

ISSN 1678-5029

**CADERNOS DO PROGRAMA  
DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO - PPGDir./UFRGS**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**Reflexões Jurídicas sobre o Meio Ambiente**

**Edição Especial**

**Volume III  
Número VI  
Maio 2005**

**CADERNOS DO PROGRAMA  
DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO – PPGDIR./UFRGS**

---

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**VOLUME III – NÚMERO VI**

**REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O MEIO AMBIENTE**

**EDIÇÃO ESPECIAL**

---

**MAIO/2005**

**OFICINA  
DE DOCUMENTAÇÃO  
DE PÓS-GRADUAÇÃO  
JURÍDICA**

## UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Prof. Dr. José Carlos Ferraz Hennemann – Reitor  
Prof. Dr. Pedro Cezar Dutra Fonseca – Vice-Reitor

### FACULDADE DE DIREITO

Prof. Sérgio José Porto – Diretor  
Manoel André da Rocha – Vice-Diretor

DIRETORA	ACADÊMICOS RESPONSÁVEIS
Prof. Dra. Cláudia Lima Marques	Silvio Javier Battello
	Catherine Tinker
COORDENADORA DO VOLUME	Cláudia Lima Marques
Prof. Dra. Cláudia Lima Marques	SECRETARIA EXECUTIVA
	Eliane Kusbick

### CONSELHO EDITORIAL

Prof. Almiro do Couto e Silva	Prof. Dr. Francisco Araújo Santos
Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior	Prof. Dr. Luiz Fernando Barzotto
Prof. Dra. Claudia Lima Marques	Prof. Dra. Martha Lúcia Olivar Jimenez
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.	Prof. Dr. Peter Walter Ashton
Prof. Franz August Gernot Lippert	Prof. Dr. Raúl Enrique Rojo
Prof. Dr. Humberto Bergman Ávila	Prof. Dr. Rui Portanova
Prof. Dr. José Alcebiádes de Oliveira Jr.	Prof. Sérgio José Porto
Rep. Dis. Juliana Leite Ribeiro do Vale	

### DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS. Vol. III. N° VI (maio 2005)  
Ed. Especial. Porto Alegre PPGDir./UFRGS, 2005.  
352 p.; 21,0 x 14,0 cm  
ISSN 1678-5029  
Semestral  
1. Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
CDD 34(05)

Tiragem: 500 exemplares

Bibliotecária responsável: Naíla Toguinho

Os cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS é uma publicação semestral, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Todos os direitos são reservados, nenhuma parte pode ser reproduzida ou transmitida sob quaisquer meios, sejam mecânicos ou eletrônicos, incluindo a fotocópia de qualquer informação sem a prévia autorização.

O Conselho Editorial não assume a responsabilidade por qualquer material publicado nesta revista. Os trabalhos publicados representam o pensamento de seus autores.

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA:

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Faculdade de Direito - UFRGS

Av. João Pessoa, 80 - 2º andar

Porto Alegre - RS - 90040-000

Fone: 51 3316-3306 - Fone/Fax: 51 3316-3987

e-mail: ppgd@ufrgs.br - <http://www.ufrgs.br/ppgd>

*Pede-se permuta*

*Piedese canje*

*We ask exchange*

*On demande échange*

*Wir bitten um autausch*

*Si richiede lo scambio*

## SUMÁRIO

---

<b>Introdução</b> .....	05
A Conexão entre Princípios do Direito Ambiental e o CDC <b>Bibiana Graeff Chagas Pinto</b> .....	07
O Artigo 1228 do Código Civil e os Deveres do Proprietário em Matéria de Preservação do Meio Ambiente <b>Bruno Miragem</b> .....	21
Research In Law: A Testimonial on Group Research, the Methodology of “Sprechstunde” and Scientific Investigation in Postmodern Times by <b>Cláudia Lima Marques</b> Translation <b>Catherine Tinker</b> .....	45
‘Sprechstunde’: Group Research In Law Developed Through Bilateral Student And Faculty Exchange, Brazil-u.s. <b>Catherine Tinker</b> .....	83
Um Curso de Direito Internacional Ambiental: Elementos e Objetivos <b>Catherine Tinker</b> .....	95
Organismos geneticamente modificados, Informação e risco da “novel food”: o direito do consumidor desarticulado? <b>Cláudia Lima Marques</b> .....	105
Da teoria econômica à prática jurídica: origem, desenvolvimento e perspectivas dos instrumentos tributários de política ambiental <b>Eugênio Battesini</b> .....	125
An Analysis of the United States Military's Attack on Environmental Laws through Civil Law and Common Law Perspectives <b>Fernando E. Linhares</b> .....	143
Responsabilidade Penal Ambiental no Mercosul e na América Central <b>Indra Rojas Solano</b> .....	165

Populações Indígenas e as Disposições Consultivas no Sistema Legal Brasileiro: Análise Comparativa das Experiências da Nova Zelândia e da Província de British Columbia no Canadá <b>João Daniel Macedo Sá</b> .....	189
As águas subterrâneas do Direito Internacional Ambiental: o Aquífero Guarani <b>Manuel Martin Pino Estrada</b> .....	209
Aplicação atual do princípio da precaução nos tribunais internacionais <b>Marcos Homrich Hickmann</b> .....	229
Arbitragem e o Direito Comunitário: Conflitos sobre recursos naturais e responsabilidade civil <b>Mauricio Alexandre Kuntzler</b> .....	255
The Commerce Power as a Source of Law: An Interstate Commerce Burden on Environmental Law? <b>Miguel Augustin Kreling</b> .....	275
Direito Ambiental e Comércio Internacional: o princípio da precaução e sua aplicação no âmbito da Organização Mundial de Comércio <b>Raul Loureiro Queiroz</b> .....	301
Down the Drain: A Comparison of the Impact on Biodiversity of Groundwater Law in Texas and Rio Grande do Sul <b>Shaun S. Schottmiller</b> .....	319
Direito Humano a um Meio Ambiente Saudável: um direito reconhecido por tribunais internacionais? <b>Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos</b> .....	339

## INTRODUÇÃO

---

### Direito Ambiental

O material e os artigos que seguem foram produzidos pelos professores e alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS, como parte de uma nova linha de ensino e pesquisa em Direito Internacional, desenvolvida na mesma instituição, e estimulada pela presença da Professora Doutora Catherine Tinker, Professora Visitante, Bolsista CAPES, por dois semestres – 2004/2 e 2005/1 –, sendo uma especialista renomada em Direito Ambiental. A presença e o auxílio da professora visitante forma fundamentais para a presente edição dos Cadernos.

Durante esses dois semestres, a Professora Tinker lecionou a disciplina de Direito Internacional Ambiental e Direito Internacional Privado, com aulas regulares, para os alunos de Mestrado e Doutorado. Além disso, para os alunos da graduação em Direito, ministrou aulas nas disciplinas de Relações Internacionais (2004/2) e Direito Internacional Ambiental (2005/2).

Também foi responsável pela criação de um subgrupo de pesquisa sobre o Aquífero Guarani, como parte do Grupo de Pesquisa CNPq, “Mercosul e Direito do Consumidor”, coordenado pela Professora Doutora Cláudia Lima Marques, para ampliar o estudo sobre a lei aplicável a esta fonte regional de água subterrânea.

Todo esse esforço foi acrescido, ainda, pela criação do Curso de Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional, sob a coordenação da Prof. Dra. Cláudia Lima Marques e do Prof. Dr. César Saldanha Junior, tendo contado com o apoio dos professores Eládio Lecey e Silvia Capelli, do instituto “O Direito Por Um Planeta Verde” e da Escola da AJURIS.

Esse esforço conjunto de aprofundamento da pesquisa no Direito Ambiental nacional e internacional culminou nesta seleção de artigos, alguns deles frutos de trabalhos feitos por alunos para cadeiras dos cursos de Mestrado e Doutorado, outros decorrentes de pesquisas realizadas nos Estados Unidos por professores e demais alunos. Enfim, tudo isso é resultado

de uma linha inovadora na pesquisa em Direito, o que certamente virá a fortalecer a projeção nacional e internacional do nosso Programa de Pós-Graduação.

Esperamos, portanto, que esta seleção de trabalhos sobre Direito Ambiental, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, seja útil a pesquisadores e que inspire alunos e professores, estimulando o aumento do estudo e pesquisa dessa área que é tão rica quanto ainda inexplorada.

Que esta presente edição sirva para mudarmos um pouco essa realidade e adotar definitivamente o Direito Ambiente como um desafiante e inovador campo de pesquisa jurídica.

Porto Alegre, Maio de 2005

**Profa. Dra. Cláudia Lima Marques**  
*Professora Titular de Direito Internacional  
Privado na Faculdade de Direito da UFRGS  
Vice-Coordenadora do Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Direito da UFRGS*

**Profa. Dra. Catherine Tinker**  
*Professora Visitante na UFRGS  
Bolsista CAPES  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Faculdade de Direito da UFRGS*

## A CONEXÃO ENTRE PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL E O CDC

---

Bibiana Graeff Chagas Pinto

*“(...) la société de consommation a fait de nous tous des pollueurs.”*  
Jean Lamarque

### INTRODUÇÃO

Segundo Erik Jaime, uma das características do direito na pós-modernidade é o pluralismo de fontes, ou seja, a existência de uma multiplicidade de matérias e de textos de lei.<sup>1</sup> Em razão deste pluralismo, surge, para o aplicador da lei, “a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo”.<sup>2</sup> Essa coordenação necessária é denominada por Erik Jaime como “diálogo das fontes”.

Esse “diálogo das fontes” não é apenas um método para a resolução de leis conflitantes no tempo, mas também uma sistemática que permite a “convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Veja JAIME, Erik, “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1 (mar. 2003). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003, p. 60 a p 62.

<sup>2</sup> MARQUES, Claudia Lima, Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Em *Revista do Direito do Consumidor* n° 45 jan.-mar. 2003, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. P. 72.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 73.

As questões do direito ambiental e as do direito do consumidor têm campos de aplicação diferentes, mas muitas vezes convergentes. Em muitos casos, como os de produtos e serviços nocivos, ou envolvendo serviços públicos essenciais, como os de saneamento, as normas ambientais e as normas de proteção ao consumidor poderão ser aplicadas com caráter complementar.<sup>4</sup>

A partir da idéia do “diálogo das fontes”, este trabalho pretende abordar em que medida alguns princípios do direito ambiental estão, direta ou indiretamente, conectados com dispositivos do Código de Defesa do Consumidor<sup>5</sup> (CDC) no Brasil. Primeiramente, procuraremos estabelecer a correlação entre a proteção do meio ambiente e a proteção do consumidor, para, depois, tratarmos de alguns princípios do direito ambiental e de sua conexão com o CDC.

## I. DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO AMBIENTAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

### 1) A correlação da proteção do consumidor e da proteção ambiental

O Direito sempre evolui de acordo com a evolução da sociedade e de seus paradigmas<sup>6</sup>. No século XX, e, sobretudo, no período pós Segunda Guerra, com o avanço tecnológico, a aceleração do processo produtivo e o advento do consumo de massa, surge uma nova categoria vulnerável – a dos consumidores – e a necessidade de protegê-la, o que dá origem ao direito do consumidor.

Paralelamente ao avanço da indústria, das tecnologias e de um desenfreado consumo de massa, e, em grande parte, em razão disso, desenvolvem-se e intensificam-se os problemas ambientais, ameaçando a sobrevivência do homem no planeta terra<sup>7,8</sup>. No final dos anos 60 e início da década de 70, a Humanidade toma consciência dessa problemática: surge o movimento ambientalista, multiplicam-se as organizações, reuniões e debates, que culminam em 1972, com a Conferência de Estocolmo, da ONU.

---

<sup>4</sup> Afinal, o “diálogo das fontes” também ocorre quando há “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente” (...). *Idem*, p. 74.

<sup>5</sup> Lei 6.078, de 11.09.1990.

<sup>6</sup> Segundo Erik Jaime, “o direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, nosso direito atual é, de certa maneira, uma reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer, da cultura pós-moderna”. Em “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1 (mar. 2003). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003, p. 59.

<sup>7</sup> “A produção, o transporte de bens, a utilização de produtos em geral têm causado danos de vulto ao nosso *habitat*, assumindo a resolução desses problemas, na atualidade, uma importância vital para o homem, haja vista as grandes ameaças que a filosofia consumista está causando ao meio ambiente.”

O direito do consumidor e o direito ambiental surgem, pois, em um mesmo contexto histórico-evolucionário do homem, cujo modelo de desenvolvimento econômico predominante negligenciou o capital “humano (sobretudo nas suas dimensões éticas, jurídicas e culturais) e o natural”<sup>9</sup>. Muitas agressões ao consumidor são também agressões ao meio ambiente, e vice-versa; logo, proteção do consumidor e proteção ambiental são, de certa forma, correlatas<sup>10</sup>.

## 2) A ação do cidadão-consumidor e do usuário-consumidor em prol do meio ambiente

Os conceitos de “cidadão”, “usuário” e “consumidor” não se confundem, mas, normalmente, coexistem em um mesmo indivíduo. É justamente pelo fato de o consumidor pessoa física ser ao mesmo tempo um cidadão e também um usuário de serviços públicos, ao qual se reconhece o status de consumidor, que a proteção do meio ambiente pode ser reforçada, já que esta é de interesse de todos<sup>11</sup>.

Por isso muitas vezes a ação dos movimentos “consumeristas” soma-se à dos movimentos ecologistas, ambas com a mesma finalidade: a proteção do meio ambiente.

---

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor – O princípio da vulnerabilidade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

<sup>8</sup> Segundo José Maria G. de Almeida Jr., “o quadro atual de crise planetária resulta da preponderância ao longo da história evolucionária humana, especialmente a partir da Revolução Industrial, e muito mais acentuadamente nos últimos 55 anos, de padrões interativos homem-ambiente que se caracterizam por crescentes ganhos sócio-econômicos para o homem, ao preço de crescentes perdas ecológicas para o meio ambiente”, em *Um novo paradigma de desenvolvimento sustentável*, Câmara dos Deputados, Assessoria Legislativa, estudo, 2000, p. 8, disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/002463.pdf>

<sup>9</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Miriam de Almeida Souza comenta que a “interdependência do direito do consumidor e do direito ambiental, laço já há muito analisado teoricamente nos países desenvolvidos, é um conceito cada vez mais divulgado entre os países em desenvolvimento. Uma visão sistêmica do direito do consumidor, em que todos habitam mesmo planeta, faz deste direito o reverso da moeda do direito ambiental. Ou seja, o ‘consumerismo’ destrutivo do meio ambiente é inerente ao modelo vigente da indústria e da agricultura, em que todos têm participação em diversos graus através da sociedade de consumo, e todos sofrem prejuízos biológicos em diversos graus, por causa do abuso do meio ambiente – um exemplo cada vez mais insistente de interesses difusos em escalas nacional e mundial.” *In A política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1996, p. 199.

<sup>11</sup> Muitas vezes, o interesse do usuário pode contradizer o interesse do cidadão. Um exemplo disso é o caso do fornecimento de um serviço público essencial, como o de fornecimento de água potável: quando este não é cobrado da administração, esse custo repercutirá na conta do usuário, enquanto que, normalmente, deveria recair sobre o cidadão, sendo abatido dos impostos. Na seara da proteção ambiental, porém, não haverá possibilidade de conflito entre os interesses de usuários, cidadãos ou consumidores, pois o meio ambiente atinge a todos no que eles têm em comum, na sua essência, que é a vida.

“Os grupos consumeristas denunciam não só as práticas domésticas perigosas das firmas nacionais, como também a notória tendência dos governos de subestimarem os riscos e de pactuarem com a remessa de tais resíduos tóxicos ou produtos para países menos prevenidos do Leste Europeu ou do Terceiro Mundo, às vezes sob o mesclado pretexto da ‘reciclagem’.”<sup>12</sup> Assim, organizações como a International Organization of Consumers Unions (IOCU) e a Organização Européia de Consumidores (BEUC) mantêm uma rede internacional para a troca mundial de informações e um sistema de comunicação sobre novos produtos perigosos, além de, muitas vezes, atuarem de forma educativa, para fiscalizar e restringir o comércio e o uso de tecnologias e de produtos perigosos.

Não raras vezes, também as associações de defesa do consumidor defendem os interesses dos usuários de serviços públicos do tipo industrial e comercial, como os serviços de saneamento, que são intimamente ligados às questões ambientais<sup>13</sup>. Nesses serviços, o usuário pessoa física é considerado como um consumidor<sup>14</sup>. A ação desses consumidores, cobrando seus direitos em relação aos serviços de água e energia elétrica, por exemplo, tende a beneficiar também ao meio ambiente.

Portanto, é evidente a correlação entre a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, e isso se manifesta no próprio CDC, que apresenta elementos de conexão com princípios do direito ambiental, como veremos a seguir. É mister uma visão sistêmica do direito, para que a finalidade da lei, a *ratio legis*, se concretize de forma plena, efetiva.

## II. ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL NO CDC

Como ensina a professora Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor<sup>15</sup> “pretende regular todas as matérias conexas às relações de consumo na

---

<sup>12</sup> SOUZA, Miriam de Almeida, ob. cit., p. 182.

<sup>13</sup> Nesse sentido, J. AMAR, relata que, na França, “les mêmes associations prennent en charge la défense des intérêts des usagers et des consommateurs. Les juridictions admettent tout aussi bien qu’une association d’usagers se prévale des dispositions du droit de la consommation, ou qu’une association de consommateurs attaque une décision prise par un service public”. Para exemplificar a afirmação, o autor cita as decisões C.A. Paris, 4 de outubro de 1996, J.C.P., 1997, II; 22811, nota P. Brun, G. Paisant e C.E., 26 de junho de 1989 Associação de Estudos e consumo C.F.D.T., C.J.E.G., 1990, p. 180, nota J.-F. Lachaume. Em: *De l’usager au consommateur de service public*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille (PUAM), These en Droit, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001, p. 136. J.O. de 12 de dezembro de 1965.

<sup>14</sup> No Brasil, os artigos 3º, 4º, VII e 22 do CDC deixam claro que o direito do consumidor aplica-se aos serviços públicos remunerados. Porém há uma certa polêmica em relação à aplicabilidade desse direito aos serviços públicos gerais, que são mantidos pelos impostos, e também em relação ao usuário pessoa jurídica, posto que, muitas vezes, o usuário pessoa jurídica não encontra-se em posição de vulnerabilidade ou de hipossuficiência. Além disso, em relação aos serviços de fornecimento de energia elétrica e de água potável, muitos consideram que as pessoas jurídicas, usuários dos mesmos, não seriam destinatários finais, não se caracterizando, pois, a relação de consumo.

<sup>15</sup> Lei 6.078, de 11.09.1990.

sociedade”<sup>16</sup>, o que engloba, portanto, também, alguns aspectos ambientais. Aliás, “tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança...o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo à proteção do meio ambiente”<sup>17</sup>.

## 1) Princípio do Desenvolvimento Sustentável

O desenvolvimento sustentável é um dos princípios primordiais do direito ambiental. Trata-se de um “princípio-fim”, não sendo apenas um “princípio-meio”, um princípio instrumental (como seriam o princípio do poluidor-pagador, ou o da participação popular, por exemplo). Exemplos concretos de que o desenvolvimento sustentável representa uma das grandes metas e justificativas do direito ambiental são o primeiro grande relatório sobre meio ambiente elaborado pelas Nações Unidas na década de 80 e a Conferência do Rio de 1992, ambos orientados principalmente por esse princípio.

