

PPGD UNIRIO



## **DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

### ***Public Policy Law***

Journal of the Graduate Program in Law  
of the Federal University of the State of Rio de Janeiro

VOLUME 1 Nº 1  
JANEIRO – JUNHO 2019  
JANUARY – JUNE 2019

ISSN: 2675-1143

# DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

## **EXPEDIENTE**

Revista Direito das Políticas Públicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO

Vol. 1, nº 1, jan./jun. 2019. ISSN 2675-1143

### Reitor

Prof. Dr. Ricardo Silva Cardoso

### Vice-Reitor

Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato

### Pró-Reitora de Pós-Graduação

Profa. Dra. Evelyn Goyannes Dill Orrico

### Diretora da Biblioteca Central

Márcia Valéria da Silva de Brito Costa

### Biblioteca Setorial do CCJP

Filomena Angelina Rocha de Melo

Lidia Oliveira de Seixas

Renata da Silva Falcão de Oliveira

Thalita Oliveira da Silva Gama

### Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

### Coordenação do Curso de Mestrado em Direito

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

### Editores

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. André Luiz Coelho Farias de Souza

### Conselho Editorial

Prof. Dr. Ben Boer, Universidade Wuhan, China; Universidade de Sydney, Austrália

Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas - SP, Brasil

Prof. Dr. David Cassuto, Universidade Pace, Estados Unidos da América do Norte

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profa. Dra. Griselda Capaldo, Universidade de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Julien Théron, Universidade Toulouse Capitole, França

Profa. Dra. Marie-Hélène Monserie-Bon, Universidade Paris II, França

Prof. Dr. Santiago Ripol Carulla, Universidade Pompeu Fabra, Espanha

# DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Prof. Dr. Talden Farias, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Prof. Dr. Tiago Duarte, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

## Comissão Editorial

Prof. Dr. André Coelho

Profa. Dra. Claudia Gurgel

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. José Gabriel Assis de Almeida

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Profa. Dra. Patrícia Serra Vieira

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Profa. Dra. Rosalina Corrêa Araújo

## Comissão Assistente Editorial

Ms. Luciana Picanço de Oliveira Brandolin

Ms. Márcio Valério Ferreira Fernandes

Catarina Salles

Eliane Vieira Lacerda Almeida

Fabiana Lanke

Fabienne Oberlaender Gonini Novais

Maida Pratis Pessanha Tejón

Milton Leonardo Jardim de Souza

Thuany de Moura C. Vargas Lopes

Yasmin Sant´ana Ferreira Alves de Castro

Revisão de referências - Bib.a Thalita Oliveira da Silva Gama

Capa - Thuany de Moura C. Vargas Lopes Imagem – Canva.com

Revista Direito das Políticas Públicas [recurso eletrônico] /

Revista do programa de pós-graduação em direito da UNIRIO.

Vol.1, n. 1 (2019) - Rio de Janeiro, RJ: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Acesso em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/index>

Semestral

ISSN: 2675-1143

1. Ciências Jurídicas - Periódicos. I. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

CDD: 340

Bibliotecária: Thalita Gama – CRB 7/6618 - Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP/  
UNIRIO, Rua Voluntários da Pátria, nº 107, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 22.270-000

**SUMÁRIO**

**EDITORIAL** ..... 5

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

**DOCTRINA**

**A FORMAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE** ..... 7

Paulo de Bessa Antunes

**O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL EM  
CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANTES OU DEPOIS DA  
LICITAÇÃO** ..... 29

André Saddy

**CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE: O  
PENSAMENTO DE PAOLO GROSSI** ..... 53

Ana Maria de Carvalho - José do Carmo Alves Siqueira

**OVERCOMING THE COLONIALITY OF KNOWLEDGE IN INTERNATIONAL LAW:  
THE CASE OF ENVIRONMENTAL REFUGEES** ..... 67

Tatiana Cardoso Squeff

**A FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA DO DÉFICIT COMO JUSTIFICATIVA  
CENTRAL DA PROPOSTA DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (PEC Nº  
06/2019) E SEUS REFLEXOS NO IDEÁRIO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS** ..... 81

Theodoro Vicente Agostinho - Sergio Henrique Salvador - Ricardo Leonel da Silva

**DOSSIÊ: ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL**

**THE AARHUS CONVENTION - THE LEGAL CULTURAL PICTURE: COUNTRY  
REPORT FOR FRANCE** ..... 107

Giulia Parola

**LA PARTECIPAZIONE CHE FA BENE ALL'AMBIENTE: OLTRE AARHUS E A  
FAVORE DELLO SVILUPPO DI UNA SCIENZA CIVICA E DI COMUNITÀ** ..... 139

Margherita Poto - Lara Fornabaio

**EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN,  
DAN A LUZ UNA NUEVA JURISPRUDENCIA** ..... 149

Henry Jiménez Guanipa

**RESENHA**

**RESPONSABILIDADE EM GRANDES DESASTRES AMBIENTAIS: UM TEMA PARA  
O DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS** ..... 163

Leonardo Mattietto

**EDITORIAL**

O Direito que legitima o poder, que organiza a sociedade, que mantém o *status quo*, pode vir a ser instrumento de transformação social, de luta por autonomia e responsabilidade?

O Direito das Políticas Públicas vem se constituindo numa área que coloca o conhecimento jurídico como ferramenta de mudança, impondo aos cidadãos, à Sociedade e ao Estado deveres de conduta frente ao imperativo mundial de construir uma sociedade livre, justa e solidária (no caso brasileiro, trata-se também de imperativo constitucional). Ao impor deveres de conduta, o Direito das Políticas Públicas, indica caminhos e procedimentos para efetivação dos direitos fundamentais a que as Políticas Públicas se propõem.

A Revista Direito das Políticas Públicas pretende ser espaço de divulgação e propagação deste conhecimento jurídico que quer mover as pessoas, incomodar Instituições e transformar o Estado.

Iniciamos esta primeira edição com três seções, Artigos, Dossiê e Resenhas.

Na seção Artigos, abrimos com o artigo do Professor Paulo de Bessa, “A Formação da Política Nacional do Meio Ambiente”, em que analisa o contexto de sua origem; sendo essencial para a efetividade e aprimoramento de qualquer política pública a compreensão de seu surgimento. Como podemos vislumbrar o caminho a seguir se não sabemos de onde viemos? O artigo seguinte, do Professor André Saddy, aborda o momento da realização do estudo de impacto ambiental em concessões de serviços funerários e de sepultamento, unindo matérias de direito administrativo e ambiental. O artigo conjunto da Mestranda Ana Maria de Carvalho com o Professor José do Carmo Alves Siqueira parte do pensamento de Paolo Grossi para analisar a construção do conceito de propriedade agrária, um dos elementos da situação fundiária no Brasil, que não se trata de situação “dada”, mas construída a partir de uma política efetiva do Estado. A Professora Tatiana Cardoso Squeff escreve sobre refugiados ambientais, demonstrando a necessidade do reconhecimento desta categoria jurídica para superar uma limitação do Direito Internacional e, assim, romper com a “colonialidade do saber”. “A Fragilidade Argumentativa do Déficit como Justificativa Central da Proposta de Reforma da Previdência Social (PEC nº 06/2019) e seus Reflexos no Ideário da Efetividade dos Direitos Fundamentais” é o artigo de Theodoro Vicente Agostinho, Doutorando, Sergio

Henrique Salvador, Mestre e Ricardo Leonel da Silva, Professor, onde discutem os argumentos para a reforma da previdência.

A política da seção Dossiê é manter as regras do sistema de chamadas de referências originais do país do autor. Nesta edição o Dossiê enfrenta a temática dos acordos internacionais em matéria de meio ambiente. O artigo da Professora Giulia Parola, do PPGDC da UFF, aborda o tema da Convenção de Aarhus, apresentando um relatório de país para a França. O artigo das Professoras Margherita Poto, da Universidade de Turin (Itália), e Lara Fornabaio, Universidade de Ferrara (Itália) aborda a aplicabilidade do princípio da precaução e a Convenção de Aarhus na visão do Tribunal Administrativo Italiano. Já o artigo do Professor Henry Jiménez Guanipa, da Universidade de Heidelberg, aborda o Acordo de Escazú celebrado na Costa Rica com a inclusão da análise dos direitos humanos relacionados às questões ambientais na América Latina e Caribe.

Fechamos a edição com a Resenha do livro “Indústria e desastre: os legados de Mariana e Brumadinho”, elaborada pelo Professor Leonardo Mattietto. O livro é fruto de dissertação de mestrado defendida no PPGD pela hoje Professora Luciana Picanço.

Não podemos deixar de registrar agradecimento aos apoios indispensáveis à execução desta Revista, desde a concepção inicial até sua publicação. Desta forma, agradeço aos Coordenadores do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Professores Paulo de Bessa e Leonardo Mattietto, assim como à equipe da Biblioteca Central, na pessoa da Bibliotecária Cíntia Marques Souza dos Santos, e à Bibliotecária do CCJP, Thalita Oliveira da Silva Gama. A participação dos Mestrandos do PPGD/UNIRIO foi significativa, merecendo agradecimento especial aos Mestrandos Milton Leonardo Jardim de Souza e Thuany de Moura C. Vargas Lopes.

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Editor

Submetido a convite

em 27/06/2019

## A FORMAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

### THE FORMATION OF THE NATIONAL ENVIRONMENTAL POLICY

Paulo de Bessa Antunes<sup>1</sup>

#### RESUMO

O artigo busca examinar as origens da Política Nacional do Meio Ambiente como forma de reação às pressões internacionais efetuadas sobre o País durante a Conferência da Organização Unidas sobre Meio Ambiente Humano (Estocolmo-1972), assim como busca demonstrar que o crescimento da poluição decorrente do crescimento econômico pós-1964 fez com que os estados membros da federação criassem soluções próprias para o problema. A existência do então vigente conceito de segurança nacional, altamente centralizador, implicou na elaboração de uma política ambiental cuja principal característica era o esvaziamento das competências estaduais. Por outro lado, não se pode deixar de lado a influência do pensamento ambientalista na formação de tal política, demonstrando as suas contradições.

#### PALAVRAS-CHAVE

Meio Ambiente. Política ambiental. Segurança nacional. Federalismo. Ambientalismo.

#### ABSTRACT

The article seeks to research the origins of the National Environmental Policy as a way of responding to the international pressures made on the country during the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm, 1972), as well as to demonstrate that the growth of pollution due to the post-1964 economic growth made the member states of the federation create their own solutions to the problem. The existence of the then-current concept of national security, which was highly centralized, implied the elaboration of an environmental policy whose main characteristic was the emptying of state competences. On the other hand, it cannot ignore the influence of environmentalist thought in the formation of such a policy, demonstrating its contradictions.

#### KEYWORDS

Environment. Environmental policy. National security. Federalism. Environmentalism.

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito pela UERJ. Procurador da República aposentado. Membro da Deustch Brasilianisch Juristen Vereinigung (DBJV). Presidente da União Brasileira da Advocacia Ambiental – UBAA. Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UNIRIO).

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo examinará a formação da Política Nacional do Meio Ambiente [PNMA], instituída pela Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. A PNMA, ainda vigente, é lei editada na última fase do regime militar e que sobreviveu à mudança política, tendo passado por algumas modificações que, no entanto, não foram suficientes para mudar a sua essência que é a de ser uma norma construída em um contexto tecnocrático como resposta autoritária às necessidades impostas pelas transformações econômicas e sociais sofridas pelo mundo e pelo País no século XX. A PNMA foi uma centralização do controle ambiental nos órgãos federais, haja vista que a poluição industrial e urbana que vinha se avolumando no País, principalmente, desde a década de 50 do século XX, não era objeto de ações efetivas por parte do governo federal, o que fez com que os governos estaduais passassem a instituir órgãos de controle ambiental. O governo federal, ao editar a Lei no 6.938/81 subtraiu do controle da autoridade estadual as atividades capazes de causar maior impacto ambiental e poluição, utilizando-se para tal da doutrina de segurança nacional, então em voga. Foi somente em 2011, com a edição da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro que se buscou redistribuir o poder relativo ao controle ambiental que, no entanto, ainda permanece muito centralizado.

O artigo será inaugurado com breve análise do processo de industrialização e urbanização sofrido pelo Brasil no século XX, em especial em sua segunda metade. Em seguida, o artigo abordará os desafios ambientais impostos ao regime cívico-militar implantado no Brasil após 1964 e a forma como ele lidou com as questões ambientais e urbanas, notadamente a poluição industrial. Como se espera demonstrar, a atuação do regime pós-1964 foi marcada por ambiguidades e contradições, pois apesar ad modernização legislativa promovida, a rápida expansão econômica, bem como as respostas dadas aos novos e crescentes problemas dela advindos, a poluição industrial aumentou. Por outro lado, o enfrentamento da poluição por parte dos estados, fez com que o governo federal ampliasse a sua competência em matéria de combate à poluição, utilizando-se da lei de segurança nacional e limitando a autonomia dos estados membros. A PNMA, no contexto, surge como um instrumento ambíguo que, sob a aparência de descentralização, na prática afasta os estados do controle das atividades industriais responsáveis pela maior parte da poluição em seus territórios.

Como se espera poder demonstrar ao longo do artigo, alguns elementos foram determinantes para a elaboração da PNMA, dentre os quais podemos identificar o (i)

reconhecimento por parte dos Programas Nacionais de Desenvolvimento que o crescimento industrial gerava externalidades negativas que impactavam a sociedade e ao meio ambiente; a (ii) existência de uma conjuntura internacional favorável à proteção ambiental e à saúde humana e (iii) a existência de uma crescente consciência ecológica no País e a (iv) crescente tentativa dos estados em assegurar o controle da poluição.

A metodologia a ser adotada no desenvolvimento do presente artigo será constituída por (i) pesquisa legislativa, seja no nível federal quanto nos estaduais, (ii) pesquisa documental, seja em documentos oficiais, seja em artigos de jornais e revistas e (iii) pesquisa bibliográfica. A abordagem do material coletado será crítica, buscando compreender as normas e documentos conforme o contexto político no qual tenham sido produzidos. Com o emprego da metodologia explicitada, o artigo objetiva fornecer uma visão ampla da formulação da PNMA, ressaltando os seus aspectos contraditórios e ambíguos.

## **2 A INDUSTRIALIZAÇÃO BRASILEIRA NO SÉCULO XX: CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS**

Os dados do IBGE demonstram que a população brasileira, entre os anos 1901 e 2000, cresceu de 17,4 para 169,6 milhões de pessoas; já o Produto Interno Bruto [PIB] cresceu 100 vezes, tendo o PIB per capita se multiplicado por 12, não menos relevante foi a ampliação da expectativa de vida que passou de 33,4 anos em 1910 para 64,8 em 2000. Todas as mudanças acima tiveram o seu ritmo intensificado na segunda metade do século XX e, mais especialmente, a partir da década de 60, com rápida urbanização, sendo que em 1940 31,2% da população era urbana e, em 1980, já correspondia a 67,6% do total da população nacional. Thomas E. Skidmore (1998) demonstra que desde a década de 20 do século XX, o País passou por um notável crescimento econômico, haja vista que, entre 1914 e 1930, os investimentos diretos americanos e alemães no Brasil passaram de US\$ 50 milhões a US\$ 557 milhões, tal crescimento, todavia, foi desigual, concentrando-se nos estados de São Paulo, Minas Gerais e no atual estado do Rio de Janeiro. São Paulo, por exemplo, viu a sua participação na produção industrial nacional passar de 15,9% em 1907 para 45,4% em 1937. Tal ritmo de crescimento foi acelerado após a segunda guerra mundial, em especial no governo Juscelino Kubitschek que, por meio de seu programa de metas, criou um expressivo parque automotivo praticamente a partir do nada, tendo também feito fortes investimentos na geração de energia.

O regime cívico-militar implantado a partir de 1964, portanto, viu-se diante de problemas que vinham se acumulando há décadas e que demandavam resposta. Todavia, a estratégia de desenvolvimento adotada pela novel ordem, tinha por base a ampliação das atividades impactantes ao meio ambiente, incluindo a abertura de frentes produtivas com a incorporação de novas áreas do território nacional à produção econômica; logo, o regime, do ponto de vista ambiental, se equilibrava sobre contradições. Certo é que os resultados ambientalmente negativos do crescimento econômico foram ampliados durante o regime cívico-militar e a própria PNMA somente foi instituída nos estertores do regime de 1964. Viveu-se um período de acirramento da poluição que, em boa medida, foi incentivada pelos governos de então.

### **2.1 Modernização e proteção ambiental**

A partir de 1964 foram implantadas imensas modernizações no estado brasileiro que, muito embora não tenham sido capazes de desmontar a estrutura estatal herdada do primeiro período Vargas foram importantes para dar o necessário suporte institucional e legal para o novo modelo de desenvolvimento estabelecido. Dentre as novidades trazidas pelo novo regime, merecem destaque (i) Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964 que instituiu o Estatuto da Terra (ii) Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965 que instituiu o novo Código Florestal, (iii) Decreto-Lei no 200, de 25 de fevereiro de 1967, reorganiza a Administração Pública Federal; (iv) Decreto-Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967 modifica o Código de Minas, (v) Lei no 5.371, de 5 de dezembro de 1967 que autoriza a criação da Fundação nacional do Índio - FUNAI (vi) Lei no 6.001, de 19 de dezembro de 1973, Estatuto do Índio.

As normas selecionadas, mesmo não sendo as únicas, demonstram que em um período de cerca de 5 anos foram promovidas relevantes alterações legais nos regimes jurídicos de exploração dos recursos naturais, com vistas a permitir a sua maior utilização econômica. Foge aos objetivos do presente artigo realizar análise da qualidade das modificações introduzidas, contudo não é difícil perceber que elas significaram importantes mudanças para a facilitação da apropriação econômica dos recursos naturais, indicando inclusive a direção da Amazônia. Relava notar que, apesar do fechamento do regime, muitas críticas foram feitas ao modelo de exploração dos recursos naturais, cujas consequências ainda são sentidas.

A modernização insustentável implantada no Brasil a partir de março de 1964 buscou dar respostas às externalidades ambientais decorrentes da rápida industrialização e urbanização, ainda que de forma parcial e quase que simbólica, muito embora tenha estimulado a ocupação da floresta amazônica por diferentes meios, em uma gritante contradição com algumas normas que, em tese, protegiam os recursos naturais.

A realidade urbana, todavia, era muito clara e não poderia ser completamente ignorada. Assim, a primeira preocupação surgiu da constatação de que o crescimento econômico do País estava impondo ônus à saúde da população, decorrentes da falta de controle das condições de produção e da ausência de infraestrutura de saneamento básico para a maior parte da população. Isto foi observado especialmente no rápido crescimento de Brasília e na sua desordenada urbanização, sobretudo nas chamadas cidades satélites. Em 1966 foi editada a Lei nº 5.027, de 14 de junho instituindo o Código Sanitário do Distrito Federal, o qual trazia normas de combate à poluição. Em seu artigo 7º, § 2º a lei proibiu “a instalação de núcleos habitacionais de qualquer espécie em zonas a montante do lago de Brasília e nas proximidades dos cursos de água da sua bacia”, que não possuíssem “sistema de recolhimento de dejetos e de detritos capaz de evitar a poluição e a contaminação das suas águas”.

Em âmbito nacional, uma das primeiras normas a definir o conceito de poluição foi o Decreto-Lei nº 303, de 23 de fevereiro de 1967 que instituiu o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental, editado com base no Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. De acordo com o artigo 1º da norma, a poluição foi definida como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água e ar), originada por substância sólida líquida, gasosa ou em qualquer estado da matéria que, direta ou indiretamente fosse “nociva ou ofensiva à saúde à segurança e ao bem-estar das populações”, ou ainda que criasse “condições inadequadas para fins domésticos, agropecuários, industriais e outros”, ou mesmo que ocasionasse danos à flora e à fauna. O Decreto-Lei fixou uma proibição geral de poluição ao determinar em seus artigos 2º e 3º que não se admitiria o despejo de resíduos oriundos de atividades industriais, comerciais, agropecuárias, domiciliares que poluíssem as águas, o que seria confirmado pelo estabelecimento de “padrões para os despejos” ou por “padrões de qualidade para as águas receptoras”. Disposições similares foram instituídas para as emissões atmosféricas. Com vistas ao controle da poluição foi criado junto ao Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental [CNCIPA]. O CNCIPA

tinha natureza tecnocrática, haja vista que constituído obrigatoriamente por técnicos “identificados com os problemas específicos da engenharia de controle da poluição ambiental”. Era um conselho basicamente governamental, admitindo-se em “casos específicos”, a oitiva de representantes das confederações empresariais da indústria, da agricultura e do comércio, as quais se encontravam sob rígido controle do governo. O Conselho tinha a natureza de órgão normativo e de planejamento, “agindo ainda como único coordenador específico de assunto junto ao Governo Federal e aos órgãos executores da política de controle da poluição ambiental. ” O Decreto – Lei nº 303/1967 foi revogado pela Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967 que instituiu a Política Nacional de Saneamento que deveria ser “formulada em harmonia com a Política Nacional de Saúde” e, expressamente, incluía o “controle da poluição ambiental, inclusive do lixo”. No particular, é relevante a observação de HERCULANO (2013, p. 336) que aponta que o CNCPA foi extinto, na prática, pelo Decreto nº 62.127/1968 que, ao regulamentar o Código Nacional de Trânsito, atribuiu ao Conselho Nacional de Trânsito a competência de controle da poluição atmosférica causada por veículos automotores.

## **2.2 Os Planos Nacionais de Desenvolvimento**

Na década de 70 do século XX, o planejamento econômico e a intervenção estatal na economia eram as respostas usuais para o enfrentamento de crises globais e para alavancar o desenvolvimento. Coerentemente, o regime cívico-militar elaborou dois Planos Nacionais de Desenvolvimento, os quais expressamente reconheciam a grave situação da poluição industrial nos principais centros urbanos do País. Os problemas oriundos da crescente poluição industrial eram visíveis e não podiam ser ignorados pelo regime então vigente. Isto fica claro, repita-se, com a elaboração dos dois Planos Nacionais de Desenvolvimento [PND I e II] que, apesar de seus contornos autoritários e tecnocráticos, não puderam desconsiderar os fatos que impactavam o meio ambiente brasileiro. Muito pelo contrário, tais documentos, notadamente o II PND, são bastante explícitos ao identificarem na rápida industrialização e no modelo de “integração nacional” então em voga, com a expansão das atividades de mineração, agropecuária no Planalto Central e na Região Amazônica, constituição de novos polos industriais, acelerada expansão da infraestrutura, um alto potencial de “devastação” dos recursos naturais, segundo expressão utilizada pelo próprio documento governamental.

O I PND (BRASIL, 1971), em seu texto, se utiliza por três vezes da palavra poluição em um contexto de externalidade negativa causada pelo desenvolvimento econômico, haja vista que o Plano previa altos investimentos em energia elétrica, a implantação de uma central nuclear, investimentos em telecomunicação, mineração “abrangendo, além do minério de ferro, um conjunto de projetos de grande dimensão para lavra e industrialização”. A ideia subjacente ao I PND era a consolidação do núcleo desenvolvido do Centro-Sul, criando-se regiões metropolitanas, o que demandaria o controle da poluição industrial, buscava-se também, criar novos polos regionais de desenvolvimento, como por exemplo, o agroindustrial na região sul, o industrial-agrícola do Nordeste e agropecuário do Planalto Central e da Amazônia. Assim, estava claramente delineada uma estratégia de ocupação territorial do País e de expansão de atividades que notoriamente tinham a capacidade de gerar fortes impactos ambientais negativos.

O I PND partiu da constatação de que o País enfrentava problemas “decorrentes do desenvolvimento revolucionário da Ciência e da Tecnologia, tais como: mudança nos hábitos de consumo, modificações nas estruturas industriais, com a formação de empresas multinacionais; e poluição Ambiental” (BRASIL, 1971). Vislumbrou-se, também, que na década de 70 que a região centro-sul, em função do nível de renda alcançado enfrentaria os “problemas típicos da sociedade moderna”, com destaque para a “poluição, já crítica” em vários centros urbanos. Além disso, o programa objetivava levar o Brasil à condição de país desenvolvido no período de uma geração, tinha por meta duplicar a renda per capita nacional até 1980 e para tanto era necessária uma taxa de crescimento econômico anual da ordem de 8% a 10%, estimava-se uma expansão dos empregos de cerca de 3,2%. Os recursos para financiamento do I PND eram fornecidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil e demais órgãos de fomento da União.

O II PND (BRASIL, 1974) que foi considerado “[a] maior e mais ousada iniciativa do nacional desenvolvimentismo”, trazia o capítulo IX (Desenvolvimento urbano. Controle da poluição e preservação do meio ambiente), o que demonstrava o agravamento do problema e, conseqüentemente, a maior preocupação governamental com ele. Em comparação com o I PND, o II PND tinha uma análise mais profunda das relações entre crescimento econômico acelerado, rápida urbanização, consumo de recursos naturais, qualidade de vida, defesa do consumidor e poluição.

Reconhecendo como problema a poluição urbana, sobretudo nas regiões metropolitanas, o II PND estabeleceu como meta implantar normas antipoluição, “dentro de uma preocupação geral de preservação do meio ambiente e de evitar a devastação dos recursos naturais do País”. A concentração industrial foi identificada como geradora de poluição nas regiões metropolitanas, devendo ser revertida com a instalação de novos polos de desenvolvimento e industriais. Todo esse conjunto de medidas tinha por finalidade “a viabilização da meta de crescimento” que estava “vinculada a importância de consolidar um modelo brasileiro de capitalismo industrial. ” A consolidação do capitalismo industrial brasileiro deveria enfrentar, segundo as diretrizes do II PND, o “problema do desemprego”, sendo necessário atentar, ainda, para os “efeitos de poluição e, em geral, da agressão ao meio-ambiente. ” O crescimento urbano, qualificado como “prematura metropolitanização”, segundo os termos do PND gerou “a presença forte do problema da poluição industrial”, que não mais se restringia às regiões de São Paulo e do Rio de Janeiro. No que tange às demais regiões do País, foi reconhecido que o “desenvolvimento multiforme e rápido que se verifica em todos os quadrantes do território nacional, com a realização de grandes projetos e a aplicação de novas tecnologias, tanto em áreas urbanas como rurais, suscita o tema geral da preservação dos recursos naturais do País”.

O enfrentamento da poluição industrial e a proteção do meio ambiente, conforme a racionalidade presente nos Planos Nacionais de Desenvolvimento deveriam ser feitos segundo a concepção de que o País não via como legítima a imposição de limites, por parte da comunidade internacional, ao acesso dos “países subdesenvolvidos” – dentre os quais o Brasil se incluía - “ao estágio de sociedade industrializada, sob pretexto de conter a avanço da poluição mundialmente. ” O esforço do combate à poluição, conforme a visão do governo brasileiro de então, deveria ser feito principalmente pelos países desenvolvidos, que são os principais responsáveis “pelo atual estágio de poluição”.

Especificamente em relação à “devastação de recursos naturais - de solo, vegetais e animais”, admitia-se que ela já estava assumindo “proporções inadmissíveis”, cuja causa imediata era a “construção da infraestrutura”, a “execução de programas industriais e agrícolas”; todavia, a principal causa para a dilapidação ambiental era a “ação predatória de interesses imediatistas”. Diante de tal quadro, cabia ao País “defender, sistemática e pragmaticamente, esse patrimônio de recursos naturais, cuja preservação faz

parte do desenvolvimento, coma também o faz a proteção ao patrimônio cultural representado pelas cidades históricas. ”

O II PND registrava que dentre as diferentes formas de poluição, a mais grave era a “poluição da pobreza”, ou seja, a falta das condições básicas de saneamento e equipamentos urbanos “indispensáveis a saúde das populações de baixa renda”. Dado que o Brasil ainda possuía vastas áreas ainda não submetidas aos efeitos deletérios da poluição, entendia-se que havia “maior flexibilidade, quanto à política de preservação do equilíbrio ecológico” do que em muitos países, em especial os desenvolvidos. Diante de tal quadro, concluiu o II PND que “a política a seguir é de equilíbrio, para conciliar o desenvolvimento em alta velocidade com o mínimo de efeitos danosos sobre a ecologia e garantindo o uso racional dos recursos do País, com garantia de permanência dos de caráter renovável”. Identificando uma série de medidas que deveriam ser adotadas com vistas a solucionar as questões diagnosticadas.

A ideia central do II PND, portanto, era a implantação de uma economia industrial moderna, para tal seriam necessários investimentos em infraestrutura (estradas, portos, geração de energia, aeroportos etc.), ciência e tecnologia. Além desses aspectos, os PNDs tinham um forte viés integracionista do território nacional. Assim, medidas como a integração da Amazônia por meio de programas de polos de desenvolvimento tais como o Poloamazônia e outros foram desenvolvidos, com fortes investimentos em agricultura, mineração e silvicultura. Havia, também o objetivo de elevação da renda per capita a valores superiores aos mil dólares americanos e crescer o produto interno bruto nacional para além dos cem bilhões de dólares americanos no ano de 1977. O II PND foi uma resposta dada pelo governo brasileiro à crise do petróleo que se abatia sobre as economias mundiais. Buscava-se o estabelecimento de um parque industrial formado por indústrias de base, com objetivo de implantar um forte parque industrial que fosse capaz de substituir as importações, fortalecendo o mercado interno.

Outro item importante era o desenvolvimento de uma política de integração nacional, baseada num programa de aplicação de recursos no Nordeste. Era também prevista a ocupação produtiva da Amazônia e da região Centro-Oeste, a ser promovida pelo Programa de Polos Agropecuários e Agro minerais da Amazônia e pelo Programa de Desenvolvimento de Recursos Florestais.

### **3 O DESCONFORTO INTERNACIONAL COM A INDUSTRIALIZAÇÃO: O MOVIMENTO AMBIENTALISTA**

A política ambiental pós-1964 surge em momento em que, internacionalmente, tinha início o movimento de proteção ao meio ambiente que, do exterior, se espalhava dentro do País. Como se sabe, o chamado movimento ambientalista fora fortemente influenciado por protestos e movimentos populares contra a poluição química, a ameaça nuclear e o receio da superpopulação mundial que encontravam ressonância em obras como *Silent Spring* [Primavera Silenciosa] (1962 [2002]) e *Limits to Growth* [Os Limites do Crescimento] (MEADOWS et al, (1977 [1972])).

Se há uma voz que se destaca no ambientalismo, é a de Rachel Carson com a sua obra seminal *Silent Spring* cujo capítulo inaugural tem o emblemático título de uma fábula para amanhã no qual, à semelhança dos contos infantis, afirma-se que era uma vez uma cidade no coração dos Estados Unidos uma cidade que se assemelhava ao jardim do éden. *Silent Spring* é, certamente, o livro mais influente em termos de pensamento ecológico até os dias presentes. Na obra constam as preocupações com a guerra nuclear e com a contaminação do ambiente por produtos químicos, vinculando-os com armas de guerra, com a sua utilização como veneno para suicidas. Não há nenhuma questão presente na agenda ambientalista atual que não tenha estado presente em *Silent Spring*. O manifesto trata de questões que vão desde a ameaça de guerra nuclear até a poluição do leite materno por produtos químicos. Fala das pequenas comunidades e da participação popular, dos riscos da ciência moderna e muitas outras coisas. Alarmista, em uma época na qual a preocupação com a guerra fria e as explosões termonucleares eram ameaças concretas; radical no banimento dos organoclorados, podemos dizer que a Convenção POPs é um subproduto de *Silent Spring*. A influência de R Carson pode ser observada no discurso do Ex-Secretário-Geral da ONU, U Thant ao afirmar que não desejava parecer “excessivamente dramático”, mas que a sua condição de Secretário-Geral permitia-lhe concluir que os integrantes das Nações Unidas dispunham “talvez de dez anos” para controlar a corrida armamentista, melhorar o ambiente humano e controlar a explosão demográfica. “Se tal associação mundial não for formada dentro dos próximos dez anos, então será grande o meu temor de que os problemas que mencionei já tenham assumido proporções a tal ponto estarrecedoras que estarão além da nossa capacidade de controle”. (Meadows et al, (1977 [1972]), p. 13-14)

Em 1972 foi realizada, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano que foi o ápice de um conjunto de iniciativas que tinham por objetivo diminuir os impactos negativos do desenvolvimento econômico que se manifestavam nos chamados países desenvolvidos, notadamente nos Estados Unidos, Europa Ocidental e Japão. O Brasil, em tal Conferência internacional adotou a postura de que a pior poluição é a poluição da pobreza, considerando descabidas as tentativas de “frear” desenvolvimento nacional em razão de um abstrato combate à poluição industrial.

### **3.1 A crítica ecológica contemporânea ao modelo de desenvolvimento**

Apesar do fechamento político e do evidente déficit de liberdade de expressão existentes no período, a crítica ao modelo de desenvolvimento se fez presente, podendo ser bem sintetizada na obra e militância de José Lutzemberger cujo livro “O Fim do Futuro? Manifesto Ecológico Brasileiro” foi pioneiro entre nós. Lutzemberger é tão importante para o Brasil quanto foi Rachel Carson no contexto internacional. O autor sustentava que os seres vivos existentes na biosfera são o seu motor que, movido pela energia solar, aciona os ciclos biogeoquímicos que sustentam a vida na “Nave Espacial Terra. “ (1976, p. 9) A Ecologia, para o autor, é a ciência da “sinfonia da vida”, a “ciência da sobrevivência”, não sendo uma mera especialização, pois a ecologia “é a visão sinfônica do mundo” (p.10). Em “a demolição da natureza” consta a afirmação de que “[a] sociedade moderna é infinitamente mais destruidora do ambiente que algumas das sociedades antigas, extintas justamente porque fabricava desertos”. (P. 12). “Pecamos contra todos os preceitos da Ecologia” (p. 13). ”

José Lutzemberger fez um apelo moral ao comportamento humano em relação à natureza, pois a condição biológica do Homem, em especial a complexidade de seu cérebro, confere-lhe “autonomia de comportamento ou liberdade de ação” (p. 16), em outras palavras: livre arbítrio. Em consequência das agressões causadas pela sociedade industrial, a Ecosfera “está gravemente enferma” (p. 17). “A agricultura moderna é outra forma de rapina, de rapina mais irreversivelmente destruidora que a rapina do caboclo” (p. 21). Em “exploração insensata” Lutzemberger faz forte crítica à conjuntura desenvolvimentista contemporânea ao texto que, como se sabe, foi marcada pela construção de diferentes obras de infraestrutura viária, minerária, etc. Todo o padrão de desenvolvimento então adotado dava margem à constituição de uma “bacanal do esbanjamento”.

A crítica à energia nuclear é também forte, com sua utilização o Ser Humano brinca de “aprendiz de feiticeiro”. A resistência de Lutzemberger à tecnologia nuclear, todavia é conjuntural, pois ela seria admissível em um mundo utópico no qual não existissem guerras, revoluções, banditismo, terrorismo, terremotos e outros fenômenos sociais e naturais (p. 42). Prosseguindo com a litania, chega-se a hora do apelo ao neo-malthusianismo representado pela “avalanche humana”. Para o autor, a “explosão demográfica é um desequilíbrio que se deve a interferências artificiais em equilíbrios naturais” (p. 44). Para ele, a tecnologia agrícola e a medicina geraram alterações nas taxas de “[a ] densidade demográfica alcançada por alguns países altamente desenvolvidos nunca nos poderá servir de modelo e isto invalida o argumento de que o desenvolvimento e o elevado nível de vida traz, automaticamente, o equilíbrio demográfico. ” (p. 45).

Após tecer duras e ácidas críticas à sociedade industrial, em especial a forma que ela se organizou no Brasil, Lutzemberger na segunda parte do Manifesto apresenta o seu método para a “reconquista do futuro”, chamando a atenção para a necessidade de “sustentabilidade econômica”(p. 76) que, em seu ponto de vista, não se confunde com o “desenvolvimento” pois, para ele “[u]m mundo totalmente “desenvolvido” seria impensável, ou melhor, “tão impensável quanto seria um mundo em que o último quilometro estivesse coberto de concreto”(p.76). Há, na opinião de José Lutzemberger uma necessidade de ressacralizar a natureza pois, “para o silvícola animista tudo é sagrado e para o budista Deus e Natureza são a mesma coisa” (p. 78-79), o que não ocorre na Cultura Ocidental, haja vista que fazemos questão de “excluir de nossa ética tudo que não se relaciona com o Homem. ”

A Ecologia, para o autor, todavia não é revolucionária, pois é “ciência do possível” (p. 81), não se propondo a desmontar a ordem vigente. Com efeito, “[a] iniciativa descentralizada e a democracia pluralista estão, efetivamente, mais próximas dos mecanismos ecológicos e tem mais potencial evolutivo” (p. 82). É diante deste quadro econômico, social e político que se desdobrarão os elementos constitutivos da futura PNMA.

Selene HERCULANO (2013) demonstra que, a partir da década de 70 são criadas diversas associações civis com o objetivo de lutar pela conservação ambiental, afastando-se do ambientalismo oficial; tais movimentos foram as reações da sociedade aos resultados negativos do modelo econômico vigente e de suas consequências ambientais negativas.

## **4 A POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E A SEGURANÇA NACIONAL**

Para que se possa compreender os elementos fundamentais que norteavam à política de proteção ao meio ambiente que vigeu durante a maior parte do regime cívico-militar de 1964, faz-se necessário relembrar que o conceito de segurança nacional era um dos sustentáculos do regime.

### **4.1 Antecedentes da PNMA**

A PNMA resulta da combinação de um contexto internacional complexo, no qual a proteção ao meio ambiente tornou-se cada vez mais relevante, com a existência de reflexos internos que, igualmente, contribuíram decisivamente para a sua elaboração. No plano internacional, as décadas de 60 e 70 do século XX foram marcadas por fortes sentimentos de desconforto com relação ao desenvolvimento econômico e, sobretudo, com as suas consequências negativas sobre a população e o meio ambiente. A ideia de que a natureza se encontrava em perigo, muito embora não fosse uma novidade, tornou-se um lugar comum. Pouco após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, o Brasil, em resposta à inúmeras críticas internacionais ao modelo de desenvolvimento adotado pelo País, instituiu a Secretaria Especial de Meio Ambiente [SEMA], vinculada ao então existente Ministério do Interior (BRASIL, 1973). A SEMA foi constituída como órgão autônomo o que implicava em “tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta”, ainda que devesse ser “observada sempre a supervisão ministerial” (BRASIL 1967). A SEMA era uma unidade administrativa “orientada para a conservação do meio ambiente, e o uso racional dos recursos naturais”. MACHADO (2011, p.6) observa que o ano de criação da SEMA foi o mesmo ano da assinatura do Tratado de Itaipu e que não é por outra razão que os recursos hídricos mereceram destaque na criação da secretaria, pois o Brasil estava “procurando mostrar ao mundo” que se preocupava com os seus rios.

É relevante observar que, a partir da constituição da SEMA, o Ministério do Interior deveria atuar em conjunto com o Ministério do Planejamento com vistas a examinar “principalmente as implicações, para a conservação do meio ambiente, da

estratégia de desenvolvimento nacional e do progresso tecnológico”. No contexto específico de um regime autoritário, vale consignar a criação junto à SEMA de um Conselho Consultivo do Meio Ambiente composto por nove membros, o que indicava as contradições do regime em relação ao tema.

O combate à poluição industrial foi especificamente tratado pelo Decreto – Lei nº 1.413, de 31 de julho de 1975 que estabeleceu um conjunto de “medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente”, admitindo-se inclusive a aplicação retroativa da norma, vez que mesmo as indústrias já instaladas no território nacional poderiam ser obrigadas a adotar as medidas de proteção. A norma também enfrentou a questão do zoneamento industrial e da localização das indústrias, inclusive no que tange à implantação de uma “política preventiva” a ser observada pelos órgãos gestores de incentivos governamentais, “considerarão sempre a necessidade de não agravar a situação de áreas já críticas, nas decisões sobre localização industrial. ” Posteriormente, a Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980 estabeleceu os mecanismos para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, bem como a necessidade de licenciamento para as atividades industriais nas áreas críticas de poluição. As áreas críticas de poluição (BRASIL, 1975 B) eram 12 e englobavam as grandes cidades brasileiras e os grandes polos industriais que, à época se encontravam com autonomia política limitada, haja vista que não haviam eleições para prefeitos nas capitais e nos municípios declarados de interesse para a segurança nacional. Assim, o controle da poluição se dava dentro de um contexto político autoritário e que não dava margem para contestações políticas e, estava, *ex vi lege*, subjugado aos interesses da então vigente doutrina de segurança nacional.

