à comunidade ou ao mundo inteiro: a propriedade privada não tem sentido, só existem direitos de uso, objetos de regras estritas.

– Os saberes indígenas se revestem de um caráter público, comum ao povo. Os direitos devem ser atribuídos somente aos indivíduos que detêm os saberes ou à comunidade no seu conjunto? Como retribuir o trabalho das gerações precedentes? É impossível atribuir a exclusividade a determinado grupo ou partilhar os direitos nos centros de diversidade genética.¹³

– A aplicação dos direitos pressupõe que sejam claras as relações entre o Estado-nação e as diversas comunidades e povos que ela abriga. Ou seja, coloca-se um problema de ordem legal. Um Estado pode reconhecer, no seio da comunidade nacional, certos habitantes da floresta ou um grupo de trabalhadores do campo como sujeitos de um direito específico?

– Os procedimentos necessários ao registro de uma patente são complexos e representam custos de transação importantes, o que exclui de imediato um certo número de inventores. O controle do respeito aos direitos e eventuais demandas judiciais impõem custos consideráveis.

– Enfim, pode ser menos oneroso para os industriais agrícolas do Norte dirigir-se a seus bancos de germoplasmas – não submetidos às regras coercitivas da Convenção sobre a Diversidade Biológica porque constituídos antes da homologação da mesma – que procurar recursos genéticos do Sul, de sorte que os benefícios de exploração dos mesmos podem de qualquer modo escapar às comunidades agrícolas ou aos povos indígenas. Qual é então a vantagem dos povos indígenas de recorrer a direitos de propriedade intelectual?

Os direitos de propriedade intelectual parecem mal adaptados, na sua atual forma, para englobar grande parte das inovações não industriais das sociedades do Sul. Além disso, sua modificação para torná-los mais adequados parece de difícil realização: não sancionam a utilidade social das invenções e estão ligados a uma lógica de mercado, fundada no primado do indivíduo e na busca do lucro, modelo cultural de caráter universalista.

¹³São designados por esta expressão os centros de origem das espécies cultivadas, caracterizados por grande diversidade.

Patente é dignidade humana

Os atentados à moral ou à dignidade do homem são muitas vezes evocados contra as patentes, em particular pelas ONGs. É preciso observar, contudo, que as críticas se dirigem menos às patentes propriamente ditas do que às práticas que elas protegem.

Da mesma forma, em razão de distorções, as manipulações de todos os recursos genéticos, quaisquer que sejam, estão contempladas nas críticas, bem como aproximações abusivas entre trabalhos que nada têm de comum, nem tecnicamente, nem quanto a seus objetivos. Assim sendo, ainda que o homem seja explicitamente excluído da Convenção sobre a Diversidade Biológica, a noção de recursos genéticos é por vezes estendida aos genes humanos, hoje objetos de manipulação e apropriação. As patentes sobre os seres vivos, registradas pelas empresas farmacêuticas, são interpretadas como procedentes de uma lógica que acaba provocando a reificação do animal e do homem. A esse respeito, é revelador que as ONGs que condenam as patentes sobre os seres vivos também tenham tomado parte ativa nas denúncias do projeto de pesquisa internacional sobre o genoma humano (HGDP), taxado de biocolonialismo.

Valendo-se de uma simplificação sem dúvida abusiva, os defensores da bioética se erigem assim como detratores das patentes sobre os seres vivos. Reivindicam que sua concessão seja acompanhada de garantias éticas, de transparência da pesquisa, de controle público, a fim de evitar distorções, ou seja, tudo o que a lógica dos direitos de propriedade intelectual não contempla.

Novos atores: as ONGs

A definição de direitos de propriedade intelectual que pretendem proteger os saberes, as práticas e as variedades locais tem sido objeto de múltiplas conferências, redes, sites na Internet. Tal efervescência só se pode compreender analisando o desenvolvimento atual das ONGs. A biodiversidade – e mais precisamente a questão dos direitos de propriedade intelectual – constitui, de agora em diante, um tema confederador para a ação das ONGs, que, cada vez mais, nele encontram fonte sempre renovada de legitimidade.

O discurso das ONGs e de certos países do Sul sobre o tema da biodiversidade surge como o último avatar da cruzada antiimperialista. Construído no “vazio”, opõe-se termo a termo às proposições de direitos de propriedade intelectual sustentadas pela OMC, condenando com veemência a mercantilização e a apropriação do ser vivo. Enquanto os direitos de propriedade intelectual se definem como proteção da inovação, as ONGs preconizam a manutenção das tradições. Face à defesa do interesse individual, elas pregam o respeito aos valores comunitários. Mais que o lucro a curto prazo, defendem um desenvolvimento sustentável. Em

seus procedimentos, a estigmatização do mercado – das empresas transnacionais e da OMC, cúmplices do sistema mercantil – encontra sua correspondência na hagiografia das “comunidades” e dos povos indígenas, arquétipos da conservação e da harmonia com a natureza.

O princípio de construção do discurso sustenta uma retórica extremamente heterogênea, pois o único ponto comum dos argumentos desenvolvidos é sua oposição ao mercado e à globalização. Sua abordagem caracteriza-se portanto por um certo sincretismo, uma vez que se misturam os temas da promoção da democracia local e da autodeterminação, a afirmação do caráter sagrado da natureza, a apologia da alteridade, a exaltação do selvagem, do inalterado e do simbólico, mas também da salvaguarda das tradições milenares e da transmissão. O singular – o povo indígena – e o coletivo – as comunidades e os cidadãos do mundo – são defendidos com o mesmo entusiasmo.

De que maneira as ONGs conseguiram impor-se como interlocutores legítimos no que se refere aos direitos de propriedade intelectual? Como construíram os direitos tradicionais sobre os recursos, em oposição aos direitos de propriedade intelectual?

O fortalecimento das ONGs

Os debates sobre a biodiversidade caracterizam-se por múltiplas abordagens disciplinares, uma grande compartimentalização e uma natureza técnica que os tornam dificilmente acessíveis ao mundo profano. A pluralidade das visões da biodiversidade manifesta-se também na multiplicidade de lugares onde são tomadas as decisões a seu respeito.¹⁴ As superposições de calendários e de prazos juntam-se à confusão do debate. Disso resulta que os atores implicados em um desses processos paralelos acabam encerrados numa compreensão diacrônica da problemática. Uma necessidade de comunicação se impõe, tarefa assumida pelas ONGs, que sabem perfeitamente utilizar-se dos recursos oferecidos pela Internet.

Militantes do desenvolvimento e defensores do meio ambiente encontraram-se lado a lado em defesa da biodiversidade e dos direitos de propriedade intelectual. As ONGs cujo âmbito de intervenção tradicional era o desenvolvimento rural não tiveram nenhuma dificuldade de reintegrar o debate sobre a biodiversidade nos quadros teóricos experimentados, nem de formular a problemática em termos de oposição Norte-Sul, conforme a cultura das negociações internacionais. As grandes ONGs do Norte, que até os anos 1980 tinham fixado por objetivos principais a defesa do meio ambiente (em particular de certas espécies carismáticas) e a luta contra o nuclear, haviam desenvolvido competências jurídicas e um bom conhecimento das práticas tanto das instituições nacionais quanto internacionais. Também estavam familiarizadas com os

¹⁴ 1996 foi um ano de referência para os recursos genéticos. Limitemo-nos às grandes conferências internacionais. Em abril, reunião das ONGs em Roma, para discutir a estratégia a ser adotada para a defesa dos direitos dos trabalhadores do campo e dos povos autóctones sobre recursos genéticos e saberes. Essa reunião prepara a Quarta Conferência Técnica sobre os Recursos Fitogenéticos da FAO, realizada em Leipzig no mês de junho, quando se discute um plano de ação global. Em setembro, tem-se a Conferência sobre a Segurança Alimentar, em Roma. Em outubro, na cidade de Montreal, ocorre o Congresso da UICN. Em novembro tem lugar a Terceira Conferência das Partes da Convenção sobre a Diversidade Biológica, aberta em Buenos Aires, com o encontro paralelo das ONGs. Em dezembro, na cidade de Genebra, a Conferência da Organização Mundial sobre a Propriedade Intelectual e, em Roma, a Terceira Sessão Extraordinária da Comissão dos Recursos Fitogenéticos da FAO, Conferência da OMC em Singapura, etc. Acrescentam-se à lista as manifestações locais e nacionais. Além disso, cada dossiê referente à biodiversidade pressupõe geralmente a competência de vários ministérios: Meio Ambiente, Agricultura, Economia, Indústria, Pesquisa...

lobbies e as campanhas de informação e sensibilização de opinião pública realizadas pela mídia. Esses dois tipos de experiência foram aproveitados em favor das discussões em torno da biodiversidade.

Tendo acompanhado desde o início os progressos da engenharia genética, as associações de proteção do meio ambiente ocuparam-se em demonstrar os riscos de distorções associadas a essas técnicas e as ameaças potenciais que se faziam pesar sobre o meio ambiente. Tentavam barrar as demandas de patentes que julgavam inadmissíveis, em nome dos cidadãos ou dos consumidores. Deste modo tais associações intervêm a cada lance, apresentando-se como parte civil contra os industriais e organizando o lobby contra eles. Assim elas tentam alertar sobre o consumismo e o utilitarismo excessivo da pesquisa e dos modos de produção atuais. Criticam a ausência ou a insuficiência de controles e de barreiras que cercam as aplicações da engenharia genética à pesquisa médica e à alimentação.

As ONGs contribuem na preparação dos textos oficiais, participam de conferências internacionais como observadoras¹⁵, até mesmo na qualidade de redatoras da declaração final, como foi o caso em Istambul no Congresso Habitat II.¹⁶ Aparecem igualmente como contestadoras em fóruns paralelos, tendo-se tornado prestadoras de serviços, implementando os programas de desenvolvimento locais, por delegação dos Estados. Fazem-se ainda portavozes das comunidades que defendem seu direito de existência e de uso da biodiversidade local. Essas múltiplas posições, enquanto grupos de pressão e enquanto interventores, nas cenas internacionais e locais, conferem-lhes grande eficácia no que se refere ao conhecimento dos dossiês e grande capacidade de ação, que os Estados não possuem. São elas que estabelecem a relação entre as questões de ordem estritamente local e as jurisdições internacionais. A mobilização dos países contra os direitos de propriedade intelectual e as associações de consumidores contra as importações de cereais geneticamente modificados constituem um exemplo. As ONGs desempenham papel importantíssimo na decodificação dos discursos, revelando o tipo de racionalidade com que são construídos e tornando-os acessíveis à opinião pública.

As ONGs ganharam legitimidade pela sua competência técnica de exame dos dossiês, por sua capacidade de articular o global e o local e de proporcionar informação e participação, mas também por causa da ineficiência dos poderes públicos.

No processo de mundialização, os sistemas de regulação interestatais parecem bastante problemáticos, como se o poder dessa regulação estivesse delegado às ONGs¹⁷, as quais aparecem como defensoras da democracia e da ética. As recentes peripécias em torno da importação de cereais transgênicos na Europa provam a fragilidade dos aparelhos de regulação interestatal diante dos interesses do setor privado.

¹⁵ Mais de 2.500 ONGs foram credenciadas para assistir à Conferência sobre o Desenvolvimento Social de Copenhague em 1995; 600 ONGs obtiveram o estatuto consultivo concedido pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

¹⁶ CHARTIER, D. Les ONG oublient l'écologie politique. *Écologie et politique*, 20, 15-30, 1997.

¹⁷ Assim, a possibilidade de recurso contra as patentes sobre vegetais e animais está prevista no artigo 27 (2) do acordo sobre os direitos de propriedade intelectual ligados ao comércio do GATT, mas é pouco utilizada pelos Estados.

Direitos sobre os recursos e direitos dos povos

Na Convenção sobre a Diversidade Biológica não se faz alusão à noção de direitos dos trabalhadores do campo, amplamente debatida pela FAO, mesmo que em algum lugar esteja em curso uma aproximação entre trabalhos da FAO e da Convenção, pois se trata de fazer do Compromisso revisado um protocolo da Convenção. Considerando apenas “as populações locais e os povos autóctones”, a Convenção não retoma os resultados de anos de negociações, e sim, abre caminho para novas discussões que vão permitir a entrada de novos interlocutores.