Em 1983, a ONU cria a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, cuja primeira missão foi, sob a presidência de Gro Harlem Brundtland, primeira-ministra da Noruega, elaborar um relatório mundial sobre meio ambiente. Após 4 anos de trabalho, em 1987, foi apresentado um dos principais documentos sobre meio ambiente de todos os tempos: “O nosso futuro comum” (*Our common future*). É nesse relatório que aparecem as primeiras conceituações sistematizadas, oficiais, sobre desenvolvimento sustentável. Logo no capítulo segundo, o desenvolvimento sustentável é definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”. O relatório ressalta que prioridade deve ser concedida às necessidades básicas, essenciais dos pobres do mundo, que deverão ser garantidas. Destaca também que outro pilar do desenvolvimento sustentável é “a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras”.

Depois dessa primeira conceituação, o princípio do desenvolvimento sustentável aparece em todas as principais declarações e convenções internacionais sobre meio ambiente. A Conferência do Rio em 1992, a maior conferência internacional de todos os tempos, adotou o desenvolvimento sustentável nos termos do relatório “Nosso futuro comum”, além de elaborar a Agenda 21, que previa uma série de ações com o objetivo de concretizar esse princípio.<sup>18</sup> O mesmo foi reafirmado na Cúpula do Homem, em Copenhague, 1995 e na Conferência da ONU sobre mudanças climáticas, em Kioto, 1997.

---

<sup>16</sup> MARQUES, Cláudia L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidos. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 4ª edição, 2002, p. 27.

<sup>17</sup> POLO, Eduardo, *Apud* Rodolfo de Camargo Mancuso. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 15.

<sup>18</sup> O desenvolvimento sustentável é mencionado no princípio 2 da Declaração do Rio, e no capítulo 8 da Agenda 21.

No Brasil, o desenvolvimento sustentável pode ser deduzido dos princípios que orientam a ordem da ordem econômica (art. 170) e do artigo 225 da Constituição Federal. Com efeito, a defesa do meio ambiente (inciso VI), a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais e sociais (VII) e a busca do pleno emprego (VIII) são princípios que correspondem a elementos do desenvolvimento sustentável. O art. 225 discorre sobre o dever de todos de proteção do meio ambiente para as gerações atuais e futuras, o que é uma das finalidades do desenvolvimento sustentável.

O Código de Defesa do Consumidor, estabelece objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, a qual observa os princípios econômicos estabelecidos pela Magna Carta.

Embora o *caput* do artigo 4º do CDC, que estabelece os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, não preveja expressamente um objetivo de proteção ambiental, ou de desenvolvimento sustentável, este está subentendido em alguns dos objetivos elencados. Dentre estes, estão: “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança” além de “a melhoria da sua qualidade de vida”. Esses objetivos não serão atendidos se o produto consumido ou o serviço utilizado forem perigosos e/ou danosos à saúde humana e ao meio ambiente.

O mesmo artigo define ainda alguns princípios que também pressupõem a proteção ambiental: o da “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor” (inciso II) pela “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, de segurança, durabilidade e desempenho”. Mas onde a idéia de desenvolvimento sustentável está mais evidente é no do inciso III, ainda do artigo 4º, que proclama a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal)” – e a ordem econômica se funda no princípios garantes do desenvolvimento sustentável. Pela interpretação deste inciso III, do art. 4º, deduzimos que embora a Política Nacional de Relações de Consumo não se proponha, evidentemente, a versar sobre proteção ambiental, ela deve ser compatível com a mesma, sendo, portanto, essa proteção, uma condição *sine qua non*, um pré-requisito a ser observado. Por fim, ainda podemos citar o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços” (art. 4º, inciso V, do CDC), como mais um objetivo compatível e inerente à idéia de desenvolvimento sustentável.

Assim, a Política Nacional de Relações de Consumo definida pelo CDC leva em conta aspectos da proteção ambiental, embora a natureza dessa proteção seja « antropocêntrica », e não « ecocêntrica », pois a grande preocupação não é a preservação de ecossistemas e de espécies, mas sim a preservação de um ambiente salutar ao homem.. Está claro que a Política Nacional de Relações de Consumo reflete uma grande preocupação com o aspecto *segurança* (palavra mencionada três vezes no mesmo artigo 4º) do consumidor, e é pela busca da garantia dessa segurança que o direito do consumidor acaba interagindo com o direito ambiental. O direito do consumidor vai de certo modo contribuir para a proteção do meio

ambiente, não em razão da preservação do mesmo, como finalidade primordial, mas em razão da necessária proteção da segurança dos consumidores, que passa, muitas vezes, pela proteção ambiental.

Mas a segurança e a saúde do consumidor são mais do que objetivos e princípios orientadores da Política Nacional de Relações de Consumo, são também verdadeiros direitos básicos do consumidor (art. 6 do CDC). Na definição desses direitos, podemos observar que o legislador foi atento a outro princípio do direito ambiental: o princípio da prevenção.

## 2) Princípio da Prevenção

Segundo o art. 6 do CDC, são direitos básicos do consumidor: “I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.” Nesse inciso, encontra-se – em certa medida - uma expressão do princípio da prevenção, segundo o qual medidas preventivas de proteção devem ser tomadas contra os riscos de degradação ambiental causada por uma atividade, um projeto ou um produto. Segundo Michel Prieur, a prevenção « consiste à empêcher la survenance d’atteintes à l’environnement par des mesures appropriées dites préventives avant l’élaboration d’un plan ou la réalisation d’un ouvrage ou d’une activité.

O inciso I do art. 6 do CDC não define que consumidor tem o direito à “proteção da vida, da saúde e da segurança contra os *danos* causados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”; a letra da lei estabelece que ele tem o direito à “proteção da vida, da saúde e da segurança contra os **riscos** causados por tais práticas” (grifos nossos). Se o consumidor tem direito à proteção contra os riscos, ele tem direito à prevenção. A proteção contra os riscos nada mais é do que uma aplicação do princípio da prevenção. Esse princípio impõe uma ação preventiva no sentido de combater a ocorrência de um dano, levando em consideração os riscos que determinada atividade, produto ou região apresentem. Essa ação deve se dar preferencialmente na origem do problema, evitando uma reparação do dano ambiental, que seria mais dispendiosa, quando não impossível. É claro que aqui, mais uma vez, a finalidade maior é o aspecto « saúde » do consumidor, e não a proteção do meio ambiente em seus aspectos ecológicos e em relação ao patrimônio histórico e cultural. De qualquer forma, a proteção do consumidor contra os riscos causados por produtos ou serviços nocivos reflete em uma proteção do meio ambiente, mesmo que limitadamente.

No direito internacional, o princípio da prevenção foi uma das grandes preocupações das primeiras convenções internacionais. Foi adotado pela Convenção de Estocolmo no art. 20, sendo depois reafirmado como o princípio 2 da Declaração do Rio. A prevenção também é um dos princípios apresentados pelo *Draft Covenant* da IUNC. Em muitas outras convenções ele não é literalmente mencionado, mas é apresentado diretamente através da previsão de ações preventivas.

No direito comparado, uma boa definição deste princípio é dada pelo *Code de l'Environnement* francês, que o erige como um dos princípios fundamentais do direito ambiental francês em seu artigo L110-1, § 2º, que o define como: “un principe d'action préventive et de correction par priorité, à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable”. Este conceito é interessante pois engloba a idéia da utilização das melhores técnicas disponíveis, a um custo economicamente aceitável, que impõe uma limitação prática à prevenção — a utilização das melhores técnicas disponíveis a um custo economicamente aceitável.

No Brasil, a prevenção materializa-se na Constituição Federal pela exigência do estudo prévio de impacto ambiental do art. 225, § 1º, IV a toda atividade potencialmente causadora de dano considerável ao meio ambiente. Também a lei 6.938, de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente não prevê a prevenção expressamente como um de seus princípios orientadores, mas prevê práticas preventivas como: planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais (art. 1º, III) e controle e zoneamento para atividades potencial ou efetivamente poluidoras (art. 1º, V).

O Código de Defesa do Consumidor, como já mencionamos, ao mencionar o risco de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, criando para o consumidor o direito de proteção contra esses riscos, adota o princípio da prevenção. Esses riscos são certos, cientificamente comprovados, pois trata-se de “riscos provocados por práticas práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Portanto, não há dúvida sobre o advento dos riscos. A proteção à qual o art. 6º, I, se refere não diz respeito a eventuais riscos, possíveis riscos; se assim o fosse, tratar-se-ia do princípio da precaução. Com efeito, prevenção e precaução são dois princípios diferentes<sup>19</sup>. A precaução é também adotada por uma série de convenções internacionais, como, por exemplo, a Convenção sobre biodiversidade, a Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes, a Declaração do Rio, 1992. Esta impõe, em seu artigo 15, que:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas necessidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis par prevenir a degradação ambiental”.

---

<sup>19</sup> Exemplos concretos de que prevenção e precaução são institutos diferentes, são a adoção de ambos os princípios, distintamente, pelo IUCN, em seu *draft convention* e também pelo *Code de l'environnement français*, que, aliás, define a precaução como aquele, segundo o qual: “l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable”, art. L110-1, § 1º.

Portanto, como se percebe, a grande diferença entre prevenção e precaução é a certeza científica em relação ao risco. Na prevenção, os riscos são cientificamente comprovados (não que desse risco advenha necessariamente um dano, mas o risco certamente existe). Já na precaução, nem os riscos estão cientificamente garantidos (não se sabe, com certeza, nem se efetivamente há um risco: basta uma atividade ou um produto apresentarem uma possibilidade de risco para serem interditados). De fato, o CDC não parece adotar o princípio da precaução, mas sim, o de prevenção.

A adoção do princípio da prevenção no CDC é muito importante em matéria de responsabilização: a partir de uma interpretação estrita do inciso I do art. 6º, poderíamos concluir que basta que o consumidor seja exposto a um risco – sem proteção (pode ser por falta de informação) – para que o seu direito seja desrespeitado. Por exemplo, um consumidor, exposto a um produto cancerígeno, não precisaria desenvolver a doença para ser ressarcido: o simples fato de não estar protegido contra os riscos apresentados por esse produto justificaria uma indenização. No entanto, os riscos teriam de ser certos, cientificamente comprovados.

Como vimos, o princípio da prevenção se manifesta em geral através de medidas preventivas. Algumas das destas medidas podem ser educativas e da informativas. A educação e a informação também estão previstas no CDC.

### 3) Princípio da Educação e Princípio da Informação

Outros direitos básicos do consumidor também relacionados a aspectos ambientais são: “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços(...)”, art. 6, II, e “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, inciso III. Tanto a educação, quanto à informação, são direitos e princípios postos também pelo direito ambiental.

No plano internacional, a educação ambiental foi prevista na Agenda 21, da Convenção da ONU sobre Meio Ambiente no Rio de Janeiro, em 1992. No âmbito interno, a educação ambiental é um princípio constitucional, previsto no art. 225, § 1º, VI, segundo o qual compete ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. A educação é também um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente.<sup>20</sup>

A educação do consumidor posta pelo CDC deverá necessariamente abordar aspectos da educação ambiental. A educação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços não poderia, por exemplo, deixar de evocar o princípio do desenvolvimento sustentável e a idéia de um consumo sustentável.

---

<sup>20</sup> Segundo o art. 2º, da Lei 6.938, de 1981, um dos princípios a ser atendidos é o do inciso X: “a educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente”.

O princípio da informação é princípio consagrado no direito internacional ambiental sob dois aspectos: um dever de informar de um país aos outros, sobre os efeitos nefastos que suas atividades possam gerar no exterior (art. 19 da Declaração do Rio), e também um dever de informar interno, em relação ao cidadão (a Agenda 21, determina, em suma, no capítulo 20, que no processo do desenvolvimento sustentável, tanto o usuário, quanto o provedor de informações devem melhorar a disponibilidade das mesmas). A primeira obrigação de informar, de âmbito internacional, é logicamente a mais comumente estabelecida em convenções internacionais. Apenas para citar alguns exemplos, a convenção sobre Diversidade Biológica<sup>21</sup> prevê em seu art. 17º a obrigatoriedade de intercâmbio de informações, disponibilizando-as ao público, e a Convenção Internacional de Combate à Desertificação<sup>22</sup>, determina em seu art. 18º a divulgação das informações obtidas nos trabalhos científicos sobre a temática. Outras convenções, como a convenção sobre a utilização dos cursos de água a outros fins, além da navegação, de 21 de maio de 1997, podem estabelecer um dever de consulta, segundo o qual antes de tomar determinadas medidas, um Estado deve consultar o outro sobre a possibilidade de fazê-las.

No âmbito nacional, o princípio da informação em matéria ambiental se expressa na Constituição com a exigência de publicidade do estudo de impacto ambiental, do art. 225, IV, e com a possibilidade de consulta à documentação governamental prevista no art. 216, § 2º. Também a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) prevê a divulgação de dados e informações ambientais para a formação de consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico (art. 4º, V). No art. 9º, diz que entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente está a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público produzi-la, quando inexistentes, inclusive. Esse dever de informação concretiza-se em diversas leis ambientais, como a Lei 8.974/95 (Lei da Biossegurança)<sup>23</sup>, Lei 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos)<sup>24</sup> e a Lei 7.661/98 (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro)<sup>25</sup>.

No CDC, o direito à informação sobre os riscos do art. 6, III, vem confirmar que o direito do consumidor opta pelo princípio da prevenção, e não pelo princípio da precaução. A obrigação é de informar os riscos que os produtos ou serviços “apresentem” (risco certo: prevenção), e não que eles “possam apresentar” (risco eventual: precaução). Não há, portanto,

---

<sup>21</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto 2.519, em 16.03.1998.

<sup>22</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto 2.741, em 20.08.1998.

<sup>23</sup> Nela está previsto que os órgãos responsáveis pela fiscalização dos Ministérios envolvidos na temática e ali citados, devem “encaminhar para publicação no Diário Oficial da União resultado dos processos que lhe forem submetidos a julgamento, bem como a conclusão do parecer técnico.”(art. 7º VIII ).

<sup>24</sup> Essa lei estabelece como um de seus instrumentos o sistema de informações sobre os recursos hídricos (art. 5º).

<sup>25</sup> A lei determina em seu art.8º que os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal, estadual ou federal na Zona Costeira, comporão o Subsistema Gerenciamento Costeiro, integrante do Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente- SINIMA.

obrigação do fornecedor de informar de um risco que ainda não seja cientificamente comprovado, mas sim de um risco que o produto ou serviço “apresente” comprovadamente.

Do art 8º ao 10º do CDC trata-se da proteção à saúde e da segurança do consumidor, ressaltando-se as obrigações de informar do fornecedor e proibindo-se a oferta de produto ou serviço com alto grau de nocividade. O artigo 8º impõe que, a princípio, os produtos e serviços não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, “exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. Para essas informações, em se tratando de produto industrial, é dever do fabricante produzir impressos apropriados que devem acompanhar o produto (§ único).<sup>26</sup> O artigo 9º qualifica o dever de informar quanto à nocividade e a periculosidade de produtos e serviços, que deverá se dar de maneira “ostensiva e adequada”. Já o artigo 10º, proíbe o fornecedor de colocar no mercado o produto ou serviço que apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, impondo ainda, ao fornecedor, um dever de informar às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, quando após a introdução um produto ou serviço, tiver conhecimento da periculosidade que apresentam (§ 1º). Por fim, um dever de informar também é imposto aos entes da Federação, sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores (§ 3º). Inobservar as obrigações de informação sobre a periculosidade de produtos e serviços, deixar de retirar produto do mercado nocivo ou perigoso e colocar no mercado serviços de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente são crimes, de acordo com os artigos 63, 64, 65 e 66 do CDC.

Alías, aos entes da Federação caberá a fiscalização e o controle da “produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias” (§ 1 do art. 55). O art. 55 prevê também uma possibilidade de participação ao consumidor. A participação também é um princípio comum do Direito Internacional Ambiental e do Direito do Consumidor. A educação e a informação são pré-requisitos da participação, que será o último princípio a ser analisado nesse estudo.

---

<sup>26</sup> A respeito desse dispositivo, Paulo Valério dal Pai Moraes, *op. cit.*, p. 163, lembra da “vasta legislação sobre a rotulagem de produtos utilizados para combater insetos, cupins, para o tratamento de madeiras, sendo obrigatória a aposição de informações completas relativamente às propriedades físicas das substâncias, seus riscos, maneira de usar, equipamento de proteção individual (EPI) necessário, bem como o que pode, não pode e deve ser feito com as embalagens e resíduos do produto, para que não sejam causados danos ao meio ambiente.”

#### 4) Princípio da Participação

Como dissemos o art. 55, em seu § 3º, outorga um direito de participação ao consumidor através da criação de comissões permanentes para a elaboração, revisão, atualização das normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. O dispositivo menciona que essas comissões contarão obrigatoriamente com a participação dos consumidores e fornecedores, porém não menciona em que proporção deve se dar essa participação, não definido a composição das mesmas, dando margem à criação de comissões onde a participação de consumidores seja mínima, insignificante, meramente formal.

No âmbito do direito internacional ambiental, a participação é definida no princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992. No Brasil, a lei que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938, de 1981, em seu art. 2º, X, faz a correlação entre o princípio da educação e o princípio da participação, impondo: “educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente”. A legislação ambiental brasileira reafirmou esse princípio da participação criando o direito do cidadão de integrar a composição de alguns órgãos, como os comitês de Bacia e as agências de água.

#### CONCLUSÃO

Como vimos, alguns princípios do direito ambiental se expressam – mesmo que indiretamente e parcialmente – no Código de Defesa do Consumidor brasileiro. O Código não apresenta, evidentemente, um objetivo direto de defesa do meio ambiente, mas a proteção do consumidor passa pela proteção do meio ambiente, pelo menos no que toca à saúde humana.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JR., José Maria G. de, *Um novo paradigma de desenvolvimento sustentável*, Câmara dos Deputados, Assessoria Legislativa, estudo, 2000, p. 8, disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/002463.pdf>.
- AMAR (J.), *De l'usager au consommateur de service public*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), Thèse en Droit, Faculté de Droit et de Science Politique, 2001.
- JAIME, Erik, “Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v. 1, n. 1 (mar. 2003). Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003.
- KISS, Alexandre, BEURIER, Jean Paul, *Droit International de l'environnement*, Paris: Pedone, 2000.

- LAMARQUE, Jean, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Paris : LGDJ, 1973.
- LOCATELLI, Paulo Antonio, *Consumo sustentável*, Revista de Direito Ambiental 19, p. 297.
- MACEDO JR., Ronaldo P. *A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor*. Revista de direito do consumidor 37, p. 77.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 15.
- MARQUES, Cláudia L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidos. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 4ª edição, 2002, p 27.
- \_\_\_\_\_. *Revista do Direito do Consumidor*, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 45, janeiro/março 2003.
- \_\_\_\_\_. *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*. Revista de direito do consumidor 1, p. 27.
- MONTEIRO, António Pino, *O papel dos consumidores na política ambiental*, Revista de Direito Ambiental, 11, p. 69.
- PINTO, Bibiana G. C. *L'information et la participation des usagers du service de distribution d'eau à Marseille*. Paris: dissertação de mestrado em direito ambiental, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne e Université Paris II, 2003.
- PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 5ª edição, 2004.
- RIBAS, Luis César, *Capitalismo, meio ambiente e políticas públicas, o ambiente autual para um projeto político*, Revista de Direito Ambiental 10, pp 123
- SOUZA, Miriam de Almeida, *A política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1996.
- SPINOLA, Ana Luiza, *Consumo sustentável: o alto custo ambiental dos produtos que consumimos*, Revista de Direito Ambiental 24, pp 209-215.