A segurança nacional foi definida por um conjunto de Decretos-Lei e Leis cuja primeira norma relevante no contexto ora examinado foi o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, baixado com base no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Conforme disposto na norma, a segurança nacional era definida como “a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos. ” Ela era um conceito amplo que compreendia as “medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva. ” Legalmente, a segurança interna, componente da segurança nacional relacionava-se com as “ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam

efeito no país. ” Por sua vez, a “guerra psicológica adversa” se constituía no “emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais. ” Finalizando, por “guerra revolucionária” era entendido o “conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação. ”

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 que revogou o Decreto-Lei nº 989/1969, manteve, na essência, os conceitos de segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária. Todavia, a segurança nacional foi definida como o “estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente. ” Os objetivos nacionais, conforme a definição legal, eram constituídos, em especial, pela (i) Soberania Nacional, (ii) pela Integridade Territorial, (iii) pelo Regime Representativo e Democrático, (iv) pela Paz Social, (v) pela Prosperidade Nacional e (v) pela Harmonia Internacional. Finalmente, a Lei nº 7.710, de 14 de dezembro de 1983 estabeleceu que os crimes contra a segurança nacional eram aqueles que lesem ou exponham a perigo de lesão (i) a integridade territorial e a soberania nacional; (ii) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e (iii) a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

#### **4.2 A atuação dos estados no controle ambiental**

Os graves problemas decorrentes da poluição industrial, notadamente nas áreas com grandes concentrações urbanas fizeram com que os estados mais industrializados, em resposta à inércia do governo central, tomassem medidas concretas para fazer frente à questão. Em 1968, no Estado de São Paulo foi criada a CETESB, por meio do Decreto no 50.079, de 24 de julho, a medida foi, evidentemente, uma resposta aos crescentes casos de poluição no estado, com destaque para a situação de Cubatão que chegou a ser conhecida como o “Vale da Morte”, resultado das atividades geradas pelo polo industrial implantado na década de 50 do século XX. Cubatão é um dos berços da industrialização brasileira, tendo sido o “símbolo da transformação do Brasil rural para o Brasil industrial na década de 50”, a cidade encravada em um vale na Serra do Mar, ficava próxima ao porto de Santos e do grande centro consumidor de São Paulo. O processo de industrialização teve início com a implantação em 1955 da Refinaria Presidente

Bernardes e, logo a seguir, da Companhia Siderúrgica Paulista. Evidentemente, a oferta de empregos gerada teve o condão de atrair grande contingente humano. As condições de dispersão atmosféricas não eram boas e, rapidamente, o problema da poluição do ar, com todas as suas consequências de fez presente. Note-se que, por força da Lei nº 5.449, de 4 de junho de 1968, Cubatão era declarada como de “interesse da segurança nacional”, fazendo com que o controle exercido pelo Estado fosse parcial e sempre submetido aos superiores interesses da segurança nacional.

O Estado do Rio de Janeiro, resultante da fusão do antigo Estado da Guanabara com o antigo Estado do Rio de Janeiro, em 1975 criou a Fundação Estadual de Engenharia do Meio-Ambiente – FEEMA, pelo Decreto-lei nº 39, de 24 de março de 1975. No estado do Rio de Janeiro, os seus principais polos industriais, Angra dos Reis, Duque de Caxias e Volta Redonda, estavam catalogados como municípios de interesse para a segurança nacional (BRASIL, 1969, 1968, 1973).

Já no Estado de Minas Gerais as estruturas técnico científicas do governo influenciaram na introdução da questão ambiental na política pública mineira. A partir dos primeiros anos da década de 70 as propostas e atuação do Centro Tecnológico de Minas Gerais – CETEC - e da Fundação João Pinheiro (FJP) levaram a criação da Secretaria de Estado de ciência e Tecnologia – SECT - pela Lei nº 6.953, de 16 de dezembro de 1976, e posteriormente do o da Comissão de Política Ambiental - COPAM, por meio do Decreto nº 18.466, de 29 de abril de 1977, transformada em conselho em 1987. Também no estado de Minas Gerais, as suas principais atividades industriais e extrativas estavam catalogadas dentro do amplo contexto de “interesse da segurança nacional”. (Fonte: A questão Ambiental em Minas Gerais)

É interessante notar que o Decreto-Lei Federal no 1.413, de 14 de agosto de 1975, portanto editado após a criação dos órgãos ambientais de São Paulo e do Rio de Janeiro, em seu artigo 2º determinava competir exclusivamente ao poder executivo federal determinar ou cancelar a suspensão do funcionamento de estabelecimento industrial cuja atividade seja considerada de alto interesse do desenvolvimento e da segurança nacional, o que na prática era um esvaziamento do poder de polícia dos órgãos ambientais estaduais sobre grandes empreendimentos industriais. As indústrias de interesse para a segurança nacional estavam indicadas na Lei no 2.597, de 12 de setembro de 1955 e em legislação que a complementava.

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 que revogou o Decreto-Lei nº 989/1969, mantendo na essência os conceitos de segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária. Todavia, a segurança nacional foi definida como o “estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente. ” Os objetivos nacionais, conforme a definição legal, eram constituídos, em especial, pela (i) Soberania Nacional, (ii) pela Integridade Territorial, (iii) pelo Regime Representativo e Democrático, (iv) pela Paz Social, (v) pela Prosperidade Nacional e (v) pela Harmonia Internacional. Finalmente, a Lei nº 7.710, de 14 de dezembro de 1983 estabeleceu que os crimes contra a segurança nacional eram aqueles que lesem ou exponham a perigo de lesão (i) a integridade territorial e a soberania nacional; (ii) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e (iii) a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

## **5 POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E CENTRALIZAÇÃO**

O texto original da PNMA, como se pode constatar da redação de seu artigo 2º, tem diversos objetivos, dentre os quais os “interesses da segurança nacional”, ou seja, as medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde humana devem ser consideradas adequadas, conforme atendam ou não a tais interesses. O mesmo artigo demonstra a prevalência da concepção de planejamento intervencionista vigente no período do regime cívico-militar, expressões como (i) ação governamental, (ii) racionalização, (iii) planejamento e fiscalização, (iv) controle e zoneamento são características da legislação precedente, demonstrando o viés tecnocrático da norma. Chama a atenção o fato de que o regime democrático implantado após 1988, não promoveu qualquer alteração significativa nos artigos 1º, 2º e 3º da PNMA, mantendo a concepção tecnocrática nela vigente, sem qualquer abertura para a participação cidadã.

A continuidade dos elementos centralizadores pode ser observada, por exemplo, na constituição do Sistema Nacional do Meio Ambiente que, muito embora não tivesse base constitucional no regime anterior a 1988, também não a encontra no regime democrático, pois sistemas nacionais, em regime federativo demandam expressa previsão constitucional, sob pena de ferir a autonomia dos estados. (ANTUNES. 2019). Um elemento importante na centralização do poder foi a determinação de que a SEMA seria

dotada de atribuições para “supervisionar” o licenciamento ambiental a ser de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, concedido pelos estados. E mais: em determinados casos admitia-se a possibilidade de que a SEMA “homologasse” licenciamentos concedidos pelos estados.

Por fim, o § 4º do artigo 10 estabelecia competir exclusivamente ao Executivo Federal o licenciamento de polos petroquímicos e cloro químicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei, ou seja, das atividades que estavam incluídas no conceito de segurança nacional. Por outro lado, o artigo 15 estabelecia ser da competência exclusiva do Presidente da República a aplicação da pena de suspensão de atividades industriais por prazo superior a 30 (trinta) dias, independentemente do nível federal do órgão responsável pela fiscalização da atividade; o que era claramente uma “autonomia relativa” do controle ambiental efetuado pelos estados. Por sua vez, aos Governadores dos estados somente era autorizada a adoção de medidas de emergência com vistas a reduzir, “nos limites necessários, ou paralisar, pelo prazo máximo de 15 (quinze) dias, as atividades poluidoras”, cabendo recurso ao Ministro do interior.

## **6 CONCLUSÃO**

A PNMA é a expressão de uma resposta tardia aos diversos problemas ambientais enfrentados pelo Brasil no século XX em função das aceleradas expansões urbana e industrial. Logo ao início do regime de 1964 foram identificados problemas ambientais, especialmente nas áreas urbanas, que mereceram abordagens discretas por parte das autoridades, sem enfrentar os problemas concretos. A vocação da PNMA, portanto, é basicamente industrial e urbana. Por outro lado, a modernização insustentável promovida pelo regime, implicou em acelerado consumo de recursos ambientais, expansão da infraestrutura e ocupação da Amazônia e do Planalto Central, tais regiões do País não foram objeto de legislação especificamente voltada para a racionalização da utilização de recursos ambientais, como era a linguagem da época.

É importante ressaltar, também, que a PNMA é produto da fase final do regime de 64 e foi produzida em um momento em que o crescimento econômico já não ocorria em ritmo tão acelerado, o que permitia uma acomodação de interesses. Também é relevante notar que a norma, sem motivo aparente, se funda nos “interesses da segurança

nacional”, fundamento este que subsiste no texto ora vigente, ainda que o regime de 1964 tenha sido sepultado pela Constituição de 1988. Todavia, é razoável argumentar-se que devido as enormes pressões internacionais que, desde a Conferencia de Estocolmo, vêm sendo feita sobre os governos brasileiros, com cobranças constantes pela preservação da Amazônia e pelo respeito às etnias indígenas, possa ter sido considerada como uma “guerra psicológica adversa” e, conforme o *Zeitgeist* de então, medidas atentatórias à segurança nacional. A PNMA somente foi instituída em um período de decrescimento do PIB e, portanto, com baixo nível de atividade econômica e, portanto, com baixa pressão sobre os recursos ambientais.

A edição da PNMA, em sua redação original, reforçou o afastamento dos órgãos estaduais de controle ambiental do licenciamento das atividades capazes de gerar maior impacto ambiental e, conseqüentemente, maior poluição, como demonstra o § 4º de seu artigo 10, mediante o qual cabia “exclusivamente” ao Executivo Federal o licenciamento ambiental dos polos petroquímicos e cloroquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei.

A PNMA é a consolidação de um projeto de proteção ambiental que veio se desenvolvendo desde meados da década de 60 do século XX, cuja principal característica é a concepção tecnocrática dos problemas derivados da poluição, sem um questionamento profundo do modelo de desenvolvimento econômico e social adotado pelo País desde então. É interessante notar que o conceito de segurança nacional incluído na redação original da PNMA foi mantido em suas constantes alterações promovidas pelo regime constitucional vigente após 1988.

A PNMA e, por consequência o direito ambiental que com ela nasceu, expressa um conjunto de medidas adotado com o objetivo de atenuar os resultados negativos advindos do crescimento econômico brasileiro observado na década de 70 do século XX, regulando o *Droit de détruire* (RÉMOND- GOUILLOUD, 1989), buscando mantê-lo dentro de limites aceitáveis. A ideia central é que o crescimento econômico então verificado gerou uma quantidade de externalidades negativas que, efetivamente, necessitavam ser tratadas pelo direito. Da mesma forma, tem-se que a pressão internacional exercida sobre o País foi um elemento essencial para que, internamente, fossem adotadas medidas com vistas a mitigar os impactos negativos de um processo de crescimento econômico que não tinha na proteção ambiental um de seus importantes vetores.

## **7 REFERÊNCIAS**

ABREU, Alzira Alves. Plano Nacional de Desenvolvimento (PND). In: **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: < <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/plano-nacional-de-desenvolvimento-pnd>> Acesso em 27 jun. 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.**

BRASIL. **Decreto nº 62.127, de 16 de janeiro de 1968.**

BRASIL. **Decreto nº 73.030, de 30 de outubro de 1973.**

BRASIL. **Decreto nº 76.389, de 3 de outubro de 1975.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 A.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 B.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 289, de 28 de fevereiro de 1967 C.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 303, de fevereiro de 1967 D.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 672, de 3 de julho de 1969.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.273, de 29 de maio de 1973.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.413, de 31 de julho de 1975.**

BRASIL. **Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974.**

BRASIL. **Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955.**

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.**

BRASIL. **Lei nº 5.027, de 14 de junho de 1966.**

BRASIL. **Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967**

BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.**

BRASIL. **Lei nº 5.449, de 4 de junho de 1968.**

BRASIL. **Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971.**

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.**

BRASIL. **Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978.**

BRASIL. **Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980.**

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.**

BRASIL. **Lei nº 7.710, de 14 de dezembro de 1983.**

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.**

\_\_\_\_\_. **I Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) 1972/74.** Disponível em: <[http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici/i-pnd-72\\_74](http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici/i-pnd-72_74)> Acesso em 27 jun. 2019.

CARSON, Rachel. **Silent Spring.** Houghton Mifflin Company; Anniversary edition, 1962[2002].

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do século XX.** Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxxhtml.shtm>> .Acesso em 27 jun. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Desafios do Desenvolvimento.** Ano 13. Edição 88. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3297&catid=28&Itemid=39](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3297&catid=28&Itemid=39)>. Acesso em 27 jun. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Lei de Segurança Nacional.** Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/RadicalizacaoPolitica/LeiSegurancaNacional>>. Acesso em 27 jun. 2019.

HERCULANO, Selene. **Políticas Ambientais.** Niterói: Editora da UFF, 2013.

LUTZEMBERGER, José. **O Fim do Futuro?** Manifesto ecológico brasileiro. Porto Alegre: Editora Movimento, 1976.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – uma lei bem implantada. In: SAMPAIO, Rômulo S. R. Antônio Augusto. **Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente.** pp. 3-33, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Lumen Juris. 2011.

MEADOWS, Donella H, MEADOWS, Dennis L, Jorgen Randers e BEHRENS III, William W. **Limites do Crescimento** (tradução de Inês M.F. Litto). São Paulo: Perspectiva, 1977 [1972].

MINAS GERAIS. **Decreto nº 18.466, de 29 de abril de 1977.**

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes.** Disponível em:< <https://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/convencao-de-estocolmo>>. Acesso em 27 jun. 2019.

PIRES, Fernanda. “Vale da Morte” foi o símbolo de Cubatão. **Valor Econômico.** Disponível em: < <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2012/03/15/vale-da-morte-foi-o-simbolo-de-cubatao.ghtml>>. Acesso em 27 jun. 2019.

RÈMOND-GOUILLOUD, Martine. **Du Droit de Détruire.** Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-lei nº 39, de 24 de março de 1975.**

SÃO PAULO. **Decreto nº 50.079, de 24 de julho de 1968.**

SKIDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil.** Tradução de Raul Fiker. 2. ed. RJ/SP: Paz e Terra, 1998.

Submetido a convite

em 19/09/2019

## **O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL EM CONCESSÕES COMUNS DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ANTES OU DEPOIS DA LICITAÇÃO**

THE MOMENT OF CONDUCTING THE ENVIRONMENTAL IMPACT STUDY ON COMMON PUBLIC SERVICES CONCESSIONS: BEFORE OR AFTER THE BIDDING PROCESS

André Saddy<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Trata-se de artigo cujo objeto é analisar a obrigatoriedade ou a possibilidade de dispensa de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de serviços cemitérios e funerários, atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, antes da publicação do edital que visa conceder o serviço público.

### **ABSTRACT**

It is an article that have as object the analyze of the obligation or the possibility of exemption of the elaboration of the Environmental Impact Study and its respective Environmental Impact Report of cemetery and funeral services, a potentially harmful activity to the environment, before publication of the public bid notice.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Impacto ambiental. Licitação. Concessão. Cemitério.

### **KEYWORDS**

Environmental impact. Bidding. Concession. Cemetery.

---

<sup>1</sup>Pós-doutor em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito, com menção europeia - Doctor Europeo - pelo Departamento de Direito Administrativo da Universidad Complutense de Madrid, realizado com bolsa de estudos do Programa UCM - MAE becas predoctoral. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa de estudos do Programa Alban. Especialista em regulação pública e concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor jurídico, parecerista e professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado na Universidade Federal Fluminense.

## 1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a sustentabilidade ambiental é uma das principais tendências nas contratações públicas, envolvendo o que atualmente se denomina licitações verdes e função regulatória ambiental da licitação<sup>1</sup>. Há, inclusive, aqueles que sustentam que essa tendência não é mera opção da Administração, mas uma obrigação à qual ela necessariamente deve se vincular, visto que a sustentabilidade é um princípio expresso na CRFB, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações<sup>2</sup>.

Neste contexto, a proteção ao meio ambiente é uma das finalidades do Estado, enquanto a contratação de infraestrutura/obras públicas e a delegação de serviços públicos são meios de ação desta proteção. Sendo o processo licitatório o meio obrigatório para as contratações e delegação de serviços públicos, a obrigatoriedade de EIA/RIMA e de cláusulas sustentáveis passa a ser condição indispensáveis antes do edital e nos editais. O poder público, portanto, por seus agentes tem o dever de agir de maneira a não prejudicar o meio ambiente.

Sendo assim, busca-se por meio do artigo analisar a obrigatoriedade ou a possibilidade de dispensa de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de serviços cemitérios e funerários, atividade potencialmente danosa ao meio ambiente, antes da publicação do edital que visa conceder o serviço público por meio de concessão comum e não de concessão patrocinada ou administrativa.

---

<sup>1</sup> Exemplos de enunciados normativos que se preocupam com o aspecto ambiental são: art. 4º, §1, incs. I, II e III e art. 14, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; art. 6º, inc. XII, da Lei nº 12.187/2012, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC; a Instrução Normativa nº 01/2010 do MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; entre outros.

<sup>2</sup> MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? *Revista de Direito Administrativo- RDA*. Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, jan./abr. 2017.

A delegação à iniciativa privada da operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais por meio de concessão comum, pela falta de previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento na Lei nº 8.987/1995, possui uma controvérsia que se cinge sobre o momento para a sua apresentação e discussão da realização do EIA/RIMA, ou seja, quando este estudo deve ser exigido: antes ou depois do processo licitatório.

Este é o único foco que o artigo pretende responder.

## **2 CONSTITUIÇÃO, LICENCIAMENTO AMBIENTAL E EXIGIBILIDADE DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL**

O art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) assegura, a todos, o 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. Para tanto, incumbe ao poder público, entre outros, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, além de proteger a fauna e a flora.

Regulamenta o dispositivo constitucional em exame a Lei nº 6.938/1981, que estabelece, em seu art. 10, com redação dada pela Lei Complementar nº 140/2011, que *“a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”*. Especificamente com relação ao licenciamento ambiental, o Decreto nº 88.351/1983, que regulamenta a Lei nº 6.938/1981, em seu art. 18, tornou obrigatório o licenciamento para projetos e atividades *“consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”*, atrelando-o à apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Além disso, ao fixar normas de caráter geral e conteúdo mínimo para esses estudos, o referido decreto delegou ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA a competência para fixar normas complementares e, especificamente, os critérios segundo os quais o EIA deveria ser exigido. Alguns anos depois o CONAMA editou a Resolução nº 001/1986, tratando do assunto. Depois, a Resolução nº 237/1997 viria reforçar, complementar e estabelecer normas ainda mais específicas referentes ao licenciamento ambiental e à elaboração e apresentação do EIA/RIMA<sup>3</sup>.

Esta exigibilidade de EIA/RIMA estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade dotar a sociedade do conhecimento dos possíveis impactos ao ambiente, inclusive com possíveis soluções e mitigação, além de disponibilizar a opção de não realização da obra, em virtude dos prováveis danos ambientais.

Conclui-se, portanto, que qualquer infraestrutura, novo conceito dado pela doutrina para obra pública<sup>4</sup>, que cause ou possa causar impacto ambiental, exige EIA/RIMA.

---

<sup>3</sup> A Lei Complementar nº 140/2011, no art. 2º, I, definiu o licenciamento ambiental como sendo o “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”. A partir deste conceito legal é possível inferir que o licenciamento não é um ato administrativo isolado, mas uma sucessão de atos, logo um processo administrativo.

O licenciamento ambiental pode ocorrer no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal, de acordo com as regras de competências administrativas ambientais fixadas na Lei Complementar nº 140/2011. É de se destacar que este diploma estabeleceu a regra do licenciamento uno, ou seja, apenas um ente federado possui a atribuição de licenciar determinada atividade. Não existe, pois, licenciamento ambiental múltiplo.

O licenciamento poderá abranger três fases distintas e logicamente encadeadas: a licença prévia; a licença de instalação; e a licença de operação. A licença prévia (LP) será concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, para o fim de aprovar sua localização e concepção, atestar a viabilidade ambiental e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação (art. 8º, inciso I da Resolução nº 237 do CONAMA). A licença de instalação (LI) autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes (art. 8º, inciso II, da Resolução nº 237 do CONAMA). Já a licença de operação (LO) autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. Eventualmente, outras espécies de licenças ambientais poderão ser exigidas do empreendedor a depender da natureza da atividade a ser desempenhada, nos termos da legislação.

<sup>4</sup> A expressão infraestrutura (a pública) não era utilizada, até há pouco tempo, pelos juristas. A expressão consagrada sempre foi obra pública, pelo menos, até o final do século XX. Com as transformações que o Estado passou a vivenciar, o termo obra pública como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público foi substituído pela expressão infraestrutura pública.

### **3 SUSTENTABILIDADE ECOLÓGICA, AVALIAÇÃO DE IMPACTOS AMBIENTAIS E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL**

É recente, na história da humanidade, a preocupação com aspectos relacionados à sustentabilidade ecológica e econômica. Entender os impactos possíveis de serem gerados por projeto de infraestrutura/obra pública se tornou algo exigível há pouco tempo.

A Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) de origem Norte-Americana, implementada no *National Environmental Policy Act* (NEPA), instituído em janeiro de 1970, foi o primeiro instrumento mundial a estabelecer um amplo espectro de atividades que atreladas a um ciclo de ações, auxiliam o tomador de decisão no processo decisório no que se refere à concepção, planejamento e projeto, implantação e operações de empreendimentos.

A AIA favorece a abordagem e o tratamento das questões socioambientais referentes aos projetos de infraestrutura/obra pública. Bem conduzida, ela contribui para a formulação e seleção de alternativas (de soluções e de projeto), para a decisão de empreender. Sua eficácia, porém, está essencialmente ligada ao caráter de instrumento auxiliar do processo decisório e aos níveis de transparência e de participação social ao longo de todas as etapas desse processo<sup>5</sup>.

No Brasil, a AIA é materializada pelo EIA. O EIA é um instrumento de política nacional e consiste num conjunto de estudos realizados por especialistas de diversas áreas, com dados técnicos detalhados. Para sua elaboração são desenvolvidas atividades técnicas que dizem respeito ao: diagnóstico ambiental da área, análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos e elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (art. 6º da Resolução CONAMA nº 001/1986). Entre nós, este estudo é acompanhado do

---

O que diferencia o velho conceito de obra pública do moderno conceito de infraestrutura pública é a possibilidade de esse último integrar elementos não tangíveis (serviços) e, sobretudo, seu conteúdo finalista no sentido de englobar todo o indispensável para que uma organização funcione.

Desse modo, admite-se que fazem parte do conceito de infraestrutura pública elementos materiais e imateriais, o que torna patente a ampliação quando se compara com a clássica concepção de obra pública. Conclui-se, portanto, que a expressão infraestrutura pública denota algo além da construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bens públicos. Ou seja, indica algo além do tangível.

<sup>5</sup> VASCONCELLOS FILHO, Fernando M. Cabral de. *A avaliação de impactos ambientais e os grandes empreendimentos de infra-estrutura no Brasil: alcance e reducionismo*. 2006. 320 f., il. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) —Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

RIMA, que consiste em um relatório sintético, em linguagem acessível, apresentando os empreendimentos, sua avaliação de impactos e as medidas e programas socioambientais propostos (art. 9º da Resolução CONAMA nº 001/1986). Sua funcionalidade é viabilizar a participação popular na tomada de decisões públicas.

A operação, a manutenção, a recuperação, a expansão e a implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais pode ser realizada tanto pela própria Administração (execução direta) como por delegação à iniciativa privada (execução indireta). Interessa aqui, conforme disposto na introdução, analisar apenas a execução indireta enfrentando a temática relacionada a exigência do edital, precedido de projeto básico, contemplar o EIA/RIMA.

#### **4 MARGEM DE LIVRE APRECIÇÃO NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE CEMITÉRIOS E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL**

Como visto nos tópicos acima, tanto a CRFB como a Lei nº 6.938/1981 e seu regulamento, o Decreto nº 88.351/1983, utilizaram-se de conceito jurídico indeterminado, no caso atividade “*potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*” e “*efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*”, para obrigar (norma impositiva) o poder público a realizar EIA/RIMA (consequência da norma). Conclui-se, portanto, que existe uma impossibilidade de dispensa do EIA/RIMA sempre que as atividades forem consideradas de significativo potencial de degradação ou poluição.

Entende-se que pode existir uma margem de livre apreciação nos conceitos jurídicos indeterminados sempre e quando existir uma zona de incerteza semântica no conceito jurídico utilizado pela norma, ou seja, sempre que existir conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Quando existir uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo

conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza, pois há maior dificuldade para localizar a dita única solução justa.

A pergunta que deve ser feita, portanto, é se a concessão dos serviços cemiteriais e funerários envolve impactos ambientais significativos, seja de forma efetiva ou potencial. Caso a resposta seja afirmativa, estar-se-á diante da zona de certeza positiva e, por conseguinte, ter-se-á que fazer o EIA/RIMA e licenciamento ambiental.

Tal resposta fica evidente quando se analisa a Resolução CONAMA nº 335/2003, alterada pela nº 368/2006 e pela nº 402/2008 e que dispõe sobre o licenciamento ambiental de cemitérios. Tal Resolução estabelece que os cemitérios horizontais e verticais deverão (norma impositiva) ser submetidos ao processo de licenciamento ambiental (art. 1º).

A existência de tal regulamento leva o interprete a entender que, em tese, os cemitérios são atividade “*potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*” ou são “*efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental*”, do contrário, não existiria uma normativa específica sobre o tema, mesmo não estando essa atividade relacionada no art. 2º da Resolução CONAMA nº 001/1986. Recordar-se que tal listagem é exemplificativa, não exaustiva.

Assim o é porque a atividade cemiterial pode gerar necrochorume, pela decomposição dos corpos que pode ser transportado pelas águas pluviais (água das chuvas infiltradas nas covas), causando a contaminação do solo e das águas superficiais (rios e córregos), e pode entrar em contato direto com o lençol freático, causando a contaminação das águas subterrâneas<sup>6</sup>. Esses patógenos ao entrarem em contato com a água subterrânea

---

<sup>6</sup> O necrochorume é um composto viscoso de cor castanho-acinzentada, com forte cheiro, desagradável ao olfato humano, gerado pela decomposição dos corpos, que o CONAMA se refere como “produto da coliquação”. É eliminado durante o primeiro ano após o sepultamento, formado por 60% de água, 30% de sais minerais e 10% de substâncias orgânicas, sendo duas, em especial, altamente tóxicas: a putrescina e a cadaverina. É um ecossistema de populações, como: artrópodes, bactérias, microrganismos patogênicos e destruidores de matéria orgânica, entre outros, representando um meio ideal para a proliferação de doenças

ou superficial tem a capacidade de contaminar a biota local trazendo um aumento na demanda por internações nos centros de saúde locais, além de inviabilizarem a sua utilização para irrigação e dessedentação animal<sup>7</sup>.

Além desses problemas, se o projeto for de concessão *brownfield* (existentes e já em operação), algumas especificidades da atividade cemiterial a ser desenvolvida devem ser levadas em consideração, tais como, as patologias estruturais existentes e as condições da manutenção e instalação predial, o zoneamento urbano, a quantidade de jazigos, gavetas e covas, bem como os serviços de preparação, tratamento, transporte, velório, sepultamento, exumação, cremação e outros afins.

Também é importante o censo florístico dos ambientes para verificação dos danos ambientais presentes e a preservação das áreas no entorno dos jazigos, já que as raízes podem quebrar os mesmos deixando percolar o necrochorume.

Aspectos relacionados a construção das urnas funerárias biodegradáveis, proibição dos impermeáveis e recomendação de não utilização de plásticos, tintas, vernizes, metais pesados ou outros materiais nocivos ao meio ambiente, também devem ser levados em consideração.

Ressalta-se que os cemitérios instalados antes da vigência da Resolução CONAMA nº 335 devem se adaptar às suas regras, sendo que os órgãos estaduais e municipais de meio ambiente deverão estabelecer, os critérios para a adequação, conforme menciona o artigo 11, cuja redação foi dada pela Resolução CONAMA nº 402, de 17 de novembro de 2008<sup>8</sup>.

Enfim, é inegável que os cemitérios implantados sem os devidos cuidados

---

infectocontagiosas que põem em risco o meio ambiente e a saúde dos que o cercam, podendo transmitir: a hepatite, a febre tifoide, a cólera, por exemplo. Então, cemitérios apresentam riscos que exigem cuidados técnicos e científicos com a sua implantação e operação, fato este que por si só torna necessário na impermeabilização do solo, seja através da compactação de argila conforme prediz a Norma Técnica Brasileira ou pela instalação de membranas isolantes (CARNEIRO, Victor Santos. Impactos causados por necrochorume de cemitérios: meio ambiente e saúde pública. *Revista águas subterrâneas* - SUPLEMENTO - Anais do I Congresso Internacional de Meio Ambiente Subterrâneo. v. 23, a. 31. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/issue/view/1177> . Acesso em: 02 de julho de 2019).

<sup>7</sup> BIANCHINI, Michele; DELATORRE, Ana Flávia; FRACASSO, Mariana; NECKEL, Alcindo; BERTOLDI, Tauana. Contaminação de solo por cemitérios: um problema de saúde pública. *VII Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental*. Campina Grande/PB, 2016. Disponível em: <https://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2016/V-006.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

<sup>8</sup> A título exemplificativo, vale citar a Resolução SEMA nº 002/2009 do Estado do Paraná que regulamenta a adequação de cemitérios existentes ao meio ambiente, com conceitos, critérios e condições para a implantação e/ou regularização de cemitérios.

geológicos e hidrogeológicos podem gerar impactos ambientais, isto é, alterações físicas, químicas e biológicas que põem em risco o meio ambiente e a saúde das populações. Sendo assim, é imprescindível se avaliar antes da realização do certame licitatório os impactos ambientais por meio de EIA/RIMA.

## **5 POLÍTICA URBANA, PATRIMÔNIO NATURAL E ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL**

Um outro aspecto relevante que está intrinsecamente vinculado ao tema é à política urbana. Caso o cemitério esteja em área urbana, também será necessário criar, antecipadamente, um EIA/RIMA, dado essencial para o planejamento de cidades sustentáveis. Tal exigência decorre do art. 4º, da Lei nº 10.257/2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB e estabelece diretrizes gerais da política urbana. Segundo tal artigo, um dos instrumentos da política urbana é o EIA.

É apenas por este estudo que poderá o poder público municipal planejar o desenvolvimento urbano, por meio da criação de projetos habitacionais e da ocupação de áreas já analisadas por estudos prévios, garantindo a ocupação sem prejuízo ao meio ambiente.

No mais, também é preciso separar as situações ambientais especiais, tais como, os patrimônios naturais. Além dos cinco biomas previstos no art. 225, §4º, da CRFB, como patrimônio natural por sua importância ecológica e dos sete monumentos, sítios e paisagens consideradas como patrimônio mundial natural, tem-se outros instrumentos infralegais, dentro do sistema jurídico brasileiro que visam a proteção desses espaços, entre eles, pode-se citar: (i) o Tombamento; (ii) as Unidades de Conservação; (iii) as Áreas de Preservação Permanente; e (iv) a Reserva Legal<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Os chamados monumentos, sítios e paisagens naturais possuem no Tombamento um importante instrumento para a proteção do patrimônio natural. Trata-se de meio pelo qual se restringe parcialmente o uso e o gozo de determinada bem. Este resulta de rigoroso processo administrativo, com forte viés técnico, que visa culminar na inscrição do bem no Livro de Tombo, mais especificamente no “*Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico*”.

A Unidade de Conservação tem seu conceito no art. 2º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, e a define como o “*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*”. Dentro da concepção de Unidade de Conservação, tem-se dois grupos: (i) as unidades de proteção integral que possuem o objetivo básico de

Evidentemente, que projetos a serem implantados nessas áreas passarão naturalmente por processo de licenciamento mais difícil.

## **6 MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL: ANTES OU DEPOIS DA LICITAÇÃO**

Existindo obrigatoriedade da realização do EIA/RIMA e do licenciamento ambiental, resta saber em que momento o EIA/RIMA deve ser realizado. Isto, porque, a controvérsia se cinge sobre o momento para a sua apresentação e discussão, ou seja, quando deve ser exigido o EIA/RIMA: antes ou depois do processo licitatório.

Existe um equivocado entendimento de que o EIA/RIMA só deve ser realizado por ocasião da licença prévia e após declarado o vencedor da licitação. Segundo este entendimento, não há exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do processo licitatório. O que há é a necessidade de concessão dessas licenças sempre que a atividade a ser desenvolvida seja potencialmente poluidora, sendo certo que a licença prévia deve ser concedida na fase preliminar do planejamento do

---

preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais; e (ii) as unidades de uso sustentável que têm o objetivo básico das de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais (art. 7º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000). O grupo das unidades de proteção integral é composto pelas seguintes categorias de Unidades de Conservação (art. 8º da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000): (i.1) estação ecológica (ESEC); (i.2) reserva biológica (REBIO); (i.3) parque nacional (PARNA); (i.4) monumento natural (MONAT); (i.5) refúgio de vida silvestre (RVS). Por sua vez, o grupo das unidades de uso sustentável é constituído pelas seguintes categorias de Unidade de Conservação (art. 14 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000): (ii.1) área de proteção ambiental (APA); (ii.2) área de relevante interesse ecológico (ARIE); (ii.3) floresta nacional (FLONA); (ii.4) reserva extrativista (RESEX); (ii.5) reserva de fauna (REFAU); (ii.6) reserva de desenvolvimento sustentável (RDS); (ii.7) reserva particular do patrimônio natural (RPPN).

Outra espécie de espaços protegidos é a Área de Preservação Permanente (APP) definida pelo art. 3º, inc. II, do Novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012) como a “*área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*”.

Por fim, tem-se a Reserva Legal que são a “*área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, [...], com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa*” (art. 3º, inc. III do Novo Código Florestal).

Sobre o tema, vide: SADDY, André; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Regime jurídico da proteção ao patrimônio natural no Brasil. LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Ed.). *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza: Governo de Aragon, 2018, v. XVII, p. 173-201.

empreendimento ou atividade, o que pode ocorrer após a definição da vencedora na licitação<sup>10</sup>.

Esse posicionamento, inclusive, já foi defendido em caso de concessão de uso de bem público pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>11</sup> que entendeu não existir:

[...] exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do procedimento licitatório.

O que há é a necessidade de concessão dessas licenças sempre que a atividade a ser desenvolvida seja potencialmente poluidora, sendo certo que a licença prévia deve ser concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade (por exemplo, artigo 7º, do Decreto 44.820/2014), que pode ocorrer após a definição da vencedora da licitação.

Nesse sentido, deve ser considerado válido o constante no edital de licitação, especificamente no que diz respeito ao termo de concessão anexo, que determina, em sua cláusula quarta, ser dever da concessionária, eleita mediante o processo licitatório, obter as licenças e autorizações necessárias à instalação do posto de revenda de combustíveis, dentre as quais, a licença ambiental, licença urbanística, aprovação do corpo de bombeiros e alvará de funcionamento.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>12</sup>, também em caso sobre concessão de uso de bem público, proferiu decisão no sentido de que:

O EIA/RIMA não é condição para a licitação do arrendamento de área portuária, devendo ser procedido apenas antes da implantação do projeto pela empresa que se sagrar vencedora na licitação.

Não se pode, entretanto, levar em consideração essas decisões para os casos de concessões de serviços públicos e passa-se a explicar o porquê.

---

<sup>10</sup> MARTINS, Aparecido da Silva. Da necessidade da confecção do EIA/RIMA antes do lançamento do Edital Licitatório em obras públicas. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 69-92, jul-dez, 2012.

<sup>11</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento nº. 0005752-26.2015.8.19.0000. Relator: Des. Odete Knaack de Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data: 12/05/2015.

<sup>12</sup> BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. AC 0010972-64.2000.4.01.0000. AC. - APELAÇÃO CIVEL. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Órgão julgador: Quinta Turma. Fonte: DJ 28/06/2007 PAG 53.

*6.1 Ausência de previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento nas concessões comuns*

Para responder tal questionamento, deve-se entender que existem três tipos de concessão de delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública: a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, objeto do caso *sub examine*; e as concessões patrocinada e administrativa, também conhecidas como Parcerias Público-Privadas (PPPs), regidas pela Lei nº 11.079/2004<sup>13</sup>.

A Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões comuns, não tratou do tema do licenciamento ambiental. Ela apenas possui dispositivo que estabelece que incumbe ao poder concedente estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação (art. 29, inc. X). Já a Lei nº 11.079/2004, que trata das PPPs, condiciona a abertura do processo licitatório à obtenção de licença ambiental prévia ou, ao menos, expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir (art. 10, inc. VII). Ressalta-se que tal regulamento até a presente data não se editou. Na sua ausência, a interpretação prática que vem se observando é a exigência de termo de referência

---

<sup>13</sup> Pode-se conceituar concessão comum como a delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município), em cuja competência se encontre o aludido serviço, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação na modalidade concorrência pública, à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado, remunerado por receitas tarifárias (verba remuneratória não tributária, pagas pelos usuários) e não tarifárias (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, pagas por outras fontes que não a renda dos usuários).

Já a concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Trata-se de uma delegação de serviço público propriamente dita, idêntica a concessão comum, logo de serviços públicos privativos. Sendo assim, o objeto da concessão patrocinada é idêntico ao da concessão comum, trata-se de uma delegação da prestação de serviço público, precedida ou não de obra pública, realizada por qualquer ente federativo (União, Estados, Distrito Federal ou Município), em cuja competência se encontre o aludido serviço. Com isso, o regime jurídico da concessão patrocinada é praticamente idêntico ao da concessão comum.

Por fim, a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública será a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Aqui, duas espécies de contrato de prestação de serviço podem ser vislumbradas, a concessão administrativa de serviços públicos (a administração na posição de usuária indireta) e a concessão administrativa de serviços ao Estado (a administração na posição de usuária direta).

Sobre tais conceitos, vide: BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 de junho de 2019; SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

aprovado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, com as condições para a realização do EIA/RIMA.

Percebe-se que para as concessões comuns, diferentemente das PPPs, não há previsão genérica que condicione a necessidade de licença prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento. Segundo Maurício Portugal Ribeiro<sup>14</sup>:

[...] essa diferença de tratamento entre as PPPs e as concessões (comuns) em relação ao licenciamento ambiental a rigor não se justifica. Ela existe apenas porque a Lei de PPP, sendo mais recente, absorveu diversas preocupações que não foram tratadas quando da elaboração da Lei Geral de Concessões.

### *6.2 Obrigatoriedade de projeto básico para obras e serviços de engenharia e a necessidade de realização do estudo de impacto ambiental*

Apesar de não existir previsão legal expressa da necessidade de licença ambiental ou diretrizes para o licenciamento ambiental para dar início à licitação nos contratos de concessão comum, o que não significa que tenha que ser depois da licitação, a Lei nº 8.666/1993, confere resposta a questão.

A Lei nº 8.666/1993 exige que *“as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”* (art. 7º, § 2º, inc. I).

Pode-se depreender deste dispositivo que a responsabilidade para obter as licenças ambientais recai sobre a Administração Pública, que tem obrigação (norma impositiva) de contratar a elaboração do projeto básico, que necessariamente deve realizar a análise dos impactos socioambientais, além de obter, pelo menos, a licença prévia.

Este, inclusive, é o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>15</sup>, que já teve algumas oportunidades de determinar que se licitem obras e serviços de

---

<sup>14</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos das Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões*: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019, p. 55.

<sup>15</sup> BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-2086/2012. Sessão: 20/06/2012. Relatora Ministra Ana Arraes; BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0440/2008-Plenário. Sessão: 19/03/2008. Relator Ministro Raimundo Carreiro; BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

engenharia apenas quando houver projeto básico aprovado e que não licite obras sem a obtenção da licença ambiental prévia<sup>16</sup>.

Nos termos do entendimento firmado no Acórdão 516/2003 do Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>17</sup>, precedente paradigmático desta Corte, o projeto básico de um processo licitatório, nos moldes preconizados na Lei nº 8.666/1993, não é exigência meramente formal, para que se proceda a licitações de obras e atividades. A definição de projeto básico estabelecido no inc. IX do art. 6º da Lei nº 8.666/1993 revela a importância do tema para uma contratação, no sentido de que o projeto básico deve representar uma projeção detalhada do futuro contrato, com elementos suficientes para caracterizar a obra ou serviço a ser executado e informações relevantes sobre a viabilidade e a conveniência técnica e econômica do empreendimento examinado. Além disso, o inc. IX dispõe que tal projeto será “*elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento [...]*”. Essa regra é reproduzida também no art. 12, inc. VII, da Lei nº 8.666/1993. Ambas derivam do inc. IV, do § 1º, do art. 225 da CRFB que, como visto, impõe a realização de prévio estudo de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente.

Percebe-se, da leitura dos dispositivos acima, que a elaboração do projeto básico pressupõe a existência do estudo prévio de impacto ambiental ou um outro procedimento de avaliação do impacto ocasionado ao meio ambiente pelo empreendimento.

Segundo o Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>18</sup>, ainda no Acórdão 516/2003, as características acima relatadas do projeto básico impossibilitam que ele seja feito antes da licença prévia, haja vista aquela licença ser, como mencionado, o primeiro alvará adquirido pelo empreendedor, com a aprovação da localização, da concepção e da viabilidade ambiental do empreendimento (art. 8º, inc. I, da Resolução nº 237/1997 do

---

<sup>16</sup> Tal posicionamento foi contemplado em livro publicado pelo Tribunal de Contas da União: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas*. 4. ed. Brasília: 2014, p. 16.

<sup>17</sup> BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

<sup>18</sup> BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

CONAMA). Assim é, pois do contrário, haveria a possibilidade de o projeto básico ter que ser alterado com a aquisição da licença prévia, caso essa autorização venha a estabelecer localização ou concepção diferente daquelas adotadas no projeto básico elaborado indevidamente. Nesses casos, o gestor provavelmente terá que incorrer em despesas extras com alterações no projeto básico, o que acarretaria prejuízos ao erário.