Da mesma forma, a proteção dos recursos genéticos engloba indiferentemente cultivares e espécies selvagens. Essa ampliação de objeto faz com que o debate deixe o domínio técnico da constituição de um fundo de compensação para engajar-se numa via potencialmente muito mais aberta às reivindicações de toda ordem, particularmente política. A nebulosa das ONGs presentes nas negociações se recompõe. Enquanto os debates sobre os cultivares se referiam em primeiro lugar às comunidades agrícolas¹⁸, a preocupação pelos recursos selvagens é pretexto para integrar à negociação representantes dos povos indígenas e para associar mais estreitamente ainda diversidade biológica e diversidade cultural. É finalmente esta última que está no centro do discurso das ONGs.

O artigo 8j da Convenção sobre a Diversidade Biológica propicia a definição do que poderiam ser os direitos das comunidades e dos povos indígenas, em oposição aos direitos de propriedade intelectual:

Cada parte (...) amparada pelas disposições de sua legislação nacional, respeitará, prevenirá e manterá os conhecimentos, inovações e práticas das comunidades autóctones e locais que encarnam modos de vida tradicionais; representando o interesse pela conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, favorecerá a sua aplicação em maior escala, mediante o acordo e a participação dos depositários desses conhecimentos, inovações e práticas, e incentivará a partilha equitativa das vantagens decorrentes da utilização desses conhecimentos, inovações e práticas.

As ONGs incumbiram-se naturalmente desta tarefa e a definição desses direitos foi ocasião de expressar toda uma série de reivindicações.

A biodiversidade, tal como é apresentada pelas ONGs, está intrinsecamente ligada à existência de uma diversidade cultural, à pluralidade de modos de vida, de organização social, de produção e de consumo. Uma agressão à biodiversidade pode então ser

¹⁸As negociações sobre o tema continuam sob os auspícios da FAO. Ver sites do Grain, Rafi (Rural Advancement Foundation International), Solagral, IATP (Institute of Agriculture and Trade Policy) e os *Plant Breeding News* da FAO.

interpretada como negação do direito à diferença e tentativa de nivelamento concebido como ação em detrimento do meio ambiente e das comunidades. Essa homogeneização seria consequência da globalização, fruto da dominação das empresas transnacionais.

As ONGs anunciam o espectro de uma dependência nova e profunda das economias agrícolas do Sul. O capital comunitário não protegido, constituído pelos recursos genéticos empregados pelos agricultores do Sul seria privatizado pelos inventores de variedades vegetais que, depois de sua manipulação, as patenteariam e impediriam sua utilização. Os agricultores, obrigados a empregar sementes patenteadas, tornar-se-iam, como no Norte, clientes obrigatórios e permanentes dos grandes produtores de sementes para todos os seus produtos – sementes, mas também pesticidas e adubos. Perderiam então o gerenciamento de sua própria atividade, pois teriam que adotar métodos de produção alheios. Além disso, clientes de um monopólio, seriam vítimas de preços proibitivos, que acabariam por desestabilizar as economias frágeis, aumentando o endividamento, acarretando consequências ecológicas e sociais desastrosas – esgotamento das terras, êxodo rural, produção inadaptada, segurança alimentar ameaçada, etc.

Para evitar tudo isso, seria preciso dar às comunidades do Sul um controle de seus recursos que respeitasse as características não comerciais e não capitalistas das economias locais, promovendo a conservação *in situ* dos recursos genéticos e o reconhecimento dos direitos das comunidades. Tais direitos são agrupados sob o nome de direitos dos trabalhadores do campo, em referência ao conceito da FAO¹⁹, mas conferindo aos termos um conteúdo bem diferente. Esses direitos não dependem de um simples fundo de compensação financeira; eles traduzem aspirações de viver de modo diferente.

A proteção dos recursos utilizados na indústria farmacêutica, por sua vez, apresenta-se vinculada às reivindicações dos povos indígenas, em particular, a autodeterminação, seu reconhecimento pelos Estados-nações e o direito à terra. A defesa dos direitos dos povos indígenas constitui o campo específico de pesquisadores que se situam nos confins da antropologia e das ciências da natureza, imbuídos de um papel de mediação, no seio de uma ONG ou agindo de modo paralelo.

A defesa dos povos indígenas divide, aliás, as ONGs que não estão de acordo com a posição a sustentar a respeito deste tema, nas negociações sobre a biodiversidade. Algumas²⁰ acreditam que, para garantir maior eficácia, é mais útil associar suas reivindicações às reivindicações sobre os direitos das comunidades agrícolas tradicionais; outras defendem que sua especificidade exclui todo amálgama e requer abordagens políticas particulares e radicais. Esta linha divisória define igualmente atitudes diferentes

¹⁹Em inglês, o termo é o mesmo (*farmer's rights*). Traduzimos as propostas das ONGs por "droits des paysans" (direitos dos trabalhadores do campo), para marcar a diferença em relação aos agricultores da FAO e para sublinhar que esta noção de direitos comunitários remete aos sistemas de produção agrícola tradicionais do Sul.

²⁰Como o grupo do Sul que reúne líderes como Vandana Shiva, a rede Terceiro Mundo, a Fundação Gaia...

em relação aos Estados-nações que abrigam os povos indígenas e que são vistos como intermediários possíveis nas negociações ou, ao contrário, como cúmplices do imperialismo.

Os direitos dos povos indígenas não podem ser reduzidos à questão do controle sobre os recursos naturais e sobre os saberes relativos a esses recursos, principalmente. A exemplo do discurso antiimperialista mais geral, eles encontraram nessas negociações apenas um novo lugar de expressão. Isso não quer dizer, por conseguinte, que os debates sobre a biodiversidade sejam o lugar apropriado para defender tais direitos.

Assiste-se portanto a um duplo deslize na posição das ONGs que tomam parte nas negociações sobre a biodiversidade: da proteção dos recursos, elas passam à proteção dos saberes, depois à definição e à reivindicação de direitos sobre os saberes, que se torna o principal objeto de mobilização. Ao invés de promover os modos de gestão do meio ambiente e as lutas políticas das populações, elas enfatizam, antes, os textos de lei que possam dar sustentação às suas posições.²¹ No entanto, parece ter havido uma reviravolta: no começo pretexto, a pesquisa dos direitos tradicionais dos meios adaptados, reagrupados sob o nome de direitos sobre os recursos, ter-se-ia transformado num fim em si mesmo e numa fonte de legitimidade para seus defensores.

Os lances infundáveis na definição dos direitos dos povos da floresta e dos trabalhadores do campo, bem como a multiplicação dos interlocutores e dos intermediários fazem patinar as negociações. De resto, essa busca dos direitos adequados parece vã, na medida em que as decisões são tomadas com mais frequência em outros lugares²², no contexto dos grandes acordos mundiais e regionais de comércio, ou no seio de instâncias supranacionais (OMC, União Europeia, OCDE...).

Conclusão

Vimos que a defesa da biodiversidade traduziu-se concretamente por uma preocupação econômica de rentabilizar os recursos genéticos, de criar novos mercados e de fixar as condições de expansão das biotecnologias. Para que esta escolha seja aceitável para os países do Sul e as ONGs que militam em favor do desenvolvimento ou da proteção do meio ambiente, seria preciso combiná-la a uma contrapartida. Face ao utilitarismo e ao mercado, a Convenção sobre a Diversidade Biológica expõe a imagem do povo indígena, arquétipo da natureza, guardião da biodiversidade e dos saberes ancestrais, vivendo em simbiose com o meio, modelo da ética da conservação.

O paradigma do desenvolvimento sustentável celebra a conciliação dos imperativos de crescimento econômico e de proteção da natureza. Validando a criação de direitos de propriedade

²¹ Assim, D. Posey e G. Dutfield reúnem múltiplos textos que podem servir de referência à definição de novos direitos. Encontram-se disponíveis os textos da Convenção sobre a Diversidade Biológica (artigos 8j, 10c, 18.4), os acordos do GATT, a Convenção do Patrimônio Mundial da UNESCO, a Convenção de Roma, a Convenção 107 do Bureau Internacional do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração do Rio, a Agenda 21, textos da FAO, diversas declarações de PNUD e do PNUE, Cartas de Povos Indígenas, etc.

POSEY, D., DUTFIELD, G. *Beyond Intellectual Property*. Ottawa: IDRC, 1996. 303 p.

²² Quando a Tailândia quis definir os direitos *sui generis* no quadro de uma política de proteção de seus recursos genéticos utilizados pela medicina tradicional, os Estados Unidos não deixaram de enfatizar que esses direitos violavam as diretrizes da OMC (RAFI. *Enclousures of the Mind. Intellectual Monopolies*, 1997. 80 p.)

intelectual para a proteção da biodiversidade, a Convenção sobre a Diversidade Biológica fez reconhecer o direito de patentes e, por extensão, o direito das comunidades locais e dos povos autóctones. Propondo a criação de direitos particulares adaptados às sociedades do Sul, a Convenção criou uma confusão entre os direitos políticos dos povos e os direitos *sui generis* comerciais.

A atividade das ONGs ficou pouco a pouco concentrada em torno da definição de direitos *sui generis*, inscrevendo-se, assim, na linhagem das decisões do GATT, criticando ao mesmo tempo a extensão da privatização da natureza pelo viés do direito. Seu terreno de intervenção situa-se atualmente nas diferentes instâncias encarregadas da biodiversidade e a temporalidade de suas ações é ditada pelo calendário das futuras conferências das partes e das diversas manifestações referentes à biodiversidade. Poder-se-ia entretanto esperar de sua parte uma revisão mais radical da idéia mesma de propriedade, em particular sobre os seres vivos. Pode-se perguntar então se, da mesma forma que seus objetivos iniciais, eles não perderam a legitimidade de intervir, que lhes dava sua ação de campo. A defesa dos direitos de propriedade sobre os recursos e os saberes ocultou finalmente os próprios recursos e saberes. Mais grave ainda, as reivindicações territoriais, determinantes para a sobrevivência e a identidade cultural dos povos, são freqüentemente relegadas a segundo plano.

De agora em diante, é a mundialização econômica e financeira que aparece como a coerção maior. As escolhas éticas, a elaboração do consenso social e a definição de um projeto nacional são relegadas a plano secundário. Como as políticas ficaram limitadas a uma abordagem técnica e não assumiram seu papel social de produtoras de normas e limites, a defesa da ética e a difusão da informação foram deixadas muitas vezes a associações de legitimidade discutível.

A emergência das ONGs se explica amplamente por essa deserção, que entretanto contribui também para favorecê-las: sua participação na organização e no acompanhamento de projetos ligados à biodiversidade tende a afastar os Estados já inclinados ao descomprometimento. Conviria, contudo, reposicionar os debates sobre a biodiversidade na sua plena dimensão política e submeter sua resolução a instâncias representativas, subordinadas ao controle democrático. A concentração das negociações em torno de questões jurídicas, aliás, não permitiu chegar até hoje a uma solução satisfatória, como demonstraram os limitados progressos das diversas conferências e encontros internacionais onde são tratados os direitos de propriedade intelectual aplicados à biodiversidade.

Catherine Aubertin é Economista e Pesquisadora do Instituto de Pesquisa para o Desenvolvimento (IRD), França. **Valérie Boisvert** é Doutoranda da Universidade de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, França. O artigo, publicado originalmente na revista francesa *Natures Sciences Sociétés*, v. 6, n. 2, abril-juin 1998, foi traduzido por **Zília Mara Pastorello Scarpari**.

DA POLUIÇÃO E OUTROS CRIMES AMBIENTAIS NA LEI 9.605/98

Paulo Affonso Leme Machado

Em fevereiro de 1998, após longo e acalorado debate, foi sancionada a Lei 9.605, mais conhecida como Lei dos Crimes Ambientais. O instrumento jurídico posto à disposição da sociedade trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, em particular contra a flora e a fauna. São contemplados ainda, em igual escala de importância, os aspectos relativos a poluição e outros crimes ambientais, aqui examinados pormenorizadamente pela relevância que apresentam tanto para a saúde humana quanto, em última análise, para a saúde do planeta.