## O ARTIGO 1228 DO CÓDIGO CIVIL E OS DEVERES DO PROPRIETÁRIO EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

---

Bruno Miragem\*

1. Introdução. 2. O novo Código Civil e a definição jurídica de propriedade. 2.1. A propriedade como fonte de deveres jurídicos; 2.2. A propriedade como fonte de deveres jurídicos em matéria de preservação do meio ambiente. 3. Definição legal de propriedade e os deveres do proprietário em matéria preservação do meio ambiente. 3.1. Deveres do proprietário e legislação ambiental. 3.2. Deveres do proprietário e o direito de indenização. 4. Conclusões.

### 1. INTRODUÇÃO

A propriedade, antes de um conceito jurídico, é um conceito cultural. Certamente um dos debates mais presentes no direito civil contemporâneo e, de modo geral, na própria ciência do direito desde algum tempo, diz respeito à exata dimensão do conceito de propriedade e suas diversas repercussões em matéria da regulação do modo de apropriação da riqueza pelo ser humano. Reconstituindo a história do conceito, Paolo Grossi, em estudo conhecido, observa que o modo mais apropriado de identificar-se a propriedade é defini-la como espécie de *mentalidade jurídica*<sup>1</sup>, tomada esta como um conjunto de valores enraizados em certo

---

\* Doutorando e Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Internacional e em Direito Civil (UFRGS). Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor da UFRGS; Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Internacional e de Regulação dos Serviços Públicos da UFRGS. Professor de Direito Civil da UNIRITTER e da Faculdade São Judas Tadeu.

<sup>1</sup> *Mentalidade jurídica, no caso, como “aquele conjunto de valores que circulan em uma área espacial y temporal, capaz por su vitalidad de separar la diáspora de los hechos y episodios aislados y de constituir el tejido conjuntivo escondido y constante de aquella área”. Prossegue, então, referindo que “com visual fundamentalmente sincrônica ya que los valores tienden a permear la globalidad de la experiencia, com procedimiento fundamentalmente sistemático ya que los valores tienden a permanecer y a cristalizarse, el jurista se siente a su comodidad – casi, se diría, em la propia casa – en el terreno de las mentalidades; es ahí donde lo jurídico tiene su raíz.”* GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Um análisis histórico*. Trad. Angel Lopez y Lopez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1992, p. 58.

âmbito espacial e cultural, e que em cada etapa da histórica respeita um perfil específico. No caso, traça o professor italiano um paralelo entre as diferentes concepções sobre a propriedade no direito medieval e moderno<sup>2</sup>, cujos elementos de sentido, profundamente influenciados pela filosofia liberal de fins do século XVIII<sup>3</sup>, desembarcam na célebre definição legal do *Code civil* napoleônico, em seu artigo 544, indicando a propriedade como o direito que o seu titular exerce de *la manière la plus absolue*. Daí é que surge a identificação decisiva entre propriedade e sujeito: “uma modelação tão estrita como para parecer quase uma identificação: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito na conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre *eu* e *meu* caem”<sup>4</sup>. A célebre definição legal do *Code*, por certo, não é apenas a realização de um projeto ideológico da burguesia que ascendera ao poder na França pós-revolucionária, mas também o resultado do amadurecimento de uma certa compreensão individualista da identidade e disciplina dos direitos subjetivos em geral<sup>5</sup>.

Daí surge o clássico conceito, demonstrado entre nós por Pontes de Miranda, segundo o qual a propriedade engloba um feixe de poderes jurídicos, a partir do qual o proprietário pode a princípio, “utilizar a coisa, ou destruí-la, gravá-la ou praticar outros atos de disposição”<sup>6</sup>. Ou seja, trata-se de direito exclusivo e excludente, cujas prerrogativas são reconhecidas ao titular do direito, com a conseqüente exclusão de todos os demais, aos quais incumbe o mero dever de *pacere* (*suportar*). Neste sentido, integram o pólo passivo da relação jurídica de propriedade, identificando-se todos que não o titular do direito como sujeitos passivos; todos titulares do dever de abstenção oponível *erga omnes* pelo proprietário.

Esta noção de propriedade, como é sabido, altera-se substancialmente em meados do século XX, influenciada por novas tendências cuja marca será o reconhecimento da necessidade de se considerar, na concepção e exercício dos diversos poderes jurídicos vinculados à propriedade e a outros direitos subjetivos, uma dimensão de socialidade<sup>7</sup>. Assim é que - em rápida síntese - se passa a reconhecer em relação à propriedade o direito do seu titular exercer as prerrogativas que lhe são inerentes até onde tal exercício não ofenda o direito de outrem. E neste caso, para limitação dos limites do exercício - como bem afirma Pontes de

<sup>2</sup> Idem, p. 67 et seq.

<sup>3</sup> Franz Wieacker, dentre outros historiadores do direito, consigna a renovação da ciência jurídica operada pela filosofia idealista, a partir da ética de autonomia de Kant, a qual oferece ao direito privado um esquema lógico que permite vislumbrar como sistemas de esferas de liberdade da personalidade autônoma, em razão da qual uma das conseqüências será o reconhecimento da prerrogativa de livre uso da propriedade. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Trad. Botelho Espanha. Lisboa, Calouste: Gulbenkian, 1993, p. 717.

<sup>4</sup> WIEACKER, op. cit., p. 130.

<sup>5</sup> Neste sentido, o entendimento de Stefano Rodotà. *El terrible derecho. Estudio sobre la propiedad privada*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1986, p. 102.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Treatado de direito privado*, t. 10. 4ª ed. São Paulo: RT, 1977, p. 10-11.

<sup>7</sup> Sobre o tema, veja-se a célebre conferência de Otto Gierke: GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. Por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904.

Miranda – não se estará a indagar de malícia ou má-fé do proprietário para indicar tal exercício como irregular, mas sim da existência de uma irregularidade objetiva<sup>8</sup>.

Atualmente o direito de propriedade passa a caracterizar-se como espécie de *poder-função*, uma vez que, desde o plano constitucional, encontra-se diretamente vinculado à exigência de atendimento da sua função social<sup>9</sup>. Neste sentido, a posição de titular da propriedade impõe, ao lado das prerrogativas que lhe são inerentes, o cumprimento de deveres vinculados a outros bens jurídicos igualmente tutelados. Dentre estes estão os deveres jurídicos decorrentes do direito fundamental de preservação do meio ambiente, previsto no artigo 225 da Constituição<sup>10</sup>.

Esse trabalho não tem por finalidade avançar indistintamente sobre todos os condicionamentos da propriedade, estabelecidos ou não pela Constituição. Concentra-se, por outro lado, no exame da definição da propriedade no novo Código Civil e sua interpretação em razão do dever geral de preservação do meio ambiente consagrado no direito brasileiro a partir da Constituição. Seus objetivos, assim, cingem-se em duas direções: primeiro, a identificação do dever geral de proteção do meio ambiente como espécie de condicionamento do direito de propriedade e de sua função social; e segundo, o exame destes deveres e sua conformação na legislação ordinária.

## 2. O NOVO CÓDIGO CIVIL E A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE PROPRIEDADE

No século XIX, propunha Lafayette Rodrigues Pereira, duas definições de propriedade<sup>11</sup>. Uma em sentido *genérico*, abrangendo todos os direitos que formam o patrimônio do indivíduo, e que portanto, podem ser reduzidos a valor pecuniário; e outro *restrito*, compreendendo apenas o direito que tem por objeto direto e imediato as coisas corpóreas, assinalando que a esta concepção restrita, denomina-se igualmente *domínio*. Ao domínio, de sua vez indicava o jurista em seu *Direito das cousas*, três atributos essenciais: “1. que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sob quaesquer relações; 2. que é illimitado, e como tal incluye em si o direito de

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, p. 27.

<sup>9</sup> Neste sentido, veja-se, dentre outros: RIOS, Roger Raupp. Função social da propriedade. *Lex. Jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais*, ano 6, nº 55. São Paulo: Lex Editora, março/1994, p. 17-27. Da mesma forma, para função social da propriedade como princípio da ordem constitucional econômica, veja-se: PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2005, p. 208 et seq.

<sup>10</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>11</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, s.d., p. 63-64.

*praticar sobre a coisa todos os actos que são compatíveis com as leis da natureza*”; 3. *que é de sua essência exclusivo, isto é, contém em si o direito de excluir da coisa a acção de pessoas estranhas*<sup>12</sup>.

Legalmente, contudo, a definição jurídica de propriedade, fez-se entre nós em razão, essencialmente, dos poderes inerentes a ela a partir do titular destes, o proprietário<sup>13</sup>. Deste modo, está previsto no artigo 524 do Código Civil de 1916: “*a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*.”<sup>14</sup> A definição jurídica de propriedade, assim, em nosso direito, completava-se pela precisão de sua plenitude (artigo 525<sup>15</sup>), em relação a qual se estabelecia presunção em favor do proprietário (artigo 527<sup>16</sup>), ao mesmo tempo que determinava-se a extensão do objeto da relação jurídica proprietária de bens imóveis na medida da sua utilidade (artigo 526<sup>17</sup>).

A definição clássica de propriedade fez-se, portanto, em destaque dos poderes que lhe são inerentes e suas características de *plenitude e exclusividade*. Contudo, desde algum tempo, tal concepção da propriedade - conforme assinalamos - deixou de ser vislumbrado em termos absolutos, próprio de suas origens. Seguiram-se nesta direção os estudos de fins do século XIX e início do século XX, que a partir do direito subjetivo de propriedade reconheceram em toda a categoria dos direitos subjetivos a necessidade de imposição de limites jurídicos, cuja violação dissocia a *existência do direito* (com a proteção que o ordenamento jurídico lhe confere), e o *exercício* deste mesmo direito, o qual poderia sim qualificar-se como *abusivo* e neste sentido, *ilícito*. A *teoria do abuso do direito*<sup>18</sup>, desde seus

<sup>12</sup> Idem, p. 64-65.

<sup>13</sup> Não era esta, entretanto, a opção e Teixeira de Freitas no seu *Esboço do Código Civil*. Propunha o jurista, no artigo 4071, uma definição de domínio, nos seguintes termos: “Art. 4.071 – Domínio (direito de propriedade sobre coisas) é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre coisa própria, móvel ou imóvel, com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, ou somente sobre sua substância, ou somente sobre sua substância e alguns sobre sua utilidade.” TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço do Código Civil*, v. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 575

<sup>14</sup> Como assinala Clóvis Beviláqua, esta opção legislativa, sem prejuízo de outras definições, embasava-se na regra romana de domínio: “*dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*, v.1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 133-134.

<sup>15</sup> Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

<sup>16</sup> Art. 527. O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

<sup>17</sup> Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

<sup>18</sup> Sobre o tema veja-se o clássico: JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite l'abus des droits*. Paris: [s.n.], 1927, p. 322 et seq. No direito brasileiro, veja-se por todos: MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3 ed. histórica com considerações preliminares à guisa de atualização de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81-118.

primórdios, ainda que seja insistentemente vinculada por muitos autores<sup>19</sup> até hoje<sup>20</sup> como tendo uma matriz subjetiva (de rejeição dos atos meramente emulativos), na verdade desenvolve internamente no direito civil a primeira tese organizada que reconhece a possibilidade de imposição de limites ao exercício dos direitos subjetivos de natureza social, permitindo assim identificar no *mau exercício*, ou no exercício que descuida da *finalidade social e econômica* do instituto da propriedade, um ato a ser coibido e, portanto, sancionado pela ordem jurídica<sup>21</sup>.

## 2.1. A propriedade como fonte de deveres jurídicos

É certo que nada se equivale em importância para a alteração substantiva da noção clássica de propriedade em sua matriz jusracionalista, do que o tratamento que lhe vão oferecer os artigos 27, §3º da Constituição Mexicana, de 1917, e 153, §3º, da Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919. A norma mexicana vai consagrar, dentre outros condicionamentos aos direitos do proprietário, que “*a Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público (...)*”<sup>22</sup>. Já a norma constitucional alemã, de sua vez, indica: “*a propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade*”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> A vinculação da teoria do abuso do direito com sua origem subjetiva, derivada dos atos emulativos (*aemulatio*) do direito medieval, tem sentido apenas se realizada com vistas aos célebres casos da jurisprudência francesa de fins da segunda metade do século XIX, e que serviram de objetos da reflexão doutrinária posterior. Esta fase pioneira, diga-se, desenvolveu-se sobretudo, com casos que reclamavam a limitação do direito de propriedade, como são exemplos os casos *Lingard, Mercy* e *Lacante*, relativos a fumos e maus cheiros de fábricas, e o caso *Grosbeintz*, que girou sobre escavações no terreno do próprio titular que provocaram o desmoronamento do terreno vizinho. Ainda o caso *Doerr*, dizendo respeito à construção de uma chaminé em terreno próprio com o fito exclusivo de retirar a luz do terreno vizinho; o caso *Savart*, em que o proprietário de um terreno construiu uma estrutura de madeira com dez metros de altura, pintada de negro, com o objetivo de sombrear e entristecer o terreno vizinho; e, talvez o mais citado dos casos, o caso *Clément-Bayard*, em que o proprietário construiu em seu terreno um dispositivo de espigões de ferro com o objetivo de destruir os aerostatos do proprietário vizinho. Contudo, em sua elaboração doutrinária seguinte, desde logo reconhecerá a possibilidade de limites objetivos ao exercício de direitos subjetivos, como será o caso da finalidade econômica e social de um direito. Neste sentido veja-se: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p 53 et seq.

<sup>20</sup> Neste sentido, a interpretação do artigo 187 do Código Civil vigente, feita pelo professor Humberto Teodoro Júnior, em seus *Comentários* publicados pela editora Forense: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 3, t. 2, p. 28.

<sup>21</sup> Neste sentido o excelente estudo de Maria Amália Dias de Moraes. Do abuso de direito: alguns aspectos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, n.42, p. 11-26, 1985.

<sup>22</sup> Traduzi da transcrição de: CARROZZA, Antonio; ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Teoría general e institutos de derecho agrario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990, p. 19.

<sup>23</sup> Assim a íntegra do artigo 153 da Constituição de Weimar: “*A propriedade será garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites se deduzirão das leis. Somente se poderá expropriar em favor da comunidade e com fundamento de direito, tendo sempre como contrapartida a correspondente indenização, exceto quando*

Duas as razões principais do profundo impacto destas normas no modo de conceber-se a propriedade em direito privado. Primeiro, o fato de adotar-se a previsão de um instituto típico do direito privado na Constituição, norma de direito público. A segunda, visível com nitidez sobretudo na regra alemã - reproduzida em 1949 no artigo 14 da Lei Fundamental de Bonn - é exatamente que a propriedade, antes vista como fonte exclusiva de poderes jurídicos (*jus utendi, fruendi e abutendi*), passa a ser vislumbrada igualmente como fonte de deveres jurídicos do seu titular em relação à comunidade.

A evolução posterior do conceito é conhecida. Entre nós, a partir da Constituição de 1934 inicia-se a modificação substancial do conceito de propriedade em relação aos contornos originários do direito civil clássico. Em seus artigos 113 e 118, estabeleceu como propriedades distintas do solo as minas e as quebras d'água para fins de exploração ou aproveitamento industrial e, sobretudo, determinou que o direito de propriedade *não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo*<sup>24</sup>. A transformação da noção de propriedade em direito brasileiro<sup>25</sup> veio a se consolidar, contudo, a partir da Constituição de 1946, quando esta estabeleceu que uso da propriedade deve estar condicionado ao bem-estar social, assim como fez uma primeira referência a que se realize *a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos* (artigos 141, §16, e 147). A expressão *função social da propriedade*, de sua vez, restou consagrada em nosso sistema apenas com a Constituição de 1967, na qualidade de princípio informador da ordem econômica (artigo 157, III).

Na Constituição vigente, de 1988, o constituinte indicou à função social da propriedade um lugar de destaque na morfologia constitucional. A rigor, a previsão normativa da função social determina-lhe duas diferentes qualidades: trata-se ao mesmo tempo de um *dever jurídico* oponível ao titular do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII) e de *princípio informador da ordem econômica* (artigo 170, inciso III), nos termos do que já havia sido consagrado pela ordem constitucional anterior. Ao mesmo tempo o texto constitucional

*uma lei do Reich determine outra coisa. Com relação à quantia da indenização, se manterá aberta no caso de litígio a via dos tribunais competentes, exceto quando uma lei do Reich determine o contrário. As expropriações feitas pelo Reich, Länder, municípios e associações de uso público só poderão efetuar-se mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade.*"  
Traduzi de HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernandez. Barcelona: Ariel, 1987, p. 123.

<sup>24</sup> Clóvis Beviláqua, ainda que identifique nas disposições constitucionais sobre propriedade, a partir da Constituição de 1934, uma inspiração socialista, admite que se tais não mais permitirão que seja compreendida como direito absoluto e ilimitado. BEVILÁQUA. *Direito das coisas*, v. 1, p. 136.

<sup>25</sup> Note-se, de outro modo, que tanto na Constituição do Império, de 1824, quanto na Constituição Republicana, de 1899, a referência à propriedade fez-se em sua concepção clássica, como direito pleno. Assim, o artigo 179 da Constituição de 1824: "É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude". E o artigo 72, §17, da Constituição de 1899: "O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude...As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria"

distingue, no que se refere ao atendimento desta função social, quanto ao fato de tratar-se de propriedade urbana ou rural. No primeiro caso, remete-se a aferição do atendimento da função social às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, §2º). Em relação à propriedade rural, o artigo 186 da Constituição estabelece quatro critérios<sup>26</sup> para aferição do cumprimento do preceito.

A pergunta do que seja propriedade, ou seja, a definição jurídica de propriedade no direito brasileiro hoje, não prescinde da exata determinação das coordenadas constitucionais acerca do tema. Seja no que se refere à sua função social - conforme já referimos - ou mesmo em relação às limitações estabelecidas em razão do interesse público previstas na Constituição ou na legislação infraconstitucional que lhe conforma.

Em primeiro lugar, passa-se a considerar não mais a existência de conceito uno e abstrato de propriedade, subordinado a um regime jurídico geral<sup>27</sup>, passando-se a admitir sua diversificação em novas e diferentes formas de apropriação de bens<sup>28</sup>.

Para alguns autores, todavia, a função social prevista pela Constituição para a propriedade privada e o reconhecimento do direito de propriedade como direito humano – com sua correspondente função de proteção da pessoa - determina a consequência que “nem toda a propriedade há de ser considerada direito fundamental, e como tal protegida”<sup>29</sup>. O desenvolvimento deste raciocínio leva à distinção entre diferentes espécies de propriedade, sendo algumas merecedoras de um tratamento especial do direito positivo (no caso das próprias normas constitucionais que protegem a pequena e média propriedade rural<sup>30</sup>), e outras com definição aplicável apenas ao direito ordinário.