Tal Corte conclui o tema de forma categórica<sup>19</sup>:

[...] dado que não se pode realizar a licitação sem o projeto básico, pois tal procedimento ensejaria a nulidade da licitação, e considerando que o projeto básico somente está em conformidade com a Lei nº 8.666/93, se assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que o adequado tratamento dos impactos ambientais se dá no processo de licenciamento prévio, é compreensível que a licitação realizada com base em projeto básico elaborado antes da licença prévia pode vir a ensejar a nulidade da licitação.

Mais recentemente o Egrégio Tribunal de Contas da União, por meio do Informativo de Jurisprudência de Licitações e Contratos nº 111, reiterou o entendimento acima:

#### Licitação de obra pública

A realização de certame licitatório com base em projeto básico elaborado sem a existência de licença ambiental prévia configura, em avaliação preliminar, afronta aos comandos contidos no art. 10 da Lei 6.938/1981, no art. 6º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/1993 e no art. 8º, inciso I, da Resolução/Conama 237/1997.

[...] A unidade técnica ressaltou, porém, que o projeto básico somente poderia ter sido elaborado após a obtenção da respectiva licença prévia. Ponderou, a esse respeito, que “o projeto básico deve obrigatoriamente conter as licenças ambientais requeridas, devendo ainda compreender o estudo de impacto ambiental antecipadamente determinado...”. Garante-se, com isso, que “o empreendimento seja concebido e orçado levando-se em conta as medidas mitigadoras, compensatórias e/ou corretivas do meio ambiente, em cumprimento ao disposto na legislação aplicável, qual seja: art. 10 da Lei 6.938/1981; art. 6º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso VII, da Lei 8.666/1993 e o art. 8º, inciso I, da Resolução/Conama 237/1997”. A relatora do feito, ao endossar a análise da unidade técnica, ressaltou que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido que “a Licença Prévia (LP) deve existir antes da instauração da licitação, pois o atendimento das exigências ambientais é determinante na própria concepção do objeto”. [...] Precedentes mencionados: Acórdãos nºs. 2.886/2008, 1.580/2009, 1.620/2009, 1.726/2009, 2.013/2009, 2.367/2009, 870/2010 e 958/2010, todos do Plenário e 5.157/2009 da 2ª Câmara. *Comunicação de Cautelar, TC 017.008/2012-3, rel. Min. Ana Arraes, 20.6.2012.*

<sup>19</sup> BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

Este posicionamento é idêntico no Poder Judiciário. Pode-se citar, como exemplo, decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>20</sup>:

A definição contida no artigo 6º, IX, da Lei das Licitações, dá conta de que o projeto básico deve ser elaborado de modo a assegurar a viabilidade técnica e propiciar o adequado tratamento ambiental. É dizer: a finalidade da norma, portanto, é determinar condutas que assegurem a efetividade da proteção ambiental. Assegurada a proteção ambiental, portanto, antes do início da alteração material do meio ambiente, a norma cumpre sua função, mesmo que o projeto incorpore condicionantes ambientais posteriormente, mediante reformulações.

Há, também, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>21</sup> que trata de caso específico sobre concessão de cemitério cuja pretensão era a suspensão do procedimento licitatório e a declaração de nulidade do Edital de Concorrência tendo por fundamento a inexistência de projeto básico para a concessão, e a ausência de informações quanto às construções dos cemitérios e quanto ao cumprimento de limitações ambientais impostas pelo CONAMA. Ao decidir, estabeleceu-se que a elaboração de um projeto básico, nos moldes do art. 6º, inc. IX, da Lei nº 8.666/1993, se faz necessário, pois é primordial que os interessados tenham conhecimento indubitável, previamente, das características e custos das obras necessárias objeto do contrato, principalmente, as reformas indispensáveis para adaptar os cemitérios às atuais exigências ambientais.

### *6.3 Princípio da economicidade, risco de repactuação e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos*

Além do até aqui exposto, deve-se ressaltar que se o EIA/RIMA for realizado depois da publicação do edital, poder-se-á acarretar, em casos de eventuais alterações nas características do empreendimento decorrentes da aprovação da licença prévia, novas despesas com a repactuação de contratos, revisão do equilíbrio econômico-financeiro, entre outros, gerando prejuízos ao erário e aos vencedores do certame, passando-se a

---

<sup>20</sup> BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. AC 2006.71.01.003801-8. AC. - APELAÇÃO CIVEL. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thopson Flores Lenz. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: D.E. 04/11/2009.

<sup>21</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Apelação Cível nº. 0105857-52.2008.8.19.0001. Relatora Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. Décima Terceira Câmara Cível. Data: 27/02/2013.

prevalecer o enfoque econômico-financeiro, tornando o enfoque ambiental e seus instrumentos mera formalidade.

Ainda no que diz respeito ao entendimento firmado no Acórdão 516/2003, o Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>22</sup> depreende que:

[...] o projeto básico deve ser feito depois da obtenção da licença prévia pelo empreendedor. Assim, evitam-se desperdícios de recursos públicos com eventuais alterações nos projetos básico e executivo e em consequentes repactuações de contratos de obras públicas.

Não se vislumbra óbice a que o projeto básico seja feito concomitantemente às gestões para a obtenção da licença prévia, desde que a sua finalização ocorra depois de a licença prévia haver sido concedida.

Assim, enquanto o empreendedor realiza as gestões prescritas na legislação para a aquisição da licença prévia, elabora-se o projeto básico, na parte que não dependa de definições emanadas da licença. Já os itens do projeto que dependam de atributos do empreendimento a serem definidos na licença prévia, como a localização, a concepção tecnológica e os requisitos ambientais (medidas mitigadoras e compensatórias), são feitos depois do licenciamento prévio. Dessa forma preserva-se o erário da realização de despesas desnecessárias com alterações no projeto básico.

#### *6.4 Princípio da legalidade e a ausência de discricionariedade*

Mesmo não existindo previsão legal genérica na Lei nº 8.987/1995, o que pelo princípio da legalidade não significa que a Administração pode fazer aquilo que a lei não proíbe, pelo contrário, ela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração pode fazer apenas aquilo para o que a lei expressamente a habilite. Por tal motivo, entende-se que a licença prévia ou, ao menos, a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental deve ser adquirida antes da licitação.

Pensar conforme o entendimento que aqui se rechaça, de que não há exigência legal no sentido de que o EIA/RIMA e as licenças sejam concedidas antes do processo licitatório, logo podem ser realizados depois, é entender que existe discricionariedade onde não há.

De acordo com Antonio Mozo Seoane<sup>23</sup>, o conceito que persiste, ao longo do tempo, como válido e aceito, de que a discricionariedade implicava a ausência de norma, legal ou regulamentária a que submete a atuação administrativa, com o Estado

<sup>22</sup> BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. AC-0516/2003-Plenário. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

<sup>23</sup> MOZO SEOANE, Antonio. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 172 e 173.

Intervencionista, deixa de existir. Nos modelos intervencionistas de Estado, não se admite mais a confusão entre a falta de norma de discricionariedade e a lacuna legal<sup>24</sup>. Ademais, assume uma postura dentro da concepção da discricionariedade que revisa o fato de que esta deriva da ausência de previsão normativa. Atualmente, somente existe discricionariedade se o ordenamento a atribui.

*6.5 Princípio da segurança jurídica, princípio da vinculação ao edital, princípio da imutabilidade das propostas, princípio da competitividade e os riscos envolvendo a realização dos estudos de impacto ambiental depois da publicação do edital*

Deve-se também mencionar que a obtenção da licença prévia antes da licitação do contrato de concessão comum dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto aos passivos a serem remediados<sup>25</sup>. Piorará tal situação se o impacto ambiental ultrapassar o território do município, o que atrairia a competência do Estado para licenciar e geraria mais incertezas do que as mencionadas.

É importante, além disso, levar em consideração a observância do princípio da vinculação ao edital, que se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes e do princípio da imutabilidade das propostas que exclui a possibilidade de os licitantes alterarem as condições de sua oferta. Caso realizado o EIA/RIMA depois da licitação, restará ao vencedor do certame e à própria Administração pouco a fazer no que se refere ao controle ambiental do projeto.

No mais, tende a participar do processo licitatório, pessoas jurídicas não tão sérias, com um comportamento leviano, aventureiro ou até mesmo desavisado, afinal, quem participaria de certame sem saber o *quantum* necessário para prevenir, evitar e/ou mitigar os danos ambientais decorrentes do empreendimento? Esse fator, por si só, pode configurar uma violação ao princípio da competitividade já que limitaria o número de participantes.

---

<sup>24</sup> CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene-abr, 1952.

<sup>25</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *10 anos das Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões*: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019, p. 55.

### *6.6 Democracia participativa e o direito de acesso à informação*

Há, também uma violação à democracia participativa e ao direito de acesso à informação ambiental, pois sem o EIA/RIMA a sociedade não tem como discutir e debater em audiência pública os impactos ambientais existentes e a viabilidade ambiental do projeto.

Para que o princípio da precaução, tanto festejado no Direito ambiental, seja respeitado, o EIA/RIMA deve ser apresentado antes da publicação do edital, afinal, este visa estabelecer se um projeto é aceitável face aos impactos gerados sobre o ambiente, as possibilidades de atenuar tais impactos e os benefícios sociais decorrentes de sua implementação. Trata-se de uma parte essencial do processo decisório relativo a projetos de infraestrutura/obra pública e condição *sine qua non* para o seu desenvolvimento e implementação. Lançar um edital licitatório cujo objeto é uma concessão comum da operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos municipais sem antes saber tecnicamente se tais obras são viáveis ambientalmente ou, ainda, caso sejam elas viáveis, sem saber qual o seu real custo ambiental, não parece uma decisão em que o interesse público seja o fim a ser perseguido.

Por isso que Paulo Affonso Leme Machado<sup>26</sup> conclui que:

A Lei de Licitações espancou qualquer dúvida de que, quando se licita, a análise do impacto ambiental já deve ter sido feita. É a ordem lógica dos atos de uma Administração Pública sadia moralmente, que não pode contratar e nem escolher com quem contratar no procedimento licitatório, sem, antes, saber qual o impacto ambiental, qual o custo e de que modo impedir ou diminuir o impacto negativo ao meio ambiente. Ausente ou irregular essa análise, nulo é o procedimento licitatório, cabendo a proposição de ação popular ou ação civil pública, com a concessão de medida liminar.

---

<sup>26</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudo de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 60.

## 7 CONCLUSÕES

Conclui-se, de todo exposto, que a atividade de operação, manutenção, recuperação, expansão e implementação de melhorias nos cemitérios públicos diz respeito a obra e atividade efetiva ou potencialmente poluidoras ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Logo, é obrigatório a realização de EIA/RIMA e licenciamento ambiental, ou se preferir, existe impossibilidade de dispensa do EIA/RIMA e do licenciamento ambiental uma vez que a obra e atividade é considerada de significativo potencial de degradação ou poluição, estando na zona de certeza positiva deste conceito jurídico indeterminado, o que fica evidente pela existência da Resolução CONAMA nº 335/2003, que dispõe sobre o licenciamento ambiental de cemitérios, mesmo não estando essa atividade relacionada na lista exemplificativa da Resolução CONAMA nº 001/1986, bem como pelos potenciais danos ambientais que a atividade pode gerar, tais como o necrochorume.

Quanto ao momento que o EIA/RIMA deve ser realizado ou, se preferir, o momento para a sua apresentação e discussão - antes ou depois do processo licitatório - apesar de existir um equivocado entendimento, em geral em casos de concessão de uso de bem público, de que o EIA/RIMA só deve ser realizado por ocasião da licença prévia e após declarado o vencedor da licitação por não existir exigência legal - entende-se que para os casos de concessão comum de serviço público e não uma PPP (concessão patrocinada ou administrativa) que a obrigatoriedade de EIA/RIMA e de cláusulas sustentáveis passa a ser condição indispensáveis antes do edital e nos editais, apesar de não possuir na lei que a rege - Lei nº 8.987/1995 - dispositivo que condicione a abertura do processo licitatório à obtenção de licença ambiental prévia ou, ao menos, expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, como ocorre nas PPPs (art. 10, inc. VII, Lei nº 11.079/2004).

A obrigatoriedade de realização do EIA/RIMA antes da publicação do edital se encontra nos seguintes fundamentos:

(i) na Constituição, pois essa assegura a todos o 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;

(ii) na legislação infraconstitucional, pois a elaboração do projeto básico pressupõe a existência do EIA/RIMA ou um outro procedimento de avaliação do impacto ocasionado ao meio ambiente pelo empreendimento, afinal, por não poder se realizar licitação de obras e atividades sem o projeto básico e considerando que este somente estará em conformidade com a Lei nº 8.666/1993, se assegurar o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que o adequado tratamento dos impactos ambientais se dá no processo de licenciamento prévio, faz-se imprescindível o EIA/RIMA antes da publicação do edital (art. 10 da Lei nº 6.938/1981, art. 6º, inc. IX c/c o art. 12, inc. VII da Lei nº 8.666/1993 e no art. 8º, inc. I, da Resolução CONAMA nº 237/1997);

(iii) na finalidade das normas infraconstitucionais, que é determinar condutas que assegurem a efetividade da proteção ambiental. Assegurada a proteção ambiental, portanto, antes do início da alteração material do meio ambiente, a norma cumpre sua função, mesmo que o projeto incorpore condicionantes ambientais posteriormente, mediante reformulações;

(iv) no princípio da economicidade, já que se realizado depois do projeto básico, caso tenha que ser alterado com a aquisição da licença prévia, fará com que o gestor incorra em despesas extras com alterações no projeto básico, além de, se não realizado antes, caso a licença acarrete alterações nas características do empreendimento, novas despesas com a repactuação de contratos, revisão do equilíbrio econômico financeiro, entre outros, gerarão prejuízos ao erário;

(v) no princípio da legalidade, que não significa que a Administração pode fazer aquilo que a lei não proíbe, pelo contrário, ela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração apenas pode fazer aquilo para o que a lei expressamente a habilite;

(vi) no princípio da segurança jurídica, já que a obtenção da licença prévia antes da licitação do contrato de concessão comum dá maior segurança às partes quanto aos custos envolvidos no cumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas para a implantação do empreendimento e quanto aos passivos a serem remediados;

(vii) no princípio da vinculação ao edital e no princípio da imutabilidade das propostas, pois caso realizado o EIA/RIMA depois da licitação, restará ao vencedor do certame e à própria Administração pouco a fazer no que se refere ao controle ambiental do projeto;

(viii) no princípio da competitividade do processo licitatório, já que sem saber o quantum necessário para prevenir, evitar e/ou mitigar os danos ambientais decorrentes do empreendimento, o mesmo atrairá apenas pessoas jurídicas não tão serias, com um comportamento leviano, aventureiro ou até mesmo desavisado, limitando o número de participantes;

(ix) no princípio da democracia participativa e no direito de acesso à informação ambiental, pois a sociedade não terá como discutir e debater em audiência pública os impactos ambientais existentes pois não haverá o EIA/RIMA e sua funcionalidade é, exatamente, viabilizar a participação popular na tomada de decisões públicas;

(x) no princípio da moralidade, pois em uma Administração Pública sadia não se pode contratar e nem escolher com quem contratar sem, antes, saber qual o impacto ambiental, qual o custo e de que modo impedir ou diminuir o impacto negativo ao meio ambiente;

(xi) no princípio da prossecução do interesse público, pois publicar um edital licitatório cujo objeto é uma concessão comum sem antes saber tecnicamente se tais obras são viáveis ambientalmente ou, ainda, caso sejam elas viáveis, sem saber qual o seu real custo ambiental, sendo que é primordial que os interessados tenham conhecimento induidoso, previamente, das características e custos das obras necessárias objeto do contrato, não parece uma decisão em que o interesse público seja o fim a ser perseguido.

Por todos os argumentos aqui levantados, conclui-se que o EIA/RIMA tem que ser realizado antes da publicação do edital de licitação para que os órgãos ambientais licenciadores tenham a possibilidade de impor condicionantes à operação dos empreendimentos, para que as condições ambientais sejam continuamente avaliadas, assim minimizando possíveis impactos para a sociedade.

**8 REFERÊNCIAS**

BIANCHINI, Michele; DELATORRE, Ana Flávia; FRACASSO, Mariana; NECKEL, Alcindo; BERTOLDI, Tauana. Contaminação de solo por cemitérios: um problema de saúde pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GESTÃO AMBIENTAL, 7,2016, Campina Grande. **Anais [...]** Campina Grande: PB, 2016. Disponível em: <https://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2016/V-006.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 de junho de 2019

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-0440/2008-Plenário**. Sessão: 19/03/2008. Relator Ministro Raimundo Carreiro.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-0516/2003-Plenário**. Sessão: 14/05/2003. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **AC-2086/2012**. Sessão: 20/06/2012. Relatora Ministra Ana Arraes.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas**. 4. ed. Brasília, 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC 0010972-64.2000.4.01.0000**. Apelação Cível. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus. Órgão julgador: Quinta Turma. DJ 28/06/2007, p. 53.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 2006.71.01.003801-8**. Apelação Cível. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thopson Flores Lenz. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: D.E. 04/11/2009.

CARNEIRO, Victor Santos. Impactos causados por necrochorume de cemitérios: meio ambiente e saúde pública. **Revista águas subterrâneas - SUPLEMENTO - Anais do I Congresso Internacional de Meio Ambiente Subterrâneo**. v. 23, a. 31. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/issue/view/1177> . Acesso em 2 de julho de 2019.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, Año 3, n. 7, p. 51-104, ene./abr. 1952.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº. 0005752-26.2015.8.19.0000**. Relatora Des. Odete Knaack de Souza. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data: 12/05/2015.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº. 0105857-52.2008.8.19.0001**. Relatora Des. Gilda Maria Dias Carrapatoso. Décima Terceira Câmara Cível. Data: 27/02/2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Aparecido da Silva. Da necessidade da confecção do EIA/RIMA antes do lançamento do Edital Licitatório em obras públicas. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. Santa Catarina, v. 2, n. 4, p. 69-92, jul-dez, 2012.

MASTRODI, Josué; BRITO, Beatriz Duarte Correa de. Licitações públicas sustentáveis: vinculação ou discricionariedade do administrador? **Revista de Direito Administrativo-RDA**. Rio de Janeiro, v. 274, p. 81-112, jan./abr. 2017.

MOZO SEOANE, Antonio. **La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal 1894-1983**. Madrid: Montecorvo, 1985.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **10 anos da Lei de PPS & 20 anos da Lei de Concessões: As melhores práticas na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura**. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

SADDY, André; AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Regime jurídico da proteção ao patrimônio natural no Brasil. **Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública**. Zaragoza: Governo de Aragon, 2018, v. XVII, p. 173-201.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELLOS FILHO, Fernando M. Cabral de. **A avaliação de impactos ambientais e os grandes empreendimentos de infra-estrutura no Brasil: alcance e reducionismo**. 2006. 320 f., il. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) — Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

Submetido em 15/08/2019

Aprovado em 16/10/2019

**CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE: O PENSAMENTO DE PAOLO GROSSI**

**HISTORICAL CONSTRUCTION OF REAL PROPERTY RIGHT: THE THOUGHT OF PAOLO GROSSI**

Ana Maria de Carvalho<sup>I</sup>

José do Carmo Alves Siqueira<sup>II</sup>

**RESUMO**

Trata-se do pensamento de Paolo Grossi acerca das mentalidades históricas, aplicado na compreensão da construção do conceito de propriedade, especialmente no meio agrário. Naturalizou-se socialmente e, em especial, no meio jurídico, a noção de propriedade como absoluta e individual, intrínseca ao indivíduo, sendo que, na verdade, esta é apenas uma construção de uma mentalidade dominante, voltada a interesses capitalistas, construída após a Revolução Francesa. Aborda-se a existência de propriedades comunais na Idade Média e, ainda hoje, de propriedades coletivas. Busca-se a desconstrução e a reconstrução de uma mentalidade que dialogue horizontalmente com outras concepções e áreas de conhecimento, com vistas a uma conceituação que dialogue com as mais diversas realidades e que abranja as propriedades plurais.

**ABSTRACT**

This is Paolo Grossi's thinking about historical mentalities, applied in understanding the construction of the concept of property, especially in the agrarian environment. Socially and especially in the legal environment, the notion of property as absolute and individual, intrinsic to the individual, has been naturalized, and in fact this is just a construction of a dominant mentality, focused on capitalist interests, built after French Revolution. It discusses the existence of communal properties in the Middle Ages and even today of collective properties. We seek to deconstruct and reconstruct a mentality that dialogues horizontally with other conceptions and areas of knowledge, with a view to a conceptualization that dialogues with the most diverse realities and encompasses plural properties.

---

<sup>I</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (UFG). Assessora no Ministério Público do Estado de Goiás. E-mail: anamariadicavalhoufg@gmail.com.

<sup>II</sup> Doutor em Direito pela UnB. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás (UFG). Advogado. E-mail: josedocarmoas@gmail.com.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Propriedade privada. Propriedades coletivas. Construções históricas.

## **KEYWORDS**

Private property. Collective properties. Historical buildings.

## **1 INTRODUÇÃO**

No presente trabalho aborda-se como a visão tradicional acerca da propriedade foi construída de modo excludente, no sentido de que não abarca concepções plurais, priorizando e evidenciando apenas a propriedade privada moderna, colocando-a como hegemonicamente unitária, sendo que, na verdade, existem as propriedades e não apenas a propriedade privada.

Assim, analisa-se como há uma visão limitada e divisora acerca das concepções de propriedade nos diferentes períodos históricos, e como isso contribui para a problemática trabalhada. Além disso, ressalta-se como a concepção de propriedade privada, de modo absolutizado, foi elaborada para o atendimento dos interesses capitalistas.

Outrossim, estuda-se o papel do jurista neste fenômeno, uma vez que do Direito emana conceitos que são adotados de modo coercitivo em uma sociedade, bem como são integralmente aplicados na atuação estatal. Nessa perspectiva emerge a compreensão de que o Estado não deve ser apenas o produtor de normas, mas deve, também, buscar uma visão efetiva e pluralista, abandonando o velho monismo jurídico em busca da efetividade.

Contudo, para que haja tal renovação epistemológica é fundamental a consciência do caráter ordenamental do direito, com vistas à atenuação da ordem jurídica como apenas potestativa, sem a mera limitação ao texto legal, passando a considerar os fatos e a sociedade, ou seja, buscando efetivar práticas positivamente efetivas, para a coletividade.

Enfim, discute-se a diminuição do papel do “saber jurídico” com o fenômeno da codificação (com conseqüente absolutismo jurídico e direito como poder). Assim, são feitas prospecções para que se repense o papel do jurista na sociedade, e que para isso seja levado em consideração o papel do historiador do direito, para que se busque

responder as perguntas do presente buscando entender o passado, já refletindo sobre as consequências futuras.

Vale dizer, objetiva-se refletir sobre a necessária pluralidade e efetividade de concepções a serem adotadas para a (re)construção do conceito de propriedade, ou melhor, de propriedades. Neste ponto, salienta-se a inevitabilidade da adoção da globalização de fontes, de extrema importância para a hermenêutica no campo jurídico, que não pode ser imobilizada pela codificação estatal em detrimento de interesses dominantes.

Nessa linha intelectual extrai-se que tais reflexões, sem dúvidas, podem ocasionar reflexos positivos para a política pública de reforma agrária e as demais dela adjacentes, porquanto uma visão da terra enxergando-a como mais que mera propriedade privada, fornece a percepção de sua relevância e de suas particularidades, que precisam ser atendidas para que se desenvolva de modo efetivo.

Justamente por isso, uma releitura do direito de propriedade afeta o desenvolvimento das políticas públicas relativas à propriedade da terra. Isso porque é o modo como se interpreta a terra em si, seu(s) significado(s) e seu(s) uso(s) que conduz às escolhas feitas, as ações adotadas e seus respectivos direcionamentos, abrindo a possibilidade de novas perspectivas, o que se faz extremamente necessário no atual cenário brasileiro.

## **2 A CONCEPÇÃO DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE NUMA CONCEPÇÃO (QUASE) TRADICIONAL**

Numa concepção tradicional da construção do Direito Real de Propriedade, ela é apreendida e enxergada de modo isolado, como se em cada período histórico houvesse uma visão exclusiva acerca da propriedade e, no suceder histórico, esta fosse por completo abandonada em detrimento de uma nova visão. Nesse sentido, e até mesmo para que, após uma retrospectiva à visão tradicional, possa se enxergar além dela, passa-se a analisar, ainda que brevemente, as diferentes concepções predominantes em cada período.

Na Idade Antiga, a propriedade, para a civilização romana, assim como a família e a religião doméstica, fazia parte da constituição social, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada, quer por deliberação popular,

quer por decisão dos governantes. Desse modo era vista como o poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada (COMPARATO, 1997).

Já na Idade Média, em que vigeu o sistema feudal, a propriedade predominante era a comunal, quase autossuficiente, ou seja, somente enfrentava crises em virtudes de acontecimentos excepcionais e passageiros e, via de regra, superáveis (OLIVEIRA, 2007, p. 104).

Portanto, somente foi extinta por ser considerada um obstáculo ao desenvolvimento da indústria. Ou seja, propriedades coletivas foram (e são) consideradas antagônicas às exigências de mercado (DEBONI, 2017). Nessa perspectiva, dispôs Thompson:

Com a pressão demográfica, o crescimento das cidades e dos empregos, o aumento do valor de mercado dos bens e uma lei que se adaptava ao “desenvolvimento” agrícola, os conflitos relacionados aos direitos comuns se ampliaram (conflitos dos cercamentos). Em nome da propriedade individual absoluta ocorre a extinção dos direitos comuns e de uso das “camadas mais baixas”. A propriedade comunal é considerada como um obstáculo ao desenvolvimento e à indústria. (THOMPSON, 1998, p.133).

Por isso o conceito de propriedade foi identificado com o sujeito, numa mentalidade predominantemente individualista, para que atendesse os ideais capitalistas. No mesmo sentido descreveu Karl Kaustsky, ao falar sobre o declínio do feudalismo e a ruptura que se deu em virtude do já citado antagonismo:

Agora, surgia o mercado com as suas exigências instáveis, desenvolvia-se a desigualdade entre companheiros da aldeia, entre os quais alguns produziam, quando produziam em suas terras, apenas o indispensável para si mesmo, ao passo que outros produziam em excesso. Uns, os pequenos, continuavam a colher para o seu consumo próprio, agarrando-se com unhas e dentes à comunidade. Para outros, esta se transforma num entrave. Qualquer que fosse a procura do mercado, só podiam plantar nas suas lavouras o que a comunidade territorial prescrevia. Do mesmo modo, desenvolveu-se um antagonismo do interesse em relação ao resto da pastagem comum. O pequeno camponês dela dependia, pois não tinha meios para passar a uma forma mais alta de exploração. A subdivisão da pastagem comum lhe impedia quase a posse de animais. [...] Para a passagem a esse modo de exploração (capitalista) impunha-se a ruptura do compromisso entre o comunismo fundiário e a propriedade privada, representado pelo sistema de cultivo da Idade Média. Impunha-se o estabelecimento da propriedade privada completa, a partilha da pastagem comum, a supressão da comunidade territorial e da coerção da folha (ou campo), a eliminação do emaranhamento dos lotes disseminados, e a sua reunião numa unidade. O proprietário fundiário se tornaria assim o proprietário completo de suas terras dispostas numa superfície contínua, superfície que poderia então explorar de modo exclusivo segundo as regras da concorrência e do mercado. (KAUSTSKY, 1980, p. 48-49, *apud* OLIVEIRA, 2007).

À vista disso, adentra-se à Idade Moderna, na qual a sociedade burguesa adota como padrão a propriedade privada, em um sentido de mera utilidade econômica, segundo

o modelo do Código Napoleão. Assim, concebe a propriedade como poder absoluto e exclusivo sobre coisa determinada, visando à utilidade exclusiva do seu titular. Percebe-se, como muito bem exposto por Fábio Konder Comparato, que:

O apogeu da burguesia, a forte influência das idéias do iluminismo e o desenvolvimento da indústria e do comércio não fizeram outro que recuperar a concepção unitária (individual) da propriedade, que havia marcado o período romano. A nova concepção de propriedade surgida e inspirada nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade fizeram com que o direito de propriedade – tido como individualista - fosse excessivamente idolatrado, a prescindir dos interesses coletivos (COMPARATO, 1997).

Por fim, no que concerne às transformações na concepção da propriedade com o advento da Idade Contemporânea, destaca-se a revisão do extremo liberalismo, que não alcançou os resultados esperados, para uma adoção de uma posição intervencionista do Estado.

Isso porque uma visão meramente individualista não correspondia, por completo, ao contexto fático vivenciado. Emerge a aceitação da necessidade de que a propriedade também deve atender ao bem-estar da coletividade, passando de propriedade como direito absoluto para uma propriedade funcionalizada, vale dizer, que deva atender uma função social (COMPARATO, 1997).

Um exemplo claro desta visão de uma propriedade privada, mas funcionalizada, encontra-se na Constituição Federal de 1988, em que a lei máxima brasileira garante como direito fundamental a propriedade (art. 5º, caput), mas no inciso XXIII do mesmo artigo dispõe que ela atenderá à sua função social. Apesar disso, é relevante destacar que a funcionalização da propriedade não pode extirpar da mentalidade hegemônica a tendência de se enxergar a propriedade privada como molde unitário, bem como a forte inclinação para sua absolutização.

### **3 UMA (RE)LEITURA DA PROPRIEDADE NO MEIO JURÍDICO PARA A COMPREENSÃO DAS PROPRIEDADES**

Para o historiador, a propriedade é um artifício verbal que indica a solução histórica que um ordenamento atribui ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem (GROSSI, 2006, p. 09). Contudo, não existiu (e nem existe) uma única solução, mas várias, que variam conforme o contexto histórico vivenciado.

Assim, surge a relevância de uma relativização do conceito de propriedade, ou seja, uma pluralização proprietária. Em consequência, deve também, existir uma análise plural, na qual não se permita o condicionamento monocultural, discursos maniqueístas ou operações excessivamente redutivas e formalistas.

Nessa perspectiva, há muito que se aprender com o complexo de realidades sepultadas no período medieval, em que não faltava apenas o espírito individualista, mas também o espírito proprietário, fenômeno que se chamou (de modo aproximado) de propriedade coletiva ou comum.

Aponta-se a Alta Idade Média, como grande civilização possessória (numa concepção não formal e não oficial - não romana, portanto - mas sim situações reais com efetividade econômica sobre o bem). Para que um historiador possa enxergar tal fato não pode apenas pluralizar o foco de pertencimento individual em seu grau máximo, pois os vínculos formados entre sujeito e bem eram, de fato, diferentes, baseadas na “efetividade sobre o bem prescindindo das suas formalizações” (GROSSI, 2006, p. 15).

Percebe-se o surgimento de contradições ao haver essa separação entre forma e substância efetiva, e, na Alta Idade Média, havia um deslocamento do ponto de atenção na medida em que tutelava situações em que a pessoa já era percebida como proprietária antes de conferir uma propriedade formal. Contudo, os juristas ainda estão muito apegados a uma interpretação jusromanística do mundo social.

Na Alta Idade Média, como estava a sociedade desapegada de arquétipos culturais, puderam descobrir forças estruturais e vivenciar a práxis, podendo modelar figuras jurídicas rudimentares, mas permeada de fatos, historicamente vivas, formando uma “ordem jurídica aderentíssima” (GROSSI, 2006, p. 48). Inclusive a própria ideia de domínio útil é uma ideia altomedieval pensada sob a perspectiva do Direito Romano.

O domínio útil traduz uma mentalidade em termos jurídicos. Sua teoria deriva de um sistema de direitos reais construído a partir das coisas, e a coisa, numa complexidade cultural, pode impor diversificações proprietárias. Desse modo, tratar de domínio direto e domínio útil é abordar o assunto numa perspectiva anti-individualista e com certa antropologia.

Além disso, ao se entender o domínio como conteúdo é demonstrada a incapacidade de que a propriedade seja concebida como uma relação pura (consequência da sociedade alto medieval, que era incapaz de conceber uma pobreza absoluta ou uma propriedade interiorizada) (GROSSI, 2006, p. 55). Fala-se aqui de um conteúdo mínimo

de propriedade, em que ela é fracionável e se admite mais de um proprietário legítimo, o que inexistente, nas palavras de Paolo Grossi, em:

[...] culturas jurídicas rigorosamente individualistas, por exemplo na romano-clássica e na burguesa-moderna, porque aqui a propriedade construída sobre o sujeito é tão caracterizada pelas suas fundações ético-políticas a ponto de não ter nada a compartilhar. (GROSSI, 2006, p. 56).

Tanto a perspectiva que busca a linha divisória entre pertencimento medieval e pertencimento moderno (centrado na exclusividade) quanto a perspectiva do absolutismo (variedade e intensidade dos poderes conferidos ao proprietário), são linhas precárias de pesquisa, que tenta enxergar os acontecimentos de modo isolado e estanque, quando, na verdade, não o são.

Isso porque: a) “a propriedade moderna não pode consistir em ser mais absolutismo ou exclusividade” (GROSSI, 2006, p. 65); b) “a propriedade medieval é uma entidade complexa e composta”(GROSSI, 2006, p. 66), a ponto de parecer inadequado o uso do singular; c) a propriedade moderna busca a simplicidade como qualidade essencial, entendida como “purificação extrema da relação” (GROSSI, 2006, p. 71), se livrando dos conteúdos diversos e definindo-a como poder; d) a ideia de simplicidade pretende separar o pertencimento do condicionamento da complexidade das coisas, interiorizando o domínio no sujeito; e e) ao lado da simplicidade, o segundo traço tipificador da propriedade é a abstração, relação pura, não marcada por fatos, ainda que disponível a eles, em que o domínio é acolhido como vontade, como ânimo, e não como o uso, como no domínio útil.

Há uma nova ideologia, ainda que inconsciente, mas que ainda não se desprende dos velhos esquemas interpretativos, construtivos e arsenais técnicos. Também de modo inconsciente, a velha mentalidade sedimentada no direito comum mantém a noção de propriedade indistinta do direito real.

Com a Pandectística Alemã (referencial romano, contribui para a moderna dogmática jurídica) a propriedade torna-se a essência do homem econômico numa sociedade capitalista, “um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração” (GROSSI, 2006, p. 81). Nessa aderência da propriedade ao sujeito que ela se torna una e indivisível, como o próprio sujeito, uma síntese de virtude, capacidade e poderes, tornando-se “somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Idealmente as barreiras entre mim e meu caem” (GROSSI, 2006, p. 82).

O fenômeno da propriedade privada na sociedade moderna/burguesa faz com que ela seja marcada por essa extrema simplicidade e abstração, o que a retira, quase por completo, do âmbito da realidade, em que a propriedade é revestida de complexidade e, em muitos casos, de pluralidades.

Por conseguinte, o que se intenta com tal análise e reflexão é permitir uma ruptura com tal mentalidade absoluta e predominante, abrindo espaços para novas concepções que possam incluir as propriedades em um sentido que permita a pluralização proprietária e o entendimento de que elas ainda existem e merecem ser respeitadas e incluídas nas concepções vigentes.

#### **4 A (RE)CONSTRUÇÃO DE OUTROS PENSAMENTOS**

Como visto no tópico anterior a compreensão do que é a propriedade dentro de um meio social deve ser construída de modo a abarcar as propriedades plurais que já existem na realidade. Contudo, o jurista, na construção do conceito de propriedade, costuma estruturá-lo mostrando apenas certos valores historicamente consolidados, numa interpretação automática e técnica (GROSSI, 2006, p. 16).

Percebe-se, desta feita, que a propriedade é mentalidade (GROSSI, 2006, p. 30) e, para o jurista é poder sobre a coisa (GROSSI, 2006, p. 25 e 39). Mas, ao contrário disso, precisaria o jurista analisar “historicamente as propriedades de uma dúplice consciência, porque as propriedades não serão nem poderão ser jamais criaturas de uma dimensão simplisticamente inseríveis em compartimentos pré-fabricados” (GROSSI, 2006, p. 20).

Ora, para que se conceitue a propriedade não é possível contentar-se com o aspecto meramente econômico, deve-se ir além, pois há diversas indagações sobre a relação entre o sujeito e o bem (pode ser pleno proprietário, utilista, usufrutuário, enfiteuta, locatário etc.). Se por um lado a propriedade liga-se a uma antropologia, vale dizer, visão humana no mundo, por outro, é ligada a uma ideologia, vinculada a interesses de indivíduos e classes.

A experiência jurídica é o “modo harmônico e homogêneo de sentir, conceber e viver o direito” (GROSSI, 2006, p. 32) e, portanto, o direito é uma mentalidade imersa na consciência social. Se o direito é mentalidade e o mesmo ocorre com a propriedade e, ao estudá-la, deve-se levar em consideração suas fontes, que devem ampliar-se para que haja a historicização dos dados jurídicos, amparada em escolhas técnicas. Quem faz

ciência não pode fechar-se somente a uma fonte, e é este o papel da ciência: revelar a aventura técnica da experiência jurídica e as escolhas ideológicas definidas.

Neste exercício se deve possibilitar uma construção jurídica renovada, e, nesse diapasão, o jurista deve compreender a propriedade também como uma construção jurídica (como já dito, não se pode finalizar a atividade com a mera análise de fatos econômicos, reflexões teleológicas ou análises políticas). A ciência jurídica não pode ser reduzida a um puro dogmatismo, sem considerar a realidade efetiva.

Após a compreensão do papel da ciência jurídica, do jurista e da mentalidade, percebe-se que “a história do pertencimento e das relações jurídicas sobre as coisas é necessariamente marcada por uma profunda descontinuidade” (GROSSI, 2006, p. 38), pois é uma ordem substancial, que não pode ser reduzida a mero conceito ou forma.

Sob a ótica estatal o papel do jurista é delegado pelo poder político para que se submeta às verdades indiscutíveis impostas por ele, tendo a lei como voz do Estado (e conseqüentemente da vontade geral), considerando a rigidez do princípio da legalidade, divisão dos poderes e absoluta reserva do poder legislativo na produção do direito (papel, portanto, limitado).

Todavia, deve ser criticado o posicionamento que Paolo Grossi denomina como “legolatria” (GROSSI, 2006, p. 88). No mesmo sentido, os juristas costumam naturalizar o nexó entre direito e poder político como necessário, sem que haja a contribuição da sociedade, com “comandos insuscetíveis de elasticidade e que reclamam uma pura e simples obediência” (GROSSI, 2006, p. 91).

Há uma visão absolutamente potestativa do direito que faz da “produção das normas jurídicas um rigoroso monopólio do aparato estatal” (GROSSI, 2006, p. 91). É, pois, necessária a aquisição de plena consciência da historicidade e relatividade do ideal jurídico. Nessa conjuntura emerge o importante papel do historiador, capaz de mostrar que:

[...] aquilo que nos aparece como natural, ou seja, como conexo à natureza mesma do direito, é apenas fruto de uma transformação que este sofreu em um tempo histórico e em um espaço geográfico bem delimitados [...] Aquilo que pode nos parecer natural é todavia historicamente relativo; como se dizia mais acima, é nada mais do que o resultado de uma sagaz estratégia da classe burguesa, cônica da relevância do direito para um exercício completo de poder e resolvida a controlá-lo” (GROSSI, 2006, p. 91-92).

Desse modo, há a premente necessidade de um resgate para o direito, entendendo a relatividade da ligação “necessária” entre direito e poder político, que em verdade, é fruto de um arranjo sócio-político e do clima histórico, tornando (como já dito) o direito

um instrumento de poder, sendo que ele pertence à sociedade que é plural e complexa, e assim também deve ser o direito.

Infelizmente, mesmo em um Estado Democrático de Direito é detectada uma visão monista, o que demonstra a relevância do citado “resgate para o direito de todas as forças agentes da sociedade” (GROSSI, 2006, p. 101). A cultura precedente acabou por criar uma rígida divisão entre o social e o jurídico, que deve ser desfeita (muito embora se reconheça que nem todo social é jurídico).

Em linhas gerais, pontos que atravancam o avanço acima delineado (e que deve ser buscado) são a “estatalidade do direito, legalismo rigoroso, visão potestativa e, portanto, hierarquia das fontes assemelham-se a uma camisa de força para um corpo em crescimento transbordante” (GROSSI, 2006, p. 106).

Aos poucos, deve-se perceber que os referenciais do Direito não estão somente no Estado, mas também na sociedade e, assim, também devem reorientar-se os juristas em suas ações, não aplicando, de modo solitário, a legislação, esquecendo-se de todos os contextos que a circundam.

Para isso é necessário: adquirir plena consciência de que o direito atinge uma realidade permeada de valores históricos, que lhe servem de substrato; e perceber que apesar do direito não pode renunciar por completo o formalismo, ele deve ser nutrido por valores que o legitimem, e não que autolegitime apenas por seu próprio poder, deve haver uma construção histórica e social (GROSSI, 2006, p. 116-117).

Assim, devem ser rompidas as fronteiras entre Direito e sociedade, bem como considerar o papel do passado que “pode unicamente nos oferecer momentos dialéticos capazes de enriquecer a nossa incompleta visão de personagens imersos em um tempo que estamos vivendo e que não estamos em grau de objetivar plenamente” (GROSSI, 2006, p. 119).

Logo, nessa (re)construção de pensamentos é de suma importância a reflexão acerca do papel do Direito na criação e formação de mentalidades de institutos e conceitos. Nesta ponderação é possível perceber que o direito não possui um caráter meramente instrumental (mero vetor técnico). Aponta-se, nas palavras de Maria Cristina Vidotte Blanco Tarréga, que existe a:

[...] necessidade/possibilidade de libertar a ideia de função da mera instrumentalidade para alocá-la na complexidade social, na articulação entre a estrutura e o processo, local em que abandona o sentido de mero efeito causante

estrutural para integrar o processo e resgatar-se enquanto direito (TARRÉGA, 2014).