Crimes contra o meio ambiente, leis e regulamentos

Legislar sobre direito penal é competência privativa da União (art. 21, I da Constituição Federal) e compreende estabelecer crimes e penas.

Os crimes e as penas devem ser estabelecidos em leis. Diz a Constituição Federal que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX). Nas duas partes de que se compõe o inciso constitucional há a escolha da lei como instrumento necessário para a estruturação do direito penal. Dessa forma, não é possível que só a Administração ou o Poder Executivo constituam, com exclusividade, o direito penal brasileiro.

A Constituição Federal não estabelece como deve ser a definição do crime, isto é, se a figura criminosa deve ser definida exclusivamente pela lei ou se é possível a integração de normas administrativas nessa definição.

Ao definir o direito penal ambiental na lei federal, o crime nela previsto pode depender, para sua integração, de lei estadual. Parece-me que não há ofensa ao art. 21, I da Constituição Federal, pois a mesma Constituição prevê a competência concorrente para legislar sobre a proteção do meio ambiente e o controle da poluição para a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24 *caput* e inciso VI). É plenamente aceitável que as leis estaduais venham integrar o tipo penal, pois a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais de meio ambiente (art. 24, VI e §1º), não se excluindo a competência suplementar ambiental dos Estados (art. 24, § 2º).

A desobediência aos “regulamentos” está presente nos artigos 54, § 2º, V, 56 *caput*, 60, *caput* da Lei 9.605/98. Nos trinta e sete artigos que compõem a seção V da lei em exame, só três possibilitam a chamada aos regulamentos para configurar o crime. O regulamento passa a integrar o tipo penal de forma excepcional. Isto é, há necessidade de que a lei criadora do crime contenha a previsão explícita de que o regulamento o integre. Ensina o Prof. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

Em Direito Penal a reserva da lei é absoluta. Observa-se, contudo, que inúmeras são as denominadas leis penais em branco. O tipo penal faz remissão a normas administrativas... A afirmação continua válida e procedente. O caráter absoluto da reserva legal é entendido da seguinte maneira: somente a lei pode referir-se a outra norma, integrando-a à definição do delito ou da contravenção penal. Dessa forma é a lei que repristina, mantendo-se intacto o princípio que confere somente à lei a origem da relevância penal.¹

Olhando para o direito comparado, vemos que na Espanha, desde o artigo “347 bis” do Código Penal, alguns setores da doutrina criticaram o legislador por enquadrar o delito ecológico

¹ CERNICCHIARO Luiz V. & COSTA JÚNIOR. Paulo J. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 1991. p. 32.

dentro da categoria das leis penais em branco, o que fazia com que a infração administrativa se convertesse em elemento normativo do tipo. Tal natureza foi respeitada no Código Penal de 1995, ao estabelecer como elemento normativo do tipo no artigo 325 a necessidade de contrariar “as leis e outras disposições, de caráter geral, protetoras do meio ambiente”.

Inicialmente duvidou-se, no direito espanhol, da constitucionalidade da utilização deste regime legal em matéria de Direito Penal, por entender-se que contrariava os princípios de legalidade e tipicidade. Tais dúvidas foram resolvidas pela decisão do Tribunal Constitucional 127 de 5 de julho de 1990, que, analisando o artigo 347 bis, admite a constitucionalidade das leis penais em branco, sempre que respeitem uma série de requisitos:

1º. Reenvío normativo expreso en relación del bien jurídico protegido por la norma penal. Tal exigencia en el actual artículo 325, ya que la remisión no se efectúa de manera genérica al Derecho Administrativo, sino que se remite a la legislación administrativa exclusivamente protectora del medio ambiente; 2º. Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición. Este requisito, también se cumple, ya que la conducta típica no sólo debe ser contraria a disposiciones normativas protectoras del medio ambiente, sino que además debe producirse a través de las conductas típicas que el artículo 325 recoge; 3º. Que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el cumplimiento indispensable de la norma, a la que la ley penal se remite, salvaguardando de este modo el principio de seguridad jurídica.²

² SOLA IBARRA, Ana M. & COTELO LÓPEZ, María. Consideraciones a los delitos relativos a la protección del medio ambiente en el nuevo Código Penal. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 17, p. 29-41.

No direito brasileiro, os regulamentos só podem servir para integrar os crimes ambientais apontados se estiverem realizando a “fiel execução da lei” (art. 84, IV da Constituição Federal), vedando-se, nesse caso, desvios ou a autonomia do regulamento em relação à lei penal, para que o Poder Executivo não seja o exclusivo legislador penal.

Crime de poluição

Artigo 54: Incriminação de todas as formas de poluição

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (art. 54 caput da lei 9.605/98).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) em seu artigo 3º, III, conceitua poluição

como 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 estabelecidos.

O crime abrange “poluição de qualquer natureza”: a poluição das águas interiores e do mar; da atmosfera; do solo; através dos resíduos domésticos, dos resíduos perigosos; a poluição sonora; a poluição mineral. Não é excessivo o espectro da locução – “qualquer natureza” – pois para a consumação do delito é preciso mais do que poluir, é necessário poluir perigosamente ou causando dano.

Na Espanha, foi incluída no Código Penal de 1995, em seu artigo 325, a expressão “emisiones o vertidos de cualquier clase”.

A classificação feita pelo legislador deve ser bem recebida, já que a ampliação das condutas típicas tem como benefício uma maior claridade interpretativa da mesma e, com isso, evita a criação de vazios legais e a atipicidade das condutas contrárias ou que prejudiquem o meio ambiente, pelo simples fato de não estarem especificamente acolhidas no texto legal.³

³ SOLA IBARRA, Ana M. & COTELO LÓPEZ, Maria. Op. cit.

Não entendo censurável o emprego das locuções “de qualquer natureza”, “em níveis tais”, pois todas essas expressões estão fortemente ligadas à possibilidade de causar perigo ou dano aos bens protegidos. É um tipo penal aberto, que, entretanto, não gera arbítrio do julgador, nem insegurança para o acusado.⁴

A redação do novo artigo 54 c.c. artigo 82 implicou a revogação do artigo 271 do Código Penal, que trata da poluição hídrica.

Deveremos analisar se o comportamento da pessoa física ou jurídica está inserido na forma de poluição simples do *caput* do artigo 54 ou se está contemplada na formas qualificadas do § 2º do mesmo artigo ou em outros artigos. Não há nenhuma exceção na lei 9.605/98, em seus outros artigos, permitindo a poluição de que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

A saúde humana, os animais e a flora foram protegidos com intensidades diferentes no artigo 54. Este artigo pode ser analisado em duas partes. A primeira descreve crime de resultado e crime de perigo. É crime causar poluição em níveis tais que resultem em danos à saúde humana, como, também, é crime

⁴ Em sentido contrário: PRADO, Luiz Régis. Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental. *Boletim IBCCrim.*, n. 70, setembro /1998. Edição especial do IV Seminário Internacional IBCCrim, p. 9-10.

causar poluição que possa resultar em danos à saúde humana. A segunda parte do artigo 54 considera crime causar poluição em níveis que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Nessa segunda parte, não ficou considerado o crime de perigo e excluiu-se a fauna aquática, já protegida no artigo 33.

A poluição causada ou que possa ser causada será apurada no inquérito policial ou no processo penal. O inquérito civil poderá fornecer dados importantes para se estabelecer a autoria e a materialidade do crime.

Não obstante a valorização que a lei conferiu à autorização, à licença e à permissão e suas exigências, a tipificação do artigo 54 não ficou condicionada ao descumprimento das normas administrativas. As normas administrativas ambientais federais e estaduais serão levadas em conta para caracterizar o comportamento poluidor. Contudo, se essas normas forem inidôneas, inadequadas ou inexistentes para caracterizar os atos poluentes, a incriminação poderá ser feita, de forma independente das normas administrativas, apontando-se, através de perícia, a possibilidade de danos à saúde humana ou os resultados danosos à saúde humana, a morte dos animais e a destruição significativa da flora.

O *caput* do artigo 54 visa resguardar o direito constitucional à sadia qualidade de vida (art. 225 *caput*, Constituição Federal). O direito de todos a ter um ambiente saudável não pode sofrer limitações do Poder Público, estando esse direito acima de acordos celebrados por qualquer autoridade administrativa. Os prazos para a correção da poluição podem eliminar as sanções administrativas, mas não as sanções penais. Nem sempre é preciso reenviar o texto penal ao direito administrativo. Como ensina o professor Tiedemann, da Universidade de Friburgo, em Breggau, “a autonomia do julgamento penal é aqui assegurada sobretudo pela necessidade de salvaguardar a saúde humana. Colocar em perigo este bem individual, fundando-se em uma autorização administrativa, constituiria um abuso de direito”⁵. Acentuamos que entender o contrário é retirar a independência do Poder Judiciário, e outorgar à Administração Pública um duplo poder, inclusive, o de juiz penal.

Estão contemplados no artigo 54 e seu § 1º os comportamentos dolosos e culposos.

Crime qualificado de poluição

O § 2º do artigo 54 contempla cinco hipóteses de crimes, cuja pena será de reclusão, de um a cinco anos. A pena máxima é aumentada de um ano em relação ao artigo 54 *caput*. Não foi prevista multa. Não tendo sido prevista a forma culposa nas figuras aqui enumeradas, o crime será punido na forma dolosa, quando o agente (pessoa física ou jurídica) quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

⁵ Théorie et réforme du droit pénal de l'environnement – étude de droit comparé. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 2, p. 263-273, avril-juin 1986.

Artigo 54, § 2º, I - Proteção de áreas urbanas e rurais para ocupação humana

É crime quando se cause poluição que torne uma área, urbana ou rural, imprópria para ocupação. O fato de tornar a área inadequada para a habitação, já consoma o crime, mesmo que possa haver recomposição posterior do local. Algumas vezes poderemos defrontar-nos com comportamentos, cujo prejuízo ambiental vai demorar a ser constatado, como em lançamentos clandestinos de materiais perigosos.

Uma área poluída, em que não haja condições sanitárias adequadas, não pode ser objeto de parcelamento do solo urbano, enquanto não houver a correção (art. 3º, II e V da Lei 6.766/79).

Artigo 54, § 2º, II – Poluição atmosférica qualificada

A poluição atmosférica já está prevista no *caput* do artigo 54, tanto no causar perigo de contaminação do ar, como no causar resultados danosos à saúde humana, animal ou vegetal. Com referência à saúde humana bastam os danos indiretos causados pela poluição atmosférica.

Neste parágrafo e inciso, classifica-se como crime causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população. Não é preciso que a poluição atmosférica tenha provocado danos à saúde, quando cause a retirada dos habitantes. Basta o perigo sério de ocorrer o evento danoso. A saída dos habitantes pode ser tomada por resolução dos próprios moradores ou por intervenção do Poder Público.

Artigo 54, § 2º, III – Poluição hídrica qualificada

Incrimina-se causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade. Basta que a poluição interrompa o abastecimento público por horas e o crime está consumado. O abastecimento de água protegido pela lei é aquele que é paralisado, sendo vítima a comunidade de um quarteirão, bairro ou conjunto de bairros, uma cidade inteira ou um núcleo rural. Para a ocorrência do crime não há necessidade de que a poluição tenha causado danos à saúde humana, sendo suficiente que, por medida de precaução e em razão da poluição constatada, o abastecimento tenha sido suspenso.

Artigo 54, § 2º, IV – Proteção do uso das praias

É crime dificultar o uso público das praias, como também é crime impedir o uso público das praias em razão da poluição. As praias são bens públicos de uso comum do povo na sua noção mais ampla e inserem-se entre os bens públicos da União, tanto as “praias fluviais” (art. 20, III CF), como as “praias marítimas”

⁶ Ver "Proteção da zona costeira - aspectos jurídicos". MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 711-714.

(art. 20, IV CF). O conceito de praia existente na Lei 7.661/88 (art. 10, § 3º) aplica-se tanto à praia marítima como à praia fluvial.⁶

Os municípios poderão ser réus, quando lançarem esgotos públicos nas praias, dificultando o uso das mesmas, como, também, deverão ser responsabilizadas as pessoas privadas que fizerem tais despejos. Os donos de bares ou aqueles que comercializarem produtos nas praias ou nas suas adjacências poderão ser incriminados se lançarem, de forma esporádica e/ou habitual, poluentes que dificultem e/ou impeçam o uso das praias.