Em consequência, no que se refere à propriedade reconhecida como direito fundamental e a função social assegurada em mesmo nível pela Constituição, sua consideração implica no reconhecimento de deveres fundamentais que lhe são correspectivos (*ius et obligatio correlata sunt*). Estes deveres de sua vez teriam sua determinação reconhecida ao legislador ordinário (artigos 182, §2º e 187 da CR/88)<sup>31</sup>, que estritamente vinculado aos preceitos constitucionais, deverá estabelecer que o fato do descumprimento da função social da propriedade retira do proprietário as garantias de proteção judicial e extrajudicial inerentes

<sup>26</sup> São eles: “I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

<sup>27</sup> Neste sentido veja-se: TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 278-279.

<sup>28</sup> RODOTÁ. *El terrible derecho...*, p. 253

<sup>29</sup> Neste sentido o entendimento de Fábio Konder Comparatto. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista de Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, dezembro/1997, p. 92-99.

<sup>30</sup> Assim os artigos 5º, inciso XXVI, e 185 da Constituição de 1988.

<sup>31</sup> COMPARATTO. Direitos e deveres fundamentais..., p. 96.

a este direito, como por exemplo os instrumentos de proteção possessória, e o direito a prévia e justa indenização<sup>32</sup>.

Não se desconhece que ao elevar a propriedade a categoria constitucional vinculou-se a mesma de modo definitivo ao cumprimento da função social, terminando por diminuir em certo grau, o nível de garantia/proteção indicado ao direito, em face da sua própria relativização<sup>33</sup>. Da mesma forma, *funcionalização do direito* significa sua vinculação a objetivos projetados, o que certamente impõe ao titular da propriedade deveres inerentes à realização dos mesmos.

Contudo, não se deve chegar ao limite de condicionar sua proteção jurídica em relação a terceiros, ao cumprimento da função social. Inclusive pelo fato de que nessa proteção incluem-se prerrogativas de outra natureza, independentes da existência do direito de propriedade, como é o caso da posse<sup>34</sup>.

A rigor, a função social da propriedade relacionada no catálogo de direitos fundamentais tem como primeira conseqüência a vinculação, desde o ápice da pirâmide normativa, da correlação entre o direito subjetivo de propriedade e o dever jurídico oponível ao seu exercício, de cumprimento a respectiva finalidade social. Trata-se, assim, de uma espécie de *poder-função*<sup>35</sup> ou *poder-dever*<sup>36</sup>, cujos condicionamentos específicos serão estabelecidos pelo legislador a partir das coordenadas constitucionais, como é o caso das obrigações relativas ao uso racional e adequado da propriedade rural, na ordenação da ocupação do espaço urbano, ou as pertinentes à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

<sup>32</sup> Acerca da desapropriação por interesse social, refere Comparatto: “Ela constitui na verdade a imposição administrativa de uma sanção, pelo descumprimento do dever, que incumbe a todo o proprietário, de dar certos e determinados bens uma destinação social. Por isso mesmo, é antijurídico atribuir ao expropriado, em tal caso, uma indenização completa, correspondente ao valor venal do bem mais compensatórios, como se não tivesse havido abuso do direito de propriedade.” Idem, p. 97.

<sup>33</sup> Neste sentido: RODOTÁ. *El terrible derecho...*, op.cit., p. 324 e 375.

<sup>34</sup> O artigo 485 do Código Civil anterior, reproduzido no artigo 1196 do Código vigente (“Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”), estabelece que a basta para a posse o poder de fato sobre a coisa, a relação de pertinência fática entre o sujeito e o corpus, quando se vai afirmar no direito brasileiro que este poder representa-se por intermédio do exercício fático de uma das prerrogativas do domínio (*ius utendi, fruendi ou abutendi*). Neste sentido, resta consagrado para a maioria da doutrina de que nosso direito adota a teoria objetivista da posse, elaborada por Ihering na pandectística alemão do século XIX, em contraposição à teoria subjetivista de Savigny, a exigir para configuração da relação possessória, o corpus e o *animus*. Veja-se o exame de Pontes de Miranda sobre as teorias da posse: Tratado de direito privado, t. X.

<sup>35</sup> Assim o entendimento, dentre outros de: GOMES, Orlando. Novas dimensões da propriedade privada. *Revista dos Tribunais*, n 411. São Paulo: RT, janeiro/1970, p. 12; RIOS, Roger Raupp. Função social da propriedade, op. cit., p. 19. Da mesma forma posiciona-se André Godinho, o qual busca salientar que a função social não significa uma negação do direito subjetivo, mas que “é a função social razão de tutela e garantia da propriedade privada”. GODINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPELINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* (nova série). São Paulo, RT, n.º 63, jul-set/1986, p. 76.

## 2.2. A propriedade como fonte de deveres jurídicos em matéria de preservação do meio ambiente

O novo Código Civil, ao consagrar o direito de propriedade, o faz em termos mais amplos do que o de 1916. Neste sentido, ao mesmo tempo em que seu artigo 1228, *caput*, tenha praticamente reproduzido o artigo do Código anterior, apenas com o acréscimo de referência expressa à possibilidade de reivindicação pelo proprietário também na hipótese de *detenção*<sup>37</sup>, incluiu na mesma disposição conceitual elementos que induzem para uma nova definição de propriedade dentro do direito civil.

O artigo 1228 do Código Civil, ao tratar de definir a propriedade, o faz de modo coordenado com uma série de outros interesses juridicamente protegidos pela Constituição. É este o caso da tutela dirigida à posse coletiva e a possibilidade de desapropriação judicial para fins de regularização fundiária (§§4º e 5º)<sup>38</sup>, ou a previsão acerca da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social (§3º)<sup>39</sup>. E não se trata apenas de uma interpretação da norma de direito civil dar-se em acordo com as disposições constitucionais<sup>40</sup>, senão que estas tem o objetivo de conformar<sup>41</sup>, para aplicação às situações concretas, as normas assecuratórias de direitos ou posições jurídicas estabelecidas na Constituição<sup>42</sup>.

No que interessa a esse estudo, contudo, de maior interesse é o §1º do artigo 1228 do Código Civil. Refere esta norma que: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

<sup>37</sup> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (...).

<sup>38</sup> “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

<sup>39</sup> “§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”

<sup>40</sup> No caso, o emprego da técnica da interpretação conforme à Constituição para determinação do significado das normas de direito ordinário do Código Civil de modo compatível com as normas constitucionais. Neste sentido, veja-se: COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e a interpretação conforme a Constituição. In: FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.) *O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, p. 25-53.

<sup>41</sup> Neste sentido, veja-se a lição de Canotilho acerca das normas restritivas e conformadoras de direitos fundamentais: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 647.

<sup>42</sup> Acerca desta nova postura do legislador ordinário frente a Constituição, veja-se: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: *Problemas de direito civil constitucional...*, p. 1-16.

Discorrendo sobre a propriedade, refere Pontes de Miranda que “todo o direito subjetivo é linha que se lança em certa direção. Até onde pode ir, ou até onde não pode ir, previsto pela lei, o seu conteúdo ou seu exercício, dizem-no as regras limitativas, que são regras que configuram, que traçam a estrutura dos direitos e de sua exercitação. O conteúdo destas regras são as limitações”<sup>43</sup>.

No caso, o §1º do artigo 1228, do Código Civil, ao dispor sobre o exercício do direito de propriedade, incorpora, em termos legislativos, o que já reconhecia a doutrina, ou mesmo a legislação especial em matéria de preservação ambiental, de que o exercício da propriedade não pode se dar de modo lesivo/nocivo ao meio ambiente. Isto não se confunde com as limitações ou condicionamentos da propriedade com natureza administrativa (como o tombamento, desapropriação)<sup>44</sup>, ainda que com eles se relacione. Mas trata-se na verdade de elementos internos da própria definição do direito de propriedade.

Antônio Herman Benjamin, ao discutir os limites do direito de propriedade em artigo escrito antes da vigência do Código Civil de 2002, distingue seus limites em duas espécies: *limites internos* e *externos*, ambos expressando o desejo do legislador de, ora resguardar o indivíduo isoladamente considerado, ora com o intuito de alcançar objetivos supraindividuais. Os *limites internos* seriam aqueles conceituais típicos do direito de propriedade, como é o caso dos direitos dos outros proprietários, dos direitos de vizinhança, de proteção da saúde pública e o resguardo dos bons costumes. Os *limites externos* seriam decorrência das exigência de convivência em sociedade, refletindo preocupações mais complexas e difusas, tendo por origem comum a função social da propriedade<sup>45</sup>.

Com o advento do artigo 1228 do novo Código Civil e, em especial de seu §1º, esta distinção parece perder espaço. A primeira consequência desta nova definição legal é a eliminação de uma série de aparentes conflitos entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente, porquanto aquele passa a ser reconhecido, em termos conceituais, apenas nas hipóteses em que é exercido de modo a respeitar integralmente este. Daí é que uma segunda questão aparece, como exigência de uma interpretação adequada - compatível com a Constituição - deste novo conceito de propriedade: objetivamente, no que consistiriam os deveres de preservação do meio ambiente referidos no §1º do artigo 1228?

Em termos de imposição de deveres e aferição do seu cumprimento por aqueles a quem são endereçados, não é possível ficar adstrito aos termos do §1º do artigo 1228. Inclusive porque o controle eficiente do cumprimento destes deveres depende da sua razoável precisão em termos normativos.

---

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado...*, t. 10, p. 18.

<sup>44</sup> Ver-se por todos: FREITAS, Vladimir Passos. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed. rev. São Paulo: RT, 2002, p. 133 et seq.

<sup>45</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Desapropriação, reserva legal, e áreas de preservação permanente. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 1, n.3. Brasília: Conselho da Justiça Federal, setembro-dezembro/1997, p. 33-41.

Não está aqui uma crítica ao legislador. Ao contrário. Em termos conceituais o artigo 1228 estabeleceu uma norma até onde o Código Civil deve fazê-lo, ou seja, indicando a natureza dos poderes inerentes à propriedade, as disposições que realizam/conformam direitos ou posições jurídicas determinadas pela Constituição, e as pautas indicadas ao exercício do respectivo direito subjetivo. Em relação a estas últimas, contudo, o próprio §1º do artigo 1228 remete à lei especial o estabelecimento dos deveres jurídicos relativos à preservação da flora e fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio histórico e artístico, assim como para que seja evitada a poluição do ar e das águas.

Daí porque o detalhamento dos deveres jurídicos do proprietário em relação à preservação ambiental só pode ser realizado tendo em vista a legislação especial, ainda que no próprio Código Civil localizem-se disposições que, sob certas circunstâncias fáticas, tem sua aplicação vinculada à realização do meio ambiente – caso, por exemplo, dos artigos 1277<sup>46</sup>, 1291<sup>47</sup>, e 1309<sup>48</sup>. Estes deveres então, vão se apresentar tanto como deveres relativos à disposição dos bens móveis e imóveis de modo a não permitir lesão ao ambiente, quanto deveres vinculados às prerrogativas de uso e gozo dos bens. Em qualquer caso, poderá consistir tanto na *abstenção* de uma determinada atuação em que o exercício da propriedade possa gerar espécie de degradação ou dano ao meio ambiente, quanto em um *comportamento positivo*, pelo qual em face da titularidade do direito sobre a coisa, seja exigida do proprietário a realização de um *dever positivo*, um dever típico de *prestação*.

### 3. DEFINIÇÃO LEGAL DE PROPRIEDADE E OS DEVERES DO PROPRIETÁRIO EM MATÉRIA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A definição legal de propriedade no novo Código Civil, como vimos, condiciona expressamente a regularidade do exercício do direito ao cumprimento de deveres de preservação do meio ambiente. A definição destes deveres, de sua vez, foi indicada à legislação especial de proteção do meio ambiente, por expressa remessa da norma geral do Código.

A proteção do meio ambiente no direito brasileiro é assegurada em razão do direito fundamental estabelecido no artigo 225 da Constituição, que refere: “*Todos têm direito ao*

---

<sup>46</sup> Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

<sup>47</sup> Art. 1.291. O possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas.

<sup>48</sup> Art. 1.309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

*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, o §1º, do mesmo artigo 225<sup>49</sup> remete ao legislador ordinário uma série de providências legislativas, como é o caso da proteção da flora e da fauna (inciso VII) e a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente lesivas ao meio ambiente (inciso IV).

O direito fundamental ao meio ambiente, neste sentido, pertence à categoria de direitos fundamentais que Robert Alexy denomina *direitos a algo*<sup>50</sup>, consistente em ações positivas e negativas Estado, de abster-se da realizar ações danosas ao meio ambiente (negativa); ou de realizar prestações de natureza fática ou normativa (positivas), visando sua promoção ou proteção<sup>51</sup> do bem juridicamente protegido.

A prestação normativa do Estado, neste caso, além do estabelecimento das definições jurídicas dos bens protegidos, o fará igualmente em vista do estabelecimento dos deveres jurídicos exigíveis da comunidade para efetivação do direito constitucionalmente assegurado<sup>52</sup>. Neste particular, a interpretação do artigo 1228, §1º do Código Civil, no que diz respeito à precisão da definição jurídica de propriedade, guarda relação necessária com as definições estabelecidas na legislação ambiental.

Os conceitos adotados na norma de direito civil pertinentes à matéria ambiental são *“a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico”*, assim como faz-se expressa referência ao mandamento de evitar *“a poluição do ar*

<sup>49</sup> “§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 196 et seq.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 196. Para o exame desta qualidade no direito brasileiro, veja-se o recente estudo de Anízio Pires Gavião Filho. *Direito fundamental ao ambiente*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48 et seq.

<sup>52</sup> Anízio Gavião em seu estudo sobre o direito fundamental ao ambiente percebe com grande competência as dificuldades de determinação da conduta devida para o objetivo de realização do direito assegurado, assim como a necessidade de especificar/precisar os conceitos empregados. GAVIÃO FILHO. *Idem*, p. 160-163.

*e das águas*”. Desejou certamente o legislador civil ampliar o âmbito de proteção normativo, ao lançar mão de diversas expressões indicativas dos bens jurídicos a serem considerados no exercício da propriedade, com vistas a assegurar-se do respeito ao meio ambiente no tocante às relações jurídicas que lhe digam respeito.

### Equilíbrio ecológico

Das expressões utilizadas, talvez a de *equilíbrio ecológico* seja a que maior significado tenha em termos de limitação do exercício do direito de propriedade. A própria Constituição adota o conceito de equilíbrio ecológico quando define o direito fundamental ao meio ambiente, adotando qualificação que – no exato entendimento de José Afonso da Silva – não deve ser desprezada, uma vez que “*apresenta valor teleológico mais aberto e mais amplo do que o sentido finalístico concreto*” do que a opção de outros países, como é o caso da Constituição espanhola. Conclui, então, indicando que “*o termo empresta sentido especial ao equilíbrio ambiental, que não há de ser estático, mas também não puramente natural*”<sup>53</sup>.

A concepção *equilíbrio ecológico*, assim, remete a uma exigência qualitativa, de que não é bastante para o respeito aos limites do exercício da propriedade a manutenção de qualquer equilíbrio, senão daquele em conformidade com os preceitos ecológicos. Tal qualificação remete à noção de coexistência saudável e apta a preservação da vida, entre os interesses do proprietário e a proteção dos bens submetidos a seu poder, bem como em relação aos interesses da comunidade, dado os reflexos da atuação do proprietário no exercício de suas prerrogativas jurídicas.

### Fauna e flora

A fauna e a flora, ainda que não se tenha uma definição legal específica, são tomadas em seu sentido comum, com o competente aporte científico, designando todos os seres vivos, animais e vegetais, em suas relações com o ambiente. Em relação à fauna – como anota Paulo Affonso Leme Machado - a Constituição estabelece três aspectos principais de sua proteção, quais sejam: a vedação de práticas que coloquem em risco sua função ecológica; práticas que possam provocar a extinção de espécies; e práticas que submetam os animais à crueldade<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Prossegue então afirmando: “O ecologicamente refere-se, sim, também à harmonia das relações e interações dos elementos do habitat, mas deseja especialmente ressaltar as qualidades do meio ambiente mais favoráveis à qualidade da vida. Não ficará o homem privado de explorar os recursos ambientais, na medida em que isto também melhora a qualidade da vida humana; mas não pode ele, mediante tal exploração, desqualificar o meio ambiente de seus elementos essenciais, porque isso importaria desequilibrá-lo e, no futuro, implicaria seu esgotamento (...) o que a Constituição quer evitar, com o emprego da expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado, é a idéia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio”. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87-88.

<sup>54</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 126.

## Patrimônio histórico e artístico

O patrimônio histórico e artístico é determinada no direito brasileiro a partir das próprias normas constitucionais, como parte do patrimônio cultural do país. O artigo 216 da Constituição refere: “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Seu inciso V, então, vai incluir no patrimônio cultural “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

A qualificação de determinado conjunto de bens como dotados de valor próprio para integrarem o patrimônio cultural, e daí determinarem limitações ao exercício do direito de propriedade por seus titulares, respeitará a procedimento estabelecido em lei. O que no caso, por se encontrarem vinculados em nível constitucional à competência comum dos entes federados (proteção de paisagens naturais notáveis – artigo 23, inciso III), ou à competência legislativa concorrente, no que se refere à proteção do patrimônio paisagístico (artigo 24, VII), vai subordinar-se aos preceitos normativos editados nos três níveis da Federação.

### Belezas naturais

Ínsita à determinação do significado de *patrimônio histórico e artístico* previsto no artigo 1228, §1º do Código Civil, está a de *belezas naturais*, igualmente referida nesta mesma norma. Em nível constitucional, a discussão aproxima-se da interpretação do conceito de *patrimônio paisagístico*, presente nos artigos 216, inciso V e 24, inciso VII da Constituição. Examinando a questão, a doutrina especializada<sup>55</sup> refere que a noção de *patrimônio* é mais larga do que a de *propriedade*, projetando um relacionamento de gerações, na medida que as gerações presentes conservarão paisagens não apenas para si, mas para as que virão. Neste sentido, defende-se que tal concepção não serve para torná-la imobilizada, mas sim conferir-lhe durabilidade, através de processos de desenvolvimento sustentado.

Então que se sugere-se a definição de paisagem como sendo “a relação que se estabelece entre um lugar e um momento concreto, entre um observador e o espaço que ele abrange com o olhar”<sup>56</sup>. Trata-se de uma relação entre sujeito e objeto, que não pode ser dissociada, sendo o objeto percebido pelo sujeito, que dele realiza uma descrição subjetiva<sup>57</sup>.

Uma interpretação jurídica da expressão *beleza natural*, como exige o artigo 1228, §1º do Código Civil, reclama do intérprete o recurso a um raciocínio semelhante. Tal como se

<sup>55</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 129.

<sup>56</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Environnement et paysage. Actualité Juridique – Droit Administratif*, 20.9.1994. *Apud*: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 129

<sup>57</sup> MACHADO. *Op. cit.*, p. 129.

identifica com a paisagem, a noção de *beleza natural*<sup>58</sup> é igualmente definição que pressupõe a relação entre o *sujeito* que percebe e a *coisa* percebida, de modo a se encontrar naquele o juízo valorativo de algo como *belo* ou *bom*. Neste caso, a formação do juízo sobre os elementos naturais não constituirá jamais uma decisão individual, mas sim um *juízo comum*, a partir da Constituição, segundo o qual os elementos do meio natural, existindo em equilíbrio ecológico, são percebidos naturalmente como belos e bons. Daí porque sua preservação (não-degradação) deverá orientar, no sentido da lei, o exercício do direito de propriedade por seu titular.