Não se pode mais apenas aceitar a inércia, deve-se enfrentar a construção de sentido (ou mentalidade) de um Direito meramente instrumental. Nessa perspectiva é possível refletir sobre as possibilidades de um pensamento autônomo em um contexto complexo e plural, mas que, na verdade, se encontra dominado por pretensões universalizantes pautadas em racionalidades parciais (que ameaçam esta atuação autônoma do Direito).

Nesta linha intelectual percebe-se que, mesmo com a visão preponderante que identificou o conceito de propriedade com o sujeito, numa mentalidade predominantemente individualista, para que atendessem aos ideais capitalistas, não foi possível extinguir, na vivência prática, a existência de propriedades plurais.

Bons exemplos a serem observado são os povos que vivem em territórios e comunidades tradicionais (como indígenas, quilombolas e povos ribeirinhos) que lidam com a terra de modo comunitário, enxergando-a além de mera propriedade privada e absolutizada.

No mesmo sentido segue as ligas camponesas no Brasil, que, em linhas gerais, são coletivos de camponeses em luta por seus direitos à terra, não se pensa em propriedades individuais ou coletivas, mas sim, em posse da terra, no espaço agrário para plantar e viver - isso implica em compreender que para o campesinato é mais importante a posse do que a propriedade, ou seja, o acesso à terra.

As ideias trabalhadas, tanto inseridas no sistema (como é o caso do domínio útil, no âmbito do Direito Civil), quanto da percepção de propriedades rurais que se configuram como resistência ao sistema dominante são aptas a demonstrar que a ideia de uma pluralização proprietária e de propriedades comunais não foram simplesmente extintas após um dado período histórico, mas, ao contrário disso, provam que não é intrínseco ao ser humano essa ligação à propriedade privada.

## **5 CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, compreende-se que se deve buscar o resgate do Direito como instrumento relevante para a organização social, enxergá-lo além da instância política e, com isso, ver sua ligação com a realidade. Embora já existam atuações neste

sentido, é, ainda, necessário (tanto na atuação judicial quanto no próprio ensino jurídico) que sejam abandonadas premissas que assentem o direito como entidade estranha e alheia ao campo social.

O foco histórico-jurídico permite uma ressignificação do papel do saber jurídico e do próprio jurista. Da mesma maneira, esse papel de estudo e abordagem do passado para que se possa compreender o presente, aponta a necessidade de uma atividade interpretativa mais completa, uma vez que vê-se em larga escala a mera aplicação do texto legal, sem que lhe sejam dadas a vivacidade da realidade e da contribuição social.

Ponto de relevante aspecto é a relevância de abandonar-se a rigidez da legalidade e da hierarquia das fontes, dando o merecido prestígio e reconhecimento às áreas que dialogam com a construção de um real pensamento jurídico, como a sociologia, a filosofia e a história, efetivando a interdisciplinaridade para se pensar e se aplicar o Direito.

Já é o momento de que elas não sejam mais consideradas coadjuvantes, mas também protagonistas, pois, como já dito, é um diálogo, e este deve ser horizontalizado para que se possa pensar criticamente o Direito e, desse modo, conferir a ele efetividade social. O jurista não deve se prestar ao papel de mero operador legislativo, do mesmo modo que o magistrado não pode ser a “boca da lei”.

Para que o direito não permaneça sendo instrumento de poder, atendendo a interesses econômicos e políticos dominantes, legitimando relações de opressão e mascarando o arbítrio por meio de manobras legislativas, devem todos os juristas libertarem-se da ausência do pensar, interpretar, criticar e historicizar as situações sociais que lhe são levadas, para que direito seja, de fato, uma força viva, capaz de trazer efetivos benefícios sociais.

Se é do Direito que advêm os conceitos que vigem na sociedade de modo coercitivo e impositivo, dele também devem partir iniciativas efetivas para que o Direito não seja apenas veiculador de ideias dominantes, excluindo outras que não atendam a tais interesses. Isso porque o Direito não pode servir apenas para a manutenção de uma dada ordem social, deve, antes disso, recuperar noções de justiça e igualdade, para que não se efetive de modo excludente.

Nessa perspectiva segue a concepção e (re)construção do conceito do direito real de propriedade e, como é imprescindível, que não seja vista apenas com um olhar juridicamente monista, para que seja capaz de incluir e garantir direitos para situações diversas que não se encaixem na construção histórica da propriedade privada.

Enfim, que se permita para os que atuam nesta área o resgate de escolhas, a liberdade de atuação - tanto quanto possível dentro dos parâmetros legais que, aliás, devem se pautar na realidade social e não em meras manobras legislativas - que não seja meramente amparada em pensamentos parciais e pretensões universalizantes, ou seja, que apenas uma concepção (no caso, a da propriedade privada) seja aceita como correta para se aplicar a situações que, na realidade, são por demasiado diversas.

Assim, as reflexões e críticas ora postas auxiliam no desenvolvimento da função social da propriedade e da efetivação de direitos e garantias constitucionais e legais, trazendo a possibilidade de elaboração e exercício de políticas públicas com maior efetividade, especialmente no que diz respeito à terra.

Sendo as políticas públicas um dos meios mais eficazes, no país, para a redução de desigualdades, é preciso que sejam implementadas de modo a oferecerem mecanismos para que parcelas vulneráveis na sociedade possam se empoderar e terem efetivo acesso aos seus direitos e garantias constitucionalmente assegurados. E não é diferente com a política pública de reforma agrária.

Portanto, a atuação do Poder Público, em especial, do meio jurídico, em suas mais diversas maneiras de atuação, é requisito fundamental para a busca de maior igualdade entre os cidadãos, principalmente quando se tratar de um grupo que possui um alto grau de vulnerabilidade e, em várias formas, como a comunidade agrária.

Imprescindível torna-se a existência de atividade dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que as políticas públicas alcancem esse segmento social, que sofre com diversas modalidades de violências reais, notadamente os conflitos agrários, decorrentes da falta de acesso à terra, bem como resta ausente o acesso a direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

E uma das maneiras de se enxergar, de modo amplo, os problemas relativos à concentração de propriedade de terras é o modo como a terra é definida e caracterizada no meio social e, em especial, no âmbito da Administração Pública. Isso porque, mediante a desconstrução de pensamentos hegemônicos com a (re)construção de conceitos plurais se torna possível (re)significar a terra.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10.abr.2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: **Revista CEJ**, V. 1 n. 3 set./dez. 1997. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>. Acesso em: 10.abr.2018.

DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada: caráter absoluto à função social e ambiental**. Disponível em: <http://www.domalberto.edu.br/wp-content/uploads/2017/08/Propriedade-Privada-do-Car%C3%A1ter-Absoluto-%C3%A0-Fun%C3%A7%C3%A3o-Social-e-Ambiental.pdf>. Acesso em: 10.abr.2018.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. **Modo de Produção Capitalista, Agricultura e Reforma Agrária**. São Paulo: FFLCH, 2007. p. 104-109.

TARRÉGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Redistribuir por meio do Direito uma reflexão hermenêutica sobre os conflitos agrários distributivos. In: **CONFLUÊNCIAS: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**. Vol. 16, nº 2, 2014. pp. 48-60. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dIbiDf8Cj%EJwww.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/download/387/294+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10.abr.2018.

THOMPSON, Edward P. **Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Submetido em 13/10/2019

Aprovado em 12/11/2019

## OVERCOMING THE COLONIALITY OF KNOWLEDGE IN INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF ENVIRONMENTAL REFUGEES

### SUPERANDO A COLONIALIDADE DO SABER NO DIREITO INTERNACIONAL: O EXEMPLO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Tatiana Cardoso Squeff<sup>1</sup>

#### ABSTRACT

This research highlights the need to recognize one more category of refugees – environmental refugees. After all, climate change has increasingly encouraged the increasing displacement of individuals across national boundaries. Nevertheless, they do not fit into the traditional forms of refuge prescribed by international law. Thus, we argue that this view originates from a limitation in international law of who can effectively ‘prescribe the Law’ – that is, who may suggest/create legal rules in this sphere, which is an expression of the ‘coloniality of knowledge’ that still exists, and whose recognition may be a way of “freeing” the Global South.

#### RESUMO

Este texto destaca a necessidade de reconhecer-se mais uma categoria de refugiados – a dos refugiados ambientais. Isso, pois, as mudanças climáticas fomentam o deslocamento crescente de indivíduos para além das fronteiras nacionais. Contudo, essas pessoas não se encaixam nas tradicionais formas de refúgio prescritas pelo Direito Internacional. Assim, defende-se que isso decorre de uma limitação existente no Direito Internacional de quem pode efetivamente ‘dizer o direito’ – isto é, sugerir/criar as regras jurídicas nesse plano, sendo essa uma expressão da ‘colonialidade do saber’ ainda existente, sendo o seu reconhecimento uma forma de “libertação” do Sul Global.

---

<sup>1</sup>Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e professora adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Expert brasileira nomeada pelo Ministério da Justiça/SENACON para atuar junto à Conferência de Direito Internacional Privado da Haia - HCCH, no 'Projeto Turista'. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, esta com bolsa CAPES e período de estudos junto à University of Toronto, com bolsa DFAIT. Especialista em Língua Inglesa pela Unilasalle, em Direito Internacional pela UFRGS - PPGD e em Relações Internacionais Contemporâneas pela UFRGS - PPGEI. E-mail: tatiana.squeff@ufu.br

## **KEYWORDS**

Climate change. Human mobility.  
Refuge. Coloniality. Time of Law.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Mudanças climáticas. Mobilidade humana. Refúgio. Colonialidade. Tempo do direito.

## **1 INTRODUCTION**

Contemporary reality is recognized as one full of risks and uncertainties, among which climate change stands out precisely for its arising consequences, permeating several areas, among which Law should be one. After all, precisely because it is 'behind of its time' (OST, 2001), the Law - whose role is to regulate the individual's conduct - should be modified to accompany the social development(s), timely rebuilding itself, rearticulating the past and the future because of its constant transformations.

It happens that the one who aims to make the Law "transcend" beyond the paralyzing state-centric view that usually originates from North America, which carries with it a roll of absolute truths that would be - in his belief - reproducible to all world regions. Such conduct that disregard local particularities and ends up maintaining the structures of domination, which still exist since colonialism, even though independence and decolonization have already formally occurred (QUIJANO, 1997).

This is the case with Refugee Law - a branch of international law that persists failing to formally recognize the existence of new categories of people who should be safeguarded by it, especially those moving across borders because of catastrophic situations that have their origin in climate change. This lack of recognition is supported by the understanding of certain countries of the Global North, which refuse to discuss this issue in international fora, fearing that a potential widening of the refugee concept may cause a high number of immigrants reaching their territories and claiming the same protection already designed for the "classic" refugees.

From this perspective, the present text has as its objective the need for recognizing environmental displaced persons as 'refugees', even if they do not strictly comply with the requirements of the 1951 Geneva Convention on the Refugee Status (UNHCR, 1951: art. 1). There is an obvious need for the (International) law to adapt to this current social reality, especially as regards to the granting of specific rights (which

actually support the individual in a situation of hypervulnerability) for those who are forced to leave their home countries due to the ecological-climate changes in its surroundings.

This demand would be especially necessary for certain countries in the global South, as (but not limited to) Tuvalu, Fiji, Solomon Islands, Marshall Islands, Maldives, Bangladesh, Kenya, Papua New Guinea, Somalia, Yemen, Ethiopia, Chad and Rwanda (VIDAL, 2009), which find themselves in the midst of devastating situations and that encounter barriers of notorious imperialist character to find a solution to their nationals. This is the reason why the objectives of this research are not limited to ascertaining the consequences of States and the resulting creation of “climate displaced persons”, but also to highlight the existing coloniality of knowledge in (International) Law and how the recognition of “environmental refugees” is an example of the (continuous) presence of imperialism in this area of knowledge, which constantly limits the voices that can build it.

## **2 CLIMATE CHANGE AND THE CONSEQUENT DISPLACEMENT OF PEOPLE**

Climate change is a phenomenon that destabilizes the original structure of the atmosphere of the planet, causing a series of unprecedented consequences for humans, fauna and flora. In accordance to the United Nations Framework Convention on Climate (UN 1992: Art. 1§2), climate change can be defined as “a change that can be directly or indirectly attributed to human activity, which alters the composition of the world’s atmosphere and that is added to the one caused by natural climate variation observed over comparable periods”.

It originates in early modernity by promoting growth and socioeconomic integration through industrialization, being pointed as one of the negative forces acting against healthy environment, given the handling and consumption of natural resources without supervision or control (CLAPP and DAUVERGNE, 2005: 5-10). The most common examples of environmental problems directly arising from climate change are the rise in the average temperature of the planet, desertification, food shortages, thawing

and the consequent rise in sea levels, to cite some of the possible consequences (BECK, 1996: 16).

Desertification results from deforested soils, altered river courses, construction of dams and especially of burnings, which do not allow the soil to period of rest and then destined for livestock (CLAPP and DAUVERGNE, 2005: 95). Studies show that 10% of the world's fertile lands are already at this stage, whose consequence is in the rural exodus (SQUEFF, 2016: 15), which causes the migration of people to urban centers (intra/extra-border) so that they can - potentially - get better quality of life.

The food shortage for the world population that today exceeds the mark of seven billion inhabitants (WB 2000: 26-28; DIAMOND, 2005: 490-499) is another problem not only from the rural exodus itself, but also from climate change. These changes in the climate make food scarcer in certain regions by altering rainfall levels, causing intense temperature fluctuations (GORE, 2006: 112, 178 and 317), and intensifying natural disasters such as earthquakes, tsunamis and hurricanes, which limit the population's own access to certain types of food, generating numerous human health problems and largely motivating their emigration to a location that is (or at least seems to be) safer (WEYERMULLER, 2010: 3).

Defrost caused by rising temperatures on the planet greatly alters the polar region biodiversity, as well as influences the rest of the planet precipitation and CO<sub>2</sub> absorption ability, directly affecting agriculture and fisheries, just as the availability of fresh water, and contributing to greenhouse effect, given the greater release of methane into the atmosphere (DIXON-HOMER, 2008: 43-4). Another direct problem originating from the thawing is the rise in sea levels, which has been generating other problems of social order such as creating displacements Pacific Islanders, among other regions, because they are forced to emigrate by the “invasion” of the oceans (SANTOS, 2009: 67).

Thus, it is undeniable that climate change triggers the possibility of destruction of living conditions on the planet. However, it is important to note that climate change does not generate only *direct* “disturbances” in the economy, politics, environment, but also *indirect* ones, such as displacement of individuals as mentioned above. After all, some people can no longer stay in their home country because of destabilization generated by the ecological-climate changes in its surroundings, impeding them of continuing their usual lives (RODRIGUES and CARDOSO, 2012: 141).

This situation, as a result, has many reverberations, which needs to be managed fast and intensely to control climate-environmental damage and risks produced by the second modernity because of their harmful consequences, which generate unspeakable problems for the human person and his most intimate rights. After all, without receiving due legal protection, the individual displaced by the climate remains (even more) vulnerable than a “local” citizen because he lacking the conditions/means to deal with the problem, demonstrating greater fragility in his ability to reestablish and/or adapt (SANTOS, 2015: 79).

### **3 THE LIMITATIONS OF THE CONCEPT OF ENVIRONMENTAL/CLIMATIC DISPLACED PEOPLE**

It is evident, therefore, that there are people who move due to the progressive and significant occurrence of climate change on the planet, which make their “permanence” in a particular location is no longer possible. So the displaced by the environment (or ‘environmentally displaced people’) are generically identified as individuals who are victims of environmental events that temporarily or permanently leave their countries of origin towards another city or nation, seeking the possibility of better living conditions (IOM, 2007).

However, notwithstanding this scenario points to a recurring problem in modernity, it does not have a legal framework that can support it so as to counter the growing migratory flow in the global sphere. This is because they are not considered “truly” refugees, even though this term is commonly used to identify them (ALVES, 2018; ONUBR, 2017; PLATONOU, 2017).

In order for a person to be declared as a refugee, he must have moved because of a founded fear of persecution based on race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, in accordance with the Geneva on the 1951 Refugee Concept. In addition, “typical” refugees are outside their country of origin because of these fears, preventing them from returning to it, although they may indeed one day do so, provided that, in such case, they lose their “special condition”.

The misconception, however, comes from the use of the term refugee in 1985 by an Egyptian named El-Hinnawi, when “referring to individuals who have fled their homes

for environmental change drastic enough to make their lives threatened or unsustainable regardless if internally or internationally displaced” (PACIFIC; GAUDENCIO, 2014: 136), gaining strength in the academic field and influencing the positions of various countries, such as Bangladesh, Kiribati and Tuvalu, given the possibility of their disappearance as a result of rising sea levels and consequent flooding (BERNET, 2015; VERNASSIERE, 2015).

Therefore, in accordance to this definition, climate change displaced people flee not because of fear or effective persecution by a state agent or other individual based on some kind of discrimination, but because of the climate situation that makes the place of origin and/or permanent domicile improper and unsustainable to maintain life, often temporarily barring their return – which, sometimes, is even impossible even in the long run due to the rising sea levels or high average of local temperatures (GOFFMAN, 2006), that is, in cases of increasing dismantling of local climate, which do not present any scientific model of potential reversal, but only one of aggravation, which indefinitely impedes people from returning.

Therefore, people who forcibly migrate (due to climate) to other States in search of a fresh start run into a series of bureaucracies and political, economic, social, cultural obstacles as they have no status (or protection) contemplated in international rules that generate obligations to States (MYERS, 2005). And by not receiving specific/minimum/basic protection under International Law, they are to be considered (“mere”) foreigners - literally 'the other', 'the different', which, for a considerable number of countries, have their rights drastically reduced because they are not nationals.

Although in many nations there is the corollary of equality between individuals, it is uncommon for 'ordinary migrants' (that is, with the exception of those who receive specific protection of International law, such as refugees, asylum seekers and stateless persons) to enjoy the same civil, political, social, economic and cultural rights as a national citizen, so that such people end up remaining on the margins of society (PEREIRA, 2011), and face a real situation of 'environmental/climate racism' (RODRIGUES and SQUEFF, 2016: 49). Examples of such reduced rights would be, under civil rights, freedom to leave, stay and come back, association and expression of religion; under political rights, voting and being voted on; under social rights, working conditions, access to health and education; under economic rights, unlimited market access; and under cultural rights, manifestation of culture - to name but a few.

Therefore, those individuals who forcibly move because of the weather, going through significant changes in their lives so they can have their rights safeguarded, end up having them doubly violated given the inflexibility term 'refugee' and the intolerance of those who do not comprehensively interpret the definition coined in the 1951 Geneva Convention and in the additional New York Protocol of 1967. Consequently, they are persons in continuous vulnerability who do not receive appropriate treatment under International Law, even though they need a regulatory framework to accommodate them.

Because of this, the question to ask is why not consider them as refugees? This definition presupposes the “urgent need to protect human life by ensuring the necessary prerequisites for safeguarding human value and human dignity, as well as its proper development” (RODRIGUES and CARDOSO, 2012: 143), regardless of the place of origin or the place where the person is domiciled, based on the principle of equality and in favor of the reduction of vulnerability (although States still need to be part of international documents relating to this theme).

Nevertheless, the adoption of this position seems to encounter strong resistance, notably by certain countries in the Global North, which refuse to debate this possibility in international fora, fearing a high influx of migrants to their borders claiming the same protection already intended for “classic” refugees under the terms of the 1951 Geneva Convention, and somehow softening their sovereignty and their understanding of these migrants as simple foreigners.

#### **4. RECOGNITION OF ENVIRONMENTAL REFUGEES AS A WAY TO BATTLE THE ONGOING ‘COLONIALITY OF KNOWLEDGE’ IN INTERNATIONAL LAW**

Part of the globe already defends the possibility of considering climate displaced people as refugees, parting from regional protection granted to these individuals in Africa (through the Convention of the Organization of African Unity Governing Specific Aspects of Refugees in Africa of 1969) and in the Americas (based on Cartagena Declaration of the Organization of American States of 1984), which underpin the protection - as refugees - of those who suffer from massive violations of human rights (SQUEFF, 2017: 87-104). Nevertheless, several countries - in particular those in the Global North - point out that such a designation is rather detrimental of the cause, and

end up affecting the refugees themselves (MCADAM, 2011: 114-116; THE ECONOMIST, 2018).

This group understands that the term "refugee" in such regional documents is pointed to people fleeing their countries because their life, their security or their freedom have been threatened by widespread violence, by the massive violation of human rights or by other circumstances which have seriously disrupted the public order of the nation, which usually occur in situations of internal conflict or in failed states, so that it would be rather impossible to classify environmental refugees directly as refugees without building on an already broad concept (RODRIGUES and CARDOSO, 2012: 143). Besides, it is understood from their position that the "mother" Convention of 1951 would not allow such a inference, being it "very punctual" (not to mention "questionable") to what was done in the regional context (although considered legal before their respective orders).

This opposition is easily seen as (one more) remnant of the imperialism carried out by the countries of the Global North in International Law. After all, although it would also help people from such States that are also in a situation of vulnerability caused by the consequences of climate change, enlarging the 'refugee' term means allowing and recognizing that other localities can also 'prescribe the law' by removing the countries of the Global North from center of legal recognition, as they have for centuries occupied.

And for the Global North, the prescription of the Law could not come from non-European (or non-North-Americans, since the mid-twentieth century), as they are considered "as inferior subjects, uneducated, illiterate, unreasonable, pagan, barbaric and primitive" (SÍVERES and SANTOS, 2013: 131).

In this sense, the only one that could actually produce an alternative for world problems would not be South Americans, the Africans or Asians - that is, those who suffer the most from climate change and that do not have the (available) means to deal with them (by themselves), and that eventually are responsible for a great emigration flow - since it would be up to them to reshape the existing Law.

This situation denotes the 'coloniality of knowledge' of this branch of Law, even though independence and decolonization have already formally taken place (QUIJANO, 1997). This is because, according to Fernanda Frizzo Bragato (2015: 58), "European colonial expansion not only brought about the global expansion of its economic and

political domain, but also of epistemological conceptions in all its aspects [...]. From this perspective, the modernity is the sign of European superiority”.

Thus the 'coloniality of knowledge' refers to the suppression and domination of cultures and knowledge of the non-Europeans, based on the existence of “a[n] [unique] way of producing knowledge” to be repeated worldwide, namely the European (QUIJANO, 1992: 446). In other words, Europeans would be the administrators of knowledge, ignoring any other possibilities when not from the same *locus*, as they would lack universality and validity.

This is the reality of international relations: even today “there seems to be a consensus on taken the determining philosophical and political substrates of [Europe] as fixed, [to the] construction of international rules”, without questioning or adapting it to the realities and/or desires of the Global South (SQUEFF and GOMES, 2017: 373). This situation ends up marginalizing the nations that make up this “bloc” in terms of building knowledge, regardless of whether these are the ones most affected by our contemporary reality, so that their ambitions eventually dissipate into space (LANDER, 1999: 53), in a perfect expression of what is the ‘geopolitics of knowledge’, well elucidated by Walter D. Mignolo (2008).

Therefore, the recognition of the environment displaced as refugees as it has been done in certain regions of the Global South (SQUEFF, 2017: 87-104) would serve not only to offer specific legal protection to those who are outside their country of origin and/or nationality in an attempt to reduce the vulnerability in which they find themselves, but also to function as a possibility of breaking the Eurocentric logic that still permeates International Law, highlighting the possibility of other locations to also react “actively and haughtily” to the consequences of contemporaneity, as are the effects of climate change, pointing to a specific legal framework to be extended to these individuals, which is inclusive and genuinely concerned on the human being, regardless of their origin, to the detriment of their consideration as a "mere" foreigner.

## 5 FINAL REMARKS

The present work aimed to highlight the need of recognizing more refugees, not only because of the consequences of climate change for effectively contributing to the increasing displacement of individuals across the world, but also because this is a form of “freeing” individuals recurrently oppressed by the perpetuation of the understanding that there would be a single *locus* of rearticulation/temporalization of law.

After all, the so-called 'environmental displaced people' pose a problem to be fought by international society as a whole - from North to South, imposing a new concept to be observed in order to ensure the full realization of human rights those who are forced to leave their homes in search of a safer life (RODRIGUES and CARDOSO, 2012: 154), without a direct interference from the welcoming state on how they should be treated. And the the way to respond to the problem of displaced people may be in the simple argument that everyone can ‘prescribe the Law’ regardless of the hemisphere in which they find themselves in.

Therefore, if climate change impacts are felt in various locations, both in the Global North or South – they all have the right to comment on the needs to address this issue, including the designing of a more inclusive (International) Law, which understands about the need of welcoming people who are experiencing difficulties arising from the ecological and climate change in its home surroundings, as would be the declaration of the existence of 'environmental refuges', empowering these individuals with the same protection that would be conferred to a “classic” or “regional” refugee, without whom they could be doomed to live in a situation of vulnerability, surrounded by weaknesses that often puts their human essence at risk.

Finally, we must remember the wise words of Hannah Arendt (1989: 234), which are aligned with what has been advocated throughout this text in the sense of recognizing those displaced by climate change as refugees, considering precisely that the deprivation of the rights of the individual “substantially affects the human condition, since the human being deprived of its qualities [...] is deprived of its substance, that is to say: become pure substance, loses its substantial quality, which is to be treated by others as similar”.

## 6 REFERENCES

ACNUR (1951). **Convenção de Genebra sobre a Condição de Refugiados**. Disponível em:

<[www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)>. Acesso em 06 out. 2018.

ALVES, José Irivaldo. A nova agenda dos recursos hídricos e a crise brasileira. **Estadão**, 4 set. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-esociedade/a-nova-agenda-dos-recursos-hidricos-e-a-crise-brasileira/>>. Acesso em 10 set. 2018.

ARENDT, Hannah (1989). **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras.

BECK, Ulrich (1996). Teoria de la Sociedad del Riesgo. *In*: BECK, Ulrich. **Las Consecuencias Perversas de la Modernidad**. Trad. Celso Sánchez Capdequi. Barcelona: Anthropos.

BERNET, Wolfgang. A luta de Bangladesh contra as mudanças climáticas. **DW**, 11 nov. 2015. Vídeo disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/a-luta-de-bangladesh-contra-as-mudancas-climaticas/av-18842456>>. Acesso em 10 set. 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo (2015). O que há de novo no constitucionalismo latinoamericano: reflexões sobre o giro descolonial. *In*: GOMES, Ana Cecília de Barros; STRECK, Lenio Luiz; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Descolonialidade e Constitucionalismo na América Latina**. Belo Horizonte: Arraes.

BRUNNÉE, Jutta; LEVIN, Kelly (2008). ClimatePolicybeyondKyoto: theperspective of the European Union. *In*: BERNSTEIN, Steven; BRUNNÉE, Jutta; DUFF, David. **A Globally Integrated Climate Policy for Canada**. University of Toronto Press, Toronto.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R. (2011). A Atribuição de Responsabilidade Civil Internacional aos Estados por Mudanças Climáticas: possibilidades. *In*: **Anais do VI Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco**. Florianópolis: UFSC.

CARVALHO, Délton W. (2008). **Dano Ambiental Futuro: A Responsabilização Civil pelo Risco Ambiental**. Forense Universitária, Rio de Janeiro.

CLAPP, Jennifer; DAUVERGNE, Peter (2008). **Paths to a Green World: The Political Economy if the Global Environment**. Boston: MIT Press.

DIAMOND, Jared (2005). **Collapse: how societies chose to fail or succeed**. New York: Penguin Group.

DIXON-HOMER, Thomas (2008). Positive Feedbacks, Dynamic Ice Sheets and the carbonization of the Global Fuel Supply: the New Sense of Urgency about Global Warming. *In*: BERNSTEIN, Steven; BRUNNÉE, Jutta; DUFF, David. **A Globally Integrated Climate Policy for Canada**. University of Toronto Press, Toronto.

GOFFMAN, Ethan (2006). Environmental refugees: How many, how bad? *In*: **CSA Discovery Guide**. Disponível em: <<http://www.csa.com/discoveryguides/refugee/review.pdf>>. Acesso em 06 out. 2018.

GORE, Albert (2006). **An inconvenient truth**: the planetary emergency of global warming and what we can do about it. Melcher Media, New York.

LANDER, Edgardo (1999). Eurocentrismo y colonialismo en el pensamiento social latinoamericano. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; RIVERA, Oscar Guardiola; BENAVIDES, Carmen M. **Pensar (en) los intersticios**: Teoría y práctica de la crítica poscolonial. Bogotá: CEJA.

LOMBORG, Bjorn (2001). **The Skeptical Environmentalist**: measuring the real state of the world. Cambridge: Cambridge University Press.

LUHMANN, Niklas (1992). **Sociologia del Riesgo**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: UIA.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman (2006). **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MCADAM, Jane (2011). Refusing 'refuge' in the Pacific: (de)constructing climate-induced displacement in international law. *In*: PIGUET, Etienne; PECOUD, Antonie; GUCHTENEIRE, Paul De. **Migration and Climate Change**. London: Cambridge University Press/UNESCO.

MIGNOLO, Walter D. (2008). Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Rio de Janeiro, n. 34, pp. 287-324.

MIRRA, Álvaro Luiz V. A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental. **Conjur**, 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MYERS, Norman (2005). **Environmental Refugees**: an emergent security issue. Praga: OSCE.

OIM – ORGANIZATION FOR INTERNATIONAL MIGRATION (2007). **Expert Seminar**: Migration and the environment, International Dialogue on Migration - n. 10. Genebra: OIM.

ONU–ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1992). **United Nations Framework Convention on Climate Change**. Disponível em:

<unfccc.int/files/essential\_background/background\_publications\_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf>. Acesso em 06 out. 2018.

ONUBR. UNESCO adverte para risco de aumento dos refugiados ambientais devido à desertificação. **ONUBR**, 16 jun. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unescoadverte-para-risco-de-aumento-dos-refugiados-ambientais-devido-a-desertificacao/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

OST, François (2001). **O Tempo do Direito**. Lisboa: Ed. Piaget.

QUIJANO, Aníbal (1997). Colonialidad del Poder, Cultura y Conocimiento en América Latina. In: **Anuário Mariateguiano**. v. 9, n. 9. Lima: Amatua.

QUIJANO, Aníbal (1992). Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. **Perú Indígena**, Lima, v. 13, n. 29, pp.11-20.

PACIFICO, Andrea Pacheco; GAUDENCIO, Marina Ribeiro Barboza. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. **REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, a. XXII, n. 43, pp. 133-148, jul./dez. 2014.

PLATONOU, Vladimir. Questões climáticas devem intensificar número de refugiados, dizem especialistas. **EBC**, 20 set. 2017. Disponível em: <[agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2017-06/questoes-climaticas-devem-intensificar-numero-de-refugiadosdizem](http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2017-06/questoes-climaticas-devem-intensificar-numero-de-refugiadosdizem)>. Acesso em: 10 set. 2018.

PEREIRA, Gustavo Oliveira (2011). **A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade**. Porto Alegre: UniRitter Ed.

SÍVERIS, Luiz; SANTOS, José Roberto (2013). O conhecimento como princípio da colonialidade e da solidariedade. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 18, n. 3, set./dez, pp. 124-137.

RODRIGUES, Dulcilene de; CARDOSO, Tatiana de A. F. R. (2012). O combate aos deslocados ambientais: uma correlação entre direitos humanos, dignidade da pessoa humana e meio ambiente. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE**, v. 12, n. 23, pp. 139-158.

RODRIGUES, Dulcilene de Ap. Mapeli; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso (2016). Da sociedade do risco à deflagração do fenômeno dos refugiados do clima: a exclusão da tutela jurídica como uma questão de racismo ambiental. **Revista Videre**, Dourados/MS, a. 8, n.16, pp. 45-60.

SANTOS, Filipe D. (2009). Desafios Ambientais Criados pela Grande Aceleração do Pós-Guerra. **Nação e Defesa**, Lisboa, n. 122, s. 4, pp. 61-78.

SANTOS, Jader de O (2015). Relações Entre Fragilidade Ambiental e Vulnerabilidade Social na Susceptibilidade aos Riscos. **Mercator**, Fortaleza, v. 14, n. 2, mai./ago, pp. 75-90.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso (2016). **Análise Econômica do Direito Ambiental**: perspectivas internas e internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso (2017). A expansão do conceito de refugiado: contribuições do Sul Global. **Iuris Dicere** – Revista de Direito das Faculdades João Paulo II, v. 2, pp. 87-104.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; GOMES, Joseli F. (2017). Corte Interamericana para Americanos: a decolonização dos direitos humanos e os perigos do uso da fertilização cruzada entre as cortes europeia e americana. *In*: BIACCHI, Eduardo; SQUEFF, Tatiana; BRANDÃO, Clarissa. (Orgs.). **Direitos Humanos, Feminismo e Decolonização na América Latina**. Rio de Janeiro: Agora 21/Multifoco, pp. 367-426.

THE ECONOMIST (2018). The Economist explains Why climate migrants do not have refugee status. **The Economist**, mar. 6. Disponível em: <<https://www.economist.com/theeconomist-explains/2018/03/06/why-climate-migrants-do-not-have-refugee-status>>. Acesso em 20 mai. 2019.

VERNASSIERE, Arthur. Tuvalu e Kiribati, as novas atlântidas. **Le Journal International**, 20 set. 2015. Trad. Edna Vieira. Disponível em: <[https://www.lejournalinternational.fr/Tuvalu-eKiribati-as-novas-Atlantidas\\_a3271.html](https://www.lejournalinternational.fr/Tuvalu-eKiribati-as-novas-Atlantidas_a3271.html)>. Acesso em: 10 set. 2019.

VIDAL, John (2009). Global warming could create 150 million 'climate refugees' by 2050. **The Guardian**, nov. 3. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/environment/2009/nov/03/global-warming-climate-refugees>>. Acesso em 06 out. 2018.

WEYERMULLER, André R. (2010). **Direito Ambiental e Aquecimento Global**. São Paulo: Ed. Atlas.

WB – WORLD BANK (2000). **World Development Report 1999/2000**: entering the 21 century and the changing development landscape. New York: Oxford University Press.

WFP – WORLD FOOD PROGRAMME (2009). **Climate Change and Hunger: Responding to the Challenge**. Rome: WFP.

Submetido em 10/07/2019

Aprovado em 04/11/2019

**A FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA DO DÉFICIT COMO JUSTIFICATIVA CENTRAL DA PROPOSTA DE REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (PEC Nº 06/2019) E SEUS REFLEXOS NO IDEÁRIO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

THE ARGUMENTATIVE FRAGILITY OF THE DEFICIT AS THE CENTRAL JUSTIFICATION OF THE REFORM OF SOCIAL SECURITY (PEC N. 06/2019) AND ITS REFLEXES IN THE CONCEPT OF EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Theodoro Vicente Agostinho<sup>I</sup>

Sergio Henrique Salvador<sup>II</sup>

Ricardo Leonel da Silva<sup>III</sup>

**RESUMO**

Pretende-se com este breve ensaio uma reflexão sobre o central argumento que se pretende justificar a proposta apresentada para a reforma do modelo previdenciário nacional através da PEC n. 06/2019. Para tanto, será explorada a matriz constitucional que confere vida e justificativa da proteção previdenciária,

**ABSTRACT**

This brief essay is intended to justify the proposal presented for the reform of the national pension model through the PEC n. 06/2019. To do so, the constitutional matrix that gives life and justification of social security protection, its articulations, normative evolution and allocation within the legal system with suas articulações, a evolução normativa

---

<sup>I</sup> Doutorando e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Coordenador e Professor de Direito Previdenciário dos cursos EBRADI, Mackenzie e MeuCurso. Coordenador da Pós-graduação de RPPS do IEPREV. Ex-Conselheiro do CARF. Autor e Co-autor de diversas obras especializadas em Direito Previdenciário. Advogado e Parecerista. E-mail: professor.theodoro@terra.com.br

<sup>II</sup> Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela FDSM. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor Universitário. Professor de cursinhos preparatórios. Escritor. Conselheiro da 23ª Subseção da OAB/MG. Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Integrante do comitê técnico da Revista Síntese de Direito Previdenciário. E-mail: sergiohsalvador@yahoo.com.br

<sup>III</sup> Pós-graduado em Direito Previdenciário pela EBRADI/SP. Professor Universitário na Pós-graduação da UNISAL/SP. Professor na EMD – Escola Mineira de Direito, Escritor e Publicista em Revistas e Periódicos. Pesquisador. Palestrante. Advogado em São Paulo e em Minas Gerais. Parceiro e Consultor Jurídico na ASG - Santiago Grilo Advogados. Advogado Parceiro na Advocacia Especializada Trabalhista & Previdenciária. Consultor e Orientador para prevenções no âmbito Empresarial. E-mail: ricardo.leonel@uol.com.br.

e a alocação dentro do ordenamento jurídico com sua especial posição fundante. Posteriormente, serão traçadas as bases da proposta de reforma e os argumentos justificadores, para, na sequência, aprofundar o basilar fundamento do modelo deficitário como exclusiva premissa que justifique o intento reformador. Também, será objeto de análise a fragilidade argumentativa usada para a defesa da reforma sob essa perspectiva econômica apenas e o impacto de seu uso no ambiente construído de efetividade dos direitos fundamentais. Para tanto, se valendo dos métodos analítico e descritivo, este sintético estudo objetiva compreender as raízes da proposta e o impacto de seu processamento no planejamento de efetividade dos direitos fundamentais sob o exclusivo viés apresentado.

#### **PALAVRAS-CHAVE**

Déficit da Previdência. Reforma da Previdência. PEC n. 6/19. Direitos Fundamentais.

its special founding position will be explored. Subsequently, the basis of the reform proposal and the justifying arguments will be drawn, in order to further deepen the basic foundation of the deficit model as an exclusive premise justifying the reform effort. Also, the argumentative fragility used for the defense of reform from this economic perspective will be analyzed, and the impact of its use on the built environment of fundamental rights effectiveness. To do so, using this analytical and descriptive methods, this synthetic study aims to understand the roots of the proposal and the impact of its processing in the planning of the effectiveness of fundamental rights under the exclusive bias presented.

#### **KEYWORDS**

Social Security deficit. Reform of Social Security. PEC n. 6/19. Fundamental rights.

## **1 INTRODUÇÃO**

O atual modelo previdenciário, sabidamente, é fruto de uma evolução iniciada em um período de pouco ou quase nenhum direito social supremamente garantido, ou, pode-se até mesmo afirmar, de tímido abrigo.

Historicamente, os primeiros movimentos com vistas a proteção previdenciária surgiram em setores esparsos, através de caixas previdenciárias privadas, primeiramente individualizadas e depois compartilhadas por segmentos específicos.

Com o decorrer do tempo, os vários textos constitucionais começaram a abordar a proteção previdenciária de forma englobante, porém, com passos tímidos, indicando prestações apenas para específicas categorias, como a dos funcionários públicos, sem uma amplitude que pudesse atender outros atores sociais.

Leis e decretos tentaram normatizar e regulamentar a proteção previdenciária, contudo, somente a partir do sistema de Seguridade Social, do qual faz parte a Previdência Social, emergido com a Constituição de 1988, é que a garantia de prestações e serviços sociais restou viabilizada como forma de efetivação dos direitos sociais e fundamentais, por excelência, com o desejo de ampliar e universalizar a cobertura, vale dizer, estender a todos um pacto celebrado de justiça social.

Após a edição do texto constitucional de 1988, o sistema previdenciário brasileiro, dividido basicamente em dois grandes regimes, passou por diversas minirreformas no sentido de se obter uma paridade, acessibilidade e integração, baseado na filiação obrigatória e no caráter contributivo, razão de que diversas foram as tentativas de reformar este modelo, contudo, sem ter ocorrido de maneira completa, dimensional e total, como sempre se esperou, tendo ocorrido, aliás, tentativas de se alterar o pacto previdenciário via medidas provisórias, sem que sequer seus requisitos mínimos fossem verificados ou, em outros casos, com decretos e normas outras cuja origem acabou por deflagrarem diversas discussões judiciais.

Assim, ao longo de décadas, em que pese o texto constitucional conferir fundante destaque ao sistema previdenciário como um todo, aludido tratamento não se viu entre os gestores políticos, que contingenciaram a reforma no tempo e de maneira facetária, sem um acurado debate democrático de qualidade, que pudesse, no mínimo, dar concretude às

diretrizes maiores inspiradas no bem-estar e na dignidade da pessoa humana, o paradigma da modernidade, pós-modernidade ou para alguns, o pós-social.

De se esperar, que outra tentativa se apresenta a comunidade, via emenda constitucional, sobre a qual, carrega volumosas propostas de alteração substancial do sistema previdenciário como um todo, em todos os regimes e até mesmo com vistas a modificar bases do processo judicial previdenciário, dentre outras controvertidas novidades.

Aqui o contexto das breves reflexões a respeito, notadamente quanto ao central argumento governamental para sua existência, vale dizer, da alegada e não comprovada existência de um déficit nas contas e a prejudicialidade econômica para seu sustento.

Logo, intentou-se aqui, criticamente, ponderar essa premissa com as diretrizes basilares de efetividade dos direitos fundamentais, aos quais justificam e legitimam a proteção previdenciária ora colocada em risco.