O "dificultar o uso público das praias", não diz respeito somente às condições sanitárias das praias, mas abrange suas condições estéticas, como se depreende do artigo 3º, III, "d" da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938/1981). Neste caso, exige-se que a poluição seja mensurada segundo "os padrões ambientais estabelecidos".

Artigo 54, § 2º, V - Lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas

O lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas precisa estar em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. O lançamento desses mesmos resíduos, sem que esteja expressamente em desacordo com as normas legais ou regulamentares, entra no comportamento previsto no *caput* do artigo 54, como já foi assinalado.

O descarte ou o abandono do produto torna-o "resíduo", mesmo que haja possibilidade posterior do emprego de processo de reutilização ou de reciclagem.

Criminalização da ausência de medidas de precaução

Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior, quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível (art. 54, § 3º da Lei 9.605/98).

O Brasil deu um significativo passo para introduzir na legislação penal um dos princípios da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, elaborada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. É o princípio nº 15, que diz:

Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados, segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves e irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando prevenir a degradação do meio ambiente.

A invocação da necessidade de medidas de precaução não deverá ocorrer ordinariamente, mas o legislador está fornecendo um instrumento para as emergências ambientais. Não se deixou ao arbítrio da autoridade, mas a mesma deverá fundamentar-se no risco de dano ambiental grave e irreversível. A precaução nada mais é do que a prevenção executada no presente, sem adiamento. A pena é de reclusão, de um ano a cinco anos. Publicada a decisão da autoridade, ou até cientificado pessoalmente o destinatário da decisão, quem descumpri-la está querendo o resultado danoso ou assumindo o risco de produzi-lo.

A consumação do crime ocorre pelo descumprimento das medidas ordenadas. Muitas vezes essas medidas serão: a suspensão momentânea das atividades de uma fábrica; a mudança de itinerário na circulação de veículos a motores ou a restrição a essa circulação; a determinação da utilização de combustível diferente ou a mudança repentina de tecnologia na produção.

As medidas de precaução devem ser proporcionais ao risco e equitativas em relação aos destinatários, não privilegiando setores. As medidas de precaução poderão ser ordens motivadas da autoridade, não sendo necessariamente leis ou decretos.

Criminalidade na exploração mineral

Pesquisa, lavra e extração de recursos minerais

Diz o artigo 55:

*Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:
Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.*

Pesquisa é a “execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico” (Decreto-lei 227/67 – art. 14). Lavra é o “conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas” (art. 36). Jazida é “toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico” (art. 4º).

Houve um avanço em relação ao que pioneiramente constava da Lei 7.805/89, que em seu artigo 21 *caput* dizia: “A realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a pena de reclusão de três meses a três anos, e multa”. O referido artigo 21 da Lei 7.805/1989 foi revogado, tendo o artigo 55 da Lei 9.605/98 já sido aplicado retroativamente, por ter pena mais branda que o mencionado artigo revogado.⁷

⁷ RSE nº 93.01. 17079-5/MG-TRF 1 Região. 4ª Turma. Relator Hilton Queiroz. j. 9 de junho de 1998. DJU 3 de agosto de 1998. p. 461 (*Boletim IBCCrim.*, n. 70, p. 287, setembro/1998).

O novo texto da Lei 9.605/98 abrange todo tipo de trabalho levado a efeito no terreno mineral, incidindo sobre a pesquisa, a lavra ou a extração de recursos minerais, sem prévia intervenção do Poder Público, através da autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

Não é a obtenção de substâncias minerais que configura o crime, mas a realização dos trabalhos. Assim, se houver trabalhos sem a concordância da Administração Pública, e não se conseguir a extração de minerais ou os mesmos não forem encontrados, já há a tipificação do crime.

Quem for beneficiário dos atos administrativos que lhe outorguem o direito de realizar a exploração mineral, mas agir em desacordo com o conteúdo desses atos, também comete crime. Essa desobediência aos termos da autorização, da licença, da concessão ou da permissão não precisa ser sancionada previamente pela Administração Pública mineral ou ambiental, para que o crime esteja consumado. Constatada a incorreção, e não havendo qualquer acordo administrativo válido concedendo prazo para a correção da infração, a inércia da pessoa física ou jurídica ou sua ação desobediente configuram crime. Mesmo que não estejam escritas as determinações ambientais em cada um dos atos administrativos referidos, é dever legal do beneficiário desses atos administrativos cientificar-se das obrigações constantes da lei mineral e ambiental, pois "o desconhecimento da lei é inescusável" (art. 21 do Código Penal).

Para a configuração do artigo 55 não é preciso que ocorra a poluição do meio ambiente, mas se esta ocorrer, deverão ser constatadas suas conseqüências. Instala-se o concurso formal, pois dois crimes são cometidos (art. 55 e 54 da Lei 9.605/98), através de uma só ação ou omissão, devendo aplicar-se "a mais grave das penas cabíveis", aumentada "de um sexto até metade" (art. 70 do Código Penal). Se houver desígnio autônomo na ação ou omissão dolosa, as penas aplicam-se cumulativamente (art. 70 do Código Penal).

O elemento subjetivo do tipo é o dolo direto ou o dolo eventual. No que concerne à primeira parte do artigo 55, o agente (pessoa física ou jurídica) executa pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais antes da emissão da autorização, licença ou concessão ou executa esse trabalho contrariando o que consta dos atos administrativos emitidos. A intenção do agente é materializada no agir ou no deixar de agir sem o prévio consentimento do Poder Público. No que se refere à segunda parte do artigo 55, o agente age ou se omite intencionalmente ao descumprir os termos da autorização, permissão, concessão ou licença ou assume o risco de descumprir-los.

A tipificação do artigo 55 *caput* fica na dependência de uma eficiente organização da Administração Pública mineral e ambiental.

Deixar de recuperar a área pesquisada ou explorada

Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente (art. 55, parágrafo único da Lei 9.605/1998).

O dever de recuperação na exploração mineral, já imposto expressamente pela Constituição Federal (art. 225, § 2º), foi tutelado penalmente no parágrafo único do artigo 55 da Lei 9.605/98. O legislador merece aplausos por ter dado respaldo penal à recuperação da área mineral explorada. A inovação, contudo, poderia ter sido mais completa, evitando-se acorrentar a recuperação às ordens administrativas. É a lógica de proteção ao meio ambiente que determina essa restauração, que poderia inclusive ser indicada por peritos independentes em fase extra-judicial ou judicial.

A recuperação ambiental, que caracteriza o crime em estudo, deve ocorrer segundo a determinação do órgão competente ou segundo os termos da autorização, permissão, licença e/ou concessão. Nos casos em que tenha o órgão competente se omitido em apontar o modo de operar-se a recuperação ao ser emitida a autorização, permissão, licença ou concessão, nem por isso esse órgão público fica impedido de determinar *a posteriori* o cumprimento da obrigação de recuperar.

Como elemento subjetivo do tipo, o agente omite-se no executar o trabalho de recuperação ou o executa contrariando o plano de recuperação da área degradada.

Produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde e criminalidade

Conforme o artigo 56:

Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito, ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Produto ou substância tóxica em relação à saúde humana ou ao meio ambiente

As exigências a serem seguidas pelas pessoas – física e jurídica – estão principalmente estabelecidas na lei 7.802/1989 e no decreto 98.816/90, no que se refere a agrotóxicos e seus

⁸ Ver capítulo sobre “Poluição por Agrotóxicos” – MACHADO, Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 491-542.

componentes.⁸ O artigo 56 da Lei 9.605/98 revogou o artigo 15 da Lei 7.802/89. A fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de gás tóxico ou asfíxiante continuam abrangidos pelo art. 253 do Código Penal, bem como o uso do mesmo gás, permanece agasalhado no artigo 252 do Código Penal.

Produto ou substância perigosa em relação à saúde humana ou ao meio ambiente

O artigo 56 *caput* da lei 9.605/98 traz uma marcante novidade – incrimina quem “produzir, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância perigosa à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”. A inovação, contudo, pode resultar em letra morta se a Administração Pública não regulamentar a matéria.

Devemos voltar a atenção dos operadores jurídicos para o transporte de substâncias perigosas.⁹ O que se depara é o não cumprimento da norma reguladora de itinerário e horários pertinentes para os veículos transportando, por exemplo, combustíveis¹⁰.

⁹ A matéria foi objeto do decreto-lei nº 2.063 de 6 de outubro de 1983 e do decreto nº 96.044 de 18 de maio de 1988.

¹⁰ No dia 8 de setembro de 1998, às 2:45 h, no km 179 da rodovia Anhangüera (na altura de Araras, São Paulo), morreram 55 pessoas, originárias de Anápolis, Goiás, que viajavam em ônibus, atingidas pelo incêndio de um caminhão que capotou. Ele transportava 6.000 litros de gasolina e 26.000 litros de óleo diesel. Foi o terceiro maior acidente rodoviário no Brasil (*Folha de São Paulo*, 9/9/98 – cad. 1, p. 1 e *Folha de São Paulo*, 17/9/98-cad. 3, p. 4).

Produto ou substância nociva à saúde humana ou ao meio ambiente

Da mesma forma, aqui se trata, também, de um tipo aberto. Dependerá da existência de lei ou regulamento para a tipificação pretendida. Por exemplo, produto como o cigarro, que na sua comercialização não observar a regulamentação sobre a sua forma de propaganda, poderá ensejar a incriminação da pessoa física ou jurídica, que o fabricar, vender ou difundir.

Abandono de agrotóxicos, de substâncias perigosas e de substâncias nocivas à saúde

A lei 9.605/98 passa a configurar o abandono dos produtos ou substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana ou ao meio ambiente. Basta abandonar esses produtos ou substâncias para caracterizar o crime, não precisando de lei ou regulamento repetindo que tal produto ou substância não possa ser abandonado. O tipo penal proíbe, portanto, deixar, jogar, esquecer, não remover para depósito autorizado os produtos ou substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas.

Deixar em lugar impróprio (sob a ação das chuvas, de enxurradas, de ventos, mal coberto ou mal isolado) tais produtos ou substâncias, configura o abandono criminoso do artigo 56, § 1º da lei 9.605/98, na forma culposa prevista pelo § 3º do artigo 56.

Utilização de agrotóxicos, de produtos ou substâncias perigosas ou nocivas à saúde

A utilização desses produtos ou substâncias de forma a contrariar as normas de segurança na fabricação, na aplicação e em relação ao próprio trabalhador que os fabrica ou aplica configura o crime previsto no § 1º do artigo 56. Estão contempladas as formas dolosas e culposas (art.56, § 3º).

Permanência do artigo 16 da lei 7.802/1989

A emissão de receita para utilização ou compra de agrotóxicos, seus componentes e afins, por profissional habilitado (como engenheiro agrônomo ou engenheiro florestal), continua regida pela lei 7.802/89, artigo 16, não tendo sido revogado esse artigo pelo advento da lei 9.605/98.¹¹

Substância nuclear ou radioativa

Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço (art. 56, § 2º da Lei 9.605/98).

Do modo como esse parágrafo está escrito, ele inclui expressamente a substância ou o produto nuclear ou radioativo nos comportamentos descritos no *caput* do artigo 56 – “produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar”.

Temos que nos reportar à Lei nº 6.453 de 17 de outubro de 1977 que “dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências”. Essa lei trata da responsabilidade criminal do artigo 19 ao artigo 27. O confronto com as duas leis torna-se necessário, para saber-se o que foi revogado pela nova lei e o que permaneceu em vigor. Essa análise faz-se imprescindível, pois “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime...” (art. 2º do Código Penal), sendo que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores...” (art. 2º, parágrafo único).

A lei 6.453/77 diz em seu artigo 19: “Constituem crimes na exploração e utilização de energia nuclear os descritos neste capítulo, além dos tipificados na legislação sobre segurança nacional e nas demais leis”. O final do artigo 56 diz, também, “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”. Os tipos criminais apontados deixam para o operador jurídico o trabalho de fazer um difícil inventário de todas as normas aplicáveis e de seus conflitos reais e aparentes.