### Poluição do ar e das águas

Em relação à poluição das águas e do ar, o §1º do artigo 1228 determinou espécie de comportamento negativo, uma vez que indicou ao titular do direito um *dever jurídico* de evitar o fenômeno. Para determinação do conceito deve ser admitido, com fins de interpretação, a definição fixada em outras leis, como é o caso do artigo 3º, inciso III, da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu o Plano Nacional do Meio Ambiente – PNMA. Define esta norma, *poluição* como: “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividade que direta ou indiretamente: a) prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) crie condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afete desfavoravelmente a biota; d) afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lance matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

Evidentemente que neste aspecto, ainda que esteja previsto no §1º do artigo 1228, do Código Civil, a proibição para a atividade poluente do ar e das águas, a interpretação desta norma deve se dar de modo extensivo, alcançando também os outros bens da vida integrantes do meio ambiente. Para tanto é extremamente útil o conceito de meio ambiente fixado na mesma Lei Federal nº 6938/81, que em seu artigo 3º, inciso I, indica-o como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Tanto para determinar ao §1º a técnica de *interpretação conforme* a Constituição, quanto para indicar coerência interna com outros elementos da própria norma – como o equilíbrio ecológico – o §1º do artigo 1228, do Código Civil, não pode admitir outro significado que não seja a vedação expressa de toda a espécie de poluição, considerando-se pois, a degradação da qualidade ambiental em relação a qualquer bem da vida integrante do patrimônio ambiental.

---

<sup>58</sup> A filosofia até o século XVIII não fazia uma clara distinção entre a beleza natural e a beleza artística, uma vez que os artistas em geral concentravam-se, sobretudo, na reprodução/imitação da beleza natural. Com a criação da estética como disciplina filosófica, no século XVIII, faz-se uma nítida distinção entre as duas espécies de beleza. Neste contexto, o próprio conceito de estética passa a ser cada vez mais reservado à apreciação das obras criadas pelos homens, ainda que exclua totalmente as coisas da natureza.

### 3.1. Deveres do proprietário e legislação ambiental

Resta ainda a definição dos deveres específicos do proprietário em matéria de preservação ambiental, o que por si só não pode ser retirado diretamente da Constituição<sup>59</sup> ou do Código Civil<sup>60</sup>, mas sim das diversas normas especiais de proteção ambiental previstas no direito brasileiro. Da mesma forma, estes deveres não se apresentam homogêneos para todas as relações jurídicas de propriedade, dependendo da espécie de bens da vida subordinados ao direito subjetivo, e sua relevância para o meio ambiente.

E, ainda que se possam indicar muitas situações em que a relação jurídica de propriedade de bens móveis ou equiparados a tal apresenta relevância para a preservação do meio ambiente (assim, por exemplo, a propriedade de animais em geral, integrantes da fauna, ou mesmo de produtos poluentes ou perigosos) é no tocante à propriedade imobiliária que o ordenamento jurídico vai tratar de impor um maior número de condicionamentos, sobretudo por sua relevância para preservação do meio ambiente.

É este o caso das disposições previstas na Lei Federal nº 9.985, de 19 de julho de 2000, que estabelece o Sistema Nacional das Unidades de Conservação. Tal diploma tem por finalidade, exatamente, o estabelecimento sobre certos territórios cuja extensão será determinada pelo Estado, de deveres jurídicos específicos impositivos aos proprietários visando sua preservação ambiental<sup>61</sup>. Para tanto, institui as chamadas unidades de conservação, definidas 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”* (artigo 2º, inciso I).

Trata-se, no caso, de um regime jurídico específico determinado por ato do Poder Público, com o objetivo de impor condicionamentos especiais ao direito de propriedade sobre o bem, limitando assim os poderes de exploração do mesmo. Estabelecem-se, portanto, deveres de maior intensidade em relação aos comumente reconhecidos ao titular da propriedade, tendo em vista, sobretudo, as diretrizes do SNUC, previstas no artigo 5º da Lei, e que compreendem, dentre outros, que: *“no conjunto das unidades de conservação estejam representadas amostras significativas e ecologicamente viáveis das diferentes populações,*

---

<sup>59</sup> Ainda que em certos casos, mesmo remetendo a regulamentação da restrição para a lei ordinária, seja possível identificar na norma constitucional, o conteúdo do dever jurídico em questão. É o caso do artigo 225, §2º, que estabelece, na forma da lei, em relação ao que explora recursos minerais, o dever de recuperar o meio ambiente degradado; assim como a restrição imposta à localização de usinas que operem com reator nuclear, decisão subordinada à Lei Federal (artigo 225, §6º).

<sup>60</sup> Faço nova referência, todavia, aos artigos 1277, 1291 e 1309 do Código Civil.

<sup>61</sup> Acerca dos pressupostos técnicos destas limitações, veja-se o estudo de: BENSUSAN, Nurit. Os pressupostos biológicos do Sistema Nacional das Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.) *Direito ambiental das áreas protegidas. O regime jurídico das unidades de conservação*. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 164-189.

*habitats e ecossistemas do território nacional e das águas jurisdicionais, salvaguardando o patrimônio biológico existente (inciso I); assegurem, nos casos possíveis, a sustentabilidade econômica das unidades de conservação (inciso VI); permitam o uso das unidades de conservação para a conservação in situ de populações das variantes genéticas selvagens dos animais e plantas domesticados e recursos genéticos silvestres (inciso VII); busquem proteger grandes áreas por meio de um conjunto integrado de unidades de conservação de diferentes categorias, próximas ou contíguas, e suas respectivas zonas de amortecimento e corredores ecológicos, integrando as diferentes atividades de preservação da natureza, uso sustentável dos recursos naturais e restauração e recuperação dos ecossistemas (inciso XIII)”.*

As unidades de conservação, de sua vez, dividem-se em duas: as *unidades de proteção integral*<sup>62</sup> e as *unidades de uso sustentável*<sup>63</sup>. Nas primeiras, seu objetivo primordial é a preservação do meio ambiente, razão pela qual, quando admitido a exploração dos seus recursos naturais, esta deverá se dar de modo indireto (artigo 7º, §1º). Já em relação às unidades de uso sustentável, o objetivo principal será “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (artigo 7º, §2º).

Em ambos os casos, note-se que a razão de ser do instituto é a *limitação* do poder do proprietário individual em relação ao bem de sua propriedade, ou mesmo a extinção simples da propriedade pela desapropriação, com vistas à instituição das unidades de conservação.

No caso das unidades de proteção integral - à exceção do *monumento natural* e do *refúgio da vida silvestre*, em que se admite sua instituição em áreas particulares, “desde que seja possível compatibilizar os objetivos da unidade com a utilização da terra e dos recursos naturais do local pelos proprietários”<sup>64</sup> - serão sempre instituídas em bens de domínio público. E mesmo no caso do monumento natural ou do refúgio da vida silvestre, na hipótese de não ser possível, ou não existir a concordância do proprietário em relação às condições impostas, as respectivas áreas deverão ser desapropriadas, passando ao domínio público.

No caso das unidades de uso sustentável, algumas espécies poderão ser constituídas por bens públicos ou privados<sup>65</sup>, e outras apenas por bens públicos<sup>66</sup>, variando suas diversas espécies previstas na lei em razão dos graus de condicionamento opostos ao titular da propriedade, a extensão da área protegida, assim como suas características.

<sup>62</sup> São espécies de unidades de proteção integral (artigo 8º): I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.

<sup>63</sup> São espécies de unidades de preservação permanente (artigo 14): I - Área de Proteção Ambiental; II - Área de Relevante Interesse Ecológico; III - Floresta Nacional; IV - Reserva Extrativista; V - Reserva de Fauna; VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural.

<sup>64</sup> Artigos 12, §1º e 13, §1º, da Lei Federal nº 9985/2000.

<sup>65</sup> Será o caso das Áreas de Preservação Permanente (artigo 15), das Áreas de Relevante Interesse Ecológico (art. 16) e das Reservas Particulares do Patrimônio Natural (art. 21)

<sup>66</sup> Serão constituídas apenas de bens públicos, que quando for o caso, irão adquirir esta qualidade por intermédio de desapropriação as seguintes unidades de conservação: Floresta Nacional (art.17), Reserva Extrativista (art. 18), Reserva de Fauna (art. 19), e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (art. 20).

Em relação às áreas de conservação que permanecem sob titularidade privada, a intervenção direta no direito de uso do proprietário (*ius utendi*), é a prerrogativa mais atingida em face da limitação do direito do titular da propriedade. Neste caso, note-se que o regime das unidades de conservação admite tanto o uso indireto como o uso direto do mesmo. O primeiro, caracterizado como “aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais” (artigo 2º, IX). E o uso direto, como “aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais” (artigo 2º, X). Neste sentido, propõe uma terceira categoria, de *uso sustentável*, nos seguintes termos: “*exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável*” (artigo 2º, inciso XI).

A definição de cada um desses usos, de sua vez, terá lugar nas definições constantes do *plano de manejo*<sup>67</sup>, igualmente definido na lei<sup>68</sup>. Este compõe-se de duas partes, uma *vinculada* às disposições da lei e da Constituição. Outra, *discricionária*, indicada à atuação do agente público segundo seu próprio entendimento ou, quando previsto em lei, decorrente da manifestação dos interessados em audiência pública. Em qualquer caso, estarão submetidas aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre a restrição imposta e o objetivo de interesse público perseguido – no caso, a preservação do meio ambiente.

Outra restrição típica das unidades de conservação, por expressa previsão legal (com exceção das áreas de proteção ambiental e das reservas particulares do patrimônio natural) é a constituição das *zonas de amortecimento*, consistente em área que permita a separação gradativa entre o meio ambiente antropicamente trabalhado e o meio ambiente natural, ou seja, um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circundante de uma unidade de conservação<sup>69</sup>. A adoção e implantação destas *zonas de amortecimento*, contudo, não podem desconhecer o uso legítimo que antes da instituição da área nela realizavam os titulares da propriedade sobre os bens imóveis integrantes da mesma. No caso, a restrição ao uso do bem não pode ser tal que caracterize a eliminação deste, sob pena de retirar o conteúdo econômico da exploração da propriedade sem qualquer espécie de compensação. Em casos nos quais a instalação da *zona de amortecimento* não admite a coexistência entre o uso econômico do bem e sua afetação a finalidade pretendida pelo Poder Público, a opção deve ser pela desapropriação da área<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Segundo Paulo Affonso Leme Machado, “o plano de manejo, na prática, será a lei interna das unidades de conservação”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Áreas protegidas: a Lei nº 9985/2000*. In: BENJAMIN. *Direito ambiental das áreas protegidas...*, op.cit., p. 248-275.

<sup>68</sup> Artigo 2º, inciso XVII: “Plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”

<sup>69</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Áreas protegidas...*, p. 258.

<sup>70</sup> No mesmo sentido é o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado. *Idem*, p. 259.

De modo geral, sempre quando o Estado, com a finalidade de preservação do meio ambiente, limitar em tal grau que caracterize a própria eliminação de uma das prerrogativas da propriedade – uso, gozo ou disposição – não se estará propriamente a impor deveres ao titular da propriedade, mas sim retirando parcela do direito. Razão pela qual a hipótese aí será de desapropriação e não propriamente da exigência de deveres inerentes ao domínio em face do dever geral de proteção ambiental.

Outra coisa, certamente, são os limites ou deveres impostos com a finalidade de preservação ambiental que impõe condutas, representadas por deveres de prestação ou abstenção do titular da propriedade. Em tais casos, o que estará sendo estabelecido, muitas vezes, são critérios de regularidade do exercício da propriedade, em face de deveres concretamente estabelecidos. É o caso, por exemplo, dos deveres impostos ao proprietário pelo Código Florestal (Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965), o qual em seu artigo 1º, parágrafo único, determina expressamente que “as ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas são consideradas uso nocivo da propriedade”. Remete-se neste caso, ao conceito típico de direito civil, de *uso nocivo, mau uso* ou *abuso do direito* de propriedade, o que pela lógica submete o proprietário às *sanções* de estilo em face do *mau exercício* do direito.

E em relação ao Código Florestal, note-se que sua principal característica é a imposição de um dever de abstenção do proprietário, consistente na manutenção de áreas de floresta nos limites territoriais que estabelece *a priori*<sup>71</sup>, ou ainda nas situações específicas que menciona, quando a extensão destes limites será estabelecida por ato do Poder Público<sup>72</sup>. Assim como

<sup>71</sup> Assim o artigo 2º do Código Florestal: “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.”

<sup>72</sup> Art. 3º - Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar

na denominada área e reserva legal<sup>73</sup>, situação em que se exige, inclusive, a respectiva averbação à margem do registro imobiliário para efeito de sua caracterização, assim como para impedir a alteração da sua destinação, pela qual são restringidas do proprietário as prerrogativas de uso e gozo do bem.

Da mesma forma, por ato do Poder Público outras restrições ao exercício da propriedade serão estabelecidas em face da preservação do meio ambiente, como é o caso do direito de usar a área para pastoreio ou decidir as técnicas que devem ser adotadas para fim do controle de pragas<sup>74</sup>. E a possibilidade de declarar-se como imune de corte determinadas espécies de árvores<sup>75</sup>, retirando do proprietário a possibilidade de fazê-lo, ainda que a rigor, sejam as mesmas de sua propriedade, na qualidade de bens imóveis por acessão.

Em relação ao direito de percepção dos frutos da coisa (*ius fruendi*), são várias as disposições de restrição ou controle do comércio e do uso industrial das espécies vegetais das florestas<sup>76</sup>, assim como, em certos casos, a obrigação do plantio de novas áreas<sup>77</sup>.

Em todas estas situações, em que a restrição parcial de uma ou mais prerrogativas da propriedade não a desnaturam como tal, o que se estabelece a rigor são deveres jurídicos para o exercício do direito, tal qual hoje é expressamente previsto na definição legal do artigo 1228, §1º. E na medida que a própria definição legal de propriedade autoriza a imposição de deveres jurídicos específicos para seu exercício *de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico*, ao estabelecer a lei especial uma série de deveres que regulam este exercício de direito, tais não podem ser indicadas como *interferência* no direito de propriedade, mas sim, *regulação* do seu exercício.

Todas estas situações, como se vê, serão de extrema relevância, e uma vez confrontadas à definição legal de propriedade, deverão ser caracterizadas ou não como limitação/restrrição ao direito, cuja conclusão remeterá a qualidade em que serão admitidas pelo direito, assim como suas respectivas conseqüências.

### 3.2. Deveres do proprietário e o direito de indenização.

Ao direito de propriedade, além dos poderes jurídicos sobre a coisa, também se reconhecem quaisquer direitos ou pretensões à indenização em face da intromissão indevida na esfera jurídica do titular do direito<sup>78</sup>. A rigor, o direito à indenização é o corolário do

público. § 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.”

<sup>73</sup> Artigo 16, do Código Florestal.

<sup>74</sup> Artigo 4º, do Código Florestal.

<sup>75</sup> Artigo 7º, do Código Florestal.

<sup>76</sup> Artigos 12 e 13 do Código Florestal.

<sup>77</sup> Artigos 20 e 21 do Código Florestal.

<sup>78</sup> Assim: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. 11, p. 13-14.

direito de propriedade, porquanto se admite que da retirada das suas condições de proveito econômico seja reconhecida ao titular lesado a correspondente reparação pelo prerrogativa que se lhe retira. A Constituição da República assegura, nas hipóteses de desapropriação<sup>79</sup>, a exigência de prévia e justa indenização do particular, no que se presume *de iure* o dano. Em outras hipóteses, como a utilização do bem pelo Poder Público em caso de perigo iminente, admitirá a indenização apenas na hipótese de existir dano<sup>80</sup>.

Entretanto, é necessário precisar conceitos, sobretudo naquilo que nos propomos neste estudo, em face do §1º do artigo 1228 do Código Civil. A indenização pressupõe, conceitualmente, a existência de uma lesão a direito, razão pela qual, inclusive, discute-se em termos de responsabilidade civil, sua própria finalidade, se de reparação do valor de uma perda patrimonial, ou da soma necessária para recolocação do bem no estado anterior à lesão<sup>81</sup>. No caso da indenização por parte do Poder Público, em face de sua interferência no direito dos particulares, esta nem sempre se dá em face de um ilícito, senão muitas vezes por conta de uma perda econômica decorrente da atuação lícita do Estado (*jus imperii*), em favor de um determinado interesse público que – no caso – sobrepõe-se a certo interesse particular. Continua exigindo, contudo, a lesão a interesse/direito subjetivo protegido pela ordem jurídica, o que no caso importa na interferência em poderes jurídicos, qualificados como tais, de modo a retirar-lhe suas características e possibilidades de fruição e proveito.

A proteção que a ordem jurídica brasileira indica ao meio ambiente, entretanto, impõe sensíveis alterações no conceito de dano indenizável em algumas searas das intervenções estatais na propriedade particular. Conforme ensina Paulo Affonso Leme Machado, com fundamento no artigo 45 da Lei nº 9985/2000, esta norma “deu novas orientações relativas à regularização fundiária das unidades de conservação, excluindo-se das indenizações, derivadas ou não de desapropriação: as espécies arbóreas declaradas imunes de corte pelo Poder Público; as expectativas de ganhos e lucro cessante; o resultado de cálculo efetuado mediante a operação de juros compostos e as áreas que não tenham prova de domínio inequívoco anterior à criação das áreas de conservação”<sup>82</sup>.

A rigor, o ponto central da controvérsia é a identificação do que se trata de efetiva interferência que causa lesão aos direitos do proprietário, e o que se caracteriza como imposição de deveres jurídicos decorrentes da própria definição jurídica de propriedade, decorrentes de sua função social e consignados como pautas do exercício do direito.

<sup>79</sup> Artigos 5º, inciso XXIV, 182, §3º e 184 da Constituição da República. Em outros casos, como as que a desapropriação caracteriza-se como sanção de ilícito, descabe exigir-se indenização, como o previsto no artigo 243, do ADCT em relação às glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

<sup>80</sup> Artigo 5º, inciso XXV: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

<sup>81</sup> Sobre o tema veja-se: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques (Directeur). *Traité de droit civil*. 2ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 183 et seq.

<sup>82</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Áreas protegidas...*, p. 257.

Outra questão colocada por Antônio Herman Benjamin é a da exigência ou não da indenização, na hipótese de determinar-se a conservação das áreas de preservação permanente e das reservas florestais legais, assim como sua consideração para efeitos de cálculo do *quantum* indenizatório na hipótese de ulterior desapropriação direta ou indireta. Parte então, do pressuposto com o qual concordamos, de que “a obrigação de resguardar o meio ambiente não infringe o direito de propriedade, não ensejando desapropriação”<sup>83</sup>, para concluir que em tais casos não há inviabilidade do exercício da propriedade, mas apenas sua limitação, nos termos da lei. Por essa razão, defende na hipótese de desapropriação do imóvel em que estejam presentes áreas de preservação permanente, e de reserva florestal legal, que estas sejam afastadas para fins de cálculo do valor do imóvel com vistas à indenização<sup>84</sup>.