## **2 O MODELO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA, SUA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E SOCIAL E O PERMANENTE DESEJO DE REFORMA**

Essencialmente, a Previdência Social é compreendida como uma autêntica técnica protetiva inserida no âmago da Seguridade Social, cujo embrião foi fecundado e decantado pela Constituição de 1988 em seu artigo 194, uma arquitetura que representa o conjunto integrado de ações e serviços alocados em três subsistemas ou três grandes áreas: Saúde; Assistência Social e Previdência Social.

Estes subsistemas, independentes e sem hierarquia, integram um planejamento constitucional para a promoção do bem-estar social, possuindo características próprias e atribuições específicas de maneira a contemplar amplo abrigo aos assistidos, aos necessitados e aos segurados.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve a nítida separação entre Direito da Seguridade Social e Direito do Trabalho, ao se trazer para o bolo da Lei Maior um capítulo sobre a Seguridade Social (arts. 194 a 204). Na atual Constituição, a Seguridade Social abrange a saúde, a previdência e a assistência social. (MARTINS, 2016. p.25).

Na Saúde se observa um importante técnica de proteção direcionada para todos, indistintamente e sem qualquer contrapartida, o que também ocorre ao subsistema da

Assistência Social que não requer contribuição alguma para seu alcance, apenas o cumprimento de alguns requisitos, diferentemente do que ocorre com a Previdência.

Wagner Balera aborda a extensão desta engenharia constitucional:

Queremos dizer, quando afirmamos que o objetivo do Sistema Nacional de Seguridade Social se confunde com o objetivo da Ordem Social (e, diga-se, igualmente, com o objetivo da Ordem Econômica, na voz do caput do art.170), que esse valor – a justiça social – uma vez concretizado, representa o modelo ideal de comunidade para a qual tende toda a concretização constitucional do sistema. (BALERA, 2009. p.19).

Fábio Zambitte Ibrahim também traz o seguinte conceito:

Na verdade, a seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e sociedade, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida. (IBRAHIM, 2015. p.06).

Já a Previdência Social é considerada uma “apólice constitucional”, um seguro amplo contra riscos sociais, cujos eventos são taxativos e disciplinados em lei, e, cuja cobertura dependente de comprovação de certos requisitos, dentre eles, por exemplo, a qualidade de segurado, ou seja, da contribuição do segurado (prêmio) como contrapartida ao sistema, além de outros requisitos específicos exigidos para a concessão de cada uma das prestações existentes.

Necessário aqui este prévio esclarecimento, tendo em vista que ao visualizar as argumentações usadas para justificar a necessidade da reforma previdenciária, não se pode olvidar de que no sistema da Previdência Social tem-se uma autêntica contratação, via filiação contributiva, de uma verdadeira e genuína “apólice de seguro social”.

Esse seguro social é estabelecido a partir de regras alicerçadas em cálculos estatísticos e atuariais que determinam as coberturas dos eventos danosos pré-definidos e a serem financiadas por ampla base contributiva, ao contrário da Previdência sob o modelo da capitalização, politicamente sugerida na PEC n.6/2019 e que induz proteção individualizada, retirando claramente o viés da Seguridade Social e do compartilhamento dos riscos por toda a sociedade, a essência do fundante princípio da solidariedade.

Ainda, no modelo previdenciário brasileiro destaca-se a existência de regimes jurídicos que estabelecem a relação jurídica de direitos e deveres entre os segurados e o sistema previdenciário, existindo o regime geral, administrado pelo INSS, disciplinador da

maioria das coberturas previdenciárias brasileiras; o regime próprio que é inerente aos servidores públicos efetivos; os regimes especiais que regulamentam prestações inerentes a militares, parlamentares e outras situações, além do regime privado de proteção previdenciária.

Finalmente, cumpre tecer observações sobre o modelo de financiamento, norteador dos questionamentos ora arguidos, a despeito da real existência do aclamado déficit previdenciário.

Neste sentido, a Magna Carta conferiu no artigo 195 que a Previdência Social será financiada por toda a sociedade mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, além de contribuições sociais provenientes das atividades exercidas por empregadores, empresas e entidades a elas equiparadas, pelas atividades exercidas dos trabalhadores e segurados obrigatórios e facultativos, bem como contribuições incidentes sobre concursos de prognósticos, importação de bens e serviços ou a eles equiparados, destacando também o princípio da solidariedade que amolda a presente ordem jurídica constitucional, conforme a sua dicção normativa:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...). (BRASIL. Constituição, 1988)

O sistema contributivo adotado pela Constituição Federal está em linha com o conhecido e fundante princípio da solidariedade, presente em todo o ordenamento jurídico e que é definido por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, nos seguintes termos:

A Previdência Social se baseia, fundamentalmente, na solidariedade entre os membros da sociedade. Assim, como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário. (...) Ressalta Daniel Machado da Rocha que 'a solidariedade previdenciária legitima-se na ideia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos', como o dever de recolher tributos (e contribuições sociais, como espécies destes), ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em contraprestações (é o caso das contribuições exigidas dos tomadores de serviços). Envolve, pelo esforço individual, o movimento global de uma comunidade em favor de uma minoria – os necessitados de proteção – de forma anônima. (CASTRO; LAZZARI, 2011, p. 112).

Demonstra-se, com isso, a existência de uma grande base contributiva para o modelo previdenciário brasileiro, cujos recursos, diferentemente do que é propagado diariamente, não são originados apenas pela contribuição dos trabalhadores em atividade, aliás, existe um fundamento constitucional neste sentido que apregoa a diversidade na base do financiamento, como se vê do artigo 194, VI, da Lei Maior.

A grande retórica do déficit previdenciário tem como premissa a diminuição da base de contribuintes frente ao crescente número de beneficiários, em decorrência do aumento da expectativa de vida dos brasileiros, algo natural e incontável.

Neste sentido, há que se ponderar que a Constituição Federal ao determinar esse amplo leque do sistema de financiamento, consolidou um ônus à toda sociedade como forma de sustentação financeira para garantia da proteção social, determinando e justificando essa importante diretriz da necessidade de um leque diversificado na estrutura de sustento do sistema, enquanto meios e modos de promoção, integração e inserção social.

Assim, o prescrito por Miguel Horvath:

Os princípios representam a consciência jurídica da sociedade. Têm a elevada missão de velar pelos valores eternos do homem. A seguridade social tem como objetivo básico manter a normalidade social, tendo como base o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social. (HORVATH JR., 2010. p. 79).

Como reflexão, atente-se ao fato de que, além dos recursos originários dos orçamentos dos entes federativos, oriundos de tributos e outras receitas não vinculadas, as contribuições sociais que deveriam ser alocadas à Previdência Social são incidentes sobre toda a cadeia produtiva, com especial destaque para a contribuição sobre a folha de salários, receitas, faturamentos e lucros das empresas, resultando certamente em vultuosas cifras e que sequer são fidedignamente divulgadas como se espera.

Com isso, resta evidente que toda a cadeia produtiva, assim dizendo, todo o PIB brasileiro, ocupante da 9º posição no ranking mundial com 1.798,62 bilhões de dólares, fonte: FMI, World Economic Outlook Database - abril de 2017, financia diretamente nosso modelo previdenciário. Este contexto, aliás, uma incógnita suscitada por muitos juristas, técnicos, atuários e até mesmo pela renomada Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP.

Nesta seara, sendo objetivo central do presente artigo a análise da fragilidade argumentativa adotada para a reforma previdenciária ao unitário discurso do déficit, em contraponto à efetividade dos direitos fundamentais e os reflexos daí decorrentes, necessário se faz a contextualização da origem do sistema previdenciário brasileiro e a evolução social de inspiração constitucional, por breves marcos históricos.

A Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a inovar quanto à prestação de natureza previdenciária ao estabelecer a aposentadoria por invalidez aos trabalhadores do serviço público.

Por sua vez, a Constituição de 1934 estabeleceu bases para o financiamento previdenciário, determinando o sistema tripartite em que trabalhadores, empresas e o Poder Público deveriam arcar com o custeio da previdência. Porém, embora contemplado no texto constitucional, o tema previdenciário de forma tímida tinha tratamento esparso, carecendo de um regramento constitucional robusto que constituísse um sistema de seguridade alicerçado em valores de ampla proteção social.

Com relação à sua evolução histórica, de início, a Previdência foi regulamentada especialmente por diversas leis e decretos, contudo, de forma setorizada, iniciando-se por proteções a apenas algumas categorias profissionais, através de sistemas de caixas de aposentadorias, frágeis e sujeitas a várias oscilações, restando por não conferir segurança, fator essencial a este instituto que visa exatamente proclamar proteção em momentos de desamparo.

Em contrapartida, a evolução social permeada pelo primado do trabalho carecia de um sistema amplo e robusto capaz de assegurar condições mínimas de sobrevivência digna para situações de infortúnio, tal qual registra Wagner Balera: “A seguridade é sistema mais amplo de cobertura de contingências sociais destinado a todos os que se encontrem em estado de necessidade”. (BALERA; MUSSI, 2015, p. 36.)

Neste aspeto, somente a Constituição Federal de 1988 criou um amplo sistema protetivo de Seguridade Social englobando a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, como forma de um planejamento de abrigo e promoção do bem-estar social.

Mais do que isso, o texto de 1988 determinou garantias quanto aos direitos sociais, considerados direitos fundamentais e, por isso, defendidos por muitos constitucionalistas como de caráter permanente, com vedação de seu retrocesso e também figurando no texto constitucional na qualidade de verdadeiras cláusulas pétreas, impondo

proibição clara à qualquer emenda que tente abolir tais garantias, por seu caráter fundante, valorativo e enraizado na estrutura de um sistema constitucional e social por excelência.

Serau Jr., assevera que:

Inicialmente, reconhecemos que a Previdência Social e todos os institutos que lhe são pertinentes, são direitos fundamentais. Diante dessa premissa, todos os valores e compreensões derivados da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais aplicam-se às questões previdenciárias. (SERAU Jr, 2016. p. 17).

Araújo e Nunes Júnior, também acentuam nesse cenário que:

Os direitos de caráter previdenciário são exemplos dessa categoria de direitos fundamentais. Também chamados de direitos de crença, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. (ARAÚJO; NUNES JR., 1998, p.65).

Já sob a égide do Texto Constitucional de 1988 foram editadas as Leis 8.212/1991 e 8.213/1991, determinantes de um marco regulatório para o Regime Geral da Previdência Social disciplinando a concessão dos benefícios previdenciários deste regime e a regulação necessária e correspondente contributividade para o sistema previdenciário, em homenagem à regra da contrapartida.

Esse regramento guarda estreita relação com a temática aqui abordada, uma vez que os benefícios concedidos pelo sistema previdenciário, obrigatoriamente, possuem fonte de custeio específica, previamente regulada, ou seja, a argumentação de que há necessidade de reforma do sistema previdenciário alardeada pelo déficit do sistema, antes de tudo, deveria passar por análise criteriosa das possíveis inflexões e improváveis distorções entre cada fonte de custeio e o respectivo benefício, com demonstração passo a passo de eventuais “gargalos” existentes.

Além disso, a partir da promulgação da Constituição de 1988, diferentemente do que é divulgado, várias foram as Emendas Constitucionais ao Texto Maior que resultaram em minirreformas previdenciárias, porém, que não resultaram em um enfrentamento completo e a altura do desejado, infelizmente. Como exemplo, dentre outros, no que concerne à previdência dos servidores públicos efetivos, em que a Emenda Constitucional de número 20/1998 atribuiu caráter contributivo ao regime dos inativos, bem como outros dispositivos que traduziram grande inovação no sentido de aproximação ao regime geral.

Da mesma forma a EC 41/2003, instituindo regras e requisitos etários para o cálculo da renda inicial dos benefícios, além da EC 47/2005 que disciplinou proventos proporcionais ao tempo de contribuição do servidor. Ainda, recentemente a EC 88/2015 que alterou, inclusive, a aposentadoria compulsória dos servidores para setenta e cinco anos.

Isso demonstra que, no decorrer da evolução social, ocorreram modificações constitucionais no sentido de se caminhar para uma paridade no sistema previdenciário entre os regimes próprio e geral, um recado existente no seio constitucional e a ser debatido com todos os atores sociais.

Importante esta análise sob a ótica da evolução constitucional, pois o texto de nossa Lei Maior, em seu art. 195, § 5º, cuidou de estabelecer recíproca relação entre a fonte de custeio e o respectivo benefício.

Assim, deflagrar uma reforma genérica sem prévio estudo técnico a fim de se determinar eventuais desvios e correspondentes proposições para suas correções, é de todo temerário e frágil.

Miguel Horvath registra a importância da existência deste comando normativo de equivalência entre benefício e custeio:

A regra da contrapartida funciona como garantia do sistema, evitando criação de novas contribuições sem o conseqüente aumento do nível de proteção social, bem como evita que por motivos paternalistas, eleitores, sejam criados benefícios sem suporte técnico-financeiro capazes de gerar desequilíbrio na equação financeiro-atuarial do sistema. Concluindo, é necessário para asseguramento das futuras gerações que o sistema previdenciário seja conduzido por uma política social, ativa e operante, visando o alcance de sua finalidade. (HORVATH JR., 2010. p. 106).

A própria Constituição Federal pela inteligência do art. 195, § 4º “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social” [...], estabeleceu ferramentas de reforços ao custeio deste sistema de proteção, como forma de garantir a expansão da Seguridade Social.

Não se coaduna com a sistemática constitucional previdenciária a redução do seguro social, representado por dilação de idade mínima para concessão de benefícios, redução de valores de benefícios ou extinção de critérios de concessão, dentre outros artifícios sugeridos por integrantes da equipe econômica do governo que despreza o viés

social da programação previdenciária e se valem de exclusivos critérios econômicos para a redução de benefícios.

Resta claro que promover reformas de um sistema complexo, como o da Previdência Social, sob argumento massivo e exclusivo do déficit previdenciário sem a precedência de profundos e criteriosos estudos técnicos com amplo diálogo envolvendo os diversos segmentos da sociedade civil, entidades de classe, trabalhadores, empregadores e estudiosos do Direito Previdenciário denota uma recorrente e visível fragilidade da argumentação.

Assim, este tema recorre nas últimas décadas, importante, polêmico e complexo, repercutindo na sociedade brasileira o intento de reforma do modelo previdenciário nacional sob os mais variados argumentos, dentre eles e com furor midiático a frágil situação fiscal do país que encontra no equilíbrio previdenciário a solução para todos os males.

Inevitavelmente ela virá, surgirá através do debate parlamentar, ainda que superficial e distante do necessário envolvimento com os atores sociais, a revelia das vozes da sociedade e da comunidade jurídica especializada, sequer convocada para a formação de suas bases e a fim de contribuir qualitativamente com viés seguro e constitucionalmente adequado.

Não se pode esquecer que como toda política pública de promoção e integração social, evidente que o trato previdenciário merece ajustes, aperfeiçoamento, atualização e robustas mudanças, para bem amoldar as circunstâncias contingenciais dessa geração, como por exemplo, o envelhecimento da população, dentre outros fenômenos sociais, econômicos e culturais.

De outro lado, há quem defenda que sua arrecadação deficitária ano a ano abala sistemicamente as demais contas financeiras da gestão pública e compromete o exercício estatal, com riscos futuros das garantias de manutenção da proteção previdenciária, fazendo com que a reforma seja algo primordial e deve ocorrer, de imediato, custe o que custar, ganhando peso o central argumento do déficit da contas que ora se debate.

Certamente, que a previdência nacional merece e aguarda uma reforma, uma atualização de suas bases e o necessário aprimoramento das regras para o aperfeiçoamento da proteção, estando aqui o sentimento maior eleito e escolhido pelos detentores do poder.

É que não se vê a divulgação de metas reformadoras que impliquem no fomento de uma educação previdenciária, ou ainda, que narrem os direitos e deveres daqueles menos assistidos, convidando-os à proteção e a uma cobertura estatal há muito pensada, especialmente a partir do paradigma de 1988.

Infelizmente, o que se tem visto são tratativas de redução da proteção, com o desaparecimento de direitos, endurecimento de regras, inversão de valores e outras formas de relativizar esse autêntico e importante direito social, por excelência, tudo para obter equilíbrio financeiro e atuarial, como se fossem esses os únicos e centrais alvos da estrutura previdenciária tupiniquim.

Em vozes há muito cadenciadas na sociedade brasileira, busca-se a diminuição da proteção e o aumento sistêmico da arrecadação previdenciária, enfraquecendo assim o modelo de previdência pública e o seu alcance, na contramão do que assentou o texto constitucional com referência a “universalização da cobertura e do atendimento”.

Também, que vetores máximos do texto constitucional como a dignidade humana, o valor social e o primado do trabalho, dentre outros são habitualmente esquecidos e aviltados quando a reforma da previdência ganha notoriedade coletiva a partir de uma perspectiva unicamente econômica.

De outro lado, a preocupação financeira e atuarial sabidamente perfaz o núcleo estruturante da previdência brasileira, tal qual preconizado em seu artigo 201, dando direcionamento ao gestor e informando toda a sociedade que as bases econômicas conferem vida futura entre as gerações no que pertine a política previdenciária.

Acontece que usualmente essa premissa ganha papel de destaque e se coloca como o ponto central do debate, afastando a natureza social que perfaz qualquer modelo previdenciário dos mais variados países que escolheram o constitucionalismo do bem-estar como diretriz fundante.

Não se nega que a higidez financeira seja irrelevante ou ainda diminuída no interior desse debate, aliás, esse também é o dizer constitucional para a existência do sistema, porém, de outro lado existe o ideário político de integração social, protetivo e que deve tutelar aquele filiado acometido de certas necessidades, cuja filiação autoriza a intervenção estatal em seu favor.

Neste sentido, estruturas outras para combater a informalidade poderiam fazer parte de qualquer pacote de reforma da previdência, trazendo a proteção estatal e conferindo dignidade aos menos assistidos que ante a dificuldade de alocação do mercado

de trabalho e as burocracias do sistema, preferem o sustento por outros meios, com grandes repercussões jurídicas dentro do contexto coletivo quando ativos em um sistema protetivo inativo.

A bem da verdade, pouco se fala a respeito, bastando que as tratativas de inserção aos programas sociais de inclusão previdenciária fossem ampliados, estruturados e fortemente divulgados.

Outro aspecto estruturante e que elevaria e muito a cidadania previdenciária se refere a disseminação da política de educação previdenciária, com informes pedagógicos sobre a definição de suas bases, a forma e o conteúdo da proteção e ainda os modos de inserção a esse programa constitucionalmente pensado, cuja proteção pode ocorrer a partir de seus 16 anos.

Em termos de confiabilidade, merece a reforma também trilhar para esse alvo, vale dizer, dar segurança aos seus partícipes.

É que as oscilações existentes, como por exemplo, defasagem salarial, a falta de equivalência econômica, as constantes mudanças da política cambiária, a discrepância dos critérios de reajustes, a complexidade do sistema de cálculos e outros fatores, não conferem credibilidade à previdência pública, fragilizando assim sua existência e extensão em solo pátrio, ainda que o pensamento constitucional firmado em 1988 apregoe o oposto, vale dizer, dar amplitude e universalização na cobertura e atendimento.

Há também, nesta seara, sob o mesmo argumento da higidez financeira, a sua ausência, ou, de outro modo, a falta de clareza das informações a respeito, como será oportunamente aqui explorado.

De outro lado, o controle e a gestão do popular benefício de prestação continuada, o BPC/LOAS que não é previdenciário e se vale da estrutura autárquica de modo atípico para existir, quando na verdade deveria ser gerido por outros setores da administração pública e deixar a previdência com suas típicas atividades constitucionalmente previstas.

Como aqui demonstrado, não basta endurecer as regras de acesso ou ainda excluir direitos para que as bases da previdência continuem híidas com o tempo, não sendo o trajeto mais justo e esperado por todos.

De novo, em outro exemplo, importante destacar a possibilidade de ações de cobrança e ações regressivas diversas para recuperação de crédito previdenciário, realizando um papel educativo, preventivo, fiscalizador, como o que acontece

diariamente nas situações em que a contribuição previdenciária descontada do empregado são apropriadas pelo empregador e essa esperada cobrança nunca ocorre, seja pelo caminho administrativo, ou pelo viés judicial, preferindo a autarquia transferir tal encargo ao beneficiário, sabidamente hipossuficiente, que deverá comprovar o salário-de-contribuição e assim revisar a renda mensal de seu benefício.

Deveria a proposta de reforma primar pela qualidade, pela disseminação das informações de acesso, da educação e da política previdenciária, a fim de conferir cidadania e impactar a sociedade de maneira substancial com uma cultura que ao mesmo tempo confira direitos e igualmente promova sensibilidade e solidariedade quanto aos deveres.

Sobre a necessidade de fomento da cultura previdenciária, Gustavo Krause escreveu:

A cultura previdenciária vai além da cultura financeira. Passa pela proteção pessoal e das famílias. É um movimento cultural que leva décadas, e que deveria começar ainda na escola. Na Europa, por exemplo, a previdência é compulsória. Finalmente, olhar em direção ao futuro significa compreender que as nações progridem porque trabalham muito, estudam muito, poupam e investem muito; significa reconhecer, na expressão de Eduardo Giannetti, o valor do amanhã que é superar o dilema de "por mais vida nos nossos anos ou mais anos nas nossas vidas". (Fonte: Jornal Valor Econômico - 29 de julho de 2013).

E aqui se estaria realizando a verdadeira e genuína reforma, de qualidade, inclusiva, integrativa, justa, equilibrada e universalizada.

### **3 A CONTROVERTIDA PREMISA DO DÉFICIT DAS CONTAS PREVIDENCIÁRIAS**

Como defendido, o sistema previdenciário merece e requer ajustes, alterações, reformulações, aperfeiçoamento e evolução, sem desnaturar a essência maior que o reveste e justifica a necessidade de um debate exaustivo, ainda que prolongado, mas necessário para a construção e viabilização de um sentimento maior que está bem acima de quaisquer ingerências políticas, dogmáticas e efusivamente econômicas.

Neste aspecto, a razão da indagação que ora se apresenta sobre a real destinação do desejo reformador, se ao interesse econômico somente, ou, ao encontro dos anseios

legítimos dos trabalhadores, detentores estes e destinatários de todo poder estatal, registrando que o sistema previdenciário também é uma expressão destacada do postulado da dignidade da pessoa humana e que não pode ser somente premissa abstrata e distante de viabilização prática.

Sobre esse contexto, acentua José Afonso da Silva que:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2014, p. 107).

Paulo Bonavides acentua o aspecto diretivo e nuclear que limita e conduz o ordenamento jurídico inserido no constitucionalismo e apoiado no bem-estar, sem os quais o sistema da Seguridade Social não se justifica:

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, 2003, p. 233)

Assim, de forma corriqueira, o que se vê inserido no rápido debate a respeito é tão somente o desiderato econômico, financeiro e atuarial, como se fossem as únicas e principais premissas de vida e manutenção do sistema, contrariando outros aspectos, dentre eles a essência da proteção, que deveria ditar as regras secundárias para o seu sustento, como uma relação de causa e efeito, ou, principal e acessório, mas com a existência do principal, vale dizer, a técnica de proteção previdenciária.

Evidente assim que os interesses dos trabalhadores e dos mais necessitados estão bem distantes da legitimidade de proposição e de finalidade deste intento reformador, sendo altamente impactados pela aprovação futura do modelo apresentado, cujo acesso

as prestações básicas e mínimas será visivelmente dificultado, neutralizando o intento maior protetivo, acolhedor e que retrate um bem-estar com inclusão e integração. Afinal, esses os dizeres constitucionais, autênticos princípios diretivos.

Lenio Streck, a esse respeito registra que:

Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação de uma relação lógico-explicativa, mas sim, em face daquilo que ele enuncia. (STRECK, 2009, p.520).

Assim, o esperado debate reformador há de pontuar neste âmbito, aprimorar e ajustar pontos a serem ajustados e aprimorados, sem o distanciamento de conferir dignidade aos excluídos e aos mais necessitados.

Espera-se esse debate, coletivo, transparente, técnico e democraticamente construído, sob a inspiração constitucional, núcleo maior que justifica e dá vida a modelos previdenciários criados no constitucionalismo do bem-estar, ainda que moderno ou de modernidade tardia como o brasileiro.

Também, que mesmo o incisivo, efusivo e midiático discurso econômico, por si só sequer representa fundamento exclusivo e convincente que justifique seguramente o desejo reformador, não podendo ocorrer por esta única e exclusiva premissa, sem a perspectiva dos valores constitucionais e seu poder diretivo.

De outro enfoque, mesmo a perspectiva econômica, nuclear e fundamental para alguns, sequer merece pronta aceitação, como se máxima e incontroversa verdade fosse, não tendo uma voz técnica unissona do que apregoa.

Por exemplo, a ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil habitualmente demonstra que existe um superávit previdenciário ao contrário de outras vozes, comprovando que a mudança por este argumento não se justifica:

Por que desvincular 20% ou 30% dos recursos da seguridade social? Porque historicamente o Orçamento da Seguridade Social sempre foi superavitário. Para se ter uma ideia, entre 2005 e 2016, o superávit médio anual foi de R\$ 50,1 bilhões. Coincidência, ou não, nesse mesmo período, entre 2005 e 2016, o valor médio de recursos desviados da Seguridade Social pela DRU foi de R\$ 52,4 bilhões, ou seja, da mesma ordem de grandeza da média dos superávits da Seguridade no mesmo período. Se esse superávit não fosse subtraído pela DRU, a exposição pública dessa sobra de recursos incentivaria os projetos de reajuste de aposentadorias, de aumento da aplicação de recursos na Saúde ou na Assistência Social, promovendo, assim, uma melhor distribuição de renda na sociedade. Os superávits, ainda, poderiam ter sido utilizados para constituir

## DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

uma grande reserva com o objetivo de dar solidez à Seguridade Social, participando do financiamento em momentos de crise e de diminuição da arrecadação. Assim, além de contribuir para a criação do artificial discurso de déficit da Seguridade, a DRU promove a subtração de recursos disponíveis para a disputa alocativa no processo de elaboração do orçamento da seguridade e evita a constituição de um fundo de reserva que contribuiria para compensar perdas de arrecadação em momentos de crise. A utilização desse expediente para construir uma conta de déficit da Seguridade Social demonstra que o interesse real na desvinculação nunca foi resolver problemas de gestão financeira de recursos, mas potencializar os discursos em prol das reformas para a supressão de direitos financiados pela Seguridade Social. (ANFIP, 2017, p.72).

A economista Denise Gentil, em sua tese de Doutorado em Economia defendida em 2006 pela UFRJ, apresentou uma análise financeira da Seguridade Social no período de 1990 a 2005 e concluiu que:

As informações conduzem a uma conclusão óbvia: o sistema de seguridade social apresenta receitas que têm bases amplas e diversificadas e é financeiramente sustentável, apresentando grande potencial para a expansão de gastos sociais. (GENTIL, 2006).

Neste mesmo contexto, outras diversas vozes existem e apregoam que do ponto de vista econômico, o sistema é hígido, sustentável, há receitas suficientes e suas oscilações econômicas são por outros motivos, premissas essas distantes do trato popular e do conhecimento da grande maioria da população.

Lado outro, sabido que habitualmente tem ocorrido diversas reúnias fiscais, anistias, refinanciamentos, isenções, enfim, a política governamental há anos abre mão de valiosas receitas que se alocadas tal qual previstas no texto constitucional, da maneira correta e programada, certamente contribuiria e muito para um aprimoramento das pilastras previdenciárias.

É o que comprovaram os economistas Eduardo Moreira, Eduardo Fagnani e Paulo Kliass:

A reforma proposta, ao tornar para uma parcela relevante da população quase inviável perspectiva de se aposentar, desestimula as relações formais de trabalho, fazendo com que menos impostos e contribuições sejam arrecadados pelo governo, alimentando assim o déficit das contas públicas e jogando o país num ciclo vicioso que tende somente a crescer com o tempo. Apenas em 2017 o valor total das renúncias fiscais do governo federal beirou os 300 bilhões de reais. Deste total, mais de 150 bilhões correspondem a renúncias de contribuições sociais, que deveriam financiar a seguridade social no país. Ao longo da última década, este valor somado ultrapassou o 1 trilhão de reais. É importante lembrar que a renúncia deveria ser exceção e não regra, e não faz

sentido os trabalhadores para estimular sua atividade, mas que acaba contribuindo para a visão de que existe um déficit estrutural nas contas da previdência. (Fonte: 44 Coisas que você precisa saber sobre a Reforma da Previdência”, 2019).

Outro relevante e importante estudo técnico também testifica esses apontamentos:

Considerando, pois, o que reza a CF-88, não faz sentido falar em déficit, porque existem fontes de recursos constitucionalmente asseguradas no Orçamento da Seguridade Social para financiar a Previdência. O suposto “rombo” R\$ 85,8 bilhões apurado pelo governo em 2015, poderia ter sido coberto com parte dos R\$ 202 bilhões arrecadados pela Cofins, dos R\$ 61 bilhões arrecadados pela CSLL e dos R\$ 53 bilhões arrecadados pelo PIS-Pasep. Haveria ainda os R\$ 63 bilhões capturados da Seguridade pela DRU e os R\$ 157 bilhões de desonerações e renúncias de receitas pertencentes ao Orçamento da Seguridade Social. (Fonte: Previdência, DIEESE/ ANFIP, 2017)

Explorando as razões, no tempo, sobre o mau uso do orçamento existente e específico ao sistema de Seguridade, constitucionalmente pensado, Diego Cherulli registrou que:

O sistema de seguridade social brasileiro foi perfeitamente desenhado e deveria ser um dos mais seguros do mundo, mas as tantas intervenções políticas em prol de interesses desnaturaram sua essência e destruíram sua segurança, levando ao caos atual. Se o sistema está em colapso e em déficit é por culpa exclusiva da maliciosa política na administração dos recursos. Portanto, tudo o que se arrecada pelas contribuições sociais previstas no art. 195 – e não somente da folha – deve ser gasto, solidariamente, nas políticas de previdência (RGPS), assistência e saúde, sendo o resultado superavitário, conforme estudos apontam, depositado e acumulado no fundo específico criado pelo art. 250 da CF. Se esta política estivesse sendo cumprida, o referido fundo teria verbas suficientes para amplo investimento em três pilares, auxiliando em momento de crise e de baixa arrecadação, conferindo segurança ao sistema e transferindo à sociedade a confiança necessária ao investimento e formalização do trabalho. (disponível em: <<http://plataformapoliticasocial.com.br/origem-juridica-do-argumento-do-deficit-da-previdencia-desprezo-na-interpretacao-constitucional>>).

Assim, os desvios perpetrados existem há muito, infelizmente, não sendo justificado a reforma por este prisma, tendo em vista que a proteção previdenciária restou pensada pelo legislador maior em um sistema de integração, inserção e distribuição, com a participação de todos os atores sociais, conferindo dignidade aos mais necessitados, excluídos e de baixo acesso, buscando concretizar aos trabalhadores e seus dependentes, a fruição de um pacto de benefícios para os quais também contribuíram.

#### **4 A FRAGILIDADE ARGUMENTATIVA E A NEUTRALIDADE DA COBERTURA PREVIDENCIÁRIA**

Transpassado esse amplo debate acerca da alocação da proteção previdenciária em solo pátrio, além de reflexões no tocante ao desejo reformador e as problemáticas daí decorrentes, necessário explorar o esvaziamento argumentativo que tenta escorar a viabilidade do debate.

Visualizando os argumentos justificadores, aliás, único, efusivo e incisivo, tem-se que o motivo central envolve a necessidade de ajustar e equilibrar as contas previdenciárias, supostamente em campo deficitário, comprometedora do crescimento nacional, como se a reforma previdenciária fosse a bola de cristal de solução de todos os males, presentes e vindouros.

Este assim o cerne de todo o debate envolvendo a necessidade da reforma, cujos dados econômicos sequer são exaustivamente debatidos ou até mesmo acessíveis a todos, gerando inúmeras controvérsias, especialmente, entre renomados economistas e outros institutos econômicos.

Pelos menos, neste sentido, os dizeres que justificam a própria PEC n.6/2019, tal qual lá lançados e que não deixam dúvidas quanto aos motivos apresentados da sua existência:

Há várias razões para isso, mas certamente nosso nó fiscal é razão primeira para a limitação de nosso crescimento econômico sustentável. E esse nó fiscal tem uma raiz: a despesa previdenciária. Enquanto nos recusamos a enfrentar o desafio previdenciário, a dívida pública subirá implacavelmente e asfixiará a economia. A dívida bruta em relação ao PIB subiu de 63% em 2014 para 74% em 2017. Sem reforma, Vossa Excelência terminará o mandato com essa relação próxima a 100%. (disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>).

Inviável e injustificado assim o manejo de uma proposta de reforma tão somente e exclusivamente sob a perspectiva econômica, adjetivamente acessória e restritiva, como se o crescimento do país dependesse unicamente de acertos financeiros e ajustes econômicos do sistema previdenciário.

Pensar dessa forma é o mesmo que usar inadequadamente o trajeto interpretativo que escolhe parcos e frágeis argumentos desconectados com o sentimento maior que apregoa a igualdade, promoção e justiça social.

Ao contrário, se valendo dos modos interpretativos que aliançam o Direito, necessário que o trajeto seja envidado com compromisso constitucional, buscando os fatos geradores para aprimorar o sistema de proteção e não o contrário, sem fragilizar a essência, com a fragilidade de argumentos que comprometem e distanciam sua constitucional interpretação.

Aqui o ideal esperado dentro do processo de construção dos sentidos, pois assim agindo tanto o modelo interpretativo abstrato dos textos quanto ao aspecto voluntarista e discricionário de alguns são afastados pelo caminho hermenêutico que trata a realização concreta do Direito, enquanto ferramenta de compreensão social, conferindo as respostas adequadas com integridade e coerência a que o ambiente comunitário projetou e espera, produzindo equilíbrio e segurança aos relacionamentos jurídicos existentes, espelhando a igualdade e a justiça a que o pacto previdenciário traz em seu bojo.

Lado outro, essa realidade encontrou novo horizonte a partir da onda constitucional que revolucionou também as bases interpretativas para uma correta argumentação jurídica a contar da inserção dos direitos fundamentais no âmago da positivação constitucional e daí decorrendo variados aspectos a respeito, seja quanto a legitimidade, seja quanto a validade da norma, a fim de serem usadas para a busca interpretativa, mas com piso sólido e com os corretos argumentos na sintonia com os anseios comunitários.

Rafael Simioni acentua assim que:

Com a incorporação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos positivos, tornou-se necessária uma nova concepção do próprio direito. De um direito que antes era entendido como um conjunto de normas jurídicas que regravam as condutas sociais, a incorporação dos direitos fundamentais ampliou essa ideia de regulação social para abranger também aquelas limitações do poder perante aos cidadãos, típicos do Estado Liberal. (SIMIONI, 2014, p.171).

Tem-se assim um completo disparate do desejo reformador e seus fundamentos, destacadamente frágeis, que maculam por completo suas bases, passos e discussões, comprometendo e muito a programação de efetivação de direitos fundamentais a que se escolheu no horizonte de 1988.

## **5. EFEITOS NA POLÍTICA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição de 1988, seguindo tendência do constitucionalismo moderno e do viés adotado pelas constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, primou pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, consubstanciados na dignidade da pessoa humana e no estado de bem-estar social, centralmente, sendo uma construção normativa de peso que procurou inserir sem seu bojo os destaques do bem-estar, justiça social e outros valores fundantes da república

Para tanto, o constituinte originário esculpiu no contexto do Texto Maior normas de caráter declaratório (direitos) e normas de caráter assecuratório (garantias).

Neste sentido, a vigente Carta Magna foi erigida com supedâneo nos valores do bem-estar social, do primado do trabalho e no meta-valor da dignidade humana, este, norteador dos demais princípios constitucionais e, principalmente, das políticas públicas que primordialmente devem promover a efetivação dos direitos fundamentais, traduzindo-os em garantias fundantes.

Neste compasso, cumpre ponderar que os direitos sociais são direitos fundamentais e a garantia destes pressupõe a efetivação daqueles, conforme as palavras de Alexandre de Moraes:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2002, p. 202).

Ingo Sarlet também destaca do seguinte modo:

Nesta esfera, como já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais, (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento das instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais. (SARLET, 2016, p.600).

O artigo 6º da Constituição de 1988 é taxativo ao elencar a Previdência Social como Direito Social e, não por acaso, situado ainda no Título II da Lei Maior: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Essa abordagem é de suma importância quando da análise da fragilidade argumentativa para o desejo reformador, se valendo como pano de fundo apenas o improvável déficit previdenciário, pois, frisa-se que existe uma vedação pelo constituinte originário, explicitamente no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988 de qualquer modificação do texto constitucional com tendência a abolir direitos e garantias individuais e, neste contexto, inclusos os Direitos Sociais.

Princípios regentes dos direitos fundamentais, a indivisibilidade e a interdependência inferem a efetivação dos direitos sociais como condição indispensável ao exercício dos demais direitos fundamentais.

Flávia Piovesan, assim, registra que:

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós-ditadura”. Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação de poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2015, p.560).

Exemplificando, o direito à vida requer a eficácia do direito à saúde, a dignidade da pessoa humana exige que se assegure o direito à moradia, à educação, à escolha de um trabalho digno e à proteção social em caso de desemprego, incapacidades e demais contingências.

Nesse diapasão, a Previdência Social elencada taxativamente pelo texto constitucional como direito social, cumprindo papel “sine qua non” na política de efetividade dos direitos fundamentais.

Sendo assim, as conquistas sociais, vale dizer, a proteção social garantidora do bem-estar social, do trabalho e em última “ratio” da dignidade da pessoa humana restam impossibilitados de retrocesso.

Como exemplo de efetivação dos direitos fundamentais na ordem previdenciária temos a proteção do rurícola, que não bastasse seu meio de labor agressivo, degradante e

em muitos casos até mesmo periculoso, também em grande parte são penalizados por contratações às margens das leis trabalhistas, com salários aviltantes e expostos nas mais diversas intempéries no exercício do trabalho.

Nesta toada, a aposentadoria rural, conquista árdua desta classe de trabalhadores e em flagrante risco de retrocesso pelas propostas de reforma da previdência até então apresentadas, representa a possibilidade de afronta ao princípio da vedação ao retrocesso em total contrariedade a efetivação dos direitos fundamentais desta categoria.

Também, as propostas de reforma se mostram maléficas quanto aos novos requisitos para concessão do benefício assistencial de prestação continuada (LOAS), também quanto aos novos requisitos etários para aposentadorias especiais de trabalhadores expostos em ambientes agressivos e perigosos, dentre outras modificações ventiladas pela proposta aqui debatida, em flagrante retrocesso às conquistas sociais, fruto de reivindicações pleiteadas ao longo de muitas décadas.

Diante dessa exposição, cumpre destacar que uma reforma previdenciária cunhada sob argumentos puramente econômicos e em razão de critérios políticos deflagrados em função de repercussões eleitorais, caracterizam a possibilidade de materialização de um grande prejuízo social e da supressão de garantias fundamentais, não sonhados e indesejados por todos.

## **6 CONCLUSÕES**

O modelo previdenciário brasileiro, sem qualquer dúvida, requer ajustes ou mesmo uma reforma abrangente no sentido de eliminação de desigualdades, consolidando a isonomia previdenciária para os dois principais regimes, geral e próprio, incluindo também o regime especial dos militares, em obediência ao princípio constitucional da isonomia.

Entretanto, esse desejo reformador deve se pautar por parâmetros exclusivamente técnicos com vistas às experiências de outros modelos previdenciários internacionais e, sobretudo, considerando a efetivação dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal, sob a inspiração do bem-estar e da justiça social.

O Estado Social, fundamento de nossa Constituição, deve ser a prioridade de todos, governantes e governados e, dentro desta prioridade, necessários são os esforços

no sentido de viabilizar uma segurança social representada pela Previdência, de forma justa, isonômica e eficaz.

Todavia, o argumento central utilizado de um suposto déficit previdenciário, puramente de ordem econômica, não tem, per si, o condão de determinar a supressão de direitos e garantias dos segurados, sem que antes haja um estudo aprofundado envolvendo os diversos setores da sociedade, juristas e estudiosos da previdência.

A reforma previdenciária não pode ser ato unilateral do governo ou fruto de “negociação” política com o legislativo. Direitos e garantias sociais fundamentais não podem ser transgidos pelos representantes do povo, mas devem ser efetivados sob o prisma da igualdade, da preservação do estado de bem-estar social e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, distantes dos frágeis argumentos dogmáticos que não possuem legitimidade alguma, no debate proposto, em que os protegidos deveriam fixar todos os passos desta relevante trajetória.

**7 REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Luiz Alberto; Nunes Jr., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 25 abr. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990-2005**. 2006. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, Rio de Janeiro.

HORVATH Jr., Miguel. **Direito Previdenciário**. 8 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SERAU Jr., Marco Aurelio. **Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea.** Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

Submetido em 26/08/2019

Aprovado em 06/11/2019

## THE AARHUS CONVENTION - THE LEGAL CULTURAL PICTURE: COUNTRY REPORT FOR FRANCE

### A CONVENÇÃO DE AARHUS – A IMAGEM CULTURAL JURÍDICA: RELATÓRIO DE PAÍS PARA A FRANÇA

Giulia Parola<sup>1</sup>

#### ABSTRACT

The Aarhus Convention was ratified in France on the 8th July 2002 and came into force on the 6th October 2002 by the Law n° 2002-285 of 28 February 2002. The Convention was then applied by the Decree of 12 September 2002. Generally speaking, the Convention did not bring about many legislative changes. Even before the Convention was adopted France had some provisions on what are known as the three pillars. This notwithstanding, the rights provided in the Convention are still not fully enforceable in France and the report will outline some of the reasons for this.