¹¹ Ver capítulo sobre “Poluição por Agrotóxicos” – MA-CHAD. Paulo A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 491-542.

A lei 6.453/77 utiliza a locução “material nuclear” enquanto que a lei 9.605/98, em seu artigo 56, refere-se a “produto ou substância” nuclear. Material nuclear é “o combustível nuclear e os produtos ou rejeitos radioativos” (art. 1º, IV da Lei 6.453/77). Combustível nuclear é “o material capaz de produzir energia, mediante processo auto-sustentado de fissão nuclear” (art. 1º, II). Produtos ou rejeitos radioativos são “os materiais radioativos obtidos durante o processo de produção ou de utilização dos combustíveis nucleares, ou cuja radioatividade se tenha originado da exposição às irradiações inerentes a tal processo”.

Os artigos 20, 22 e parte do artigo 25 da lei 6.453/77 incriminam os mesmos comportamentos que o artigo 56 da lei 9.605/98, – “produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear” (art. 20); “transportar, guardar” (art. 22) e “exportar, importar” (art. 25). Entretanto, a lei nuclear contém comportamentos que a lei 9.605/98 não previu: “possuir, adquirir, trazer consigo” (art. 22) e exportação e importação de minérios nucleares (art. 25).

A lei nuclear difere ainda da lei 9.605/98, pois explicita a necessidade de autorização para tais ações. Os comportamentos abrangidos ao mesmo tempo pelas duas leis, passam a vigorar somente de acordo com a lei 9.605/98, pois esta diminuiu a pena cominável, que passou a ser reclusão de um ano a quatro anos e multa, com o acréscimo de um sexto a um terço, em vez da pena de reclusão de quatro a dez anos ou dois a seis anos (art. 20 ou 22, respectivamente, da Lei 6.453/77). Contudo, os comportamentos não previstos na lei 9.605/98, continuam a vigorar de acordo com a lei 6.453/77, estabelecendo-se, assim, um sistema de penas discrepantes.

Não foi feliz a lei 9.605/98 ao inserir a questão nuclear em um pequeno parágrafo, semeando confusão ao tratar da matéria, como abordando-a de forma insignificante.¹² Os assuntos envolvendo a produção nuclear, em seus aspectos criminais, na sua quase totalidade, continuam regidos pelo capítulo III da lei 6.453/77.

Disseminação de doenças, pragas e espécies

Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. (art. 61 da Lei 9.605/98).

O artigo 61 mencionado revogou o artigo 259 *caput* do Código Penal.¹³

O Código Penal previu esse crime em seu artigo 259:

¹²No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental. *Boletim IBCCrim*, n. 70, setembro/1998. Edição especial do IV Seminário Internacional IBCCrim. p. 9-10.

¹³Motivou o veto ao artigo 1º da Lei 9.605/98, a não inclusão do crime previsto no artigo 259 do Código Penal. Evidente o equívoco.

Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica: Pena – reclusão de dois a cinco anos, e multa. Parágrafo único: no caso de culpa, a pena é de detenção, de um a seis meses, ou multa.

A forma culposa não foi prevista pela lei 9.605/98, o que dificultará a proteção da agricultura, da fauna, da flora e dos ecossistemas.

¹⁴ FERREIRA, Aurélio B. H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, p. 483. No mesmo sentido, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Mirador Internacional, p. 616. 1976.

Disseminar é “difundir, propagar, espalhar”.¹⁴ Para que a disseminação ocorra não é necessário que o sujeito ativo do crime pratique o ato de difusão mais de uma vez. Pode ser suficiente para a propagação da doença, praga ou espécie somente um gesto ou um comportamento, por exemplo, transportar uma caixa contendo plantas doentes, que possam contagiar outras plantas sadias.

A ocorrência do crime será enfocada em cada caso, conforme a real potencialidade de dano, não sendo preciso para a tipificação do crime que o agente saia esparramando amplamente, com meios mecânicos ou até com avião, a praga ou a doença.

Não há necessidade de que a doença, praga ou espécie perigosa conste previamente de uma lista elaborada por órgão público federal ou estadual. O que interessa para a ocorrência do crime é o perigo de dano das patologias com relação à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora e aos ecossistemas. Como consta no Código Penal, é crime contra incolumidade pública, capitulado como crime de perigo comum. A imputação do dolo direto ou eventual ficará facilitada caso exista ato administrativo apontando ou classificando a doença, a praga ou a espécie, cuja propagação deva ser evitada.

A constatação da doença, da praga ou das espécies que possam causar dano às atividades e bens apontados pode ser feita por perícia no inquérito policial ou mediante exames dos órgãos administrativos.

Age com dolo direto quem, sabendo da existência de doença ou de praga, a difunde ou propaga, por qualquer meio, colocando em situação de perigo de contágio a agricultura, a pecuária, a fauna ou os ecossistemas. Quem pratica a disseminação da doença, praga ou da espécie não tem relação obrigatória com o aparecimento anterior das mesmas.

O meio empregado para a execução do crime pode consistir na utilização de qualquer forma de transporte (terrestre, marítimo, aquático ou aéreo).

Age com dolo eventual, pois assume o risco de produzir o dano, quem deixa de observar a quarentena, ou o tempo de prova ou de descontaminação, determinada pela autoridade pública, em caso de doença, praga ou espécie a ser introduzida no país, nos estados ou nos municípios.

Paulo Affonso Leme Machado é Professor da Universidade Estadual Paulista (UNESP, Campus de Rio Claro, São Paulo) e Professor Convidado da Universidade de Limoges, França.

O ESPÍRITO DAS LEIS FLORESTAIS

*Delmar Bressan
José Newton Cardoso Marchiori
Miguel Durlo*

Grandes empresários ou pequenos agricultores, todos vivem os impasses que caracterizam a atividade florestal no Brasil: custos elevados e prazos longos para retorno do investimento, inexistência de linhas de crédito, conhecimento incipiente sobre o comportamento de espécies da floresta nativa, falta de tradição na área. Agregando-se a tais condicionantes o volumoso acervo de leis dotadas de conteúdo essencialmente restritivo e a robusta indústria burocrática e corporativa que se desenvolve, tendo o aparato legal como substrato, configura-se um quadro capaz de afugentar até mesmo o mais persistente amante da natureza. Aos empreendedores resta cumprir exigências absurdas que se multiplicam com rara velocidade, obrigando-os a uma verdadeira via crucis pelas repartições públicas que, se contada em prosa e verso, renderia inesgotáveis folhetins, muitas vezes com finais dramáticos.

As leis e suas contradições

¹ A origem deste tipo de estratégia protecionista remonta ao ano de 1872, com a criação do primeiro parque natural da história, o de Yellowstone, nos EUA. Pascal Acot refere-se ao quadro conceitual em que tal decisão é tomada: “como não se sabe restaurar os equilíbrios potencialmente comprometidos e como não se trata de designar os responsáveis, uma vez que a degradação da natureza acompanha “fatalmente” as atividades industriais ou agrícolas, encerram-se *reliquias* em *santuários*, a fim de preservar, com nostalgia, alguns restos do *Paraíso* perdido...”. ACOT, P. *História da Ecologia*. Rio de Janeiro: Campus, 1990. Na virada do milênio, continua-se a operar com princípios do final do século passado.

² O primeiro Código Florestal brasileiro foi instituído em 1934 (Decreto nº 23.793 de 23 de janeiro). O Código atual, em vigência desde 15 de setembro de 1965 (lei 4771), foi alterado pelas leis 5870 de 26 de março de 1973, 7803 de 18 de julho de 1989 e 7875 de 13 de novembro de 1989. SENADO FEDERAL. *Legislação de Meio Ambiente: atos internacionais e normas federais*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, v. 1. Em 15 de dezembro de 1998, o governo federal introduziu novas modificações no Código através da Medida Provisória nº 1736-31, atingindo os artigos 3º, 16 e 44 que tratam da reserva florestal legal. No Rio Grande do Sul, desde 21 de janeiro de 1992, encontra-se em vigor o Código Florestal estadual (Lei 9519), igualmente alterado pela Lei 9950 de 21 de setembro de 1993. A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605), sancionada em 12 de fevereiro de 1998, contempla também aspectos relativos às florestas.

A legislação florestal, como não poderia deixar de ser, reflete uma concepção dominante no país nas últimas décadas, qual seja, a de que o antídoto para a impiedosa devastação das florestas reside na proteção total das parcelas remanescentes.¹ Os legisladores, no afã de cumprir este desígnio a qualquer custo e sob intensa pressão de entidades ambientalistas e de parte da mídia, passaram a produzir leis com um claro sentido restritivo: proibições, sanções, punições são referências obrigatórias no repertório de artigos dos códigos florestais.²

Um exame minucioso destes documentos permite constatar que, após preâmbulos, a um só tempo bem intencionados e inócuos (“as florestas naturais e demais formas de vegetação são consideradas bens de interesse comum”, requerendo, portanto, “uso adequado e racional”), sobressaem-se e ganham significado expressões definidoras do espírito das leis: “é proibido”, “é vedado”, “não é permitido”, “sanções penais”, “auto de prisão”. Mesmo as “inovações” introduzidas mais recentemente, como os planos de manejo, não modificam a essência dos textos legais. Sem macular a teoria jurídica, tais arranjos parecem configurar o que bem poderia ser denominado Direito Negativo.

A leitura atenta do Código Florestal do Rio Grande do Sul, por exemplo, tende a reforçar esta perspectiva de análise, uma vez que fica evidente a carência de dispositivos destinados a servir de estímulo a quem pretenda investir na formação de florestas. Há, isto sim, prescrições que beiram a ficção. Entre elas, a que literalmente desconsidera a existência e a capacidade de regulação do mercado madeireiro ao prever obrigatoriedade de reposição e limites legais para o plantio, tendo em vista a manutenção do equilíbrio entre oferta e procura de matéria-prima florestal (artigo 18). Em outra passagem (artigo 8º), é apresentada a exigência de plantio de 15 mudas para cada árvore nativa cortada. Cabe indagar: Como foi arbitrado número tão definitivo? Por que não 14 ou 16? À parte o justo desejo de recuperar a paisagem sulina, a experiência brasileira indica a inviabilidade de reflorestar por decreto. Além disso, definições sobre a recomposição de áreas, especialmente com florestas nativas, só poderiam resultar de rigorosos estudos silviculturais, válidos tão somente para situações particulares.

Nova demonstração de alheamento do mundo real está presente no artigo 10 do Código estadual. Conforme sua expressão, fica vedada a exploração de matas nativas com volume inferior “ao valor médio determinado pelo órgão florestal” para cada formação. Quem dispõe de tais valores? A lei peca, então, por referir-se a parâmetros inacessíveis e de improvável obtenção, como se pode perceber considerando as hipóteses que seguem: 1º) Tomam-se como valores médios aqueles válidos para as grandes

formações florestais. Neste caso, resultariam eliminadas importantes diferenças oriundas das influências ecológicas de cada local (sítios florestais); 2ª) Admitindo-se a obtenção, após anos de pesquisa, de um número colossal de valores médios, ainda assim, o estoque de madeira *per se* seria insuficiente para definir a conveniência de exploração. Problema similar pode ser observado no artigo seguinte (11), que visa proibir o corte de espécies cujas abundância e frequência absolutas se situem abaixo de “valores médios” previamente definidos. Quais seriam estes números?

Para completar, nas disposições finais (artigo 51), identifica-se outra demanda absolutamente irreal: todas as propriedades rurais do Estado, independente de suas áreas, devem ter um mínimo de 10% de sua superfície total com cobertura florestal, de preferência com essências nativas. Aqui, afora a disposição equivocada de implantar florestas por força de lei, são desconsiderados conhecimentos elementares de fitogeografia, ou seja, que mais de 60% do território gaúcho apresentam cobertura natural de campo, com suas variantes fitofisionômicas, condição em que, por óbvio, as árvores não são os elementos dominantes. Sendo assim, estamos diante de uma heresia ecológica e legal.