Em exame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça observam-se decisões, em matéria de desapropriação, nas quais se reconhece que a cobertura vegetal das áreas de preservação permanente, definidas como tal pelo Código Florestal, não são suscetíveis de indenização<sup>85</sup>. Todavia, nas hipóteses em que se caracteriza a supressão do direito de uso e fruição do bem pela imposição de deveres de preservação, há decisões em sentido diverso, pela procedência do pleito indenizatório<sup>86</sup>.

É fato que a influência dos preceitos de direito ambiental – a partir das normas constitucionais que lhe fundamentam – sobre o direito civil, vem provocando uma série de modificações no modo de conceber e interpretar os conceitos jurprivatísticos. Um exemplo interessante neste sentido é a natureza que se vem reconhecendo a obrigação de recomposição do ambiente degradado em razão de dano ambiental pelos tribunais, a qual vem se reconhecendo como espécie de obrigação *propter rem*, uma vez que acompanha a coisa para ser imposta ao titular da mesma, na hipótese de transmissão da propriedade<sup>87</sup>.

No caso do direito à indenização, é fora de dúvida que a garantia do proprietário de, na hipótese de lhe ser retirado o conteúdo econômico do seu direito, fazer jus à respectiva compensação, deve ser interpretada em conformidade com significado da propriedade que indica o Código Civil. E neste caso, vai exigir do intérprete uma postura científica própria para identificar, dentre os condicionamentos impostos pela Constituição e pela legislação ordinária

---

<sup>83</sup> BENJAMIN. Desapropriação, reserva florestal legal..., p. 37.

<sup>84</sup> Idem, p. 40.

<sup>85</sup> STJ - RESP 259948 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 12.04.2004, p. 189;

<sup>86</sup> STJ - RESP 188781 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 29.11.1999, p. 125.

<sup>87</sup> ADMINISTRATIVO - DANO AO MEIO-AMBIENTE - INDENIZAÇÃO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexos de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexos causal, porque imposta por lei. 4. Recursos especiais providos em parte. (STJ - RESP 327254 / PR; 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, p. DJU 19.12.2002, p. 355).

que lhe fundamenta, o que representará *restrição ao direito* - indenizável na forma da lei - e o que consistirá em simples imposição de *dever jurídico*, à luz do disposto no artigo 1228, §1º do Código Civil. Neste último caso, uma vez que se tratam de deveres inerentes ao exercício do direito de propriedade, não destacam/afetam seu conteúdo e, portanto, serão insuscetíveis de indenização.

#### 4. CONCLUSÕES

A transformação histórica da definição de propriedade em direito ordinário, e sua elevação à qualidade de direito fundamental, demonstra um traçado que remete de um poder jurídico pleno exercido segundo a vontade do titular do direito, até sua conformação como prerrogativa indicada a certos fins sociais e econômicos aos quais vinculam-se os titulares deste poder. Igualmente, os conceitos técnico-jurídicos que lhe são correlatos, como a distinção entre *titularidade* e *exercício* de direitos, e a possibilidade de limitação e sanção do abuso em relação a este último, assim como a eleição de novos bens da vida dignos de proteção jurídica e, logo, oponíveis desde logo ao poder jurídico do proprietário, exigem um novo modo de interpretar-se a propriedade. Uma nova *mentalidade* sobre a propriedade, retomando o pensamento de Paolo Grossi<sup>88</sup>.

A relativização dos direitos subjetivos, a revalorização do interesse social frente a propriedade, as questões urbana e agrária, e a exigência de ações para seu enfrentamento, um novo enfoque sobre a função jurídica da posse e, afinal, a crescente tutela jurídica do meio ambiente, alteraram substancialmente o modo como o direito passa a interpretar o conceito de propriedade. Neste caminho, todos esses interesses protegidos juridicamente, assim como outros aqui não mencionados, em regra foram colocados como contrapostos à proteção jurídica da propriedade, de modo que a solução destes “conflitos” realizava-se mediante uma composição ou coordenação de interesses, no mais das vezes, afastando-se parte do conteúdo de ambos os direitos para alcançar-se um ponto de equilíbrio. Ou seja, a postura do jurista era de identificá-los como elementos distintos que, encontrando-se em dada relação jurídica por expressa determinação constitucional ou legal, deveriam alcançar um nível de interação que, afinal, preservasse a essência de ambos os interesses.

Ocorre que neste raciocínio, a propriedade – ainda que de modo disfarçado ou implícito – conservava seu caráter absoluto do direito civil clássico. Tudo o que fosse representativo de um mínimo de deveres jurídicos, sobretudo os de abstenção oponíveis ao titular do direito subjetivo, deveria ser devidamente compensado, ou exigido desde logo a perda da propriedade por desapropriação – sempre com vistas à indenização. Não se vislumbrava assim, a possibilidade de deveres inerentes ao próprio conteúdo da propriedade, ainda que os

---

<sup>88</sup> GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades...*, op. cit., p. 58.

antecedentes históricos mais recentes, sobretudo em direito comparado, indicassem nesta direção, como é o caso mais célebre da Constituição alemã de 1919, e sua idéia-força de que “*a propriedade obriga*”.

É aí que a alteração da definição legal de propriedade, hoje prevista no artigo 1228 do Código Civil permite um elemento a mais, decisivo até na postura do intérprete mais resistente às transformações conceituais que mencionamos. Com o novo Código Civil o conceito em direito ordinário da propriedade se altera. A partir dele, não se trata *apenas* do direito usar, gozar e dispor da coisa, e de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha, mas é *também* isto. Inclui-se contudo, restrições ao poder disposição do proprietário e, no que interessa a esse trabalho, a definição de pautas de conduta exigíveis do titular do direito, consistente na imposição de novos deveres jurídicos. Tais deveres não consistem em limitações ou restrições ao direito, mas sim *conformam o direito*, que se reconhecerá legítimo e jurídico, apenas na hipótese de respeitar os deveres ali consignados.

No caso dos deveres de preservação ambiental, a definição jurídica de propriedade expressamente remete à legislação especial sua determinação específica, o que naturalmente permite concluir que o cumprimento dos mesmos, tais como estabelecidos nas normas próprias, será condição de reconhecimento do exercício regular do direito. Neste sentido, suprime-se a noção de “*conflito*” entre a propriedade e as exigências de preservação do meio ambiente, no que se refere a eventuais limitações dos poderes do proprietário. Não serão mais *limitações*, com o caráter restritivo que carrega a expressão, mas *deveres de conformação* da propriedade, atinentes ao exercício do direito, razão pela qual não poderão ensejar considerações acerca da perda injusta de qualquer das prerrogativas do domínio. Ao contrário, *as noções de propriedade e domínio sim, é que incorporam tais deveres de conformação atribuídos a seus titulares*. Razão pela qual é possível concluir que, tal qual está presente em nossa legislação civil, o artigo 1228 do Código Civil provoca alteração substantiva da definição de propriedade em nosso direito ordinário, e por conseqüência, na própria interpretação das normas constitucionais.

**RESEARCH IN LAW: A TESTIMONIAL ON GROUP  
RESEARCH, THE METHODOLOGY OF “SPRECHSTUNDE” AND  
SCIENTIFIC INVESTIGATION IN POSTMODERN TIMES<sup>1</sup>  
BY CLÁUDIA LIMA MARQUES**

---

Translation by\*  
Catherine Tinker

## INTRODUCTION

...any viable education theory has to begin with a language that links schooling to democratic public life, that defines teachers as engaged intellectuals and border crossers, and develops forms of pedagogy that incorporate difference, plurality, and the language of the everyday as central to the production and legitimation of learning. ... Postmodern educational criticism offers the opportunity for a discursive practice, works in the interest of mankind...acknowledging difference as the basis for a public philosophy that rejects totalizing theories that view the Other as a deficit, and providing the basis for raising questions the dominant culture finds too dangerous to raise.

(ARANOWITZ and GIROUX, *Postmodern Education – Politics, Culture & Social Criticism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1993, pp. 187-188).

Restlessness, curiosity, and an interest in the new are normal characteristics of those who would learn, of those who are developing and accumulating knowledge, like law students in the Brazilian university. I think it is possible to steer and use this force of inquietude and of doubt for scientific study; for the beauty of discovering and explaining reality; for the pleasure of constructing thought; of developing reasoning, deductive or

---

<sup>1</sup> This article was first presented as an oral presentation in the IX Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, PUC-RIO, September, 19<sup>th</sup> 2001 (GTR4-Cooperação Interinstitucional e Programa Simon Bolívar) and discussed on September 20<sup>th</sup>, (GTE1-Direito Internacional e Integração regional: os efeitos da globalização). The author would like to thank (and honor) Prof. Michael R. Will and the DAAD/CAPEs Program for the financial support received during her studies in Germany.

\* Originally published in the *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 20 (Porto Alegre: Nova Prova Grafica e Editora, 2001), pp. 63-89. An earlier version of this translation into English and the accompanying essay responding to the article was distributed at the CAPEs-FIPSE Annual Project Directors' Meeting in Florianopolis, SC, Brazil, October 6-9, 2004. This translation was reviewed by UFRGS Masters' degree candidate in Law Antonia Espíndola Longioni Klee.

inductive; for the pleasure of discovering a solution to a case or a problem in life; to experience respect and admiration for the discoveries and the paths of jurists who preceded us; to know and accompany the jurists of today; to develop our own vision of reality, to admire and unveil logic – rational or sentimental – in current juridical solutions to old and new conflicts and problems of our society.

To research is to think, reflect, read, discuss, question, criticize, discover and, finally, to search for a vision, an explanation, an idea, a solution to the questions and problems that motivate and interest us; to build, form and organize a thought (original or not); and to reach a result which calms that initial inquietude.

To research in law is something so simple and hermeneutic, almost natural and intrinsic to science. Why is it treated as something so complex, egotistical and exclusive for only a few? There are many explanations: power games<sup>2</sup>; the influence of positivism, and empiricism in our scientific thought<sup>3</sup>. It seems useful, in this ninth national meeting of CONPEDI (National Council of Research in Law), PUC-RIO, 2001, to reflect on this question and analyze current answers from a postmodern view<sup>4</sup>. (Erik Jayme, “Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne,” in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pp. 36 et seq.) This may contribute a little, which in my view is necessary, towards the reconstruction and redirection of our own prejudices in relation to research in law and the way that research is carried out in our law schools.

In this sense, I would like to divide my reflections into two parts, the first analyzing research in law in the university and the difficulties of doing legal research today as a consequence of the crisis of post-modernity<sup>5</sup>. Reality is such that looking within the university and within other sciences, research carried out in law is less respected. We will reflect on why there is this prejudice against juridical research; defend the plurality of research methods<sup>6</sup>,

<sup>2</sup> Cf. TRINDADE, Hêlgio, *Universidade, Ciência e Poder*, in *Universidade em ruínas*, 2ed., Ed. Vozes, 2000, p. 14-21.

<sup>3</sup> Cf. SAMAJA, Juan, *Aportes de la metodología a la reflexión epistemológica*, in *La posciencia - El conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*, Esther Díaz (Editora), Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151.

<sup>4</sup> This post-modern analysis is in honor of Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme of the University of Heidelberg, the author’s doctoral dissertation advisor (orientador), who in his course at the Hague Academy of International Law launched his theory on post-modernity as reflected in the law. See JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pg. 36 et seq.

<sup>5</sup> On the reflection of current post-modernity in research and in the science of law, see my article *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, n. 6 (1999), p. 237 et seq. (republished in the *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*) and in the book of the Annual Record of the Conference, *Rumos da Pesquisa - Múltiplas Trajetórias*, Maria da Graça KRIEGER & Marininha Aranha ROCHA, eds., Porto Alegre: Pró-Reitoria de Pesquisa/Ed. UFRGS, 1998, pp. 95-108.

<sup>6</sup> This work was inspired by Aranowitz and Giroux, who demonstrate how the post-modern paradigms, like pluralism and the end of absolute and universal meta-narratives for all the sciences (as, for

especially in postmodern times<sup>7</sup>; and construct a positive attitude<sup>8</sup> for ourselves as jurist-researchers, denying exclusion and of prejudice in relation to our colleagues, in the universities and institutions of society<sup>9</sup> (Part I). The second part will be dedicated to the problems and difficulties of teaching research in law. In our academic reality, extracurricular research outside of students' classes, research for scientific initiative/investigation without the finality of a grade or work without conclusion, is increasingly less frequent in our country. I have had the privilege and luck to be a junior researcher at the University of Saarland, at the Max Planck Institute in Germany and at the Swiss Institute of Comparative Law. Since joining the Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) some ten years ago [Tr. Note: as of 2001, when this article was written], I have worked in scientific initiatives and group research. So I think I can contribute to the discussion with a personal testimony. I want to share something about the format, the method, the difficulties and the results of this work of group research at the UFRGS law school. This story's goal is not only to explore the methodology that

example, the end of the traditional meta-narrative of the need to use empirical methods for a study to be considered "scientific"), can and should be used to discuss the crisis in education and our methods in today's university: "*Regardless of whether critics see postmodernism as pastiche, parody, or serious cultural criticism, the postmodern temperament arises from the exhaustion of the still prevailing intellectual and artistic knowledge and the crisis of the institutions charged with their production and transmission - the schools. The "nihilism" of postmodern discourse does not signify its rejection of ethics, politics, and power, only its refusal to accept the givens of public and private morality and the judgments arising from them. Of course, we go further in this book and argue that critical postmodernism provides a political and pedagogical basis not only for challenging current forms of academic hegemony but also for deconstructing conservative forms of postmodernism in which social life merely made over to accommodate expanding fields of information in which reality collapses into the proliferation of images. At its best, a critical postmodernism signals the possibility for not only rethinking the issue of educational reform but also creating a pedagogical discourse that deepens the most radical impulses and social practices of democracy itself.*" ARANOWITZ, Stanley and GIROUX, Henry A., *Postmodern Education - Politics, Culture & Social Criticism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1993, p. 187.

<sup>7</sup> I defend the idea that the crisis of post-modernity in Law originated in the modification of relevant economic benefits, that in the Middle Ages meant immovable assets, in the Modern Age meant movable economic goods, and that in the current time means movable immaterial assets, or the dematerialized "doing" of services, of *soft ware*, communication, leisure, safety, education, health, credit. If it is only these immaterial benefits and performances that are wealth today, then the contracts that authorize and regulate the transference of these "riches" to society also have to change, evolving from a model of buying and selling to new models of services and complex transactions, adapting to this dematerialized "post-modern" challenge. See our book, *CONTRATOS*, 3.ed., p. 89 et seq. Sociologists prefer to study the phenomenon of change in the means of production: pre-industrial, industrial and post-industrial or *informationalism*, as Castells analyses the teachings of Touraine, in CASTELLS, Manuel, *The rise of the network society*, vol. I, *The Information age: economy, society and culture*, Blackwell, Massachusetts, 1996/1999, p. 14 et seq.

<sup>8</sup> According to ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1992, p. 117. In Rosenau's classification, one must be a "skeptical" post-modern, in order to counter the "affirmative" post-modern, referring to those who clamor for the reconstruction of and who use of part of the meta-narratives of modernity, like the position defended in this article. *Id.*, at 53, 57.

<sup>9</sup> Research in Law is not restricted to law schools and universities; on the contrary, from my experience in research institutes in Germany and Switzerland and in BRASILCON - the Brazilian Institute of

developed to teach research, called “Sprechstunde,” but also and principally, as a mixture greatly influenced by German methods and not common in Brazil, to assist reflection on the necessary opening of spirit in relation to the efforts of colleagues in scientific initiatives and in teaching research. Perhaps, therefore, we can reflect a little on the normal egoism of professor-researchers and of the rejection of research<sup>10</sup>. Perhaps, also, we can start a counter-tendency of working more cooperatively, interdisciplinarily, in groups, respecting differences and pluralism in a type of “postmodern educational criticism”<sup>11</sup> (defined as a “. . . need for constructing a critical discourse to both constitute and reorder the ideological broader parameters of a radical democracy,” Aranovitz and Giroux, op. cit, p. 188) also in the Law<sup>12</sup>.

## I. RESEARCH IN LAW IN THE UNIVERSITY

As Pádua teaches,

in a broad sense, research is all activity aimed at solving problems, activities of search, inquiry, and investigation of reality; activity that permits us, in the realm of science, to work out an idea or a collection of ideas that helps our comprehension of that reality and orients our actions.<sup>13</sup> (PÁDUA, Elisabeth Matallo Marchesini de, *Metodologia da pesquisa – Abordagem teórico-prática*, Ed. Papirus, 2.ed, Campinas, 1997, p. 29)

Consumer Law and Policy (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), I consider that the future of research, also in Brazil, will be conducted as much in the organizations and institutes of the Third Sector as in the universities.

<sup>10</sup> I defended pluralism in the research published as “A crise”, p. 95 et seq.

<sup>11</sup> The expression “Postmodern educational criticism” is slightly incongruous, since the critic is typical of modernity, but this expression was used by ARANOVITZ and GIROUX, p. 188, to describe the theory of reconstruction of education, in a democratic, pluralistic and critical way, in full post-modernity: “*Postmodern educational criticism points to need for constructing a critical discourse to both constitute and reorder the ideological broader parameters of a radical democracy*”.

<sup>12</sup> For some, this is a very difficult task, that involves a return to epistemological thought. Thus the Argentine master, Carlos Alberto Ghersi (GHERSI, Carlos Alberto, *Tercera Via - Ambito Jurídico*, Ed. Gowa, 2000), considers that post-modernity constructs a dangerous legal subjectivity and an abstract method of teaching that is removed from reality and a discourse on law postulated as if it were real, even though it cannot be effective, (p. 30), that exalts individualism and sees law as an end in itself (p. 44), which is the destruction of the validity and social function of Law (p. 45). The author argues for a counter-tendency (p. 33), that “el derecho debe enseñarse como fenómeno social complejo” and as a resource for the other sciences, because “definir la frontera de una ciencia, es limitar la investigación, es no permitir la consubstanciación o entrecruzamiento de los saberes, lo social es un todo inescindible, pues apunta a la humanidad en comunidade, parcializada en Estados o globalizada en un solo mundo” (p. 33 and 34) and he concludes: “Pensamos que a partir de involucrar el derecho con los saberes que están en lo social, mostramos aspectos de las normas que las sumergen en un mundo de contradicciones y de causalismos; la contextualización enfrenta así a la abstracción individualista, es la corriente de reacción o su contratendencia.” (p. 37).

<sup>13</sup> See PÁDUA, Elisabeth Matallo Marchesini de, *Metodologia da pesquisa- Abordagem teórico-prática*, Ed. Papirus, 2.ed, Campinas, 1997, p. 29 (defining research).

During the sixteenth and seventeenth centuries, the epistemological bases and methodologies of modern scientific understanding were established<sup>14</sup>, of which Galileo Galilei, Isaac Newton and Johannes Kepler are considered precursors, and which resulted in a new way of comprehending reality and the foundation of knowledge, an empirical method:

Scientific thought abandoned the unquestionability of dogma and the tradition that medieval thought had to oppose the legitimacy and the force of empirical facts/observations. Reason linked with experience allowed knowledge of physical and natural phenomena. Observation, experimentation and meditation were the fundamental methods that facilitated this fruitful relationship between theories and deeds.<sup>15</sup> (LUQUE, Susana de, *El objeto de estudio en las ciencias sociales*, in *La posciencia-El conocimiento científico en las postrimeras da la modernidad*, Esther Díaz (Editora), E.Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 223)

The successes of the exact sciences permitted the thinkers of the seventeenth century to transfer this “scientific” vision to the analysis of social phenomena, forcing social and applied sciences<sup>16</sup>, such as law, to use these methods in order to be valid and advance toward the “truth”<sup>17</sup>. Thus began the crisis of the method of research in law.