#### KEYWORDS

Aarhus Convention. Access to information. Public participation. Access to Environmental Justice. Implementation of Environmental Access Rights in France.

#### RESUMO

A Convenção de Aarhus foi ratificada na França em 8 de julho de 2002 e entrou em vigor em 6 de outubro de 2002 pela Lei n° 2002-285 de 28 de fevereiro de 2002. A Convenção foi então aplicada pelo Decreto de 12 de setembro de 2002. De um modo geral, a Convenção não trouxe muitas mudanças legislativas. Mesmo antes da adoção da Convenção, a França já dispunha de algumas disposições sobre os três pilares. Não obstante, os direitos previstos na Convenção ainda não são totalmente aplicáveis na França e o relatório descreverá algumas das razões para isso.

#### PALAVRAS-CHAVE

Convenção de Aarhus. Acesso à informação. Participação pública. Acesso à Justiça. Implementação dos Direitos Ambientais de Acesso na França.

---

<sup>1</sup> Pós-doutoranda de Direito Ambiental da UFF no Programa PPGDC (Mestrado em Direito Constitucional). Professora permanente no Programa PPGDC. Doutora em Direito pela Université Paris V- René Descartes (França) e Università degli Studi di Torino (Itália), LLM em Direito internacional do Meio Ambiente pela University of Iceland (Islândia) e mestre em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Graduada em Direito pela Università degli Studi di Torino (Itália).

## 1 INTRODUCTION

The Aarhus Convention was ratified in France on the 8th July 2002 and came into force on the 6th October 2002 by the Law n° 2002-285 of 28 February 2002.<sup>1</sup> The Convention was then applied by the Decree of 12 September 2002.<sup>2</sup> Generally speaking, the Convention did not bring about many legislative changes. Even before the Convention was adopted France had some provisions on what are known as the three pillars.<sup>3</sup> This notwithstanding, the rights provided in the Convention are still not fully enforceable in France and the report will outline some of the reasons for this.

One peculiarity of the French situation is that the courts had an important role to play. Indeed, citizens and NGOs have seen the Convention as an opportunity to improve their rights and since the ratification they started to invoke it before the French courts. (PRIEUR, 1999, p. 22)

The *Conseil d'Etat* (State Council, the highest administrative court) plays an important role in terms of integration of both EU and international law into the domestic law.<sup>4</sup> The administrative courts have laid down the conditions under which an international provision is to be given direct effect, with a mechanism that resembles to the “direct effect” principle in EU.

Since the 1989 *Nicolo* case,<sup>5</sup> the *Conseil d'Etat* changed its position and ruled that it was allowed to check the compliance of a measure with an international treaty, even if this measure was posterior to the treaty<sup>6</sup>. This offered the courts the occasion to interpret the Aarhus Convention and to define its legal impact on domestic law<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Loi n° 2002 285, 28 February 2002 autorisant l'approbation de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. (JORF, 2002, p. 3904)

<sup>2</sup> Décret n° 2002-1187, 12 September 2002 portant publication de la Convention d'Aarhus. (JORF, 2002, p. 15563). ‘Décret’ is a regulation adopted by the government.

<sup>3</sup> See the 1978 law on the access to administrative documents, the 1983 law of the democratisation of public enquiries and the 1995 law on the reinforcement of environmental protection “that implemented an approval procedure (‘agrément’) for nongovernmental organisations, notably to give them opportunities to accede to justice” (BÉTAILLE, 2009, p. 64)

<sup>4</sup> See Dubouis (2009, p. 391).

<sup>5</sup> CE, Ass., 20 October 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon, p. 190.

<sup>6</sup> CE, Sect., 1 March 1968, *Arrêt Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. Lebon, p. 149.

<sup>7</sup> Art. 55 of the French Constitution determines the conditions for an international treaty to be integrated in the domestic legal system and the AC fulfils the Art. 55 conditions of ratification and publication. As the French legal system is monistic, the AC is supposed to be part of domestic law and have direct effect. In

The Convention is a mixed agreement because it is an international law instrument but it is also – to some extent – part of EU law. Without going into details, this basically means that many among its provisions are to be applied by the French courts, whether or not the legislation has been transposed and implemented (WIKLUND, 2011, p. 22). As a consequence, according to the *Conseil d'Etat*, the provisions in the first and second pillars, which have been implemented by the EU Directive, can be invoked by individuals. On the contrary, individuals cannot avail themselves of the rights bestowed in the third pillar as long as the Directive on access to justice proposed by the European Commission is not enacted<sup>8</sup>.

Moreover, the *Conseil d'Etat* has recognised direct effects to a few provisions of the Aarhus Convention only, having chosen “a soft interpretation of this treaty’s requirements” (LEFLOCH, 2008, p. 4). More specifically, the *Conseil d'Etat* recognises direct effect on the basis of the analysis of each individual paragraph in any of the Convention articles rather than taking any article as a whole.<sup>9</sup> So far, the *Conseil d'Etat* has held that the provisions of Article 6, paragraphs 1, 2, 3 and 7, of the Convention are directly applicable in the domestic legal order. The provisions of Article 6, paragraphs 4, 6, 8, and 9, and of Articles 7, 8, and 9, paragraphs 3 and 5, instead were held to merely establish obligations between the Member States. In other words, the provisions last listed have no direct effect in the domestic legal order and they can thus be invoked only by the claimant or by the defender.<sup>10</sup>

Finally, it has to be noted that French environmental policy has been strengthened thanks to a political process called the “*Grenelle de l'Environnement*” (Environment Roundtable). Among the outcomes from these environment roundtables are that the *Grenelle I* and *Grenelle II* statutes, each containing provisions collecting, modifying and, to some extent, strengthening the French Environment Code and addressing compliance with the Aarhus Convention. (WIKLUND, 2011, p. 22).

---

fact “treaties shall normally be presumed to produce direct effects in domestic law, which means creating legal rules that individuals are entitled to rely on before domestic courts”: AGUILA, 2007, p. 1533.

<sup>8</sup> Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council 24 October 2003 on access to justice in environmental matters.

<sup>9</sup> See the table in Bétaille (2009, p. 64).

<sup>10</sup> CE, 28 July 2004, 5 April 2006 and 6 June 2007.

## **2 RIGHT TO ACCESS TO DOCUMENT/INFORMATION**

### **2.1 Before the implementation of the Aarhus Convention**

The first albeit limited recognition of the right of access to information in France has been linked to Article 14 of the 1789 Declaration of the Rights of Man that identifies the access to information with the right to have free access to the information concerning the State budget: “All citizens have a right to decide, either personally or by their representatives, as to the necessity of the public contribution; to grant this freely; to know to what uses it is put.”<sup>11</sup> Despite that good start, for long the French administration was reluctant to recognise a clear right to access to all relevant information.

A step forward was taken with the 1978 Law on Access to Administrative Documents, which provides the right to access by all persons to administrative documents held by public bodies.<sup>12</sup> This statute refers to documents rather than information.<sup>13</sup> It provides that such documents shall be made available when requested. A request may be refused for a limited number of reasons listed in the same statute. The Commission for Access to Administrative Documents (CADA), analysed below, is in charge of giving legal advice to any person whose request for access to administrative documents has been refused by a public authority.

The commission's advice is however not mandatory for the public authority, whose final decision may in any event be challenged in front of the administrative courts (AGOSTINI, 2008, p. 1). Finally, in April 2002 the Conseil d'Etat held the right of access to administrative documents to be a fundamental right under Article 34 of the Constitution.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> An English translation is available at [www.yale.edu/lawweb/avalon/rightsof.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/rightsof.htm). Accessed 3 July 2013.

<sup>12</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 de la liberté d'accès aux documents administratifs; Loi n° 79-587 du juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, available at [www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPEAV.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPEAV.htm). Accessed 3 July 2013. English version (not updated) is available at [www.cada.fr/uk/center2.htm](http://www.cada.fr/uk/center2.htm). Accessed 2 July 2013.

<sup>13</sup> “Documents” means: “files, reports, studies, records, minutes, statistics, orders, instructions, ministerial circulars, memoranda or replies containing an interpretation of positive law or a description of administrative procedures, recommendations, forecasts and decisions originating from the State, territorial authorities, public institutions or from public or private-law organisations managing a public service.”. They can be in any form. Documents handed over are subject to copyright rules and cannot be reproduced for commercial purposes.

<sup>14</sup> L'arrêt Ullmann, Conseil d'Etat du 29 avril 2002. See BANISAR, 2006.

## 2.2 Implementation of Access to Environmental Information

### 2.2.1 Subject matter of the right to access

The most important document concerning access to environmental information in France is the Environmental Charter, which is part of a statute having the same legal force as the Constitution which entered into force on the 1<sup>st</sup> March 2005.<sup>15</sup> Article 7 is devoted to access to environmental information and public participation. This provision, which has the same rank as the Constitution itself, states that “everyone has the right, at the conditions and to the extent provided in the law, to access environmental information held by public bodies and to participate in public decisions that affect the environment”. This provision has a general applicability; however it is important to refer to it because it is the first time in Europe that the right of access to environmental information held by the public authorities and the right to participate in environmental decision making processes have been recognised in a constitutional provision.

The *Conseil Constitutionnel* (Constitutional Council) has ruled that all the rights and duties laid out in the Environmental Charter have constitutional *status* and that they apply to all public and administrative authorities within their respective fields of competence.<sup>16</sup> The *Conseil d'Etat* however has held that the Charter principles applies “at the conditions and to the extent provided in the law” only, and has left it to the Parliament to determine these conditions and the extent to which these rights may be exercised.<sup>17</sup>

Access to environmental information is thus still based on the general framework dating from 1978, with specific provisions in the Environment Code relating to the definition of environmental information<sup>18</sup>, the legitimate grounds for refusal and their interpretation,<sup>19</sup> complying with Article 4 of the Aarhus Convention and with the subsequent EU legislation<sup>20</sup>. Those special rules differ from the general provisions

<sup>15</sup> See loi constitutionnel n°2005-205 relative à la Charte de l'Environnement.

<sup>16</sup> Decision n° 2008-564 DC of 19 June 2008.

<sup>17</sup> Appeal n° 297931, 3 October 2008, Commune d'Annecy.

<sup>18</sup> Article L. 110 1 II.4 of the Environment Code refers to the right of access to information on the environment in the general principles.

<sup>19</sup> Articles L. 124-1 et suivants et R. 124-1 et suivants du code de l'environnement available at [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). The Environment Code is available in english. See also the « Circulaire du 18 octobre 2007 relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement » available at [www.developpement-durable.gouv.fr](http://www.developpement-durable.gouv.fr).

<sup>20</sup> Directive 2003/4/EC of 28 January 2003 on public access to environmental information, available at <http://eur-lex.europa.eu>. See also AGOSTINI, 2008, p. 1.

regarding both environmental information and the grounds for the refusal. Contrary to the 1978 Law, the Environment Code indeed refers to information rather than to documents.

Moreover France has transposed the Directive 2003/4/CE on access to information through the following provisions<sup>21</sup>: Book I, title II of the Environment Code relates to public information and participation. Chapter IV of title II deals with the right to access information relating to the environment.<sup>22</sup> The Code sets forth a number of practical details following from both the Aarhus Convention and Directive 2003/4/EC. There are other provisions in the Code related to access to information on specific subjects such as chemicals, hazards, waste, air and water quality. Furthermore access to environmental information is regulated in decree n° 2005-1755 of December 30 2005 on freedom to access to administrative documents.

Under these provisions the public authorities have to provide the environmental information held by or for them to anyone on simple request. Everyone has this right without having to demonstrate an interest.<sup>23</sup> Article L. 124 1 stipulates that any request for information must receive an explicit response within a month of receipt. In exceptional circumstances where the volume or complexity of the information requested so requires the time limit can be extended to two months. In that case, the public authority shall inform the applicant of the extension, giving reasons, within one month.

The content of ‘environmental information’ under the Aarhus Convention is broader than in French domestic law. In France this notion refers on the one hand to Article 2(3) subparagraph a) of the Aarhus definition<sup>24</sup>, on the other hand to factors, substances, measures and activities which affect or are likely to affect elements of the first category. Information which falls under this categorisation can be dealt with by the governmental agency or other public authorities competent with reference to the requested information. The classification of environmental information in French domestic law does not conform to the distinction found in Article 2(3) subparagraph a), b) and c) of the Aarhus Convention. As a consequence, requests which fit the Aarhus

<sup>21</sup> See the website of the French ministry for the environment: [www.toutsurlenvironnement.fr/aarhus/laces-ducitoyen-linformatio](http://www.toutsurlenvironnement.fr/aarhus/laces-ducitoyen-linformatio) accessed 4 July 2013; (LAERNOES, 2011, p. 47)

<sup>22</sup> Arts. L. 124 1 to L. 124 8 and R. 124 1 to R. 124 5.

<sup>23</sup> Book I, Title II, Chapter IV of the Environment Code and Act n° 78 753 of 17 July 1978.

<sup>24</sup> (a) the first category refers to natural elements, ‘the state of elements of the environment’ which includes things such as the quality of the air, of the soil, the atmosphere, water, land, landscapes, biodiversity, and the interaction of such elements, AC, Article 2.3 (a)(b)(c).

classification will have to be directed to the agency competent in that particular field. So it may be difficult to know in advance which agency deals with any specific information. This situation can lead to some confusion, but does not entail that France is failing in the implementation of the first pillar; on the contrary France is using its institutional autonomy in the implementation of these rules (LAERNOES, 2011, p. 47).

*2.2.2 The interaction of right of access with duties to make some information generally available and with Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information*

The Environment Code provides that public authorities shall make sure that the information collected on the environment by them or on their behalf is precise, up to date and can be used in comparisons. As a consequence, much environmental information is constantly available, in particular over the internet, on websites of public authorities, ministries or local governments.

More specifically Article 5, paragraph 3, Article L. 124-8 of the Environment Code provides that some categories of information relating to the environment must be publicly disseminated. These categories and the conditions for their dissemination are specified in Article R. 124-5 of Environment Code. As a minimum they include reports by public authorities on the state of the environment; international treaties, conventions and agreements; European Community, national, regional or local laws or regulations concerning the environment. The official newsletter of the ministry responsible for the environment and the Official Journal are accessible via the Ministry's website, while the website [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) offers access to all legislation.

Moreover, the information to be released also includes plans, programmes and documents defining the public policies relating to the environment.<sup>25</sup> The Environment Code provides that these are to be made available to the public in various formats, including the Official Journal, in accordance with the conditions laid down in articles 29 and 33 of Decree n° 2005-1755, and electronically in all other cases. Many other databases on specific topics, including water, air and hazardous materials, which are

---

<sup>25</sup> For example: the national strategy for sustainable development plans for water resources development and management.

maintained by agencies with specific technical expertise, are accessible on their websites, or through links from websites focusing on specific issues.<sup>26</sup>

In order to facilitate active access to information, Article 52 of Act n° 2009-967 of 3 August 2009 on the programme for the implementation of the Grenelle Environment Roundtable provided for the creation of a portal that would assist internet users to obtain environmental information held by the public authorities.<sup>27</sup>

With regard to the EU Directive on the re-use and commercial exploitation of public sector information (2003/98/EC),<sup>28</sup> a Government ordinance was adopted in June 2005 to amend the 1978 Law and to comply with the directive.<sup>29</sup> The same ordinance also introduced a number of other changes to the law including setting out the structure and composition of the CADA, requiring public law bodies to appoint a person responsible for dealing with request for environmental information, and allowing access in electronic form (BANISAR, 2006).

### *2.2.3 User friendliness of the environmental information (art. 5(2) AC)*

French law provides some rules to improve the effectiveness of the right of access. Environmental data collected by the public authorities may be consulted by the public free of charge, either over the internet or in the documentation issued by the agencies concerned. Brochures are also distributed free of charge.

Article R. 124-2 of the Environment Code requires public authorities to name a person responsible for access to environmental information who is, in particular, responsible for receiving requests for information and appeals. Moreover Articles L. 124-7 and R. 124-4 of the Environment Code provide that public authorities shall establish directories or lists of categories of the environmental information they hold, which can

<sup>26</sup> National Implementation Reports 2011 France, available at: [http://apps.unece.org/ehlm/pp/NIR/listnr.aspYearID=2011&wf\\_Countries=FR&wf\\_Q=QA&Quer\\_ID=&LngIDg=EN&YearIDg=2011](http://apps.unece.org/ehlm/pp/NIR/listnr.aspYearID=2011&wf_Countries=FR&wf_Q=QA&Quer_ID=&LngIDg=EN&YearIDg=2011), accessed 4 July 2013.

<sup>27</sup> Available at [www.toutsurlenvironnement.fr](http://www.toutsurlenvironnement.fr) since July 2009.

<sup>28</sup> Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, see <http://admi.net/jo/20050607/JUSX0500084R.html>.

<sup>29</sup> Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, available at [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

be accessed free of charge, indicating where that information is made available to the public.<sup>30</sup>

To facilitate the access to information France has also developed new bodies such as the '*Service de l'observation et des statistiques*' (SOeS) which has as its principal task the implementation of the first pillar. This body is in charge of statistics in relation to the environment, energy, construction, housing and transportation and is responsible for collecting, producing and diffusing information in the fields of environmental information, sustainable development methods and data, energy statistics, housing and construction statistics, and transport statistics (LAERNOES, 2011, p. 47). The SOeS publishes its results on internet on freely accessible documents.

The collected information is therefore easily accessible to anyone with access to a computer and internet, and in France "this is a relative large portion of the population"(LAERNOES, 2011, p. 47). Nevertheless according to different NGOs<sup>31</sup> there is still much room for improvement in terms of disclosing environmental information on internet and update the information (LAERNOES, 2011, p. 47).

#### *2.2.4 Information held by some private law entities (e.g. concessionaires)*

In France the disclosure of environmental information held by private bodies has raised problems already long ago in the context of companies managing nuclear facilities. In general, 'public authorities' in French law are defined as central State authorities, local government, public establishments with an administrative statute, social security organisms, and other bodies in charge of the management of administrative 'public services' (services of general interest according to EU law).<sup>32</sup> As long as they act as public persons, these authorities can see their actions or omissions challenged in front of the administrative courts (WIKLUND, 2011, p. 22).

In 2006 the CADA ruled that producing energy was not to be treated as the provision of a public service,<sup>33</sup> and the companies generating nuclear power did not therefore qualify as 'public authority'. The issue is now solved because a statute was

---

<sup>30</sup> National Implementation Reports 2011, see footnote 32.

<sup>31</sup> France Nature Environnement (FNE) explained this point with a press release on February 7th 2011.

<sup>32</sup> Article 1 of Loi 2000-321 du 12 avril 2000 on the rights of citizens in their relations with the administration.

<sup>33</sup> CADA, avis n° 20062388, available at: [www.cada.fr](http://www.cada.fr).

enacted to impose specific transparency obligations on these companies.<sup>34</sup> However, the intervention of the legislator has not solved the case where a private body refused the request concerning information about the environmental certification of a wood boiler plant providing heat for a town.

The CADA affirmed the refusal and ruled that, despite the fact the company was providing heat as a public service under the control of a public authority, the information did not have to be disclosed. The commission held that the information related to an environmental study done prior to the establishment of an environmental management system was taken by the company itself without any demand from the public authority, as well as the documents regarding industrial and commercial information. The commission concluded that the public service consisting in providing heat was not a public service in relation to the environment.<sup>35</sup>

#### *2.2.5 The exceptions to the right of access (with specific reference to the “confidentiality of the proceedings of public authorities”)*

As is the case with the Aarhus Convention, French law lists a number of exceptions to access to information. Articles L. 124 4, L. 124 6 and R. 124 1 II and III of the Environment Code as well as Articles 2, 6 and 9 of Act n° 78 753 of 17 July 1978<sup>36</sup>, implementing Article 2(3,4), list the grounds for refusal. For example Article L. 124 5, II of the Environment Code provides that if the request relates to information on emissions into the environment, the public authority can reject the request only on grounds of French foreign policy, public security or national defence; judicial proceedings or investigations

<sup>34</sup> Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 on the “transparence et la sécurité nucléaire”.

<sup>35</sup> CADA, avis n° 2007/2789, available at: [www.cada.fr](http://www.cada.fr). See also: AGOSTINI, 2008, p. 1.

<sup>36</sup> See the law: Loi no. 78-753 du 17 juillet 1978 de la liberté d'accès aux documents administratifs; Loi no 79-587 du juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, available at <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPEAV.htm>. An English version (not updated) is available at <http://www.cada.fr/uk/center2.htm>. The 1978 Law on Access to Administrative Documents “provides also that “mandatory exemptions for documents that would harm the secrecy of the proceedings of the government and proper authorities coming under the executive power; national defence secrecy; the conduct of France’s foreign policy; the State’s security, public safety and security of individuals; the currency and public credit; the proper conduct of proceedings begun before jurisdictions or of operations preliminary to such proceedings, unless authorisation is given by the authority concerned; actions by the proper services to detect tax and customs offences; or secrets protected by the law. Documents that would harm personal privacy, trade or manufacturing secrets, pass a value judgment on an individual, or show behaviour of an individual can only be given to the person principally involved.”. BANISAR, 2006.

into offences that might lead to criminal penalties; or intellectual property rights.<sup>37</sup> As noted before in cases of refusal by a public authority, the interested party has the possibility to seize the CADA which rules on the legality of the refusal.

Nevertheless, there have been some problems on the interpretation of the Aarhus Convention's exceptions. A first example refers to the distinction between 'document in the process of being finished' and 'unfinished document'. The CADA and the administrative jurisdictions had earlier held that access to preparatory documents might be refused. In 2007 the *Conseil d'Etat*<sup>38</sup> changed the position and affirmed that preparatory documents, as long as they are completed, are to be disclosed, even when they are preliminary to a public decision that has yet to be taken.<sup>39</sup>

Another problem concerns the possible confidentiality of commercial and industrial information. The Aarhus Convention provides that "the grounds for refusal (...) shall be interpreted in a restrictive way".<sup>40</sup> Nevertheless, several members of the Local Information Commissions report a failure to apply this principle, particularly owing to an overly wide interpretation of confidentiality within the nuclear industry. The National Association of Local Information Commissions has recently started to experiment a system giving confidential access to classified documents of EDF (Électricité de France) and of the Flamanville Local Information Commission<sup>41</sup>.

Another way to overcome the difficulties related to the confidentiality is Article 6 III of Act n° 78 753 of 17 July 1978, which lays down a duty to supply partial information: if the information requested contains references that may not be disclosed because they are exempt under Article L. 124 4 I of the Environment Code, on protection of State or private secrets and interests, but it is possible to obscure or remove such references, the information must be supplied to the applicant after obscuring or removing those references. The public authority, under the control of the courts, decides which information may be cancelled and may ask the opinion of the company concerned by the industrial and commercial information (AGOSTINI, 2008, p. 5).

---

<sup>37</sup> Article L. 124 5, II of the Environment Code.

<sup>38</sup> CE, 7 août 2007, n° 266668 available at [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) or [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>39</sup> The Council ruled that it was illegal for the prefect of Morbihan to deny the inhabitants of accessing information under the pretext that the document was preliminary. (AGOSTINI, 2008, p. 1)

<sup>40</sup> Article 4(3) of the Aarhus Convention.

<sup>41</sup> National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

### *2.2.6 The costs for exercising the right to access*

Consultation of information on site is free of charge, except where it is precluded by considerations relating to preservation of the document. For other information, if copying is technically feasible, it shall be charged to the applicant, provided that this charge shall not exceed the cost of reproduction. It is also possible for the interested party to obtain the requested document by e-mail and without charge if it is available in electronic format.<sup>42</sup>

It has however been noted that the information is only rarely communicated via e-mail.<sup>43</sup> A statute adopted on October 1st 2001 determines the maximum costs of copying administrative documents which may not exceed €0.18 per A4 page for black and white printing, €1.83 for a diskette and €2.75 for a CD-ROM. Moreover Article 35 of Decree n° 2005-1755 of 30 December 2005 sets out the conditions for calculating the cost of reproducing documents to be charged to the applicant, as well as postage costs, where applicable. The applicant is informed of the total charge, and the administration may require payment in advance.

## **3 PUBLIC PARTICIPATION**

### **3.1 Before the implementation of the Aarhus Convention**

Public participation in environmental decision-making was already known in France prior to the ratification of the Aarhus Convention, if only from the 1970s.

France was well known for its centralised tradition of government and a top-down approach characterised administrative action, the only necessary form of public participation being through elections.<sup>44</sup> In the 1970s the system started to change under the pressure of two factors. First environmental and social movements began to ask for more decentralised decision-making. Secondly, representative democracy was in crisis at the time and the development of participative mechanisms was seen as a way of improving relationships between the citizens and the public authorities. As a result, the

---

<sup>42</sup> Article 4 of Act n° 78 753 of 17 July 1978.

<sup>43</sup> Comments of the “Associations amis de la terre france” and “France Nature Environnement” on the project of the French Report (Convention D’Aarhus-COP4-2011) p.4 par. 3.

<sup>44</sup> MULLER1984; J.-P. LE BOURHIS,2003, pp. 147-159.

period which lasted from the 1970s to the late 1980s saw the opening of some public decision-making spaces in the environmental field, although the only mechanisms were public inquiries on projects affecting the environment or participation in the planning decisions, which took place in the advanced stages of the decision-making process.

During the 1980s the only improvement in participation was a reform of public inquiry which recognised the right of members of the general public to submit written comments on the environmental impacts of proposed projects. Since the 1990's, the scenario has changed: participatory tools have started to develop and participation has become the model for decision-making when the environment is at stake (MERMET, 2008). Local environmental action plans<sup>45</sup> were negotiated involving the general public, and laws were adopted to set up new procedures including public participation and stakeholder negotiation for planning programs.<sup>46</sup> Moreover, new bodies and mechanisms were created, such as the *Commission Nationale du Débat Public*.<sup>47</sup>

Today, there are three principal mechanisms of public participation in France: *débat public*, *enquête public*, and *concertation*.

The *débat public* (Public Debate) (BLATRIX, 1997, p. 7792; PAOLETTI, 1997, p. 235) was introduced by the Loi Barnier<sup>48</sup>, and today the rules pertaining to it are collected in the Environment Code which also sets up the National Commission for Public Debate.<sup>49</sup> This body organises public consultations on large urban development or public works projects sponsored by the State, local authorities, public institutions, and private entities.<sup>50</sup> The public is invited to voice its views on the advisability of the project, its goals, and its features. The purpose of the Commission is to ensure that the public can participate in the whole phase of project planning, from the commissioning of preliminary studies to the end of the public inquiry, and to ensure that the public is properly informed about the projects.

<sup>45</sup> Plans Municipaux d'Environnement, Plans Départementaux d'Environnement.

<sup>46</sup> Planning programs for example water management (Schémas d'aménagement et de gestion des eaux), waste management (Schémas départementaux d'élimination des déchets), air pollution (Plans d'amélioration de la qualité de l'air).

<sup>47</sup> National Commission for Public Debate. ADELS, Conseils de quartier, mode d'emploi (Neighbourhood councils, a users' guide), 2003; Anacej, Comment créer son conseil d'enfants et de jeunes (How to set up councils for children and young people); BOURG; BOY, 2005.

<sup>48</sup> Loi Barnier n° 101, 2 February 1995.

<sup>49</sup> Décret n°2002-1275 du 22 octobre 2002 relatif à l'organisation du débat public.

<sup>50</sup> See articles L. 121-1 to L. 121-15 and R. 121-1 to R. 121-16 of the Code.

Concerning the *enquête Public* (BLATRIX, 1996, p. 299313) (Public Inquiry) the Environment Code provides that “The public inquiry is mandatory for activities subject to an environmental impact assessment”<sup>51</sup>. The *Préfet* is competent both for organising the enquiry and later for taking the decision. The inquiry is led by an inspector or an inspection committee which is in charge of informing the public and gathering comments and additional information. When the inquiry is completed the inspector or the committee send the *Préfet* a report summarising the steps of the inquiry, the public comments, and the detailed reasons why the project should be approved or not. Unfavourable opinions do not bind the *Préfet* not to grant the authorisation.<sup>52</sup>

The last tool is the *concertation* (Consultation), which can cover all sorts of situations where there is some degree of dialogue among the different actors in the course of the decision-making process (MERMET, 2008). Many local government entities have elaborated internally binding rules about having concertations when elaborating plans and programmes with effects on the environment.<sup>53</sup>

### **3.2 The implementation of participation rights granted by the Aarhus Convention**

An important instrument in the implementation of Article 7 has been the organisation of the Grenelle Environment Roundtable.<sup>54</sup> The Roundtable brought together representatives of five sectors (the State, local authorities, environmental NGOs, companies, and trade unions) to define a ‘road map’ for ecology and sustainable development and town planning. On the basis of the efforts of the working groups and after a consultation phase with the different stakeholders, the negotiation phase ended with roundtable discussions with representative from the same five sectors, which allowed the main thrust of action to be decided in all areas. The initial conclusions of the process were made public at the end of October 2007. This work was translated into Act n° 2009-967 of 3 August 2009 on the programme for the implementation of the Grenelle Environment Roundtable and Act n° 2010-788.

---

<sup>51</sup> Articles L123-1 et seq and L122-1 of the Environment Code.

<sup>52</sup> Article L123-12 Environment Code. See WIKLUND, 2011, p. 30-31

<sup>53</sup> For more information and some adopted charters on concertations, see [www.comedie.org/chartes.php](http://www.comedie.org/chartes.php).

<sup>54</sup> See [www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/](http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/).

The right to environmental participation has been recognised as a principle by Article 7 of the Environmental Charter which states that, “everyone has the right, [...] to participate in public decisions that affect the environment.” The principal legislative measures are in Title II of Book I of the Environment Code, “Public information and participation”: in particular Articles L. 121-1 to L. 121-16 (public debate and other means of consultation prior to a public inquiry) and L. 123-1 to L. 123-19 (public inquiry). These articles have been supported by Act n° 2010-788 of 12 July 2010 on a National Commitment to the Environment.

### *3.2.1 Different participation rules applicable to specific activities, plans, programs and policies, and normative instruments*

A public inquiry is always planned with reference to the implementation of project listed in Annex I of the Convention. The largest urban development or public works projects may also be subject to a public debate (Article R. 121-2 of the Environment Code) or consultation prior to a public inquiry.<sup>55</sup> Projects subject to an impact study must be assessed by a public inquiry<sup>56</sup> or, in the case of exceptions to this rule, made available for public examination.<sup>57</sup> Other procedures may be organised in exceptional cases, such as public conferences, or on the initiative of local authorities, in particular *referenda*.

When a project is subject to an impact study, the public may be involved already from the stage of deciding the study’s scope: Article L. 122-1-2 of the Environment Code allows the developer to ask the authority competent for taking the decision to organise a consultation meeting with local stakeholders interested by the project to allow everyone to share their views on the potential impact of the planned project. Act n° 2010-788 lays out arrangements for consultations taking place between the public debate phase and the public inquiry. It also allows for consultations prior to the public inquiry without, however, making them a requirement.

If the Commission recommends that developers should pursue or continue public consultation, they are obliged to do so and to comply with the consultation arrangements suggested by the Commission. For all projects that do not fulfil the criteria for referral to

---

<sup>55</sup> See article L. 121-16 of the Environment Code.

<sup>56</sup> See article L. 123-1 of the Environment Code.

<sup>57</sup> See article L. 122-1-1 of the Environment Code.

the Commission, Article L. 121-16 of the Environment Code allows the entity responsible for the project, plan or programme to conduct a consultation prior to the public inquiry, at the behest of the public authority competent for authorising or approving the project. The authority may also require a consultation exercise to be organised involving all the stakeholders (the State, local authorities, environmental NGOs or foundations, and organisations representing employees and companies).

Concerning Article 7 of the Aarhus Convention, France has transposed both Directive 2001/42/EC of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment<sup>58</sup> and Directive 2003/35/EC of 26 May 2003<sup>59</sup> providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment, which apply the principles of the Aarhus Convention at the European Union level.

Finally, concerning the implementation of Article 8 of the Aarhus Convention, Article 244 of the *loi Grenelle II* of July 2010 lays out the arrangements for the public to participate in the regulatory decisions of the State and public institutions that have a direct and significant impact on the environment.<sup>60</sup> Drafts of such decisions must be published electronically for a minimum of 15 days in conditions that allow the public to make comments<sup>61</sup> or published prior to their referral to a consultative body comprising representatives of categories of persons concerned by the decision.<sup>62</sup> Notwithstanding this recent improvement, according to the CRIDEAU<sup>63</sup> the absence of direct effect in France and of a clear European Directive regarding Article 8 make it impossible to invoke this provision before a French court (LAERNOES, 2011, p. 54).

### *3.2.2 Participation beyond defence and consultation, as negotiation or co-decision, and compensation mechanisms to avoid nimby and facilitate compromise*

Most of the largest construction projects such as highways, high-speed railways or airports are challenged before the *Conseil d'Etat*; NGOs are sometimes seen by the

<sup>58</sup> Ordinance n° 2004-489 of June 2004, Decrees n° 2005-613 and n° 2005-608 of 27 May 2005.

<sup>59</sup> Decree n° 2006-578 of 22 May 2006.

<sup>60</sup> This right is codified by Articles L.120-1 and L.120-2 of the Environment Code.

<sup>61</sup> The website for publications is [www.developpement-durable.gouv.fr/-Consultations-publiques-.html](http://www.developpement-durable.gouv.fr/-Consultations-publiques-.html).

<sup>62</sup> For instance a public consultation exercise was arranged at the end of 2006 on preliminary drafts of the law and decree transposing Directive 2004/35/EC on 21 April 2004 on environmental liability.

<sup>63</sup> Interdisciplinary Research Center of Environmental Law of Territorial and Urban Planning.

State as an obstruction to each and every project because they systematically invoke the Aarhus Convention, and in particular Articles 6, 7 and 8. The issue is that participation in planning decisions is a frustrating exercise because it is still extremely difficult for the public to express its point of view in decision-making because it has always to “fight to have its views heard” (BLATRIX; MERMET; RAOUL-DUVAL, 2011).

Also according to the European Environmental Bureau (EEB)<sup>64</sup> France grants the public a very limited time to participate (LAERNOES, 2011, p. 51-53). This means that the issue in France is not to find mechanisms to avoid obstructions or NIMBY but to improve participation.

### *3.2.3 NGOs participation rights (also considering art. 7 – “public which may participate”)*

French law does neither define 'public' nor 'public which may participate', which allows anyone interested to participate, including the NGOs. Nevertheless participation seems to be increasingly limited to the participation of NGOs active in the environmental field. It is as if these organisations represented the public.

The Environment Code has introduced a system of accredited associations for environmental protection<sup>65</sup> which entails certain benefits. These associations have a privileged status for participation in environmental decision-making as the accreditation makes them a party that must be consulted in certain procedures.

Also, the accredited associations benefit from a presumption of legal standing to appeal any administrative decision that is directly related to their objectives and statutes and entails harmful effects for the environment. They also benefit from a specific regime concerning the geographical scale of action: a national association can contest an act that applies to any part of the national territory, and a regional association an act concerning a part of the regional territory, including municipal decisions.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> EEB, feb 2011 powerpoint on <http://www.eeb.org/index.cfm/library/index.cfm?month=0&year=0&Aarhus=1>.

<sup>65</sup> In French :associations agréées de protection de l’environnement.

<sup>66</sup>Article 142-1 Environment Code.

#### *3.2.4 A reasonable timeframe for the different phases*

Regarding the implementation of Art. 6(3) AC, the order establishing an inquiry specifies its duration, which must neither be less than 30 day nor exceed two months. According to L. 123-9 of the Environment Code the public inquiry commissioner may make a justified decision to extend the inquiry for a maximum of 30 days. It has been noted that “the difficulties in accessing the relevant files in time before the start of the decision making process render the full implementation of Article 6, paragraph 3 impossible” (LAERNOES, 2011, p. 50).

#### *3.2.5 A comparison between the Aarhus Convention requirements for participation and those of EU EIA and SEA*

As already recalled, France has transposed both Directive 2001/42/EC of 27 June 2001 and Directive 2003/35/EC of 26 May 2003. These provisions enhance the dissemination of information to the general public and public participation at each stage of the development of a project, plan or programme which has an impact on the environment. The new Article L. 122-8 of the Environment Code, inserted by Article 233 of the Act on National Commitment to the Environment, specifies that where a draft plan, scheme, programme or other planning document subject to environmental assessment does not have to be submitted either to a public inquiry or another form of public consultation, the entity responsible for drafting must make available to the general public, before its adoption, the environmental assessment, the draft document, an indication of the authorities responsible for taking the decision and an indication of bodies from which information on the draft document can be obtained as well as opinions delivered by administrative authorities on the draft document where these are binding. The comments and suggestions collected during the time when documentation is available to the general public must be taken into consideration by the authority competent to adopt the plan, scheme or document.

Despite the transposition of the mentioned provisions, France has not completely implemented Article 7. As it has been remarked by both legal scholars and public

servants, the public inquiry takes place too late in the procedure.<sup>67</sup> According to Michel Prieur, "it would have been much better to foresee an earlier participation of the public, when it is still possible to amend the project" (PRIEUR, 2004, p. 112. PRIEUR; GUIGNIER, 2006) Another problem is that the inquiry does not provide neither early information nor public participation to the design of the project. The solution "for this kind of project is, for it to be submitted, in addition to the public inquiry, to the public debate or to an early consultation of the public" (JEGOUZO, 2008, p. 280). Therefore, only when a public debate or a consultation is organised at the beginning of the process, French law complies with both the Aarhus Convention and Directive 2003/35/EC.

### *3.2.6 Taking into account the results of public participation*

From a formal point of view Article 6, paragraph 8, has been duly implemented in French law even though in fact the outcomes from public participation are not very stringent on decision makers.

The Environment Code states that at the end of a public debate, the developer must take a decision, which is published. The developer indicates in the decision the principle of and conditions for the continuation of the project placed before the public, and where appropriate the main changes to be made. The developer also lists measures that he deems necessary to put in place to respond to the lessons drawn from the public debate.<sup>68</sup> Moreover at the end of a public inquiry, the public inquiry commissioner must draw up a report describing the process of the inquiry and considering the comments made. This report must include counterproposals made during the inquiry as well as any responses from the developer.<sup>69</sup> In a separate document, the public inquiry commissioner or the inquiry commission records the conclusions reached and the grounds thereof,

---

<sup>67</sup> During the 'Grenelle de l'environnement' process one expert group wrote a report about environmental governance. The French ministry of the environment was part of this expert group. On page 69 of the report, the following is proposed: "To develop the consultation of the public [such as public debate] early in the elaboration procedure of plans, and not only at the end of the procedure [public inquiry]" (Group 5 report, Construire une démocratie écologique: Institutions et gouvernance, September 2007, p. 69, available at <http://www.grenelleenvironnement.gouv.fr>). This proposal has been notably made by the IGE, 'Inspection Générale de l'Environnement', which is the internal inspection department of the French ministry of the environment. It clearly shows that at present public inquiries come instead at the end of the procedure.

<sup>68</sup> Art. L. 121-13 of the Environment Code.

<sup>69</sup> Art. L.123-15 of the Environment Code.

specifying whether or not they are favourable to the operation.<sup>70</sup> The Act of 27 February 2002 introduced the project declaration, adopted by a local authority after the public inquiry, in which it expresses its view as to the public interest of the project, including in particular the main changes that have been made following the public inquiry.<sup>71</sup> Articles 236 and 238 of Act n° 2010-788 specify that the decision and the project declaration must take into consideration “the result of public participation”.

Despite the above referred provisions, the problem is that the opinion of the inquiry commissioner does not bind the final decision. Indeed permits can be granted against the opinion of the commissioner. Article L.126-1 of the Environment Code stipulates that the nature and the motives of the modification to a project may not alter the general economy of such a project. This means “that a project may never be altered completely which seems to be in contradiction with Article 6, paragraph 4 and paragraph 8 of the Aarhus Convention”(LAERNOES, 2011, p. 50). Moreover, as pointed out by two NGOs<sup>72</sup> for a French administrative court ‘taking into account’ means that the competent authority may not deviate from ‘fundamental orientations’ of the documents to be taken into account.<sup>73</sup>

Concerning Article 6, paragraph 9 of the Aarhus Convention, the Act of 27 February 2002 stipulates that project declarations<sup>74</sup> and public interest declarations<sup>75</sup> must be accompanied by a statement of grounds. The same applies to decisions to grant or refuse permission to projects subject to impact assessments, which must be accompanied by a statement of grounds and made public.<sup>76</sup> The problem is that French law does not require the decision-maker to disclose the detailed reasons for her/his decision not to take into account the results of the public participation or the opinion of the inquiry commissioner, but it provides just a general principle: the official documents of the administration shall be published.

---

<sup>70</sup> Art. R. 123-22 of the Environment Code.

<sup>71</sup> Arts. L. 126-1 and R. 126-1 to R. 126-4 of the Environment Code.

<sup>72</sup> Comments of the “Associations amis de la terre France” and “France Nature Environnement” on the project of the French Report (Convention D’Aarhus-COP4-2011) p.10 par. 4.

<sup>73</sup> CE, July 28 2004, Association de défense de l’environnement et autres, Fédération nationale SOS environnement et autres, BJCL, n° 9, 2004, p. 613.

<sup>74</sup> Art. L. 126-1 of the Environment Code.

<sup>75</sup> Art. L. 11-1-1 of the Expropriation Code.

<sup>76</sup> Art. L. 122-1 of the Environment Code.