E mais, no Rio Grande do Sul, chegou-se ao supremo refinamento de proteger a sete chaves (ou a sete leis) as matas remanescentes, senão vejamos: por imposição das legislações federal e estadual, as áreas que ainda contêm florestas naturais devem ser mantidas intocadas pois que, ou constituem reservas legais, ou integram zonas de preservação permanente, ou então fazem parte do sistema de parques e reservas.³ Como se isso não bastasse, em 1992, as mesmas formações foram alvo de Tombamento pela Secretaria Estadual da Cultura. Com efeito, cerca de 10% do território sul-riograndense abrangendo a Mata Atlântica e Ecossistemas Associados⁴, num passe de mágica, resultaram tombados pelo poder público. Traduzindo: a iniciativa, sustentada por uma visão dita “holística”, visava proteger patrimônio já protegido, elevando os ecossistemas florestais gaúchos à categoria de verdadeiros santuários, dos quais a criatura humana deve guardar distância regulamentar.

Na esteira de leis marcadas pelo traço protecionista brotam decretos, portarias, normas e resoluções, instrumentos destinados a regulamentar o arsenal jurídico disponível. Entre tantos, um expediente merece atenção especial pela sua singularidade. Trata-se do *Licenciamento de corte de até duas árvores*, elaborado por técnicos da Secretaria de Agricultura do Rio Grande do Sul. Para conseguir tal intento, o postulante deve requerer licença junto ao órgão florestal estadual, comprometendo-se a proceder a devida compensação mediante o plantio de árvores nativas em sua propriedade. O périplo não pára aí, no entanto; o interessado deve anexar documento atualizado (90 dias) de titularidade do imóvel, recolher a taxa devida ao FUNDEFLO (Fundo de Desenvolvi-

³ Os códigos florestais, complementados por outras leis, prevêem inúmeros dispositivos conservacionistas: a reserva legal (20 a 50% de cobertura florestal em cada propriedade, dependendo da região), as áreas de preservação permanente (margens de rios, topos de morros, encostas com declividade superior a 45°, etc.) e as áreas naturais protegidas (Parques, Reservas Biológicas, Estações Ecológicas, etc.), sem contar toda sorte de iniciativas tomadas pela União, Estados e Municípios.

⁴ Em manobra discutível sob o ponto de vista fitogeográfico, os idealizadores do Edital de Tombamento da Mata Atlântica ampliaram os efeitos da medida ao adotarem o conceito de Ecossistemas Associados. Deste modo, resultaram incluídas outras formações vegetais: a Floresta com Araucária, as Florestas Estacionais do Alto Uruguai e da Encosta Sul do Planalto, os Campos de Altitude e a Vegetação de Restinga. Com um pouco mais de boa vontade e por associação, poder-se-ia chegar a um objetivo surpreendente até mesmo para o mais obstinado militante ambientalista: o Tombamento de todos os ecossistemas que compõem o território do Rio Grande do Sul!

mento Florestal), além de providenciar um croqui de acesso ao local (do crime?). E, para arrematar, o formulário contém ainda uma advertência nos seguintes termos:

Atenção: A licença para corte é o Alvará. O corte antes de ter em mãos o alvará constitui-se em infração florestal, sujeita às penas da lei.

Há, enfim, que se obter uma espécie de Alvará de Soltura para as duas árvores. Só então, após ganharem a liberdade, torna-se possível a efetivação do corte dos seres da natureza. O que antes era visto como um ato criminoso sujeito às penas da lei, após a simples juntada de papéis, passa a ser um ato absolutamente regular.

Ora, diante desta realidade algumas perguntas se impõem: o furor protecionista que tomou conta do país serviu para equacionar os problemas reconhecidamente graves do setor? O decantado objetivo de preservação dos resquícios do que, por comodidade de linguagem, ainda chamamos de natureza⁵, não depende diretamente do sucesso na formação de novas florestas? Assim, não seria mais lógico e estimulante investir na simplificação dos processos jurídicos e administrativos relacionados ao plantio, colheita, transporte e comercialização dos produtos florestais, com um olhar especial para a pequena propriedade rural?

⁵ Esta expressão foi cunhada pelo pesquisador francês Pascal Acot, no artigo "A natureza da humanidade", publicado em *Ciência & Ambiente*, n. 5, julho/dezembro de 1992.

Mudar é preciso

O corpo de leis, construído sobre a realidade de cada setor da atividade humana, funciona, sobretudo nos tempos atuais, como importante instância de ordenamento para toda a cadeia de relações e interesses que mobilizam as representações sociais. Nesta ótica, não é admissível a dissociação entre mecanismos legais, formas de aplicação, aplicadores e o público a quem se destinam. Em outras palavras, peças jurídicas elaboradas com sentido restritivo e punitivo tenderão a se materializar em normas e procedimentos que reproduzem a *intentio* do legislador. Ao fim e ao cabo, a lei e seus regulamentos, justos ou não, se fazem sentir no dia-a-dia do público alvo, de modo sempre mais rigoroso nos setores menos organizados e com menor poderio financeiro para defender com eficiência seus propósitos.

De outra parte, é evidente que a complexidade legal e burocrática que cerca especificamente a atividade florestal, ganha corpo com a participação ativa de segmentos do aparato estatal, recém-convertidos ao credo ambientalista, e com o suporte, implícito ou explícito, de corporações profissionais empenhadas em garantir o seu quinhão, num contexto cada vez mais volátil quanto às atribuições de cada campo do conhecimento.

O cenário descrito é, por certo, insustentável, condição que exige a construção de saídas para tais impasses. Uma delas reside na *mudança do espírito e, por extensão, do conteúdo das leis.*

Antes, porém, há que se promover *outro modo de compreender a floresta*, operação que começa nos círculos acadêmicos e termina no campo, na prática florestal propriamente dita, passando, em dado momento, pelos gabinetes dos legisladores.

A nova ordem legal deve ser precedida, portanto, pela afirmação de uma concepção baseada no seguinte princípio: todas as formações florestais são passíveis de *manejo*, termo este que expressa a possibilidade de intervenções na floresta com o auxílio de diferentes técnicas e modelos silviculturais, visando, em última análise, a sustentabilidade da produção; e que contempla também eventuais opções por resguardar, em caráter temporário ou permanente, determinados ecossistemas para pesquisas, monitoramento dos processos ecológicos ou outros usos complementares (turismo, recreação, educação). Assim, elementos valiosos como as manifestações de diversidade biológica, genética ou ecossistêmica identificadas ao longo dos espaços territoriais não deixam de ganhar destaque, já que, na virada do milênio, encarnam valores universais e assumem papel estratégico para os países detentores de bases naturais.⁶

Ao investir na constituição do que podemos chamar de *tradição florestal*, baseada não mais nas restrições de uso, mas na lógica das intervenções planejadas, passariam a ganhar todos, inclusive os intrépidos defensores das causas ecológicas. Basta ver o exemplo da Áustria, país de larga experiência neste ramo de atividade. Lá, pequenas propriedades privadas com finalidades de produção fornecem mais da metade da madeira consumida e exportada, além das vantagens automáticas em termos de proteção aos recursos hídricos, solos, fauna e geração de espaços para lazer e recreação.⁷ Aliás, nos últimos anos os produtos oriundos da floresta superaram até mesmo a contribuição econômica da famosa indústria turística austríaca.⁸

É, pois, da floresta compreendida como um bem econômico, permanente, capaz de gerar benefícios diretos e indiretos (estes últimos de crescente valor social) que devem surgir as indicações suficientes para guiar a legislação e sua indissociável expressão administrativa. Nesse contexto, as excrescências jurídicas tenderão a assumir a condição de letra morta, restando como espólio as normas relevantes e absolutamente necessárias.

Ao seguir tal orientação, o setor florestal poderá ter sua efetividade realmente aferida. Agora, mais pelo número de hectares plantados e menos pelo número de regulamentos produzidos. Mais pelo número de benefícios usufruídos por toda a sociedade e menos pelo número de autuações e multas aplicadas. Mais pelo número de pessoas ocupadas com atividades fins e menos pelo número de repartições públicas e guichês a serem percorridos pelos empreendedores. A floresta, enfim, deixará de ser vista como um estorvo nas propriedades rurais.

⁶ LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. Bauru: EDUSC, 1998.

⁷ Dos 8,4 milhões de ha de terras disponíveis na Áustria, 47% (3,94 milhões de ha) apresentam cobertura florestal. Esta área de florestas produtivas distribui-se entre propriedades familiares (56%), empresas (31%) e órgãos governamentais (13%). As propriedades familiares respondem por 62% do incremento anual de madeira produzida no país, estimado em 27,3 milhões de m³, enquanto as empresas contribuem com 27% e as áreas estatais com apenas 11% (*Inventário Florestal da Áustria - 1992/96*).

⁸ Em 1997, a balança comercial austríaca registrou uma contribuição de 23,3 bilhões de Shilling oriunda dos produtos da floresta, cifra superior à da indústria do turismo, que cresceu 18,8 bilhões de Shilling no mesmo período (*Holz Kurier*, 47, 19 november 1998).

Delmar Bressan, José Newton Cardoso Marchiori e Miguel Durlo são Professores do Departamento de Ciências Florestais da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul.

DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE TAXAS PELOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Luisa Falkenberg

As atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, por dispositivo legal, devem ser licenciadas junto ao órgão seccional de proteção ambiental – no caso do Rio Grande do Sul, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental. Para a concretização de tais atos administrativos, bem como para os cadastramentos, são exigidos dos empreendedores procedimentos diversos, sempre acompanhados pela cobrança de taxas, sob todos os títulos inadequadas. Cabe, então, questionar a legitimidade das taxas e, igualmente, clarear pontos dúbios quanto às iniciativas tributárias levadas a efeito por estes órgãos, em particular, aquelas não amparadas em leis.

Do questionamento

O poder de polícia conferido aos órgãos de proteção ambiental abre espaço para que exigências sejam impostas ao setor produtivo, suscitando uma série de indagações sobre os procedimentos adotados acerca dos seguintes assuntos:

1. fiscalização como função única e de caráter restrito;
2. duplicidade de documentação, caracterizada pela exigência de cadastro e licenciamento;
3. multiplicidade de taxas, impostas em momento de grande dificuldade econômico-financeira para o setor produtivo;
4. incorporação de valores, quando o órgão licenciador realiza um único trabalho, cobrando, no entanto, o valor correspondente a 3 (três) taxas;
5. tratamento desigual no caso de licenciamento ambiental para irrigação, já que não há distinção, por exemplo, para quem não utiliza agrotóxicos;
6. legalidade da cobrança de taxas para licenciamento ambiental.

Da análise

Fiscalização como função única e de caráter restrito

As décadas de 70/80 se caracterizaram pela tomada de consciência sobre a forma de utilização dos recursos naturais. Até então, tínhamos um “meio ambiente livre”, quando o objetivo de crescimento econômico e aumento de produtividade sobrepunha-se a qualquer uso racional daqueles recursos.

A partir daí, o movimento jovem de Woodstock, questionando padrões de comportamento e, posteriormente, as conferências mundiais, como a de Estocolmo de 1972, oficializaram a necessidade de mudança de comportamento com relação ao meio ambiente.

Essa época de total comando-controle deu ensejo à criação dos *órgãos de controle ambiental*, com a função precípua de fiscalizar as atividades poluidoras, punindo os infratores, nos termos da lei vigente à época.

Nos dias atuais, quando a prevenção e a responsabilização passam a caracterizar grande parte das atividades empresariais e a própria legislação assume um papel muito mais educador e incentivador, deixando a punição como *ultima ratio*, os então chamados órgãos de *controle*, sem abandonar suas atribuições de fiscalização, assumem novas funções, quais sejam, as de assessoramento e de parceria, dentro do novo rótulo de *órgãos de proteção ambiental*.

Além disso, tais funções, previstas no artigo 6º, VI da Lei Federal 6.938/81, prevêm, além do “disciplinamento do uso de recursos ambientais, a proteção da qualidade ambiental”.

Duplicidade de documentação, caracterizada pela exigência de cadastro e licenciamento

Em primeira instância, nada tem a ver o cadastro com o licenciamento. É necessário saber então que cadastro está sendo referido.