### A. Difficulties of Research in Law and of University Dialogue in Postmodern Times

The term “method”, used in the context of scientific research, has a double meaning: a) it can refer to the proceedings to obtain knowledge, to discover it, to know it or to investigate it; and b) it can refer to the proceedings to “validate” or “justify” an understanding, an assertion or a result which is already known<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> See Trindade, op. cit., p. 14.

<sup>15</sup> LUQUE, Susana de, *El objeto de estudio en las ciencias sociales*, in *La posciencia - El conocimiento científico en las postrimeras de la modernidad*, Esther Díaz (Editora), Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 223.

<sup>16</sup> On the theme of specifics in areas of science and the ever greater distinction between “basic science” and “applied science”, see the summary of the conference in REGNER, Anna Carolina K. P., *O fazer científico: as especificidades das áreas e uma nova agenda para a ciência*, in *Rumos da Pesquisa-Múltiplas Trajetórias*, Maria da Graça KRIEGER and Marininha Aranha ROCHA, eds., Porto Alegre: Pró-Reitoria de Pesquisa/Ed. UFRGS, 1998, p. 273.

<sup>17</sup> LUQUE, *La posciencia*, p. 223: “Los éxitos alcanzados en el ámbito de las ciencias físicas impulsaron a los pensadores del siglo XVII a trasladar la mirada científica hacia dos fenómenos sociales...[las ciencias sociales] sólo alcanzarían la verdad en la emedidad en que siguieran el modelo de la físico-matemática...”

<sup>18</sup> See SAMAJA, Juan, *Aportes de la metodología a la reflexión epistemológica*, in *La posciencia - El conocimiento científico en las postrimeras de la modernidad*, Esther Díaz (Editora), Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151.

The basic difficulty of research in law is its method, as well as its result, a polemic<sup>19</sup>.

Effectively, in law, what matters is the polemic as much as the method of research itself (method of investigation)<sup>20</sup>, or as much as the method of validation of juridical research (method of justification)<sup>21</sup>. The first crisis was that of its method of validation. In the nineteenth and twentieth centuries, the “Wienerkreis,” the Circle of Vienna, including Carnap<sup>22</sup>, the founder of empirical sociology, and the founder of the positivist method, Auguste Comte<sup>23</sup>, began to defend the idea that only that which could be explained positively and empirically could be scientifically valid, rejecting everything metaphysical and speculative. This had enormous repercussions for Philosophy, Religion and Law. Initially, Law did not change its methods of research, of investigation and of “discovery” of knowledge; the use of the hermeneutic method (dogmatic and deductive)<sup>24</sup> continued to be typical of legal studies from the Roman books through the Middle Ages. This resulted in a great crisis of validation (or of justification) for research in law, aiding in the triumph of the positivist method, the only one considered “scientific” in this period<sup>25</sup>.

### 1. The Hermeneutic Method and the “Menosprezo” for Research in Law: The Lack of Validation or Justification of Qualitative Methods

For a long time, thinkers underrated the importance and also the possibility of research in law<sup>26</sup>. Without wanting to repeat this sterile discussion (happily overcome today)<sup>27</sup>, I would like to emphasize that this vision and type of mono-methodology of the modern age is no longer conducive to the pluralism of methods<sup>28</sup> of the current postmodern age<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> Today, the so-called products of research in Law are initially the same as those of other sciences: books, articles, studies, reports, lectures, conferences, etc. But also the indirect results of research in Law are the objects of Law, a statute, a treaty, a new doctrine, an opinion or consultation, a forensic work, a leading case decision. These are not normally considered to be products of science, but they are juridical facts.

<sup>20</sup> “[Los métodos de investigación]... están dirigidos al incremento del conocimiento, a conocer nuevos hechos, propiedades, relaciones y regularidades.” GIANELLA, Alicia E., *Introducción a la epistemología y la metodología de la ciencia*, Ed. da la Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1995, p. 78.

<sup>21</sup> “[Los métodos de validación o justificación] tienen por función ejercer una especie de “control de calidad” de los conocimientos, evaluar las hipótesis y teorías desde los fundamentos que ofrecen.” *Id.*

<sup>22</sup> See SAMAJA, op. cit., p. 152.

<sup>23</sup> See LUQUE, op. cit., p. 228.

<sup>24</sup> See the classic words of Reinhold Zippelius: “*Der Gegenstand bestimmt die Methode*”, ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., Beck, München, 1990, p. 1.

<sup>25</sup> Cf. PÁDUA, op. cit., p. 31.

<sup>26</sup> See ZITSCHER, Harriet Christiane, *Como pesquisar?*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17(1999), p. 103 et seq. (distinguishing between conceptual/dogmatic research and empirical research, both in Law).

<sup>27</sup> See REGNER, op. cit., p. 274 (sufficiently post-modern).

<sup>28</sup> On pluralism of methods, as a necessary reflection of current times, see JAYME, Curso, p. 36 et seq.

<sup>29</sup> See SILVA, Tomaz Tadeu, *A produção social da identidade e da diferença*, in *Identidade e Diferença*, SILVA, Tomaz Tadeu, ed., Ed. Vozes, São Paulo, 2000, p. 73 (a fine defense of pluralism). See also,

As Pádua teaches,

Until the middle of the Twentieth Century, it was considered as scientific knowledge produced from the bases established by the positivist method, aided by experimentation, measured and rigorous control of data, as much in the natural sciences as in the human sciences. The idea of “scientific” was associated with experimental and quantitative research, whose objectivity would be guaranteed by the instruments and techniques of measurement and by the neutrality of each researcher confronting the investigation of reality. As the development of investigations in the human sciences, the so-called “qualitative studies,” sought to consolidate procedures that could surmount the limits of merely quantitative analyses. Starting from presuppositions established by the dialectic method, and also aided by phenomenological bases, one can say that qualitative research is concerned with the significance of social phenomena and processes, considering motivations, beliefs, values, social representations, that permeate the network of social relations. As these aspects are not susceptible to measurement and control, in the dominant scientific mold, their “science” is frequently questioned. (Op cit., p. 31)<sup>30</sup>

Recall, however, that in the Middle Ages, the scientific method was completely hermeneutic. When the first universities were established, hermeneutics was science for excellence, comprehension, and interpretation of texts, scriptures and laws. The first three schools to be organized were, rightly and justly, Theology (Philosophy); Law; and Medicine<sup>31</sup>.

Law, Theology, and Philosophy constructed their knowledge, their science, their understanding from hermeneutic forms. Historically, the empirical method was considered scientific, from the experiments of Galileo up to the empiricism of Locke and others. As we previously saw, it was only in the Nineteenth and Twentieth Centuries that thinkers began to

particularly on pluralism in Law, FRIEDMAN, Lawrence, *The Republic of Choice*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 11 et seq. As Vattimo explains in his introduction, “*O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...*”, VATTIMO, Gianni, *O fim da modernidade-niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. VII. Cf. Veja uma bela defesa do pluralismo, in SILVA, Tomaz Tadeu, A produção social da identidade e da diferença, in *Identidade e Diferença*, Coord. SILVA, Tomaz Tadeu, Ed. Vozes, São Paulo, 2000, p. 73. Veja também excepcional sobre pluralismo no Direito, FRIEDMAN, Lawrence, *The Republic of Choice*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 11 e seg. Como explica Vattimo em sua introdução, “*O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...*”, veja VATTIMO, Gianni, *O fim da modernidade-niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. VII.

<sup>30</sup> Cf. PÁDUA, *Op. cit.*, p. 31.

<sup>31</sup> See TRINDADE, *op. cit.*, p. 12 (on the medieval university).

consider the empirical method, more used in the exact sciences and sciences other than Law, as the only one to be “scientific”, in a perfectionist vision typical of the universal and absolute beliefs of the modern age<sup>32</sup>. The hermeneutic method traditional to the Law, surprisingly, was considered problematic, non-scientific, and invalid. It became necessary to flee this method, necessary to separate from it, and to measure, compare and prepare empirical and quantitative studies of reality, in order for research in law to be considered scientific.

Going beyond the disdain for the methods of production of juridical knowledge existing up to that time, jurists and scholars of this modern age began to be disdained, as “non-scientific”. This forced research in law to change, to use other methods exclusively, as if complex social reality could be comprehended and captured only by empirical methods and quantitative research.

In our universities even today, we find some who think that the scientific character of research depends on the use of empirical methods. Within the university, they criticize non-empirical jurists and their methods, they criticize their supposed lack of dedication to research and their low level of “scientific” production, they criticize their preoccupation with practice and their lack of professionalism<sup>33</sup>. This structural disdain for the hermeneutic method used in the Law contributes to the isolation and closing off of thought, of discourse, and of scientific activities of jurists in the universities. In the Eighteenth and Nineteenth Centuries, Law was a science of distinction, and jurists were the elite thinkers of their societies. In the Twentieth Century, since the decade of the ‘60’s, with the reform of the universities and with a new “neutral-science” imposed on law professors, this scientific position of distinction was modified, isolating us from our predecessors even more. Law Schools valued and elaborated scientific thought in a form distinct from the other social sciences<sup>34</sup>, independent of “incomprehension,” a lack of dialogue. Research was individual, for the private interest of the teacher<sup>35</sup> or the commercial interest of the publisher<sup>36</sup>, without reaching students, much less colleagues in other areas<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Cf. PÁDUA, op. cit., p. 31.

<sup>33</sup> TRINDADE really proves that the “professionalism” in the university is intimately linked with research and academic dedication, and has been ever since the 18th century: “*Com a criação das academias científicas, intensifica-se a profissionalização das ciências, fato que vai permitir sua inserção nas universidades através da pesquisa. Até o século XVII, o cientista não tem um papel especializado na sociedade, mas a partir daí desencadeia-se uma mudança profunda no sistema de valores e normas universitárias, reconhecendo-se, não sem conflitos, a legitimidade de uma atividade relacionada com as ciências em geral.*” Op. cit., p. 12.

<sup>34</sup> See OLIVEIRA, Luciano and ADEODATO, João Maurício, *O Estado da Arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil*, Ed. CJF/CEJ, Brasília, 1996, p. 11: “*Há um notório descompasso entre a pesquisa jurídica e o estágio atual*” in the other sciences.

<sup>35</sup> Oliveira and Adeodato use the very critical expression “almost dilettante” to describe the research of the Law schools of this period of time. *Id.*, at 12.

<sup>36</sup> One cannot ignore the fact that the market for legal books is linked very strongly to the names of the academy. In Brazil, for example, there is a tradition of publishing the professors from the Law School of the University of São Paulo.

<sup>37</sup> See Oliveira and Adeodato, p. 11, noting that legal research is almost completely concentrated in the public universities, but that the “debate sobre a pesquisa e o ensino jurídico no Brasil remonta a San Thiago Dantas e Rui Barbosa”, *Id.*, at 9.

Rarely was the work of jurists, using their methods, criteria or questions, classified as scientific in the assessment of the scientific production from university professors. Even documents from the university claimed that we do not have “scientific research” in the Law Schools in spite of our intellectual production, especially books with great impact originating there<sup>38</sup>. Only statistics on impact were considered important, an abstract effect of means used for national and international publications, and not the citations or repercussions from our books, not practice which we show was followed by courts or society, not laws which we helped to enact, not constitutions or jurisprudence in general<sup>39</sup>. We reached the point of considering the great authors and theoreticians of law from the beginning of this century to be “non-scientific”<sup>40</sup>.

The error of this logic of exclusion of juridical production from the university rests principally in a limited methodological vision. An example may be illustrative: medical doctors, generally, also dedicate less time to the university; they practice and apply their techniques in society, modifying reality and applying their science to the collectivity. Never does anyone, on account of this, accuse these brilliant professors and practitioners of medicine of being “non-scientific.” And why not? Simply because in Medicine, unlike in Law and Theology, they always use the empirical method. It is easy to accuse a hermeneutic of being “non-scientific,” but difficult to accuse a medical doctor, who almost exclusively uses empirical methods, of being non-scientific. We observe, therefore, a source of the prejudice, a preconceived myth of a single scientific method for research. If the dedication of our predecessors was not principally to the university and the research that at that time was considered scientific, it was due to a lack of understanding of the specifics of our traditional science and methods.

<sup>38</sup> The surprising number of publications by the law professors from 1904-1975 is by the late Professor Santos. SANTOS, João Pedro, *A Faculdade de Direito de Porto Alegre - Subsídios para sua História*, Ed. Síntese, Porto Alegre, pp. 189-277 and pp. 341-370.

<sup>39</sup> As much as Law is part of the culture, even so it possesses its own culture and reflexes typical of society. “...o sistema jurídico é constituído de uma “cultura”. São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum.” LOPES, José Reinaldo de Lima, *Direito e Transformação Social*, Belo Horizonte, Ed. Nova Alvorada, 1997, p. 77. This line of thought is traditional in Brazil, from the School of Recife and the influence of the “legal culture” of Tobias Barreto; on this theme, see our article “Cem anos de BGB e o Código Civil Brasileiro”, in *Revista dos Tribunais* vol. 741, p. 21 et seq.

<sup>40</sup> On scientific intolerance as a means of maintaining paradigms, see Thomas Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*. Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p. 38 et seq. On neo-radicalism, as a response to intolerance in the face of post-modern pluralism and nascent neo-orthodoxy, see GELLNER, Ernest, *Pós-modernismo, Razão e Religião*, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, p. 70 et seq. The author calls this latter the neo-orthodoxy of “ultra-subjectivism” as a form of responding to the old modern ultra-scientism. On the work of Kuhn and the evolution of epistemology, see, in Portuguese, BOMBASSARO, Luiz Carlos, *Ciência e Mudança conceitual - Notas sobre Epistemologia e História da Ciência*, Edipucrs, Porto Alegre, 1995, p. 61 et seq.

Today, jurists are overcoming the prejudice and embarrassment of our own method, we are reconsidering our role in the university, we are strengthened by the pluralism of thought and multiplication of juridical research, we accept and use many methods and we discuss research as equals with other social scientists<sup>41</sup>. The pluralism of methods, of approaches, of procedures of juridical research is a reality<sup>42</sup>

Qualitative research today does not use only the hermeneutic method, comparative and historical, but also qualitative jurisprudential analysis and discursive methods, the study of differences in Postmodern Comparative Law<sup>43</sup>. There is also a growing use of quantitative research in Law, such as the case study<sup>44</sup>, jurisprudential or precedential analysis<sup>45</sup>, and field studies, in their most varied forms<sup>46</sup>. Generally, today, we opt for a combination of methods of investigation. With the consolidation of post-graduate studies in Brazil, scientific production in Law has grown<sup>47</sup>, as has the professionalism of the professor-researcher. What seems like a calm and certain advance, however, suffers from the lack of a model due to the social crisis of post-modernity<sup>48</sup>. It is necessary to continue to build<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> See Zitscher, *Como pesquisar?*, pp. 104 -107.

<sup>42</sup> See VENTURA, Deisi, *Monografia Jurídica - uma visão prática*, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2000, p. 76-78 (as a good example of this pluralism).

<sup>43</sup> See JAYME, Erik, *Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado*, in *Revista dos Tribunais* n. 759, janeiro 1999, pp. 24-40.

<sup>44</sup> See ARAUJO, Nadia, *Formação do jurista pesquisador: Pressupostos e requisitos. Técnicas de pesquisa e ensino na pós-graduação*, in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 14, jan./julho. 1999, PUC/RJ, pp. 23-37.

<sup>45</sup> A good example is quantitative and qualitative research on the jurisprudence/precedents in Rio Grande do Sul State on health insurance and the CDC, conducted by the CNPq Research Group entitled "Mercosul e Direito do Consumidor", Claudia Lima Marques and Harriet C. Zitscher, coordinators, together with students, whose Report was published in the *Revista Direito do Consumidor* (São Paulo), vol. 29, jan./mar 1999, pp. 88-105.

<sup>46</sup> A good example of field research is provided by RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio, *Manual da Monografia Jurídica*, 2. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, p. 22.

<sup>47</sup> See LEITE, Eduardo de Oliveira, *A monografia jurídica*, Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., 1997, pp. 288 et seq (list of monographs published in Brazil from 1980-1995).

<sup>48</sup> See MINDA, Garry, *Postmodern Legal Movements - Law and Jurisprudence at Century's end*, New York University Press, New York, 1995, p. 247 and Conclusion, p. 249: "*Academic trends in legal scholarship do not occur in a vacuum, nor are law schools and legal scholars autonomous. To understand what has been going on in contemporary legal theory, one must look to what has been going on at the university... an intellectual and cultural revolution is now under way at American Universities... The crisis of representation, known as postmodernism, has reached the legal academy and it is represented by a new form of postmodern jurisprudence.*" ZIMA, Peter, *Moderne/Postmoderne*, UTB, Francke, Tübingen, 1997, p. 61, identifies neoliberal, conservative and economic movements (in Law) as the arms of post-modernism. MINDA, p. 83, identifies the conservative movement of the "right", the economic analysis of Law, as post-modern.

<sup>49</sup> The same is true for all the social sciences, according to REGNER, p. 276.

## 2. Crisis of Post-Modernism: “Deconstruction” of Law and Initiation of New Methodology

Effectively, looking at the crisis of post-modernity<sup>50</sup>, uncertainty and chaos have affected all the sciences<sup>51</sup>. As an irony of destiny, it was precisely the science of Law that was the most affected by the crisis of post-modernity, and one of the last to notice the effects of this crisis in its science, perhaps because of the isolation that continues even now. As Rosenau teaches, to know the phenomenon of post-modernity and its effects on the social sciences is the best path towards overcoming its destructive effects:

Postmodernism haunts social science today. In a number of respects, some plausible and some preposterous, post-modern approaches dispute the underlying assumptions of mainstream social science and its research product over the last three decades. The challenges post-modernism poses seem endless. It rejects epistemological assumptions, refutes methodological conventions, resists knowledge claims, obscures all versions of truth, and dismisses policy recommendations. If social scientists are to meet this challenge and take advantage of what post-modernism has to offer without becoming casualties of its excesses, then an adequate understanding of the challenge is essential.<sup>52</sup> ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the Social Sciences* (Princeton University Press, 1992), p. 3.

---

<sup>50</sup> “Legal theory is an arena where post-modern views of epistemology and method have created one of the most serious intellectual crises, questioning the very legitimacy of judicial systems and the integrity of legal studies”. ROSENAU, 1992, p. 124.

<sup>51</sup> As previously written in *A crise*, p. 99: “A realidade denominada pós-moderna (LYOTARD, 1994, p. 13) é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópicia, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo (HABERMAS, 1992, p. 35); época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do Direito à diferença, da ‘euforia do individualismo e do mercado’, (GHERSI, p. 27) da globalização e da volta ao tribal. É a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neo-conservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo (GHERSI, 1994, p. 13), de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas metanarrativas simultâneas e contraditórias, da perda dos valores modernos, esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta (KAUFMANN, 1994, p. 224). É uma época de vazio, de individualismo nas soluções (LIPOVETSKY, 1996, p. 7) e de insegurança jurídica, onde as antinomias são inevitáveis e a de-regulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade (JAYME, 1995, p. 36) das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do Direito. É a crise do Estado do Bem-Estar Social.”