## 4 ACCESS TO COURTS

### 4.1 Pre-implementation

Generally speaking, the French system provides for mechanisms satisfying the requirements on access to justice of the Aarhus Convention. The French judiciary is divided into branches: On one hand, there are courts of ordinary jurisdiction which hear both civil and criminal cases, and on the other hand administrative courts which only hear administrative cases.<sup>77</sup> The *Cour de Cassation* is the highest court having ordinary jurisdiction, while the *Conseil d'Etat* sits at the top of the administrative jurisdiction. Moreover the *Conseil constitutionnel* is the constitutional court.

When challenging an administrative decision in France administrative appeal as well as judicial review are available. There are two types of administrative appeals: the *Recours gracieux* (“non-contentious appeal”) to the same authority having taken the decision challenged or having failed to act, and the *Recours hierarchique* to a hierarchically superior authority (WIKLUND, 2011, p. 25).

In general, the French system for appeal and review in environmental matters follows the general procedures or instances, no specific rules having been enacted for challenging violations of environmental legislation by public authorities, individuals or private bodies (WIKLUND, 2011, p. 22) Environmental claims may be pursued in the three courts (civil, criminal and administrative) and the competence depends on the nature of the claim (WIKLUND, 2011, p. 25).

A new procedure which is also applicable to environmental cases is Article 61-1 of the Constitution, added by Constitutional Act n° 2008-724 of 23 July 2008. It allows parties to a judicial proceeding to challenge statutory provisions infringing the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The principles and rules that may be invoked in a ‘priority question of constitutionality’ are enshrined in the 1958 Constitution and the texts listed in its preamble (the 1789 Declaration, the preamble to the 1946 Constitution and the Environmental Charter). Particularly important for the present contribution are the right of access to environmental information held by public bodies and the right to

---

<sup>77</sup> Laws of 16-24 August 1790 and 16 Fructidor Year III (1795).

participate in public decisions that affect the environment (Article 7 of the Environment Charter, whose constitutional value has already discussed).<sup>78</sup>

## **4.2 Implementation of the third pillar**

### *4.2.1 Alternatives to court procedures*

Concerning denied access to information, French law distinguishes between administrative appeal and judicial review procedures. In some cases administrative appeals are a condition precedent to judicial review. This is the case of complaints related to the access to information, where the CADA has to be consulted before the administrative courts can examine a complaint (WIKLUND, 2011, p. 34-37).

As already mentioned, Article 20 of Act n° 78-753 of 17 July 1978 set up the CADA to ensure freedom of access to administrative documents and to hear appeals on decisions refusing access to documents.<sup>79</sup>

If the CADA finds the refusal illegal but the competent authority confirms it, the applicant may challenge the decision in front of the administrative courts. While it is mandatory to consult the CADA, its opinions and decisions are neither binding on nor enforceable against the administration (HALLO, 2007). In practice, however, the administration complies with favourable opinions from the Commission in 65 per cent of the cases.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> This is a new remedy introduced on 1 March 2010 before all courts. In an interim order of 16 June 2010 (Conseil d'Etat, ordonnance de référé, 16 June 2010, Appeal n° 340250), the Council of State held that a priority question of constitutionality may be raised before an administrative judge for interim applications ruling in first instance or appeal pursuant to article L.521-2 of the Code of Administrative Justice. In a plenary ruling of 3 October 2008 (Conseil d'Etat, arrêt d'assemblée, 3 October 2008, n° 297931, Commune of Annecy) the Council of State recognised the constitutional status of the Environmental Charter, infringement of which can be invoked to contest the legality of administrative decisions. See National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

<sup>79</sup> There are two distinct ways in which applicants can bring interim proceedings against the refusal: They can file an interim application for the decision refusing communication of a document to be suspended pursuant to article L. 521-1 of the Code of Administrative Justice. In this case, the interim application for suspension must be accompanied by an application for the annulment of a decision to refuse communication. For this latter application to be admissible, the matter must have been referred to the Commission on Access to Administrative Documents. The applicant has two months to apply to the Commission. The Commission sends an opinion to the competent authority on whether the information requested should be communicated. Within a month of receipt of this opinion, the administration informs the Commission how it intends to follow up the application for communication. The applicant can file an interim application for access under the so-called "useful measures" proceeding specified under article L. 521-3 of the Code of Administrative Justice. As this interim application is urgent, there is no need for the Commission to issue an opinion. See National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

<sup>80</sup> National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

Article 6 of Act n° 73-6 of 3 January 1973 provides that persons who consider that the administration has not acted in accordance with its mission of public service may ask for the case to be brought to the attention of the French Ombudsman, the *Médiateur de la République*, who is an independent authority.<sup>81</sup> However, the claim must be lodged with a Parliamentary representative, who in turn will decide whether or not to submit the claim to the Ombudsman.<sup>82</sup> When the complaint is deemed to be justified, the Ombudsman issues any recommendations he or she believes will resolve the matter, in particular recommending to the body in question any solution allowing the claimant's dispute to be settled equitably. Prior to the complaint, the necessary procedures must be carried out with the relevant administrations and the complaint has no effect on deadlines for appeals. All administrative remedies must have been exhausted before submitting a claim to the Ombudsman. An inquiry to the Ombudsman does not suspend the statute of limitation for judicial review.<sup>83</sup> The Ombudsman too gives opinions (*avis*) recommending solutions to an administrative dispute, but these are purely advisory in nature, and as for the CADA, they lack any binding effect.

#### 4.2.2 Standing, including of NGO's

Any natural or legal person (with legal personality) including non-French citizens,<sup>84</sup> environmental groups and territorial authorities<sup>85</sup> has standing to bring proceedings before the French administrative courts.

In administrative courts standing of individuals follows the criteria set out in the *Code de Justice Administrative*. Basically the admissibility of a claim depends upon the nature of the contested measure and the interest of the claimant. The contested decision must be an administrative act and must affect the claimant's material or moral interests. The claimant must thus show that his or her interest is direct, certain and current.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> See article 1 of loi 73-6 du 3 janvier 1973.

<sup>82</sup> See article 6 of the mentioned law.

<sup>83</sup> See article 7 of the mentioned law.

<sup>84</sup> In CE, sect. 18 avril 1986 Mines Potasses Alsace, the foreign province of Northern Holland, the City of Amsterdam and a Dutch environmental protection association initiated proceedings against a decree authorising a mine to dump waste into Rhine waters.

<sup>85</sup> Article L142-1 of the Environment Code.

<sup>86</sup> CE, 21 décembre 1906 - Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey - Tivoli - Rec. Lebon p. 962.

Concerning NGOs already in 1906 associations were granted standing to bring actions on behalf of collective interests.<sup>87</sup> Since the 1970s, a stronger emphasis has been put on the role of interest groups active in the field of environmental protection.<sup>88</sup> French courts, both administrative or judicial, are usually generous on NGOs standing.<sup>89</sup> NGOs may introduce any claim as long as it is formed in accordance with the legal requirements.<sup>90</sup>

The rights and obligations of environmental NGOs are clearly laid out in Articles L.141-1 and supplemented in the Environment Code. As it has been already remarked, the Environment Code has introduced a system of accredited associations for environmental protection. Articles L142-1 of the CE and L600-1-1 of the Urban Code have stipulated that in order to challenge an administrative decision, a NGO must have been created before the decision was adopted. Furthermore the NGO must have deposited its statutes before the decision was made public.

Under Article L. 142-1, paragraph 1, any environmental NGO may bring proceedings in administrative courts for any complaint relating to its purposes. Article L. 142-1, paragraph 2, gives NGOs standing in proceedings against any administrative decision having harmful impacts on the environment. Finally under Article L. 142-2, NGOs have the right, under certain conditions, to exercise the same rights as those granted to private applicants to ask for damages in criminal cases.

#### *4.2.3 The review of “substantive and procedural legality” as required by art. 9(2) of the Aarhus Convention*

The classification of legal actions before the administrative courts includes four types of proceedings, categorised by the nature and extent of the powers of the court:

<sup>87</sup> CE, 28 décembre 1906, Syndicat des Patrons Coiffeurs de Limoges.

<sup>88</sup> See for example Decree n° 71-45 of 2 April 1971, article 61. (WIKLUND, 2011, p. 34-37).

<sup>89</sup> The Court has ruled that an environmental NGO may bring a civil action not only before a criminal court, but also before a civil court (Court of Cassation, 7 December 2006). It has also ruled that an association may bring legal action on behalf of collective interests, as long as such interests fall within the scope of its mandate, without reference to any requirement for authorisation (Court of Cassation, 5 October 2006) See National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

<sup>90</sup> CE 31 octobre 1969, Syndicat de défense des Eaux de la Durance, Rp 462. (WIKLUND, 2011, p. 42) p. 34-37);

interpretation proceedings, repression proceedings, full jurisdiction proceedings, and annulment proceedings.<sup>91</sup>

In interpretation proceedings courts give an interpretation when an administrative decision is unclear; courts can also declare the measure illegal if so transpires after having interpreted it. In repression proceedings (*Contentieux de la repression*) the court has the power to levy penalties for contraventions with an administrative nature.<sup>92</sup>

In full jurisdiction proceedings (*Contentieux de pleine jurisdiction*) the court can annul the decision on the basis that it is illegal or substitute it by one of its own; it can also reform decisions laying down new technical standards for the subsequent administrative activity, and can order damages to be paid to the plaintiff. This procedure is used when a question is raised regarding the existence of a situation affecting an individual right. In the environmental area, this procedure is applicable for every legal action related to the liability of public authorities and for litigation on classified installations.<sup>93</sup>

The last type of legal actions – also available in environmental cases – is made up of annulment proceedings. The most common is *recours pour excès de pouvoir* which is used to ask the annulment of a decision due its illegality. Once declared the illegality, the court can either annul the decision or send it back to the original authority for a new decision.

#### 4.2.4 *The remedies available*

Injunctive relief to prevent imminent harm or even to stop certain illicit activities can be sought before civil courts. Such injunctions may be ordered, subject to a constraint in an amount set by the court in the event of a delay in execution. Then, an injunction for redress may also be obtained, subject to a fine for non-performance, by filing an application to the competent court.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> In accordance with one of two major typologies. This one is Laferrière's, as presented in CHAPUS, 2001, p. 749

<sup>92</sup> An example of type of repressive administrative procedure is called *Contraventions de grande voirie*, and concerns damage to the public domain, see (WIKLUND, 2011, p. 34)

<sup>93</sup> The rules on classified installations (installations classées pour la protection de l'environnement) include the activities listed in the IPPC directive (2008/01/EC). (WIKLUND, 2011, p. 35-36)

<sup>94</sup> See National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

With regards to administrative courts, Article L. 521-1 of the Code of Administrative Justice provides that in urgent cases and where there is a serious doubt as to the lawfulness of a disputed decision, the court can suspend the enforcement of a decision or of some of its effects. A negative decision may also be suspended. Furthermore, Articles L. 554-11 and L. 554-12 of the Code provide for two special suspension procedures to protect nature or the environment that obviate the need to demonstrate the urgency of the interim measure. The first may be used against permits wrongly issued without a prior environmental impact assessment. The second allows the suspension of a planning decision that is subject to a prior public inquiry but either no inquiry has been held or the inquiry commissioner has issued an unfavourable opinion. Similarly, Article L.123-16 of the Environment Code provides that an administrative court must grant the suspension of a decision taken after unfavourable findings by the inquiry commissioner if there is serious doubt as to the legality of this decision.

Book IX of the Code of Administrative Justice also provides remedies to beneficiaries of court decisions having become final, enabling them to secure their enforcement when administration fails to give them effect within a reasonable time.

The constitutional principle of the separation of powers is generally read as forbidding courts to take decisions in the place of the administration. However, in two cases the law allows administrative courts to call upon the administration to give effect to a *res judicata* at the request of the complainant: (a) when the *res judicata* ‘necessarily entails’ the adoption of a given implementation measure,<sup>95</sup> and (b) when it ‘necessarily entails’ the taking of a decision after completion of a fresh investigation of the case.<sup>96</sup> The court may give a deadline to the administration to give effects to the ruling, providing for a fine if the deadline is not met.<sup>97</sup>

Administrative courts may also award damages to compensate for non-economic harm suffered by the claimant. Claims for damages are possible in full-jurisdiction procedures (*Contentieux de pleine juridiction*). Individuals may claim damages when their interests have been violated by a public authority’s decision while NGOs must show

---

<sup>95</sup> Art. L. 911-1 of the Code of Administrative Justice.

<sup>96</sup> Art. L. 911-2 of the Code of Administrative Justice.

<sup>97</sup> Art. L. 911-3 of the Code of Administrative Justice.

that the illegal measures taken impair the attainment of the objectives mentioned in their articles of incorporation.<sup>98</sup>

Compared to the civil liability, environmental damages present peculiar features: they include damages suffered by persons and/or properties but also those suffered by the environment *per se*. French civil law deals with environmental damages using the general principles of civil liability found in the Civil Code. The difficulty for the NGOs has traditionally been to prove damages linked sufficiently to the interests they defend. Recently, however, a civil court has recognised the widest possibilities for the NGOs to bring cases in order to obtain compensation for damages caused to the public interest they represent.<sup>99</sup>

#### 4.2.5 Time and costs of judicial remedies and legal aid

There are no fees for initiating administrative judicial procedures. Certain costs are however connected to a judicial procedure even if they are generally not excessively high in France. The civil, administrative and criminal procedure codes contain provisions on lawyers and other fees, costs and the burden of costs.<sup>100</sup>

As a general rule, legal representation before judicial bodies is mandatory since June 24, 2003 (decree n°2003-543). In appeal procedures before the administrative appeal court and before the *Conseil d'Etat*, the plaintiff must hire the services of a senior lawyer qualified to plead before the higher courts (*avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*). Costs for inspections and other activities by the judges, experts, witnesses will be borne by the losing party if the court so decides. The court may also require the losing party to pay for the winning party's lawyer.<sup>101</sup> The lawyer's fees are around 160-200 EUR per hour. Experts, who are often needed in environmental procedures, are

<sup>98</sup> TA Versailles, 21 novembre 1986, Association de défense de la qualité de vie et du cadre de vie du village de Lésigny, *Revue juridique de l'Environnement*, 1987, p. 79.

<sup>99</sup> Cour de Cassation, 2nd Civil Chamber, N° 05-20297, 7 December 2006 and Cour de Cassation, 2nd Civil Chamber, 5 October 2006, N° 05-17602. See (WIKLUND, 2011, p. 37)

<sup>100</sup> Nouveau code de procédure civile: art. 700 ; Code de procédure pénale : art 457-1 ; Code de justice administrative : art L. 761-1.

<sup>101</sup> On average 1000 € for the administrative court, 1,500 € for the Administrative Appeal Court and 2000 € for the Conseil d'Etat.

extremely expensive, for instance, an expert on noise may cost between 3000 and 15000 EUR.<sup>102</sup>

Under Act n° 91-647 of 10 July 1991, as amended, a system of financial aid may help applicants, including NGOs, whose financial resources fall below certain thresholds. This guarantees them effective low-cost access to the courts.<sup>103</sup> The Decree n° 91-1266 of 19 December 1991, implementing the law, provided for two kinds of legal aid, one specifically to help with access to the courts and the other to facilitate the provision of legal advice and assistance in non-judicial procedures (WIKLUND, 2011, p. 40-41).

## 5 CONCLUSIONS

Generally speaking, France has been somewhat proactive in ensuring its compliance with the Aarhus Convention and with the EU legislations by enacting legislation implementing the three pillars. However, some issues still persist. The Convention can only have a real impact if the exact content of the obligations is known beforehand and not if the *Conseil d'Etat* determines the direct effect of its provisions one by one.

Concerning the access to information, according to the European Environmental Bureau<sup>104</sup> France has taken effective steps to promote the first pillar to officials and to the general public. However at a closer look non compliance seems to be mainly due to the lack of awareness of such rights by members of the public and to the lack of resources of the public authorities.<sup>105</sup> The NGOs also emphasise the need to improve access, and they have pointed out that there is a 'culture' of resistance to transparency in the French administration. The other difficulties are attributed to a lack of resources in some poorly staffed authorities and to requests that are badly drafted or that do not specify the

<sup>102</sup> Milieu report "Inventory of EU Member States' measures on access to justice in environmental matters." Available at: [http://ec.europa.eu/environment/aarhus/study\\_access.htm](http://ec.europa.eu/environment/aarhus/study_access.htm).

<sup>103</sup> See National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

<sup>104</sup> EEB, feb 2011 powerpoint on <http://www.eeb.org/index.cfm/library/index.cfm?month=0&year=0&Aarhus=1>, last accessed on 2012.

<sup>105</sup> National Implementation Reports 2008 France, see footnote 32.

competent department. The administration still needs to put into place systems enabling requests to be passed on to the competent department.

In addition, there are still obstacles in the implementation of Article 5 concerning the collection and publication of data. The main difficulties here are due to lack of data on some aspects. Concerning public participation, the situation is more challenging: the French system for public participation at large offers many opportunities to participate in the procedures required by the Convention. However, certain tools appear to be weak. In France there is a deep-rooted feeling that public participation procedures have too often no impact on decision-making and just provide a cover for the authorities (HALLO, 2007).

The main obstacle is the way comments from the public are taken into account and implementation seems again to find a “certain reticence to transparency of the French administrative authorities” (LAERNOES, 2011, p. 51.53).

As it has been highlighted by many French authors<sup>106</sup> such as Jacques Chevalier, “public debate does not entail transfer nor real sharing of decision-making powers” (CHEVALIER, 2007, p. 505). There is also a consensus among French scholars that the public inquiry is not a procedure adequate to meet the requirements laid down in Article 6 of the Aarhus Convention (CAILLOSSE, 2007, p. 106). According to Michel Prieur, the public inquiry “often has the only role to artificially legitimate a choice that is already made” (PRIEUR, 2004, p. 112).

Moreover, specialists of Planning Law stated that “the public inquiry often starts late in the planning process, when it is hard to come back on the initial choices already made” (JACQUOT; PRIET, 2008, p. 107). As a consequence, when there is no substitution mechanism such as the public debate, the public inquiry, alone, is not sufficient to comply with the Aarhus Convention.” (JECOUZO, 2008, p. 275)

Another problem is the limited direct effect recognised to the Aarhus Convention in domestic law because just few paragraphs of Article 6 and Article 7 are considered to be directly applicable.<sup>107</sup> The other paragraphs and Article 8 are held to create obligations between the signatories to the Convention only, and as a consequence, they can not be

---

<sup>106</sup> Pierre Lascoumes affirms about the public inquiry “Cette enquête ne sert bien souvent qu’à légitimer artificiellement un choix déjà réalisé”, see JOLY\_SIBUET; LASCOUMES; GUCHAN; LEOST, 1988, p. 148.

<sup>107</sup> National Implementation Reports 2011 France, see footnote 32.

invoked as a ground to void the decision challenged.<sup>108</sup> This makes the effectiveness and applicability of those provisions very limited (LAERNOES, 2011, p. 50).

The French system of access to justice, according to the European Environmental Bureau<sup>109</sup>, puts France in the list of the Parties that have already reached a satisfactory situation in transposing and implementing the III Pillar with relatively generous standing criteria for both individuals and NGOs. In fact France recognises and interprets in a non-restrictive way standing NGOs and members of the public, a sufficient interest being required in the administrative courts.<sup>110</sup> However, costs seem to be a potential issue. Many of the procedures available for jurisdictional review require the presence of legal, often expensive, professionals. This, “coupled with limited possibilities to receive legal aid for environmental associations could run risk of effectively limiting the possibility to review environmental decisions” (WIKLUND, 2011, p. 42).

## 6 REFERENCES

AGOSTINI, F. **Article 9.1 of the Aarhus Convention, Some current issues under French law.** In *Access to justice Regional Workshop for High-Level Judiciary*, Tirana, 17-18 november 2008, p. 1.

AGUILA, Y. **Conclusions sur CE, 6 June 2007, Commune de Groslay, n° 292942,** *AJDA*, 2007, p. 1533.

BANISAR, D. **Freedom of Information Around the World 2006.** In *A Global Survey of Access to Government Information Laws, Privacy International*. 2006.

BÉTAILLE, J. **The direct effect of the Aarhus Convention as seen by the French Conseil d'Etat.** In *Environmental Law Network International*, 2009, p. 64.

BLATRIX, C.; MERMET L.; RAOUL-DUVAL, J. **Research on Public Participation in Environmental Decision-Making: Approaches, Contexts, Stakes and Perspectives**

<sup>108</sup> CE, 28 December 2005, Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes, n° 267287, *Rec. Lebon*, p. 690.

<sup>109</sup> EEB 2010 powerpoint <http://www.eeb.org/index.cfm/library/index.cfm?month=0&year=0&Aarhus=1>

<sup>110</sup> Furthermore, in 2006 the Court of Cassation has been favourable to civil action brought by environmental protection associations. The Court has ruled that an environmental protection association may bring a civil action not only before a criminal court, but also before a civil court (Court of Cassation, 7 December 2006). It has also ruled that an association may bring legal action on behalf of collective interests, as long as such interests fall within the scope of its mandate, without reference to any requirement for authorization (Court of Cassation, 5 October 2006).

**Across Borders**, In *International seminar* - 12 and 13 April 2011 Wadham College, Oxford, 2011.

BLATRIX, C. **La loi Barnier et le débat public: quelle place pour les associations ?**, In *Ecologie et Politique*, n°21, automne-hiver 1997, p. 77-92.

BRASIL. **Vers une ‘démocratie participative’ ? Le cas de l’enquête publique**. In *CURAPP, La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 299-313.

BOURG, D.; BOY, D. **Conférences de citoyens, mode d’emploi**, Paris, Charles Léopold Mayer, 2005.

CAILLOSSE, J. **Même réformée, l’enquête publique n’offre toujours pas les garanties d’une procédure démocratique**, In *Revue Juridique de l’Environnement*, 1986, p. 166, quoted by ROMI, R. **Droit et administration de l’environnement**. 6. ed. Paris, Montchrestien, 2007, p. 106.

CHAPUS, R. **Droit Administratif Général**, Tome I, Paris, Dalloz, 2001.

CHEVALIER, J. **Le débat public en question**. In: *Pour un droit commun de l’environnement, Mélanges en l’honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 505.

DUBOUIS, L. **Bref retour sur la longue marche du ‘Conseil d’Etat’ en terres internationales et européennes**. In *Mélanges en l’honneur de Bruno Genevois: Le dialogue des juges*, 2009, p. 391.

HALLO, R.E. **How far has the EU applied the Aarhus Convention?**, Brussels, 2007.

LE BOURHIS, J.-P. **De la délibération à la décision: l’expérience des commissions locales de l’eau**, In BILLE, R.;MERMET, L. (eds), **Concertation, décision, environnement. Regards croisés**, Vol. 1. Paris. In *La Documentation Française*, 2003, pp. 147-159.

LAERNOES, P. E. **The Aarhus Convention: a partial solution for the Environmental and Democratic Crises?** In *Sustainable Development Master Thesis*, Utrecht., 2011, p. 47.

LEFLOCH, G. **La Convention d’Aarhus devant le juge administratif**. *Les petites affiches*, 2008, p. 4-9.

MERMET, L. **Between international standards and specific national contexts, initiatives and perspectives: teachings from a French research program on public participation and environmental governance**. In *Conference on Environmental Governance and Democracy Institutions, public participation and environmental sustainability: Bridging research and capacity development*, May 10-11, 2008, Yale University, New Haven, 2008.

MULLER, P. **Le Technocrate et le paysan. Essai sur la politique française demodernisation de l'agriculture de 1945 à nos jours.** Paris, Editions ouvrières, 1984.

PAOLETTI, M. **La démocratie locale et le référendum.** Paris, L'Harmattan, 1997, p. 235.

PRIEUR, M. **Droit de l'environnement.** 5th ed. 2004, Paris, Précis Dalloz.

\_\_\_\_\_. **La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale.** In special *RJE* 9 – 29, 1999, p. 22.

PRIEUR, M.; GUIGNIER, A. **État de l'art des questions soulevées par la participation du public aux travaux des instances internationales.** In *Rapport pour le Ministère de l'Écologie et du Développement Durable*, Centre International de Droit Comparé de l'Environnement, 2006.

JACQUOT, H.; PRIET, F. **Droit de l'urbanisme**, 6ème édition, Paris, Précis, Dalloz, 2008, p. 107.

JECOZO, Y. **L'enquête publique en débat.** In *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, 2008, p. 280.

JOLY\_SIBUET, E.; LASCOUMES, P.; GUCHAN, A.; LEOST, R. **“Conflits d'environnement et intérêts protégés par les associations de défense”** Aquitaine, Alsace, Bretagne, Rhône-Alpes, Ministère de l'environnement, Mai 1988, p. 148.

JORF, 1 March 2002, p. 3904 - Loi n° 2002 285, 28 February 2002.

JORF, 21 September 2002, p. 15563 - Décret n° 2002-1187, 12 September 2002.

WIKLUND M. **Access to justice in French Environmental Law.** In *Juridiska institutionen, Vårterminen Thesis*, 2011, p. 22.

Submetido em 13/10/2019  
Aprovado em 11/11/2019

## LA PARTECIPAZIONE CHE FA BENE ALL'AMBIENTE: OLTRE AARHUS E A FAVORE DELLO SVILUPPO DI UNA SCIENZA CIVICA E DI COMUNITÀ

PARTICIPATION THAT IS GOOD FOR THE ENVIRONMENT: BEYOND AARHUS AND FOR THE DEVELOPMENT OF A CIVIC AND COMMUNITY SCIENCE

Margherita Poto<sup>I</sup>

Lara Fornabaio<sup>II</sup>

### ABSTRACT

Il T.A.R. del Lazio (Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I Ter, 5 maggio 2016, n. 5274) annulla la Determinazione della Regione Lazio che autorizza l'ampliamento a certe categorie di rifiuti nella discarica di Magliano e lo fa adottando una soluzione originale ed innovativa: la pericolosità dei rifiuti deve essere provata dopo una attenta verifica e nel corso di un procedimento istruttorio in cui hanno diritto a partecipare tutti i soggetti che provino un danno all'ambiente derivante dall'attività autorizzata dalla pubblica amministrazione. Le garanzie partecipative disposte dalla legge sul procedimento amministrativo costituiscono al contempo una garanzia e una risposta pratica alle istanze di attuazione del principio di precauzione. Anche le aziende agricole sono da considerarsi parti attive nel procedimento di partecipazione, a

### ABSTRACT

The Italian administrative court (first instance: Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I Ter, 5 maggio 2016, n. 5274) quashes a decision of the Regione Lazio that approved the extension to certain categories of waste without a sufficient scrutiny on the effective environmental risks and without involving the interested parties in the decision making process. According to the court, the procedural guarantees are the paradigm for the explication of the precautionary principle and shall be implemented, regardless of whether the Aarhus Convention applies or not. The participatory rights shall be granted to the interested parties, including agricultural holdings.

---

<sup>I</sup> Tenured-Assistant Professor in Administrative Law, University of Turin, Italy. E-mail: [margherita.poto@unito.it](mailto:margherita.poto@unito.it)

<sup>II</sup> PhD student in European Union Law and National Legal Systems, University of Ferrara (Italy), Department of Law. E-mail: [lara.fornabaio@gmail.com](mailto:lara.fornabaio@gmail.com)

dimostrazione del fatto che la tutela della salute umana, la sicurezza alimentare e l'ambiente sono questioni che vanno affrontate con una visione onnicomprensiva.

**PAROLE CHIAVE:**

Convenzione di Aarhus. Governance ambientale. Partecipazione popolare.

**KEYWORDS**

Aarhus Convention. Environmental governance. People's participation.

**1 BREVE RICOSTRUZIONE DEI FATTI PROCESSUALI<sup>1</sup>**

I ricorsi presentati al T.A.R. del Lazio hanno ad oggetto l'impugnativa della Determinazione G09137 del 22.7.2015, con cui veniva approvata una modificazione non sostanziale dell'autorizzazione, rilasciata alla società Idea4, relativa alla "*messa in esercizio della discarica per rifiuti inerti sita in località Loc. 'Monte della grandine' nel Comune di Magliano Romano [...]*", nonché "*l'esercizio della discarica per singoli sub-lotti funzionali, secondo gli elaborati progettuali*" (Determinazione della Regione Lazio n. A06398 del 6 agosto 2013)<sup>2</sup>.

Nonostante il parere contrario dei Comuni limitrofi, la Regione Lazio, Direzione territorio, urbanistica, mobilità e rifiuti, Area Ciclo integrato dei rifiuti, aveva infatti sostanzialmente confermato la precedente determinazione, consentendo alla società Idea4 l'ingresso di ventuno nuovi codici CER (Catalogo Europeo di Rifiuti) di rifiuti nella discarica sita in Comune di Magliano Romano, località Monte della Grandine, che veniva così autorizzata a gestire più di cento rifiuti diversi. La Determinazione G09137 del 22.7.2015 è stata impugnata al TAR del Lazio con una serie di ricorsi da parte dei titolari di un'Azienda agricola, dai cittadini di Magliano Romano e dal Comitato No discarica di Magliano Romano e dai Gruppi Ricerca Ecologica Lazio, che avevano chiesto

<sup>1</sup> L'articolo appare nel commento al caso italiano: L. FORNABAIO, M. POTO, La partecipazione che fa bene all'ambiente: oltre Aarhus e a favore dello sviluppo di una scienza civica e di comunità, nota a T.A.R. Lazio, I *ter*, 5 maggio 2016, n. 5274, in *Giur. It.*, 11, 2016, 2487-2492.

<sup>2</sup> La Determinazione di autorizzazione n. A06398 del 6.8.2013 è accessibile on line: <http://www.vasroma.it/wp-content/uploads/2015/03/Determinazione-della-Regione-Lazio-n.-A06398-del-6-agosto-2013.pdf>. La Determinazione G09137 del 22.7.2015 è pubblicata sul B.U.R.L. n. 61, supplemento n. 1, del 30.7.2015.

l'annullamento anche delle determinazioni regionali n. B0617 del 17.9.2012, B01393 del 9.4.2013, A06398 del 6.8.2013, A07329 del 18.9.2013, G04580 del 10.4.2014, oltre che di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

Le parti ricorrenti riferivano nell'antefatto di gestire da tempo nel Comune di Magliano Romano aziende agricole che producono grano, cereali e colza destinati all'alimentazione umana (per le quali le aziende erano state ottenute certificazioni di conformità ai requisiti del prodotto biologico) nonché terreni destinati a prato per il pascolo degli animali.

In tale contesto ambientale, caratterizzato anche dalla presenza di due parchi regionali, ossia il Parco naturale regionale di Veio e il Parco regionale Valle di Treja, la Regione autorizzò la s.r.l. Idea4 all'esercizio di attività di discarica per rifiuti inerti. Su richiesta di riesame di tale decisione, la Regione aveva convocato un tavolo tecnico, trasmettendo altresì la documentazione all'Arpa per un ulteriore parere tecnico. L'Arpa si era pronunciata ritenendo necessaria una puntuale verifica delle caratteristiche dei rifiuti, verifica alla quale la società aveva risposto con un protocollo speciale, a cui era di nuovo seguita una nota formalmente positiva dell'Arpa.

Sulla base di tale ultima risposta, la Regione aveva autorizzato l'ampliamento alla discarica di certe categorie di rifiuti.

Le questioni sollevate dalle parti ricorrenti riguardano da un lato la mancata osservanza delle disposizioni rilevative alla partecipazione procedimentale delle parti interessate alle decisioni ambientali (Convenzione di Aarhus del 1998 e legge sul procedimento amministrativo n. 241/90); dall'altro, la violazione del principio di precauzione di cui all'Art.191 del Trattato UE, per insufficienza di istruttoria sulle effettive caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti che avrebbero potuto non essere "inerti" secondo la definizione contenuta nell'art. 2 d.lgs. n. 36/2003 e s.m.i..

Ad avviso delle parti ricorrenti, infatti, sarebbe stata necessaria una approfondita verifica sulle caratteristiche dei rifiuti (tra gli esempi, vengono menzionati i fanghi prodotti dal trattamento di rifiuti industriali e delle acque reflue urbane), verifica la cui completezza avrebbe potuto perfezionarsi solo attraverso un dialogo e una partecipazione di tutti i soggetti che vivono ed operano nelle zone limitrofe alla discarica.

Secondo la ricostruzione delle parti ricorrenti, pertanto, la Determinazione regionale avrebbe violato il principio di precauzione, come sancito dall'art 191 del Trattato UE e, a livello nazionale, dall'art. 3-ter del d.lgs. n. 152/2006.

Invero, come chiarito dalla giurisprudenza, il “principio di precauzione fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l’ambiente, ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell’applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione. L’applicazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qualvolta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un’attività potenzialmente pericolosa, l’azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche, anche nei casi in cui i danni siano poco conosciuti o solo potenziali”<sup>3</sup>.

I ricorrenti, pertanto, ritengono che il rispetto del principio di precauzione avrebbe imposto all’Amministrazione di escludere almeno quei particolari codici dei rifiuti oggetto di richiesta successiva. A loro avviso, la Regione avrebbe agito superficialmente e tale perplessità viene espressa senza mezzi termini: “[La Regione] o non doveva adottare la procedura della modificazione non sostanziale, cui è estranea la valutazione del rischio per singolo rifiuto, oppure, anche previa istruttoria, doveva valutare e prescrivere le analisi aggiuntive da eseguire per scongiurare rischi per l’ambiente”<sup>4</sup>.

Il T.A.R., dopo aver disposto la riunione dei ricorsi, li accoglie e decide per l’annullamento della Determinazione regionale.

## **2 PARTECIPAZIONE, LEGITTIMAZIONE AD AGIRE E PRINCIPIO DI PRECAUZIONE**

Le questioni risolte dal T.A.R. sono essenzialmente due.

In primo luogo, il giudice amministrativo ritiene che la prova del rischio all’ambiente derivante dai rifiuti speciali sia stata sufficientemente puntuale da far

<sup>3</sup> Si vedano, tra le pronunce del giudice amministrativo sull’interpretazione del principio di precauzione di cui all’Art. 191 del Trattato UE: Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2015, n. 3544; Cons. Stato, Sez. III, 6 febbraio 2015, n. 605; Cons. Stato, Sez. V, sentenza 11 luglio 2014, n. 3573; Consiglio di Stato, sezione V, 4 marzo 2014, n. 1272; Tar Toscana – Firenze, sezione II, 20 gennaio 2014 n. 107 T.A.R. Toscana, sez. II, 8 ottobre 2013, n. 1350; T.A.R. Abruzzo, Pescara, luglio 2012, n. 325. Sul principio di precauzione negli sviluppi più recenti della Corte di Giustizia si vedano: Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 10 aprile 2014, causa C-269/13 P, in *Giur. it.*, 2014, 2253, con nota di M. Poto, *Il principio di precauzione: eterogenesi dei fini*; Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ord. 9 marzo 2010, cause riunite C-478/08 e C-479/08, e sent. 9 marzo 2010, cause riunite C-379/08 e C-380/08, *Foro it.*, 2010, IV, 555 e 557.

<sup>4</sup> Sentenza in commento, fatto e diritto.

ritenere tale rischio concreto e pertanto tale da radicare la legittimazione attiva dei ricorrenti. Si legge, a riguardo, in motivazione: “Se, dunque, il rischio esiste – in quanto ufficialmente rappresentato dall’Autorità istituzionalmente preposta a verificarne l’esistenza – non può allora dirsi che i soggetti che vivono ed operano nell’area circostante alla discarica non abbiano sufficiente legittimazione a promuovere uno scrutinio giurisdizionale della legittimità dell’atto che, in ipotesi, quel rischio avrebbe dovuto rimuovere con appropriate misure. Né può dirsi – giacchè sarebbe altrimenti tautologico – che il rischio segnalato dall’Autorità competente non esiste più per il semplice fatto che l’Autorità che avrebbe dovuto farsene carico, per risolverlo (ossia la Regione, nella fattispecie), ha adottato un atto formale a questo riguardo”<sup>5</sup>. La legittimazione attiva si radica nei casi in cui la vicenda denunciata sia idonea a concretare, se non una vera e propria lesione tangibile, quanto meno “un pericolo in atto sufficientemente circostanziato ed in grado di rendere plausibile e legittimo il fronteggiarsi degli interessi contrapposti di chi intende conseguire ovvero difendere l’ampliamento della propria sfera giuridica soggettiva e di chi al contrario, per rimuovere la lesione intervenuta ovvero escludere il pericolo serio paventato, punta a non far conseguire ovvero a far retrocedere quell’ampliamento soggettivo”<sup>6</sup>.

In secondo luogo, il giudice amministrativo, disponendo l’annullamento della Determinazione, invita altresì la Regione a procedere al riavvio del procedimento, nel rispetto delle garanzie di partecipazione.

In tal modo, istituisce un collegamento originale ed innovativo tra le istanze partecipatorie ed il principio di precauzione, ritenendo che le prime costituiscono il paradigma necessario in cui il secondo può esplicarsi: “il principio di precauzione risponde ad esigenze di buon senso, prima ancora che strettamente giuridiche, e lo stesso trova un sufficiente paradigma di realizzazione anche solo nel rispetto delle regole di partecipazione amministrativa di cui alla nota l.n. 241/1990. La partecipazione procedimentale, ove garantita ed effettuata dalla Amministrazione pubblica responsabile dell’adozione di un provvedimento finale, può invero ottimamente servire -facendo emergere le visioni, giuridiche, tecniche e pratiche di contrapposti interessi- per far conseguire quel grado di consapevolezza, nella regolamentazione puntuale di un caso di

---

<sup>5</sup> Sentenza in commento, motivazione.

<sup>6</sup> Ibid.

specie, necessario a soddisfare altresì le esigenze precauzionali che il caso stesso implica”<sup>7</sup>.

In altre parole, la legittimazione procedimentale, strumentale alla legittimazione ad agire in giudizio, è il paradigma per l’esplicazione del principio di precauzione.

### **3 LA LEGGE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: UN MODELLO DI GOVERNANCE AMBIENTALE**

La sentenza in esame suscita riflessioni su un modello di *governance* ambientale non meramente tecnico e avulso dal contesto sociale bensì informato a principi di buona amministrazione, primi fra tutti trasparenza, partecipazione, rappresentanza e democrazia<sup>8</sup>. Nel dibattito fra un approccio tecnocratico e uno ispirato ad una maggiore compartecipazione nelle decisioni, può essere utile servirsi delle lenti offerte dalla c.d. “*civic science*”<sup>9</sup>, che ha il pregio di offrire un punto di vista alternativo in merito al ruolo ricoperto da esperti, da funzionari della pubblica amministrazione e da tutte le parti interessate.

Con il termine “*civic science*” ci si riferisce ai tentativi di ricomporre contenuti tecnico-scientifici e questioni di più spiccato interesse sociale in una cornice di reciproco scambio di informazioni tra scienziati e cittadini<sup>10</sup>. Tale prospettiva pone l’accento sulla necessità di incrementare lo scambio di informazioni fra le parti e di affinare pratiche di comunicazione tra esperti e pubblico generale, allo scopo di presentare come più facilmente accessibili temi altrimenti ostici e complessi.

Così facendo, una migliorata comprensione di tali questioni ha l’indubbio beneficio di indurre una più larga parte di cittadini, in primo luogo, ad interessarsi e, in

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> D’altronde, come sottolineato anche da Diana-Urania Galetta – C. H. Herwig Hofmann – Mir Oriol Puigpelat – Jacques Ziller (2015), “The general principles of EU Administrative Procedural Law”, consultabile online all’indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL\\_IDA\(2015\)519224\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519224/IPOL_IDA(2015)519224_EN.pdf), non può essere ignorato che tali principi, attraverso il canale della Convenzione di Aarhus e della tutela dell’ambiente, sono entrati a far parte, a tutti gli effetti, dei “principi generali dell’Unione europea”.

<sup>9</sup> Tradizionalmente, si suole distinguere tra “*civic science*” e “*citizen science*”, laddove la prima (unica ai fini di questo lavoro interessante) pone l’accento sui tentativi di scienziati professionisti di comunicare la propria attività al pubblico di non-esperti, mentre la seconda indica una ricerca scientifica svolta da scienziati non professionisti. Karin Bäckstrand, “Civic science for sustainability: reframing the role of experts, policy-makers and citizens in environmental governance”, in 3 *Global Environmental Politics* (2003), p. 28.

<sup>10</sup> Fiona Clark and Deborah L. Illman (2001), “Dimensions of civic science”, in 23:1 *Science Communication*, p. 6.

secondo luogo, a partecipare personalmente al procedimento, nell'ottica non solo di promuovere un modello di *governance* più democratica ma anche di conferire maggiore legittimità – e, dunque, coerenza – alle decisioni assunte. La “*civic science*” costituirebbe, allora, la cornice teorica in cui ben si inseriscono i principi di accesso alle informazioni, partecipazione al processo decisionale e accesso alla giustizia, secondo quanto stabilito dalla Convenzione di Aarhus del 25.6.1998 nonché dalla l. n 241/1990.

Infatti, pur trattandosi di questioni tecniche, che richiedono conoscenze specifiche, sussiste, in capo all'Amministrazione, l'obbligo di fornire informazioni il più possibile dettagliate, dando avvio ad un dialogo con i cittadini, ispirato a valori di parità.

Ci si propone, in tal modo, di superare il tradizionale modello gerarchico convergendo verso un sistema maggiormente partecipato, che presenta l'ulteriore e non trascurabile beneficio di accrescere la fiducia dei cittadini nell'Amministrazione stessa.