A Lei Federal 6.938/81, em seu artigo 9º relaciona dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais.

Logo a seguir, no inciso II do artigo 17, explica a sua instituição como sendo “para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e/ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora.”

A este Cadastro estão sujeitas todas as atividades que se enquadrem no dispositivo legal transposto, sendo ele de responsabilidade do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), nada tendo a ver, portanto, ainda que pese sua obrigatoriedade, com o Cadastro instituído pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM) – órgão seccional do Rio Grande do Sul.

Cabe essa referência para que os empreendedores possam entender porque devem preencher dois cadastros, solicitados por órgãos diferentes.

Especificamente com relação ao Cadastro da FEPAM, instituído para a área de orizicultura, o órgão justifica sua necessidade tendo em vista que a Lei Federal 6.938, embora promulgada em 1981, ainda não havia produzido seus efeitos sobre o setor produtivo rural, fazendo-se, dessa forma, necessário proceder um levantamento sobre a atividade orizícola no Estado do Rio Grande do Sul. Por isso mesmo, os novos empreendedores ficam dispensados, uma vez que, ao solicitarem licenciamento ambiental, já estarão procedendo sua regularização perante a FEPAM.

Resumidamente, há dois cadastros. Um exigido pelo IBAMA para toda atividade com potencial poluidor e outro pontualmente destinado a identificar as atividades orizícolas estaduais.

De outro lado, temos o licenciamento ambiental.

A Constituição Federal, no seu artigo 170, parágrafo único, assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Daí a necessidade de atividades efetiva, ou potencialmente poluidoras serem autorizadas – ou possuírem licença ambiental –, uma vez que há previsão na Lei Federal 6.938/81:

Art. 9º São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

.....
IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Acrescente-se ainda o disposto no Decreto Federal 99.274/90, que regulamenta a Lei Federal 6.938/81:

Art. 17 – A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de *atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras*, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar *degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento* do órgão estadual competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Acrescida de localização, esta disposição legal foi incorporada à Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) 237/97 (art. 2º).

Não há, portanto, como confundir Cadastro Técnico Federal (registro obrigatório junto ao IBAMA) com o Cadastro instituído pela FEPAM para levantamento das atividades orizícolas no Rio Grande do Sul.

Ainda mais, nenhum dos Cadastros exige de licenciamento ambiental aquelas atividades previstas em lei, de vez que só o licenciamento pode permitir a sua efetivação.

Multiplicidade de taxas, impostas em momento de grande dificuldade econômico-financeira para o setor produtivo

Neste item, dois aspectos devem ser analisados.

O primeiro diz respeito à multiplicidade de *taxas provenientes de diferentes órgãos de proteção ambiental* (IBAMA, FEPAM, Secretaria de Agricultura); o segundo, trata do pagamento de *taxas dentro do processo de licenciamento ambiental* e que correspondem às Licenças Prévia, de Instalação e de Operação.

Sem considerar, por enquanto, a competência tributária daqueles órgãos para estabelecerem taxas, cabe aqui argumentar a *necessidade de negociar* tais pagamentos, sob a ótica da função de parceria responsável a eles atribuída.

Com relação às taxas de licenciamento, elas são múltiplas porque as licenças são diversas (prévia, de instalação e de operação), além da renovação que lhes é inerente.

Cabe, igualmente, ressaltar que a Resolução do CONAMA 237/97 uniformizou os prazos dessas licenças no país. Hoje, a LO

(Licença de Operação) é válida por, no mínimo 4 (quatro) anos e, no máximo 10 (dez), o que pode ser uma forma de diminuir os encargos financeiros do licenciamento, já que no Rio Grande do Sul as licenças ambientais tinham de ser renovadas a cada ano.

Incorporação de valores, quando o órgão licenciador realiza um único trabalho, cobrando, no entanto, o valor correspondente a 3 (três) taxas

Toda atividade relacionada no Anexo da Resolução do CONAMA 237/97 é passível de licenciamento ambiental, devendo iniciar pela solicitação da LP (Licença Prévia). Quando isso não ocorrer, ou seja, quando a atividade estiver sendo desenvolvida sem a devida licença, a situação deverá ser regularizada junto ao órgão licenciador, não cabendo, no entanto a LP ou LI (Licença de Instalação), de vez que o empreendimento já está em funcionamento. Neste caso, apenas uma licença irá ser expedida, após análise, que é a LO (Licença de Operação).

O órgão licenciador, em tais situações, tem por norma cobrar o valor correspondente à expedição das três licenças regulares, já que a análise não se dará apenas sobre uma fase, mas sobre as três (planejamento, instalação e operação). Além disso, há o aspecto da punição.

Tratamento desigual no caso de licenciamento ambiental para irrigação, já que não há distinção, por exemplo, para quem não utiliza agrotóxicos

O licenciamento ambiental para obras de irrigação da lavoura orizícola prevê diferenciação dos produtores no que diz respeito ao tamanho do empreendimento (mini, pequeno, médio, grande, excepcional).

O exemplo apresentado, se considerado em relação ao uso de agrotóxicos, leva à necessidade de criação de incentivos, através de diploma legal que institua benefícios, principalmente financeiros, aos empreendimentos que preservam o meio ambiente.

Legalidade na cobrança de taxas para licenciamento ambiental.

A multiplicidade de licenças e registros, dada a repartição de competência, característica de nosso país, como federação cooperativa, pode existir desde que prevista em lei. Assim como os órgãos federais, também os estaduais e os municipais podem criar seus próprios sistemas de licenciamento, registro e outros.

Questionável é, sem dúvida, a cobrança de valores correspondentes aos serviços prestados, *estabelecidos através de atos administrativos e não previstos em lei.*¹

¹ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente. Proporcionalidade. Tipicidade Aberta e Afetação da Receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 53.

Cabe, então, indagar sobre a *competência tributária dos órgãos de proteção ambiental*.

Pelo princípio da *Legalidade Tributária* é fundamental que o *tributo* esteja *previsto em lei*, conforme dispositivos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;

Estabelece ainda a Constituição Federal:

Art. 61. ...

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I –

II – disponham sobre:

a)

b) ... matéria tributária ...

Por conseguinte, a criação de tributos somente pode existir através de *lei de iniciativa do Presidente da República*.

É oportuno, pois, estabelecer o conceito de *tributo*.

Da mesma forma que o Código Tributário Nacional, o dispositivo constitucional determina a competência tributária, bem como relaciona os tipos de tributos existentes:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão de exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Depreende-se do artigo transcrito que a licença e o valor de cadastramento cobrados pela FEPAM constituem-se em taxas, pois o licenciamento engloba a análise da atividade pelo órgão ambiental, sendo, portanto, um serviço público específico, enquanto o cadastro caracteriza uma atividade estatal de polícia (poder de polícia), embasamento este dado pelo Código Tributário Nacional:

Art. 77 – As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Visto que os valores cobrados dos empreendimento pela FEPAM caracterizam taxas, há de se verificar a competência desses órgãos para fazê-lo. Para tanto, faz-se necessária distinção entre *Competência Tributária* e *Capacidade Tributária*.²

² FÜHRER, Maximilianus C. A. & FÜHRER, Maximiliano R. E. *Resumo de direito tributário*. Coleção 8. São Paulo: Malheiros. p. 35-44.

Havendo lei que previamente estabeleça, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, como sujeitos ativos da Competência Tributária podem legislar, bem como exigir tributos, obedecidos os seus limites de atuação (Constituição Federal, artigo 150, I, já transcrito).

Depreende-se, por conseguinte, que em não havendo previsão em lei, caberá às pessoas públicas *apenas e tão somente* a fiscalização e a arrecadação de tributos, o que caracteriza a capacidade tributária e não a competência tributária.

Em reforço à posição contrária ao estabelecimento de taxas pelos órgãos de proteção ambiental, posiciona-se o CONAMA, órgão consultivo e deliberativo integrante do SISNAMA, quando, em seu artigo 13 da Resolução 237/97, dispõe sobre licenciamento ambiental: "... o custo da análise para a obtenção da licença ambiental deverá ser estabelecido por dispositivo legal."

No que tange ao Rio Grande do Sul, as Leis Estaduais 8.109/85 e 10.046/93, que dispõem sobre Taxas de Serviços Diversos, não prevêm tais cobranças, sendo que as taxas praticadas pela FEPAM foram instituídas por seu Conselho de Administração, órgão sem competência tributária, como já foi visto.

Por derradeiro, não há que se invocar o artigo 100 do Código Tributário Nacional quando dispõe que "os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis" porquanto o mesmo Código, ao tratar da competência tributária, não lhe permitiu delegação.

Art. 7º. A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 6º do mesmo Código quando se refere à competência tributária *ressalva as limitações contidas na Constituição Federal*, o que vai reportar, ainda uma vez, ao disposto nos artigos 150, I e 61, § 1º, inciso II, alínea b.

Conclusão

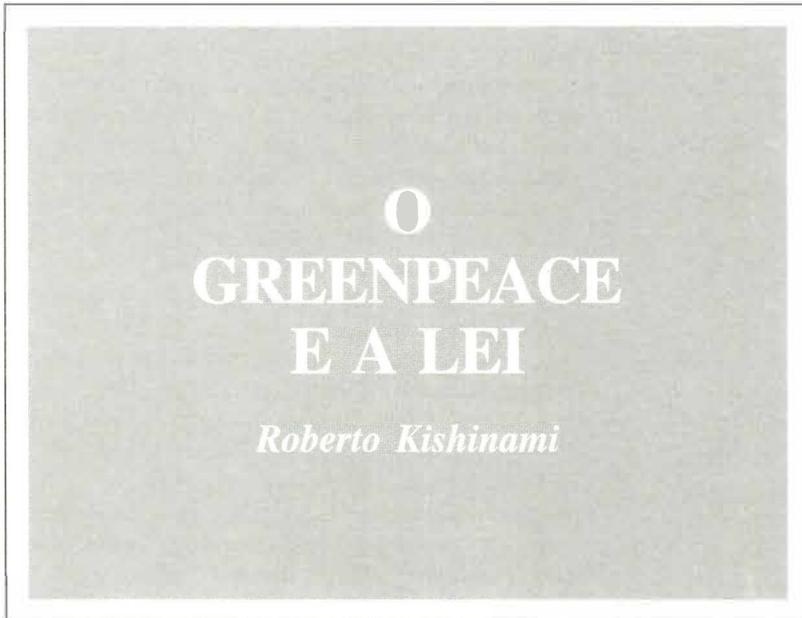
As exigências dos órgãos de proteção ambiental, no que tange à obrigatoriedade de cadastro e licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras tem o devido embasamento legal.

Os custos cobrados para efetivação de tais cadastros e licenciamentos conceituam-se como sendo taxas, cuja cobrança por parte dos órgãos de proteção ambiental depende de prévio estabelecimento em lei.

No caso específico da FEPAM, não é conhecida lei prevendo a cobrança de custo para emissão de cadastros ou licenças, mas tão somente ato administrativo do seu Conselho de Administração. A FEPAM, como órgão de proteção ambiental, tem “capacidade tributária” e não “competência tributária”, o que lhe permite, por assim ser, fiscalizar e arrecadar tributos, mas não criá-los.

Como inexistente ato delegando competência à FEPAM para criar tributos e, ainda que existisse, não haveria suporte legal, uma vez que a competência tributária é indelegável, conclui-se pela *inconstitucionalidade* da cobrança de taxas de cadastro e de licenciamento por parte desta Fundação, por não haver previsão em lei.

Luisa Falkenberg é Advogada e Professora de Direito Ambiental da Universidade Católica de Pelotas, Rio Grande do Sul.



*C*ada uma das convenções e tratados internacionais na área do meio ambiente fornece elementos para reflexões fundamentais da sociedade contemporânea. A contemporaneidade, aliás, define-se pela globalização dos mercados, dos ícones culturais, dos valores morais e também das leis, impulsionada pelo desaparecimento da bipolarização entre blocos planetários de modelos de produção. Ao mesmo tempo, a Lei constitui o fiel da balança entre o que já está e o que está por vir, quando lida no contexto histórico. Desta forma, é um campo privilegiado para a análise de onde estamos e para onde vamos, do ponto de vista da preservação do meio ambiente.