Si aggiunga che, se il modello tradizionale può essere descritto come esclusivo, basato su gruppi di esperti a cui, soli, spetta il potere decisionale, un nuovo modello più inclusivo, cd. “dal basso”, sarebbe in grado di includere le tradizioni e pratiche locali (*local knowledge*), quali cardini nell'identificazione e nella definizione delle diverse opzioni possibili nonché nella costruzione di quella legittimità necessaria perché le decisioni siano rese effettive<sup>11</sup>. In tal modo, sapere tecnico e sapere locale troverebbero nel procedimento amministrativo una ricomposizione orientata allo scambio reciproco di conoscenza.

Siffatti strumenti di rappresentanza e partecipazione sono capaci, nel tempo, di rendere non solo più democratico il procedimento amministrativo in se stesso ma anche la conoscenza tecnico-scientifica su cui quel procedimento si fonda.

Un modello più democratico riconosce, infatti, l'esistenza di svariate -e spesso confliggenti- forme di sapere tecnico e si propone di riconciliarle attraverso un dibattito pubblico aperto e trasparente<sup>12</sup>. In un simile contesto, anche conoscenze non prettamente tecnico-scientifiche, bensì connesse al tessuto sociale, sono portatrici di un forte valore arricchente: non comprendere ciò, significa mettere a rischio l'effettività del provvedimento amministrativo ed esacerbare il conflitto tra tecnici e cittadini.

---

<sup>11</sup> Frank Fisher, *Citizens, experts, and the environment. The politics of local knowledge* (Duke University Press 2000), at p. 217.

<sup>12</sup> Vern R. Walker, “The myth of science as a “neutral arbiter” for triggering precautions”, in 26 Boston College International and Comparative Law Review (2003).

Della necessità di muovere verso un modello più inclusivo è un esempio il caso di specie, in particolare sotto i profili della trasparenza e della partecipazione al procedimento amministrativo. Quanto al primo aspetto evidenziato, le determinazioni impugnate certamente si presentano come vaghe e approssimative. È lo stesso giudice a sottolineare come la genericità del provvedimento oggetto di disamina ne comporti una sostanziale illegittimità, tanto più grave se si considera che, come indicato dall'Arpa, il contenuto avrebbe, invece, dovuto essere il più dettagliato possibile. Vero è che, sia nella nota prot. n. 30270 del 13.4.2015 sia nella nota prot. n. 53916 del 2.7.2015, la stessa Arpa si esprime in termini generici ma, trattandosi di atti destinati alla Regione e non direttamente al privato, tale approssimazione risulta essere giustificabile. Diverso il caso della Regione, la cui approssimazione e superficialità lasciano, di fatto, la controinteressata Idea4 libera di scegliere le modalità di esercizio della propria attività. Spetta all'ente amministrativo, viceversa, recepire le pronunce dell'Organo consultivo competente, arricchendole di adempimenti precisi, che sarà compito del privato ottemperare in modo puntuale. Solo così, infatti, sarà possibile escludere *ab ovo* margini di dubbio che la fattispecie concreta mostra, in un'ottica di tutela dell'ambiente e del territorio e, di riflesso, della salute. Quanto al secondo profilo, invece, ad avviso dei ricorrenti, non sarebbe stata effettuata neppure una adeguata promozione della partecipazione al procedimento. Invero, il giudice stesso, nell'accogliere i ricorsi, dà rilievo alla necessità che nel nuovo procedimento amministrativo, che prenderà avvio proprio da una rielaborazione appropriata e dettagliata del protocollo citato, sia garantita la partecipazione *per far conseguire quel grado di consapevolezza, nella regolamentazione puntuale di un caso di specie, necessario a soddisfare le esigenze precauzionali che il caso stesso implica.*

Infine, sebbene in secondo piano rispetto alla questione eminentemente giuridica trattata nella sentenza in analisi, la pronuncia induce a considerare la stretta relazione esistente tra sistema di gestione dei rifiuti e sistema alimentare, nella misura in cui la qualità di allevamenti e coltivazioni dipende, *in primis*, dalla salubrità dei terreni su cui le citate attività si svolgono<sup>13</sup>. Constatazione *prima facie* banale, certo, ma le cui conseguenze potrebbero avere esiti non altrettanto scontati. E', infatti, interessante

---

<sup>13</sup> Nel caso in esame, inoltre, la questione è resa ancora più delicata dal fatto che entrambi gli agricoltori si erano visti riconoscere le certificazioni di conformità ai requisiti dell'agricoltura biologica. ai sensi del Regolamento (CE) n. 834/2007, relativo all'agricoltura biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e successive modifiche e integrazioni.

rilevare come riconoscere la possibilità di agire in giudizio ad esercenti attività agricola e di allevamento, in prossimità di siti potenzialmente inquinanti, vada a giovamento non esclusivamente delle parti intervenute bensì anche di coloro che di quelle materie prime fanno uso, ossia i consumatori. In tale modo, seppur indirettamente, viene tutelato l'ultimo anello della *food supply chain* e il suo diritto ad un cibo sano e non contaminato.

Ammettere la legittimazione attiva degli agricoltori in merito a questioni ambientali significa, spostando lo sguardo sul quadro generale, attribuire uno spazio più ampio a principi di trasparenza e partecipazione, in un approccio inclusivo, che ricongiunge la Pubblicazione Amministrazione ai suoi cittadini.

#### **4 AARHUS E OLTRE**

Si è visto come le istanze partecipatorie della Convenzione di Aarhus continuino incessanti ad aprire le maglie del sistema regolatorio ambientale nella direzione di una effettiva partecipazione dei soggetti portatori di interessi<sup>14</sup>.

Con la Convenzione del 1998, i tre pilastri del diritto partecipativo ambientale hanno inaugurato una nuova stagione di riforme del tessuto normativo dei Paesi firmatari, mutando in certi casi superficialmente, in altri più profondamente, il sistema amministrativo nazionale, nella parte relativa ai diritti di partecipazione dei cittadini<sup>15</sup>.

Il legislatore italiano e poi le corti hanno riconosciuto tale partecipazione ben prima del 1998<sup>16</sup>, e, almeno per le organizzazioni non governative ambientali, si sono poi spinte ad un criterio che incardina la partecipazione alla prova degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana (Art. 2043 C.c.). Per gli individui, invece, rimane invariato l'onere di provare la sussistenza del criterio della *vicinitas*, ossia di un apprezzabile grado di prossimità rispetto al bene interessato<sup>17</sup>.

Il caso di specie mostra come tale partecipazione sia ormai parte del tessuto connettivo nei rapporti tra amministrazione pubblica e società civile, al punto che anche

---

<sup>14</sup> Si rinvia a M. POTO, *L'(Um) Weltgeist di Aarhus continua ad ispirare l'Europa: discrezionalità del legislatore ed accesso alla giustizia ambientale*, in *Giur. It.*, f. 6, 2015, 1476-1480.

<sup>15</sup> Sul punto si rinvia a E. Lohse, M. Poto, *Participatory rights in the Environmental Decision-Making Process and the Implementation of the Aarhus Convention: a Comparative Perspective*, Duncker&Humblot, Berlin, 2015.

<sup>16</sup> M. POTO, *L'(Um) Weltgeist di Aarhus continua ad ispirare l'Europa: discrezionalità del legislatore ed accesso alla giustizia ambientale*, cit., 1478.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 1478.

l'esclusione di aziende agricole -e non già solo di associazioni ambientaliste- alle decisioni ambientali inficia la legittimità del procedimento stesso. I principi di trasparenza e buona amministrazione si applicano indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei soggetti interessati a partecipare ed a proteggere l'ambiente. Un coraggioso passo in avanti, quello del T.A.R., nella decisione in commento, a prova del fatto che le garanzie partecipative disposte dalla legge sul procedimento amministrativo hanno una funzione pratica, offrendo una risposta effettiva alle istanze di attuazione del principio di precauzione. In tal modo, anche le aziende agricole diventano parti attive nel procedimento di partecipazione, a dimostrazione del fatto che la salute umana, la sicurezza alimentare e l'ambiente costituiscono gli estremi di un articolato *continuum* di garanzie la cui salvaguardia è nelle mani di attori sia pubblici sia privati.

Il cammino verso un modello inclusivo di compartecipazione prosegue. E sebbene si tratti di un cammino lungo, il Castello forse non è poi tanto lontano.

“Continuò dunque il cammino, ma era un cammino assai lungo. La strada infatti, cioè la strada principale del paese, non conduceva alla collina del Castello, ma soltanto nelle vicinanze; poi, come deliberatamente, descriveva una curva e sebbene non si allontanasse dal Castello non gli si avvicinava neppure”(F. Kafka, Il Castello).

Submetido em 14/10/2019

Aprovado em 12/11/2019

## **EL ACUERDO DE ESCAZÚ Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, DAN A LUZ UNA NUEVA JURISPRUDENCIA**

### **THE ESCAZÚ AGREEMENTY AND THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION, THE RISING OF A NEW JUDICIAL PRECEDENT**

Henry Jiménez Guanipa<sup>1</sup>

#### **RESUMEN**

Tal como lo afirmó el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente de Naciones Unidas, John H. Knox, “ya no puede haber ninguna duda de que los derechos humanos y el medio ambiente son interdependientes”. En esa dirección el presente artículo muestra por una parte, la existencia de un acervo normativo en materia de derechos humanos ambientales en América Latina y el Caribe que ha adquirido rango constitucional y se encuentra articulado por la doctrina y la jurisprudencia interamericana, y por la otra, quiere destacar, como la adopción del Acuerdo de Escazú sobre los derechos de acceso abrió las puertas a la sistematización normativa en esta materia, pero además subrayar el coraje de un juez nacional en Argentina que saltando tiempos, lo ha citado como fuente de derecho. De este modo la referida decisión que será analizada se convierte en la primera que invoca a Escazú, punteando un camino irreversible hacia el respeto de los derechos humanos ambientales.

#### **ABSTRACT**

As UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, John H. Knox stated, "there can be no doubt that human rights and the environment are interdependent." In this sense, the present article shows, on the one hand, the existence of a normative acquis on environmental human rights in Latin America and the Caribbean, which has acquired constitutional status and is articulated by inter-American doctrine and jurisprudence and, on the other, Notably, as the adoption of the Escazú Agreement on access rights, it opened the door for normative systematization on this subject, but it also highlights the courage of a national judge in Argentina who, over time, cited him as a source of right. Thus, the decision that will be analyzed becomes the first one that invokes Escazú, pointing to an irreversible path to respect for environmental human rights.

---

<sup>1</sup>Abogado venezolano. Máster en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Doctor en Derecho, Universidad Ruhr-Bochum, Alemania. Profesor y coordinador del Diplomado sobre Energía y Cambio Climático de la Universidad para la Paz (UNO). Consultor Senior en proyectos sobre eficiencia energética (BM). Profesor del Heidelberg Center para América Latina (Universidad de Heidelberg).

**PALAVRAS CLAVE**

Acuerdo de Escazú. Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Derecho al acceso de información. Derechos humanos ambientales. Derecho ambiental internacional.

**KEYWORDS**

Escazu Agreement. Principle 10 of the Rio Declaration of 1992. Right to access information. Environmental human rights. International environmental law.

**1 ESCAZÚ, UN ACUERDO DE 4 PILARES**

Como se recuerda, el 4 de marzo de 2018, bajo el auspicio de la CEPAL, se adoptó en Escazú (Costa Rica), el Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, calificado como el primer tratado vinculante sobre cuestiones ambientales y de derechos humanos de los países de América Latina y el Caribe.

El Acuerdo de Escazú pone en práctica el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, ofreciendo una plataforma única a los Estados para fortalecer la capacidad de protección del derecho de todas las personas de la generación actual y de las generaciones futuras a vivir en un medio ambiente sano.<sup>1</sup>

El Acuerdo constituye una herramienta útil que compila en un solo instrumento jurídico un esfuerzo de varias décadas, tanto en el ámbito internacional como nacional para abordar la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos. Para ello reúne los 3 derechos de acceso, más el derecho a la protección de los derechos humanos de los defensores del medio ambiente. De esta manera este tratado se suma al *corpus iuris o al ius commune* existente en América Latina y el Caribe, en materia medioambiental y de derechos humanos.

---

<sup>1</sup>Véase más detalles en, Guerra, S., & Parola, G. (2019). Implementing principle 10 of the 1992 Rio Declaration: A comparative study of the Aarhus Convention 1998 and the Escazú Agreement 2018. *Revista Jurídica*, vol. 2, n°. 55, Curitiba, 2019. pp. 1-33.

**2 ESCAZÚ Y LOS DERECHOS HUMANOS AMBIENTALES**

Aunque el Acuerdo de Escazú no ofrece un catálogo de normas sustantivas de derechos humanos, sino que se centra en brindar garantías procesales, el artículo 1 deja entrever que existe un repertorio asociado a dichas garantías al afirmar, que su objetivo es la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, mediante la disposición de los derechos de acceso: a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales. El artículo 4 No. 1 del Acuerdo es más explícito cuando se refiere a que tal protección abarca los derechos humanos universalmente reconocidos, que tengan vínculos con los derechos que el Acuerdo regula.

La dependencia permanente del ser humano y en general de todos los seres vivos con el medio ambiente como fuente de sustento y prosperidad, cultural y espiritual, significa que la protección de ese entorno sostiene el disfrute de una amplia gama de derechos humanos. Muchos derechos reconocidos por el derecho nacional e internacional, como el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho a un nivel de vida adecuado y a una vivienda adecuada, entre otros, son potencialmente afectados por las malas condiciones ambientales, y en este sentido, un buen ambiente puede ser visto como una condición previa para el pleno disfrute de los derechos humanos<sup>2</sup>.

El derecho a disfrutar de la vida privada y familiar, por ejemplo, o el derecho a la autodeterminación y los derechos de los miembros de grupos minoritarios e indígenas a disfrutar de su cultura y de sus tierras, son dependientes de la dimensión ambiental y sin ella simplemente son inexistentes<sup>3</sup>.

En este sentido el Acuerdo de Escazú no solo es un Tratado que busca asegurar los derechos de acceso y la protección de los derechos de los defensores del medio ambiente, sino que tiene entre sus fines asegurar el disfrute de todos aquellos derechos humanos que dependen directamente de un medio ambiente propicio, de lo cual se desprende una lista amplia de derechos que dependen de la salud del entorno ambiental

---

<sup>2</sup> Véase John Knox, “EL Mandato de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y El Medio Ambiente”, en Victoria Laporte (coord.) *Derechos Humanos y Medio Ambiente. Avances y desafíos para el desarrollo sostenible*, 2016, p. 6. <https://www.undp.org/content/dam/uruguay/docs/MAYE/undp-uy-pub-ddhh-ma-2017.pdf>

<sup>3</sup> Véase Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11. Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25-12-2015. p.69. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf>

en el que vivimos, incluso el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la educación, la información, a la participación y los recursos efectivos, asociados con la protección del medio ambiente.

### **3 ACERVO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE ACCESO**

Los tres derechos de acceso en asuntos ambientales forman parte de la normativa y principios medioambientales que gobiernan la región de América Latina y el Caribe, de sus instrumentos y tratados más importantes, así como de la jurisprudencia y la doctrina interamericana y de la propia legislación de los Estados de la región. Seguidamente intentaremos sistematizar ese abundante cuerpo jurídico, con una breve referencia a la propia raíz del acuerdo en el plano internacional y posteriormente abordando el ámbito interamericano y nacional.

#### **3.1. En el ámbito universal**

El concepto de los tres pilares del Acuerdo de Escazú encuentra antecedentes en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, que en su art. artículo 19 consagra la libertad de buscar, recibir y difundir información, creando a un vínculo con el primer pilar del Acuerdo de Escazú. Los párrafos 16, 23 y 24 de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982<sup>4</sup>, podrían tenerse en cuenta como predecesores del segundo pilar del Acuerdo de Escazú, ya que plantea poner sus principios en conocimiento de la población para que esta pueda participar efectivamente en el proceso de consultas y de adopción de decisiones al respecto. Los párrafos 23 y 24 ratifican la importancia de la participación que concierna directamente con su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, se podrán ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización, con lo cual los pilares segundo y tercero quedan trazados.

El objetivo del Acuerdo se correlaciona con el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (1972) que

---

<sup>4</sup> Cfr. Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, UN Doc. A / RES / 37/7.

vinculó las cuestiones ambientales a los derechos humanos y estableció el derecho fundamental a un medio ambiente de calidad que permita una vida de dignidad y bienestar.

Sin embargo, es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>5</sup> la que desarrolla los tres pilares tal como se conocen actualmente, señalando que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos”...*que*...”toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas”...”así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones”...*puntualizando que* “los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos, *pero que además*, deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. (resaltado nuestro). Estos derechos fueron alentados 20 años más tarde en la Declaración Río+20 de 2012, sobre El Futuro que Queremos,<sup>6</sup> la cual en el numeral 99 exige la adopción de medidas a nivel regional, nacional, subnacional y local para promover el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en los asuntos ambientales, según proceda.

### **3.2. En el ámbito interamericano**

#### *3.2.1. La Declaración Americana y Carta de la OEA*

Previo a la adopción del Acuerdo de Escazú, en los países de América Latina y el Caribe se ha venido construyendo un acervo normativo que vincula la protección del medio ambiente y los derechos humanos, tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y sus posteriores Protocolos, en los actos emanados de sus órganos, sea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como en la legislación nacional. .

---

<sup>5</sup> Cfr. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

<sup>6</sup> Cfr. A/RES/66/288. El futuro que queremos. <https://undocs.org/es/A/RES/66/288>

No pocos casos decididos por la Corte IDH muestran un abanico de derechos que deben ser protegidos y que se encuentran contenidos en la DADDH.<sup>7</sup> La Declaración en el primer considerando señala que “las constituciones nacionales...” tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Por su lado la Corte IDH ha reconocido, en *Kawas Fernández v Honduras*, la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos.<sup>8</sup>

A la luz de este enfoque de la Corte, el primer considerando de la DAUDH se encuentra subsumido en esa interpretación, dado que difícilmente frente a un medio ambiente contaminado se podrían disponer de circunstancias que permitan a las personas progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. Del mismo modo los artículos 1, sobre el derecho a la vida, el artículo 18 sobre el derecho a la justicia, el artículo 23 sobre el derecho a la propiedad, el artículo 24 sobre el derecho a la petición y el artículo 28 sobre el alcance de los derechos del hombre, tienen un fuerte vínculo con el disfrute y la garantía de los derechos humanos en un medio ambiente sano y propicio.

La Carta de la OEA por su lado contiene normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, que de manera implícita y ampliados por la doctrina y la jurisprudencia permiten inferir, que existe una relación interdependiente entre la protección adecuada del medio ambiente como un deber colectivo, a la vez que constituye un elemento esencial para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida.

En este marco la Asamblea General de la OEA el 5 de junio de 2001 aprobó una Resolución sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, en la que destaca particularmente que “el efectivo goce de todos los derechos humanos, incluyendo el derecho a la educación, los derechos de reunión y de libertad de expresión, así como el

---

<sup>7</sup> Cfr. Annual Report of The Inter-American Commission on Human Rights. OEA/Ser.L/V/II.54. Doc. 9 rev. 1 16 October 1981, Resolution 23/81 Case 2141 (United States) March 6, 1981, no. 16. La Corte IDH ha puesto en contexto el valor jurídico de la DADDH, Cfr. Salvioli, Fabián O. "El aporte de la Declaración Americana de 1948 para la protección internacional de los derechos humanos." Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en El Umbral del Siglo XXI, p. 10. 2003.

<sup>8</sup> Cfr. Corte IDH, caso *Kawas Fe* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_196\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf) *rnández vs. Honduras*, sentencia de 03 de abril de 2009, párr. No. 148. Disponible en, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_196\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf)

disfrute pleno de los DESC, podría facilitar una mejor protección del medio ambiente, mediante la creación de condiciones para modificar los patrones de conducta que conllevan la alteración del ambiente, la reducción del impacto ambiental derivado de la pobreza y patrones de desarrollo no sostenibles, la difusión más efectiva de información sobre el problema, y la participación más activa de los grupos afectados por el problema en los procesos políticos”.

El 3 de junio de 2008, la Asamblea general de la OEA aprueba la Resolución “Derechos humanos y cambio climático en las Américas”, mediante la cual (1) reafirma los compromisos asumidos en los distintos instrumentos, resoluciones y declaraciones sobre derechos humanos, desarrollo sostenible y cambio climático, pero además (4) encomienda a la CIDH a que, “contribuya a los esfuerzos para determinar la posible existencia de una vinculación entre los efectos adversos del cambio climático y el pleno goce de los derechos humanos...”.<sup>9</sup>

### *3.2.2. La Convención Americana y el Protocolo de San Salvador*

La CADH reconoce en el artículo 11 la protección de la dignidad humana, con lo cual implícitamente se refiere a todos aquellos elementos, como el medio ambiente sano, sin los cuales no sería posible asegurar tal protección. Del mismo modo, por mandato del artículo 26, los Estados asumen la obligación de lograr “progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación...”, que incluirían el disfrute de un medio ambiente propicio para mejorar la calidad de vida y el bienestar de la población.

No obstante, las disposiciones generales contenidas en la CADH, es el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos quien de manera clara reconoce la existencia en el artículo 11, del derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, lo cual compromete a los Estados parte a promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

---

<sup>9</sup> Cfr. AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08) derechos humanos y cambio climático en las Américas, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6977.pdf>

### 3.2.3. La CIDH y la Corte IDH

En 1997 la CIDH en un informe sobre los derechos humanos en Ecuador, explicó que el desarrollo y la explotación del petróleo altera efectivamente el entorno físico y genera una cantidad considerable de subproductos y desechos tóxicos. Igualmente recordó que el Estado ecuatoriano está obligado a implementar su legislación interna y a cumplir con sus compromisos internacionales en el ámbito de la protección medioambiental, dejando claro, que si bien el derecho al desarrollo implica que el Estado está en libertad de explotar sus recursos naturales y otorgar las concesiones correspondientes, también tiene la obligación correlativa de aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales que protegen los derechos a la vida, la salud y a vivir en un ambiente sano.<sup>10</sup>

En otro documento titulado “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales de 2009, la CIDH dejó claro que tanto la DADDH como la CADH reflejan una preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo, bienes jurídicos protegidos por la interrelación entre los derechos a la vida, la seguridad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, y la salud<sup>11</sup>, y en esa medida se refieren al derecho a un medio ambiente sano.

La CIDH extiende su interpretación al ámbito internacional en referencia a ese vínculo concluyente entre la subsistencia del ser humano y el medio ambiente, señalando que ha sido reconocido en otros tratados e instrumentos como el PIDCPy el PIDESC; el Tratado de Cooperación Amazónica; la Carta Mundial de la Naturaleza; la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.<sup>12</sup> Abundando, la CIDH explica que en el contexto de degradación del medio ambiente como resultado de actividades extractivas, “el derecho a la vida y la protección de la integridad física del individuo son normas de carácter imperativo”.

---

<sup>10</sup> Cfr. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, p. 89. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

<sup>11</sup> Cfr. CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, de 24 abril de 1997. <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>

<sup>12</sup> Idem.

Po su parte la Corte en esa misma dirección ha establecido que el derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas y tribales está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en sus territorios, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos<sup>13</sup>. Del mismo modo es importante destacar la decisión de la Corte en el caso *Claude Reyes Vs. Chile* de 2006, en la cual el máximo tribunal interamericano por primera vez condena a un país por la falta de recursos efectivos para garantizar el acceso a información ambiental<sup>14</sup>.

No obstante, la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH respecto a la incuestionable relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, es la Opinión Consultiva (OC) 23 de 2017, la que desarrolla con mayor detalle esa proximidad. La Corte IDH destaca „el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales” y aclara, invocando la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que “se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos “. Reitera la Corte que una “protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de múltiples derechos humanos, en particular los derechos a la vida, a la integridad personal, la salud y el propio derecho a un medio ambiente sano”<sup>15</sup>.

### *3.2.4. Derecho al acceso de información*

El derecho de acceso a la información, como parte del derecho a la libertad de expresión fue reconocido en el artículo 13 de la CADH de 1969, en la Declaración de

---

<sup>13</sup> Cfr. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

<sup>14</sup> Cfr. Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 174. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

<sup>15</sup> Véase Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17 de 15 de noviembre de 2017, párrs. 47 a 69). [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)

Chapultepec de 1994 y en 2000 en la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión, como un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas, lo que sin duda representa un avance significativo en esta materia para la región.

De hecho, la mayoría de los países cuentan con una norma de rango constitucional y en al menos 22 ya tienen una ley de acceso a la información pública, en gran medida gracias al impulso dado desde la OEA a la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa. Por otro lado, y como complemento, se dispone de la jurisprudencia de la Corte IDH de 2006<sup>16</sup> y 2010<sup>17</sup> sobre el derecho de acceso a la información y de algunas decisiones de tribunales nacionales que lo han reconocido como un derecho fundamental de carácter universal.<sup>18</sup>

Sin embargo, solo Argentina, El Salvador y Brasil disponen a la fecha de una legislación específica sobre acceso a la información en asuntos ambientales. En el caso de Argentina se trata de un marco legal que incluye la Ley General del Ambiente; la Ley de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental y el Decreto 1172/03 sobre Acceso a la Información Pública.

Por su parte El Salvador incluyó por primera vez el libre acceso a la información ambiental en el texto de la Ley del Medio Ambiente de 1998 en sus artículos 11 y 30, sin conceptualizarlas, sino presentadas como un instrumento de la política medio ambiental y como una obligación del Ministerio y las Instituciones del Sistema Nacional de Gestión del Medio Ambiente.<sup>19</sup> Esa ley fue posteriormente derogada y promulgada una nueva en 2012 sobre Acceso a la Información Pública.

Brasil en un esquema similar reconoció, en primer lugar, el derecho de acceso a la información ambiental en la Ley número 6.938 de 1981, sobre la Política Nacional del Medio Ambiente<sup>20</sup> y en 2003 a través de la Ley 10.605/2003 que reguló “formalmente”

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 163. Disponible en, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

<sup>17</sup> Cfr. Corte IDH. Caso Gomes Lund Eoutros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentencia de 24-11-2010, párr. 197. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)

<sup>18</sup> Para más detalles, véase entre otros casos, "Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c. Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación". <http://el-pais.cij.gov.ar/nota-11719-Reforma-judicial-fallo-de-la-Sala-III-de-la-C-mara-Nacional-en-lo-Contencioso-Administrativo-Federal.html>; Caso Sentencia T-487/17, Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-487-17.htm>.

<sup>19</sup> Cfr. Ley de Medio Ambiente. Diario oficial República de El Salvador, Tomo No. 339, Nro. 79, 04 de mayo de 1998. Decreto no. 233. <https://tramites.gob.sv/media/Ley%20de%20medio%20ambiente.pdf>

<sup>20</sup> Cfr. Lei 6.938/1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. [http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao\\_ambiental/Legislacao\\_federal/LEIS/LEI\\_FEDERAL\\_6938%20.pdf](http://www.iap.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao_ambiental/Legislacao_federal/LEIS/LEI_FEDERAL_6938%20.pdf)

el derecho de acceso a la información ambiental y, posteriormente, dictando la Ley de Acceso a la Información Pública el 18 de noviembre del 2011,<sup>21</sup> estableciendo en su artículo 3° los procedimientos destinados a asegurar el derecho fundamental de acceso a la información.

A pesar de la evidencia del reconocimiento del derecho al acceso a la información en América Latina y el Caribe, la experiencia, como lo indica UNESCO, demuestra claras dificultades para la aplicación efectiva de la legislación sobre libertad de información, en particular en el establecimiento de mecanismos adecuados que permitan el acceso a la información de manera oportuna, la promoción de un cambio cultural hacia la transparencia entre los funcionarios públicos y el fomento de la demanda pública de información.<sup>22</sup> Estos elementos o barreras serán aspectos que deberán considerarse en el ámbito de aplicación del Acuerdo de Escazú.

#### **4 LA NACIENTE JURISPRUDENCIA DERIVADA DEL ACUERDO DE ESCAZÚ Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL**

El pasado 3 de julio de 2019 el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 8 de Argentina, emitió un fallo histórico que lo convirtió en el primer tribunal en invocar el Acuerdo de Escazú para sostener la preeminencia del derecho de acceso a la información en materia ambiental.

El caso conocido como Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) c/ YPF SA s/Varios, tiene que ver con las solicitudes presentadas por FARN a la empresa YPF SA y negadas por esta última, respecto de información que por su contenido ambiental resultan de interés público, regulada por las leyes 25.675 (Ley General del Ambiente), 25.831 (Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental) y 27.275 (Derecho de Acceso a la Información).

El objeto de las solicitudes de FARN a YPF SA tienen que ver con las actividades que la empresa está ejecutando en el yacimiento de gas y petróleo Vaca Muerta, ubicado en la Cuenca Neuquina al sudoeste de Argentina. En efecto, sostiene

---

<sup>21</sup> Cfr. Lei N° 12.527, de 18 de novembro de 2011. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm)

<sup>22</sup> Cfr. Unesco, Libertad de información en América Latina y el Caribe. Comunicación e Información, 2017. Disponible en, <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/foi-in-latin-america-and-the-caribbean/>

FARN, que la información que se dispone sobre sus actividades solo se refiere a aspectos económicos y financieros del emprendimiento, pero muy poca sobre el impacto ambiental y social que la explotación del yacimiento puede ocasionar.

Desde el punto de vista legal, el fundamento de la solicitud de información la sustenta FARN en los Artículos 41 de la Constitución Nacional (derecho a un ambiente sano), 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (libertad de opinión y de expresión), 16 y ss de la Ley General del Ambiente, 3 y ss de la Ley de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental y finalmente el Decreto 1172/03 sobre Acceso a la Información Pública.

Por su lado la empresa YPF, que negó en dos oportunidades ofrecer la información requerida por FARN, sostiene:

1. Que se encuentra protegida por la excepción que rige para las sociedades anónimas sujetas al régimen de oferta pública, establecido en el inciso m) del art. 8 de la Ley 27.725.

2. Que no puede considerarse a YPF SA como el Estado Nacional, no resultándole aplicable las Leyes 25.831 y 25.675,

3. Que FARN solicita documentación que excede la temática ambiental,

4. Que son las autoridades públicas competentes quienes tienen el deber de brindar la información correspondiente.

El tribunal antes de decidir deja sentado que, “El derecho de acceso a la información pública en general, resulta ser trascendental para la vigencia del Estado de Derecho y a los fines de la transparencia en la gestión democrática”. En ese sentido hace mención al acervo normativo aplicable al caso y en particular menciona:

1. **En el ámbito universal**, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 que desarrolla los tres derechos de acceso, destacándose a los fines del caso en cuestión, que...”toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas”. También hace referencia el tribunal a la Declaración de Santa

Cruz de Sierra de la OEA, a las Directrices de Bali, a la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la OEA; a la Declaración de Río + 20 (ONU), a la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente impulsada en el marco de la Conferencia Río + 20, pero especialmente,

2. **En el ámbito regional**, hace la primera evocación que se conozca del Acuerdo de Escazú sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe en un proceso judicial, indicando que ese Acuerdo se constituye en “pauta interpretativa a tener en cuenta en lo que al derecho a la información ambiental se refiere” y en ese sentido cita el art. 2 inciso b) el cual define los sujetos obligados por el Acuerdo, donde claramente se ve dibujada la empresa YPF objeto de la demanda.

3. **En el ámbito nacional**, cita:

a. La Ley 25.831 sobre el “Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental” de 2003 que en el art. 1 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas.

b. La Ley General del Ambiente de 2001 que en su art. 16 dispone que “Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan”,

c. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso *Giustiniani Rubén Héctor c/ YPF SA s/amparo por mora*, en la cual el más alto tribunal sostiene, que “...la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades, en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede, en el marco de los principios de una sociedad democrática y de acuerdo a la jurisprudencia reseñada, negar información de indudable interés público, que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión...”;

El tribunal una vez concluido el examen de las alegaciones se pronunció en el sentido del fallo de la CSJN arriba citado, concluyendo, que efectivamente YPF SA., es una empresa privada - constituida como sociedad anónima, que en un 51% pertenece al Estado, por lo que resulta evidente la integración de la misma dentro del Sector Público

Nacional, resultando ser sin dudas un sujeto obligado a los efectos de la información ambiental, derivado de lo cual resulta inaplicable la excepción del art. 8 inciso m de la Ley 27.275 alegado por YPF SA.

## **5 CONCLUSIONES**

La adopción del Acuerdo de Escazú viene a llenar una necesidad de sistematización y ordenación de todo el vasto ámbito normativo sobre los derechos de acceso en la región en asuntos ambientales, con lo cual se hace visible la existencia de un *Ius Commune* en derechos humanos ambientales.

El caso decidido en Argentina tiene la novedad de ser pionero en temas de acceso a la información que involucra a una empresa petrolera luego de promulgada la LAIP en ese país, la cual creó un conjunto de excepciones que expresamente excluyen graves violaciones de derechos humanos, ámbitos en los cuales el Acuerdo de Escazú si tendría competencia.

Esa decisión viene a incorporarse y a complementar la jurisprudencia interamericana de 2006 y de 2010 citadas en el texto, sobre el derecho de acceso a la información. En virtud de ello, celebramos la decisión comentada, así como su valioso aporte en la ruta para alcanzar la pronta ratificación del Acuerdo de Escazú en la región de América latina y el Caribe, instrumento fundamental para la promoción y protección de los derechos humanos ambientales.

Submetido em 26/08/2019

Aprovado em 05/11/2019

**RESPONSABILIDADE EM GRANDES DESASTRES AMBIENTAIS: UM  
TEMA PARA O DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

LIABILITY ON MAJOR ENVIRONMENTAL DISASTERS: A THEME FOR  
PUBLIC POLICY LAW

Leonardo Mattietto<sup>1</sup>

*Resenha do livro:*

BRANDOLIN, Luciana P. **Indústria e desastre: os legados de Mariana e Brumadinho**. Rio de Janeiro: Resumapas, 2019.

“Todas as coisas da vida que uma vez existiram tendem a recriar-se” (PROUST, 2006, p. 88). A sabedoria da afirmação estimula que se reflita sobre a capacidade humana não exatamente para prever o futuro, mas para se antecipar aos fatos bons e maus que se repetem e se renovam no ciclo da vida.

O Rio de Janeiro experimenta, a cada verão, a força destruidora de chuvas volumosas<sup>1</sup>. Em São Paulo, pode-se lembrar dos incêndios de Cubatão, em 1984, e do Porto de Santos, em 2015. Minas Gerais sofreu as tragédias, em larga escala, de Mariana e Brumadinho. O Césio-137 afligiu Goiânia.

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado. E-mail: [leonardo.mattietto@unirio.br](mailto:leonardo.mattietto@unirio.br)

<sup>1</sup> Da literatura de Rubem BRAGA (2010, p. 50), colhe-se a respeito de Copacabana: “Grandes são teus edifícios de cimento, e eles se postam diante do mar qual alta muralha desafiando o mar; mas eles se abaterão. E os escuros peixes nadarão nas tuas ruas e a vasa fétida das marés cobrirá tua face; e o setentrião lançará as ondas sobre ti num refovear de espumas qual um bando de carneiros em pânico, até morder a aba de teus morros; e todas as muralhas ruirão. E os polvos habitarão os teus porões e as negras jamantas as tuas lojas de decorações; e os meros se entocarão em tuas galerias, desde Menescal até Alaska. Então quem especulará sobre o metro quadrado de teu terreno? Pois na verdade não haverá terreno algum”.

Em tantas partes do Brasil, acumulam-se os traumas decorrentes de incontáveis vazamentos dos mais variados poluentes, incluindo os perigosos rejeitos da mineração:

Quantas toneladas exportamos  
De ferro?  
Quantas lágrimas disfarçamos  
Sem berro?  
(DRUMMOND DE ANDRADE, 1983, p. 20)

A exploração intensiva do ambiente tem provocado uma acentuação ou aceleração de fenômenos violentos e por vezes catastróficos, reverberando uma hipotética “vingança da natureza”<sup>2</sup> ou, como parece mais verdadeiro, respondendo à inconsequência infinita<sup>3</sup> com que têm se portado os homens.

Não resiste eternamente o delicado equilíbrio que permite, em diversos contextos, a nossa sobrevivência:

Everything becomes... too late, finally. You know it's going on... up on the hill; you can see the dust, and hear the cries, and the steel... but you wait; and time happens. When you *do* go, sword, shield... finally... there's nothing there... save rust; bones; and the wind. (ALBEE, 1966, p. 164)

Os desastres ambientais são uma prova disso, de como as oportunidades são perdidas e de como todas as esferas de poder se mostram impotentes para a prevenção e para a reparação dos danos, deixando marcas indeléveis para ecossistemas e populações afetadas, agravadas pela perda de muitas vidas e pelo comprometimento do bem-estar.

What are the roots that clutch, what branches grow  
Out of this stony rubbish? Son of man,  
You cannot say, or guess, for you know only  
A heap of broken images, where the sun beats,  
And the dead tree gives no shelter, the cricket no relief,  
And the dry stone no sound of water. Only  
There is shadow under this red rock,  
(Come in under the shadow of this red rock),  
And I will show you something different from either  
Your shadow at morning striding behind you  
Or your shadow at evening rising to meet you;  
I will show you fear in a handful of dust.  
(ELIOT, 1922, p. 59-60)

---

<sup>2</sup> “Let us not, however, flatter ourselves overmuch on account of our human victories over nature. For each such victory nature takes its revenge on us. Each victory, it is true, in the first place brings about the results we expected, but in the second and third places it is quite different, unforeseen effects which only too often cancel the first” (ENGELS, 1974, p. 180).

<sup>3</sup> O homem falha em sua aspiração infinita: “Es irrt der Mensch solang’ er strebt” (GOETHE, 2004, p. 54-55).

Com trabalho original, elaborado em profunda sintonia com a responsabilidade social que deve ter a pós-graduação, Luciana Picanço de Oliveira Brandolin obteve o título de Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. A sua dissertação, intitulada “A responsabilidade ambiental em desastres de grande monta”, orientada pelo Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes, deu origem ao livro ora comentado. Tive a honra de participar da sessão de defesa, compondo a banca com o orientador e com o professor Daniel Machado Gomes, da Universidade Católica de Petrópolis.

Pesquisadora empenhada e professora habilidosa, Luciana superou as dificuldades inerentes ao tema e produziu um livro coerente e dedicado a desvendar o papel do Direito em torno das políticas públicas para os desastres ambientais<sup>4</sup>.

A autora constatou que o sistema de responsabilidade civil, quando aplicado para a reparação de danos socioambientais, não tem sido eficaz, dando sinais de insuficiência e de esgotamento. Apesar da vasta legislação sobre proteção e repressão pós-desastre, enfrentam-se desafios que impedem a realização do objetivo primordial da responsabilidade ambiental: a reparação das vítimas e do meio ambiente degradado.

Assim, propõe o gerenciamento ambiental, como contraponto ao princípio da reparação integral, além de mecanismos para o aperfeiçoamento dos instrumentos de políticas públicas ambientais.

Haverá um tempo em que os riscos sejam levados mais a sério, a impedir a supremacia do acidental sobre o previsível e possivelmente evitável, e que o ordenamento seja apto a fornecer soluções para esses problemas. Resta a esperança, como anima a poesia:

Do I dare  
Disturb the universe?  
In a minute there is time  
For decisions and revisions which a minute will reverse.”  
(ELIOT, 1915, p. 132)

---

<sup>4</sup> “If disaster means being separated from the star (if it means the decline which characterizes disorientation when the link with fortune from on high is cut), then it indicates a fall beneath disastrous necessity. Would law be the disaster? The supreme or extreme law, that is: the excessiveness of uncodifiable law – that to which we are destined without being party to it. The disaster is not our affair and has no regard for us; it is the heedless unlimited; it cannot be measured in terms of failure or as pure and simple loss. Nothing suffices to the disaster; this means that just as it is foreign to the ruinous purity of destruction, so the idea of totality cannot delimit it. If all things were reached by it and destroyed – all gods and men returned to absence – and if nothing were substituted for everything, it would still be too much and too little” (BLANCHOT, 1986, p. 2).

Associando-se aos esforços multidisciplinares para responder a essas imensas instigações, espera-se que o Direito, mantendo abertas as portas para o futuro<sup>5</sup>, faça também a sua parte.

## REFERÊNCIAS

ALBEE, Edward. **A delicate balance**. New York: Atheneum, 1966.

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia. Inferno**. Edição bilíngue. Tradução de Italo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 1998.

BLANCHOT, Maurice. **The writing of the disaster**. Tradução de Ann Smock. Lincoln: University of Nebraska Press, 1986.

BRAGA, Rubem. **Ai de ti, Copacabana**. 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Lira Itabirana. **O Cometa Itabirano**, Itabira, n. 58, p. 20, dez. 1983.

ELIOT, T. S. The love song of J. Alfred Prufrock. **Poetry: a magazine of verse**, Chicago, p. 130-135, jun. 1915.

\_\_\_\_\_. The Waste Land. **The Criterion**, London, v. I, p. 59-64, out. 1922.

ENGELS, F. **Dialectics of Nature**. Moscow: Progress, 1974.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Edição bilíngue. Tradução de Jenny Klabin Segall. São Paulo: Editora 34, 2004.

PROUST, Marcel. **Em busca do tempo perdido**. Tradução de Mário Quintana. São Paulo: Globo, 2006, v. 1.

---

<sup>5</sup> “Però comprender puoi che tutta morta fia nostra conoscenza da quel punto che del futuro fia chiusa la porta”, i. e., podes comprender que toda morta nossa mente será desde o momento em que se feche do futuro a porta (ALIGHIERI, 1998, p. 83).