O Greenpeace – organização ambientalista de âmbito internacional – se vê freqüentemente em meio a discussões de cunho legal, tanto na análise prévia de suas próprias atividades em defesa do meio ambiente como no encaminhamento e acompanhamento de denúncias contra empresas ou governos que, em determinados momentos, produzem ou estão na iminência de produzir um dano irreparável à saúde humana e aos ecossistemas. Entenda-se por lei, neste caso, tanto as leis escritas como os costumes que fazem parte da cultura dos povos.

Por seu âmbito internacional, o Greenpeace tem colecionado uma rica experiência – pouco dela sistematizada – nos seus 27 anos de existência. A presença através de escritórios formalmente constituídos em 32 países e atuação efetiva em mais de 40 países e a diversidade de ambientes legais, impôs à organização um procedimento de análise prévia das atividades que envolvem terceiros – comumente governos e empresas – através de um sistema interno de consultas centralizado na Greenpeace Internacional, a entidade responsável pela coordenação das atividades dos escritórios e ativistas espalhados por quase todos os continentes do planeta.

Além disso, uma das características do Greenpeace é trabalhar prioritariamente com temas ambientais de relevância global ou planetária. Isto faz com que praticamente todas as atividades estejam dirigidas para algum fórum de decisão internacional, seja ele um acordo (Convenção, Tratado, Protocolo) ou um organismo multilateral como a Organização das Nações Unidas, o Banco Mundial e toda miríade de entidades supragovernamentais: Organização Mundial do Comércio, Agência Internacional de Energia Atômica, entre outras.

Ao longo de sua existência, o Greenpeace influenciou decisivamente em todos os acordos internacionais para a proteção do meio ambiente. Em alguns deles sua atuação foi solitária – como nos acordos contra o despejo de lixo radioativo e tóxico nos mares, contra o comércio internacional de lixo industrial perigoso e os testes nucleares, para citar alguns – enquanto em outros foi a parte mais visível de movimentos mais amplos, que certamente se beneficiaram da visibilidade trazida ao tema pelo principal método de atuação: a ação direta.

O Greenpeace questiona a lei

Não raras vezes o trabalho do Greenpeace consiste em questionar a legislação ambiental existente, tanto no plano internacional quanto nacional ou regional. Isto ocorre porque a organização adota como princípio que o meio ambiente é, no plano legal, um direito intergeracional. Ao invés de fundamentar este princípio em preceitos religiosos, o Greenpeace explica este princípio numa

visão antropocêntrica: as gerações que estão por vir têm desde hoje o direito ao meio ambiente sadio, porque seria a única maneira de garantir a sobrevivência da espécie.

A lei, cuja função primordial é tornar viável ou sustentável a vida em sociedade, tem hoje desafios que põem em cheque sua capacidade de coesionar as diferentes sociedades e culturas. Antes de tudo porque a capacidade de destruição do engenho humano é infinitamente superior ao existente no período em que foram lançados os fundamentos do Direito sob o qual hoje vivemos. Todo o Império Romano foi construído e decaiu num ambiente tecnológico com transporte a tração animal e armamento à base de arco e flecha.

O Greenpeace, na sua busca por validação e prática do princípio anteriormente referido, confronta a legislação existente, em todos os momentos em que esta permite a degradação do meio ambiente, mesmo que localizada no tempo e no espaço. Tal confrontação freqüentemente assume a forma de ações diretas, em que ativistas fazem-se presentes fisicamente no momento e no local em que a degradação ambiental ocorre ou está na iminência de ocorrer.

O Greenpeace pressiona para melhorar a lei

A ação direta tornou-se, a partir do trabalho do Greenpeace, um conceito. A presença física no local e no momento em que a degradação ambiental ocorre ou vai ocorrer, como forma de pressão sobre os centros de decisão capazes de reverter o curso da destruição, é sempre parte de uma estratégia em que estão também presentes o "lobby" político, a pesquisa científica, ações legais cabíveis e um forte trabalho de divulgação via veículos de comunicação de massa. As ações diretas têm a função de materializar o conflito e estabelecer a polêmica, o que abre espaço na sociedade para a disseminação da informação.

Através das ações diretas o Greenpeace tem catalizado mudanças nas sociedades que são, via de regra, traduzidas em novas leis ou acordos internacionais. O Greenpeace nasceu numa ação direta. Em setembro de 1971 doze ativistas americanos e canadenses alugaram um barco de pesca e navegaram em direção ao Alasca, onde o governo americano realizava testes nucleares. O barco não alcançou o local do teste nuclear mas o debate que se seguiu obrigou o governo americano a suspender os testes, para finalmente bani-los ao final da década. Os testes nucleares continuam sendo objeto de trabalho da organização e o resultado mais recente foi o CTBT (Comprehensive Test Ban Treaty), após os testes nucleares franceses no atol de Moruroa em 1995. Mas, o mesmo processo ocorreu, por exemplo, com a moratória da caça às baleias, em que a filmagem da matança de baleias e a veicu-

lação dessas imagens pelo mundo originou pressão popular, num tema até então restrito aos movimentos de proteção ou pelos direitos dos animais.

Na atualidade, o trabalho da organização trata de temas como: o estabelecimento de um tratado internacional para banir os poluentes industriais orgânicos persistentes (POPs), a constituição de um santuário global de baleias em todo o planeta, a interrupção da busca de novas jazidas de petróleo em áreas ambientalmente sensíveis. Em todos eles, o objetivo é alcançar novos patamares de proteção ao meio ambiente global que garantam vida sadia para as novas gerações.

O Greenpeace desafia a lei

Todo trabalho por mudanças – não só na área ambiental – coloca-se no limite entre a ordem existente e a utopia. Se de um lado isto significa polemizar (confundir e não esclarecer), de outro significa correr o risco de ser enquadrado em artigos legais de manutenção da ordem existente. Os artigos da lei mais frequentemente lembrados quando analisadas as ações diretas do Greenpeace referem-se à perturbação da ordem, desobediência civil, dano à propriedade privada ou ao patrimônio público e à (des)organização do trabalho.

Os ativistas do Greenpeace são preparados para avaliar os riscos “técnicos” das ações diretas, observando o princípio de não colocarem em risco a vida ou a segurança de pessoas e de não produzirem danos à propriedade privada. O princípio tem colocado à prova a imaginação e criatividade dos ativistas. Não é demais lembrar que a organização tem produzido ações ousadas usando a presença física contra navios baleeiros, de transporte e despejo de lixo industrial ou nuclear no mar, ou de guerra, para dar apenas alguns exemplos.

O Greenpeace e a aplicação da lei

A elaboração de novas leis, nos planos nacional e internacional, é o elemento dominante na escolha e planejamento dos temas de trabalho da organização. Entretanto, a aplicação cotidiana das leis ambientais é parte do cotidiano da mesma organização. No Brasil, o senso comum divide as leis entre as “que pegam” e as que “não pegam”, o que pode ser lido como uma reação dos costumes – lembrando que incluímos os costumes como parte da lei – à imposição de normas que não alcançam o grau de legitimidade necessário à sua vigência ou prática. Isto conforma um ambiente institucional em que a polêmica pode ser gerada por uma pressão em torno da aplicação da lei.

À guisa de exemplo, tomemos o caso da contaminação das águas por indústrias que despejam resíduos tóxicos, persistentes

e bioacumulativos. A legislação brasileira já estabelece desde o Código das Águas que constitui crime a alteração das características de qualquer curso d'água que possa ser usada para o abastecimento público de água potável com tratamento simples (Classe 2). No Brasil, os cursos d'água estão classificados e mesmo que a regulamentação sobre o lançamento de poluentes ao meio ambiente não contemple determinados poluentes (o que é o caso), a letra da lei é clara ao estabelecer a alteração das características do curso d'água como crime. Neste caso, basta conseguir comparar as características antes e depois do lançamento e estabelecer o nexo causal entre a poluição e o poluidor, para que se possa exigir do Estado o cumprimento da lei, o que resultaria em prisão dos responsáveis. Com a recente Lei dos Crimes Ambientais, as penas alcançam também os agentes do Estado nos casos de conivência ou omissão. Temos, com isso, bons casos legais por todo o País. Não se trata, portanto, de questionar a lei existente ou propor uma nova, mas apenas de aplicar o que já existe.

Roberto Kishinami é Físico e Diretor Executivo do Greenpeace Brasil.



A revista *Ciência & Ambiente* é editada semestralmente pela Editora da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brasil.

Cada número deve tratar de temas específicos, previamente selecionados pelo Conselho Editorial e anunciados na edição anterior.

INSTRUÇÕES PARA PUBLICAÇÃO

ESCOLHA DOS TEMAS

Os temas para cada número da revista devem enfocar questões relativas à ciência, ao meio ambiente e à sociedade, considerando a totalidade das relações que se estabelecem entre eles e os princípios de um desenvolvimento econômico, social e ecológico sustentável. Incluem-se reflexões sobre o progresso científico, a relação homem-natureza, a geração de tecnologia e sua influência nas relações de poder, etc. Podem ser tratados, ainda, assuntos referentes ao modelo de organização das instituições de ensino, pesquisa e extensão, com seus efeitos sobre a formação de recursos humanos e sobre a produção e difusão do conhecimento, entre outros.

ORIENTAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

Os artigos apresentados podem ser redigidos em português ou espanhol. Os autores devem informar sua função e instituição de procedência. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista e ao seu projeto gráfico.

Os artigos encomendados têm prioridade na publicação.

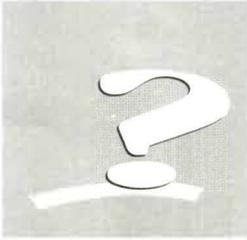
Trabalhos enviados espontaneamente poderão ser publicados, desde que aprovados pelo Conselho Editorial.

Estes devem ser encaminhados à revista no período de

1º a 30 de abril e outubro, respectivamente. Recomendam-se aos autores textos com, no máximo, **vinte laudas**.

DISTRIBUIÇÃO

A revista *Ciência & Ambiente* circula em todo o Brasil e em países da América Latina e Europa. Os interessados na sua aquisição (números individuais, assinatura) podem dirigir-se às livrarias mantidas por editoras universitárias ou ao editor em Santa Maria, Rio Grande do Sul.



INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN

La Editorial de la Universidad Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brasil, edita semestralmente la revista **Ciência & Ambiente**. Cada número de la misma trata de temas específicos, los que son previamente seleccionados por el Consejo Editorial y anunciados en la edición anterior.

SELECCIÓN DE LOS TEMAS

Cada número de la revista aborda temas relativos a la ciencia, al medio ambiente y a la sociedad, considerando la totalidad de las relaciones que se establecen entre ellos y los principios de un desarrollo económico, social y ecológico sustentable. Se incluyen reflexiones sobre la relación hombre-naturaleza, el progreso científico, la generación de tecnología y su influencia en las relaciones de poder etc.

Pueden ser tratados también temas referentes al modelo de organización de las instituciones de enseñanza, investigación y extensión, y sus reflejos en la formación de recursos humanos y en la producción y difusión del conocimiento, entre otros.

ORIENTACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos presentados pueden ser redactados en portugués o español. Los autores deben indicar su función y la institución a que están vinculados. El Consejo Editorial reserva para sí el derecho de sugerir modificaciones de forma, con el objetivo de adecuar los artículos a las dimensiones de la revista y a su padrón editorial y gráfico. Las colaboraciones solicitadas por los editores tienen prioridad en la publicación. Los trabajos espontáneamente enviados deben ser remitidos a la revista en el período de **1° a 30 de abril y durante el mes de octubre**. Se recomienda a los autores textos de, a lo máximo, **veinte páginas**.

DISTRIBUCIÓN

La revista **Ciência & Ambiente** circula en todo el Brasil y en diversos países de Latino America y Europa. Los interesados en su adquisición (números individuales, suscripción) pueden dirigirse a las librerías de las editoriales universitarias de Brasil o al editor en la ciudad de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil.

Impressão:

GRÁFICA EDITORA
Pallotti IMAGEM
DE QUALIDADE
SANTA MARIA - RS - FONE: 222.3050