<sup>52</sup> ROSENAU, p. 3.

About this subject, I have already written in a critical and activist way:

“Se o desafio do passado era ver a pesquisa em Direito reconhecida como tal na Universidade, o desafio do presente é superar a crise da pós-modernidade, de forma a reconstruir uma razão para a pesquisa jurídica e viabilizar um avançar do Direito no futuro. A reação necessária é, pois, de uma pesquisa renovada, ao mesmo tempo científica e jurídica, plural e tolerante, como se está tentando fazer na Faculdade de Direito da UFRGS,<sup>53</sup> apesar das dificuldades. Pesquisa renovada esta que, consciente da crise pós-moderna, possa responder à crescente disputa vazia de formas, métodos e linhas de pensamento, que ameçam hoje devastar as nossas Faculdades, reduzindo-as em um misto de radicalismo, intolerância e passividade científica no final de século. Pesquisa esta que demonstre que a ciência do Direito ainda possui um valor em si mesmo, que o Direito ainda pode e deve dar respostas aos problemas do homem em sociedade e não só pesquisar sobre seu método, sua ideologia, seu discurso, seus atores, suas relações de poder, isto é, que a ciência do Direito ainda está legitimada a procurar o justo e o equitativo, apesar da sua atual e profunda crise de fundamentos.

... Neste sentido, como Rosenau, mister alertar que ao quebrar sua legitimidade como ciência de conduta, a crise pós-modernidade levou a uma desconstrução dos fundamentos do Direito tão profunda que nenhuma teoria ou linha de pensamento mais seria absolutamente válida e a pesquisa teria ficado “sem objeto”.<sup>54</sup> O foco o ponto de concentração seria

---

<sup>53</sup> Consulting the records of Research at UFRGS from 1988 to 1992, the Law School lists 41 professors as authors of books and articles, in Brazil and abroad, which means that over half of the 80 professors of the institution, and 70% of the professors active in the classroom, conducted research and submitted themselves to critical review upon publication. The records of Research at UFRGS from 1993 to 1994, this number grew to 51 professors-authors from the Law School, and in the records of Research for 1995-1996, the number reached 54 authors, which means that 67% of the professors officially connected to the university and almost 90% of the 62 professors active in the classroom conducted individual research and published. Since 1988, the number of research groups officially recognized by CNPq has reached six, of which two are with our “A1” researchers. This means that we have a scientifically active post-graduate program, especially if one multiplies the individual research projects of students advised by professors in our Law School for the iniciação científica de acadêmicos times 3 for the 32 presentations registered in 1998 for the first Salon, as well as two prizes for “Young Researchers” and various prizes and honorary mentions in the ten years of the Salon. This quantitative growth is accompanied by a growing preoccupation with the academic preparation of professors, doctoral and masters’ degree candidates, and awareness of scientific research.

<sup>54</sup> See ROSENAU, 1992, p. 50.

qualquer outro objeto que não o Direito, dos sentimentos, do discurso, à literatura ou à economia.<sup>55</sup> Rejeitada a verdade jurídica, aberto o sistema do Direito, deslegitimado o Direito e suas instituições, cria-se assim um vazio científico e uma desconfortante igualdade científica dos discursos, todos iguais<sup>56</sup> uma vez que todos sem base e subjetivados ou flexibilizados<sup>57</sup> há uma grande dificuldade para os estudantes e professores identificarem e avaliarem a qualidade das pesquisas e suas contribuições à sociedade e ao Direito.

Esta crise da pós-modernidade é, em verdade, uma mudança na maneira de pensar o Direito a resultar um certo apatismo e imobilismo em relação às novidades por parte da maioria, combinado com um certo radicalismo por parte de minorias, face aos novos desafios da sociedade pós-moderna. É uma desconcertante crise de ideais e de valores, entre pluralismo e radicalismo de verdades, que tem grande influência no Direito e na pesquisa deste final de século. Como ensina Rosenau,<sup>58</sup> o vazio e a insegurança nas ciências sociais são grandes: “Post-modernists reduce social science knowledge to the status of stories.. Post-modern methodology is post-positivist or anti-positivist. As substitutes for the ‘scientific method’, the affirmatives (post-modernists) look to feelings, personal experience, empathy, emotion, intuition, subjective judgment, imagination, as well as diverse forms of creativity and play.”

...Como ensina Rosenau<sup>59</sup>, esta fragmentação e desconstrução não pode ser aceita totalmente, uma reação deve existir. Em outras palavras, para evitar o atual vazio do estudo do discurso é necessário um revival do sério estudo da filosofia do Direito. Para combater o vazio das formas metodológicas, é necessário revisitar a especificidade do conhecimento jurídico,<sup>60</sup> aceitar as

---

<sup>55</sup> “Post-modernists in almost every field of the social sciences have been experimenting with a subjectless approach in their inquiries... Rejecting the subject permits them to shift the focus of the inquiry elsewhere...” *Id.*, at 50-52.

<sup>56</sup> *Id.*, at 77 and 89.

<sup>57</sup> FACHIN, Luiz Edson and CARNEIRO, Maria Francisca, *Aspectos da avaliação institucional dos programas de pós-graduação em Direito: instrumentos e concepções*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 137, jan/mar 1998, p. 205.

<sup>58</sup> See ROSENAU, 1992, p. 91 and p.117.

<sup>59</sup> *Id.*, at 124.

<sup>60</sup> See Facine and Carneiro, p. 205.

bases do Direito como procura do justo e valorizar mesmo seus métodos tradicionais e específicos.<sup>61</sup> Para combater a guerrilha metodológica, é necessário defender o pluralismo de pesquisas e a tolerância científica, única forma de evitar que os radicais “antimodernos” acabem excluindo vários cientistas que poderiam dar alguma contribuição à criação de um Direito adaptado ao novo milênio. Em outras palavras, há que se superar a visão que o Direito em si, sua metodologia e seu discurso ou a economia seria o único objeto de pesquisa válido. Há que se defender a pesquisa em Direito como contribuição à ciência do Direito, contribuição à procura do justo e da solução dos problemas individuais e sociais atuais, não importando a sua linha de pensamento, se alternativa desdogmatizante, se tradicional ou se conservadora neo-liberal.”<sup>62</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa*. In: *Cidadania e Justiça*. Revista da AMB, ano 3, n. 6 (1999), p. 237 et seq. (hereinafter *A Crise*)

It seems to me, then, if we are going to be post-modern, we should be, at the least, conscious of our role in the evolution of the science of Law, we should be, at the least, affirmative post-modernists<sup>63</sup>. This is the moment of the revival of postmodernism, plural and tolerant, of human rights reflected in our own academy and scientific liberty of each as a form of construction of a non-discriminatory, effective theory of social harmony, a theory of scientific inclusion for Law in the new century. I repeat: the challenge of this beginning of the century is not the simple inclusion of juridical research in the social sciences, but their development as an effective contribution to society<sup>64</sup> and to Justice, not to science and bureaucracy.

## II. LEARNING TO RESEARCH: THE RESEARCH GROUP CNPq “MERCOSUL AND CONSUMER LAW” AND THE DEVELOPMENT OF THE METHODOLOGY OF LEARNING TO RESEARCH CALLED “SPRECHSTUNDE”

### A. Methodology of Group Research called “SPRECHSTUNDE”

Having developed a method of teaching research and researching in a group, combining German and Brazilian influences, the final result is more an experience than a path, a method,

<sup>61</sup> Cf. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer, Berlin, 1968, p. 6.

<sup>62</sup> Cf. Excerpts from my article, “A Crise”, pp. 96-101.

<sup>63</sup> Cf. ROSENAU, 1992, p. 57.

<sup>64</sup> Cf. GELLNER, Ernest, *Pós-modernismo, Razão e Religião*, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, p. 60.

and one I want to share with its errors and its successes. As earlier noted, the project was directed by UFRGS Law School, and thus, when I was an undergraduate Law student I could collaborate in quantitative research with Prof. Dr. Michael R. Will, Professor of the University of Saarbrücken, during his six-month stay in Porto Alegre. These two experiences confirmed my vocation to be a professor and to continue to research. Invited by Germany to study with Professor Will, I earned a Master's degree and a specialization. I had the luck and honor to have been an assistant researcher for six months at the University of Saarland and a contract researcher for three months at the Max Planck Institute at Freiburg im Breisgau, working with Professor Hühnerfeld, as well as to have been a scientific collaborator with Professor Alfred von Overbeck. Upon returning to Brazil, I wanted to share these lessons. I wanted to base my work on the European models that I observed, adapting them to our reality and needs.

The solitude of research, of beginning a work, is inevitable. I learned, however, that it is possible to grow as a group, observing and sharing the preliminary work of elaboration of scientific products with the great masters. I observed that one can make a brilliant successor of a talented apprentice, and that various motivated apprentices maintain and renew important schools of thought. Actually, I myself learned much from the precision, rigor and intellectual sincerity of great professors-researchers, and founding a research group was a way that I chose to multiply these lessons. Since my arrival at the Universidade Federal do Rio Grande do Sul some ten years ago, I have worked on scientific initiatives and group research. I developed a method for teaching research which I named "Sprechstunde," a German word, to honor the accessibility and the greatness of my European masters.

## **1. Combining German And Brazilian Influences To Form "SPRECHSTUNDE"**

Monitoring is a good experience for whoever wishes to be a professor, and researching is a good experience for any future professional in Law. Legal research is a differentiating element, perhaps the most important today, when so many people study law and pass through the law schools, earning a diploma that authorizes them to practice the profession. Knowing how to research is a means of creating competence in Law, and achieving a degree of excellence and specialization that is ever more desirable in the marketplace. Research is a base for one's own training, to fill in the blanks in the curricula in law schools or the limitations of our own professors or libraries. To know how to research is a way to confront any new challenge in Law and, in professional life, a constant means to meet these challenges.

I consider that research was my path to distinction and excellence. When Professor Michael Will invited me to select and research with him all the cases of international adoption in Porto Alegre in the previous five years, I could have said "no," but I accepted, and this unveiled the world of international law to me. One cannot research in international law, however, without knowledge of foreign languages and, in this case, I was chosen initially

because of this aptitude<sup>65</sup>. Then in the fourth year in the law school, I had the pleasure of accompanying the master of Saarbrücken in the preparation of case records, forms, and files on lectures and bibliographies, to photocopy the sources and legal documents from lawsuits. I observed his rigor and precision, his concern about errors, exactitude and exhaustion of sources. This first research with cases was an important experience that helped me greatly in the future, especially in the choice of my topics for the Master's degree and Doctorate in Law. Nothing is better for noticing the important questions than to know what has happened in practice and what pages are still blank in our legal system. This research helped me greatly with the work of preparing and critiquing the Statute on Children and Adolescents when I worked in the Legal Consultancy of the Ministry of Justice (Lei Ordinária Federal n. 8.069, 1990 – ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente). As an irony of destiny, due to the change in the Brazilian law in 1990, the work resulting from this research remained unpublished. On the other hand, this quantitative and qualitative research helped me broaden my horizons also to interdisciplinary work, because I had the opportunity to work for one year with the social and psychological assistants to the entire Judiciary for Minors<sup>66</sup>.

Then in Germany, I was hired as a junior researcher in the Max Planck Institute in Freiburg together with Prof. Dr. Peter Hühnerfeld. The Institute, which includes a marvelous library, conducts studies for the German government and I participated in several research projects, later transformed into books, one on abortion and the condition of women in Brazil, and the other on the protection of the environment in Brazil. I learned that the simple selection of a bibliography and indexing of work is already a moment of great growth for a student. To learn to summarize, to analyze work for its relevance, its organization, its citations, or for the origin of its principle themes, is a valuable exercise, one that saves the time of a senior researcher (even more in Brazil where everyone publishes). It is also an enriching experience, one that solidifies the knowledge of the junior researcher and highlights the intellectual sincerity of the German masters. It was very positive for me to be able to observe them and help them to prepare their notes and their detailed re-examination of the sources and logical organization of ideas. The junior researchers never write, but always participate, and this participation, including at conferences and in discussions in groups of researchers, is a time of great growth for the researchers. Another highlight is the freedom in research in that the organization of time (including weekends) and time off is the choice of the junior researcher. She has control over the job and the hours and dedication to the work, which clearly shows in the concrete results of the undertaking.

In Tübingen, I had the pleasure to accompany Prof. Dr. Wolfgang Knutt Nörr to many of his “Sprechstunden.” My attention was caught as this great historian of law was there, every week, at the same time, at our disposition, together with his assistants, to advise

---

<sup>65</sup> See also ARAUJO, p. 29.

<sup>66</sup> Recognition for her assistance and models is due to the social assistant Sylvia Nabinger, who conducted research on these same cases for her doctorate at the law school in Lyon, France.

and resolve doubts, to guide us and review the literature and tasks with us, as if this were part of one mission. Access to a professor-advisor was one factor in feeling secure. Contact with the master, and the ability to participate in meetings of the Chair and observe his discussions with his assistants, enriched the student. Another good experience in the School of Law in Tübingen was to have participated in the “Doktorseminaren,” seminars where the doctoral candidates explain their research in order to submit to the critiques of the professors and assistants. The mixture of both, undergraduate and graduate students, pleased me very much<sup>67</sup>.

As a master’s candidate, I was hired to be a scientific collaborator at the Swiss Institute of Law in Lausanne, where I wrote an article that received the van Calker Prize, and I wrote opinions on International Private Law (Conflicts of Law) together with Prof. Alfred von Overbeck. The Institute consisted of approximately ten collaborators who met regularly with the coordinating professor, and the collaborators from every continent wrote the books from the Institute together. Each collaborator or researcher had his individual topic, reflecting his origin, his native language, juridical system or religion, and thus everyone worked together with a common goal, but still individually and with freedom of opinion. This method seemed to me to be very fruitful, as it stimulated cooperation and group effort, and a convergence on the common goal, while valuing individualism and different origins. (In 1987, for example, we formed a group containing specialists on the socialist systems, on China and Japan, on the Muslim countries, on Israel, on Australia and the South Pacific, on the system of common law, on German law, on French law, on Swiss law, and on Latin American law).

Upon my return to Brazil, in 1998 and again in 1990, after passing the examination to be a member of the Faculty of the UFRGS Law School, I began to organize something similar, adapted to our circumstances and contexts. It is not possible, however, to fail to mention the enormous influence on me of the years of the doctoral program, spent at the Institute of Foreign Law and International Private Law at the University of Heidelberg under the coordination of Prof. Dr. (and multiple Dr. h.c.) Erik Jayme. I observed this Institute during the preparation for editorial meetings of the journal *IPRAX*, where all 26 researchers (senior and junior) of the Institute collaborated on material, translations, and articles. I observed how they organized conferences together, the traditional celebration of the end of the semester and seminars; how they cooperated to carry out the tasks assigned by the three professors who were Directors; and how they shared their knowledge with their “successors,” always with the aim of achieving excellence and camaraderie. Organization of an Institute like Heidelberg’s (which also has one of the most outstanding libraries I know) is the dream of any researcher.

---

<sup>67</sup> See also the testimonial in GUERRA, Willis, *Cr terios de avalia o e reconhecimento dos cursos de p s-gradua o em Direito*, Cad. P s-Grad. Dir. UFPA, Bel m, Ed. Especial, out.1999, p. 79.

## 2. The Final Result: the “SPRECHSTUNDE”

If the final result seems like a little bit of everything – and nothing is identical to anything that I knew – I resolved to designate the method by a German name, with the hope that it would be something as solid and fruitful as what I had observed. I wanted to emphasize the influences that I had experienced. I called it the “Sprechstunde”, a word which is posted on the door of each Professor in every School of Law in Germany. “Hour of Consultation,” “Hour of Conversation,” “Hour of Meeting,” are some possible translations of this German expression.

The method of teaching research is simple. It rests on three basic pillars:

- a) Academic freedom;
- b) Positive use of interests, tasks and errors; and
- c) Learning to research, researching, and observing.

Academic freedom is shown in the group in two aspects: the freedom of the senior researcher to choose the overall point of the research, and the freedom to choose the individual themes for the junior researchers. The researcher-leader freely chooses the overall research theme, depending on her interest or immediate necessity, and chooses also the tasks that need to be completed by the junior researchers and their deadlines, explaining them. To receive an assignment is a signal of confidence in the potential of the student. Whoever wishes to participate in that week, asks to collaborate, whoever cannot, gives a reason why he cannot participate. Valuing the assignment enough allows the group to develop its own dynamic of helping those who receive the assignment and not allowing them to complete it alone. The meeting is all conducted by the leader, who determines the order in which the topics will be discussed. When the weekly meetings finish, the leader is available to the junior researchers to consult individually with them and advise them on their difficulties<sup>68</sup>.

The method used distinguishes itself from other research groups by never assigning readings, theoretical references or discussion of texts previously read together. The growth of the student from scientific investigation is individually stimulated by the dynamic of the group, by the reoccurrence of assignments, never by prescribed thoughts. Assigned readings, coordinated reflexes in the group, drive and manipulate the interests of the students and level off and equalize ideas. The “Sprechstunde” method establishes the maintenance of differences and individual tendencies. Readings are individually chosen and never decided by the group. Naturally, however, the participants in the group may read the intellectual production of the professors who participate in the group for curiosity or interest, but not by imposition.

---

<sup>68</sup> Referring to Foucault, sometimes to be less democratic, to shape and direct the conduct of individuals in formation can be positive, “nesse sentido, é estruturar o campo possível de ação dos outros” (“in this sense, it is to structure the possible field of action of others”). GORE, Jennifer, *Foucault e Educação: fascinantes desafios*, in SILVA, Tomaz Tadeu, O Sujeito da Educação, Ed. Vozes, Petrópolis, 1994, p. 12.

The rhythm of readings by each one, with the awakening of their own interests (more philosophical, more aimed at practice, more towards comparative law, etc.), is one of the objectives of the method.

Scientific investigation by undergraduate students, or “umbrella research,” is done by means of observation, by one’s own development and by imitation, not by being driven. The method is not discussed or revealed to the students, a methodological choice only of the leader of the group. There is no assigned methodological reading, nor any discussion of the method between the student of scientific investigation and the professor-researcher. The methodological readings develop from the need felt by the student, who is then guided.

A student’s academic freedom is demonstrated by the individual’s choice of a topic. Each student who participates in an “umbrella research group” has to choose a theme, an aspect, within three possible topics in the research group conducted by me: “Consumer Law,” “MERCOSUL,” or “Postmodern Jurisprudence.” Each student has to research an individual theme, freely chosen by her- or himself, in accordance with her or his curiosity, interests, and individual career<sup>69</sup>. Each student prepares a short oral presentation on this theme for 10-20 minutes to be presented in front of the Academic Conferences of Brasilcon (Brazilian Institute of Consumer Law and Politics); as part of international exchanges (as happened in 1996-1999 with academic conferences organized in Argentina and Paraguay) and, particularly, in the UFRGS “Salons” (or Forum) on Scientific Investigation. These latter have occurred for twelve years at UFRGS [Tr. Note: seventeen years, in 2005], usually in September or October. There is also a preparatory Salon in the UFRGS Law School, over the last four years, usually in August or September, organized by the Research Commission of the School of Law (which actually coordinates the Salon) and by the André da Rocha Academic Center at UFRGS Law School. This was the first Salon in a department or school of UFRGS and had as its goal to share and define research at the Faculty, as well as to train and prepare the students for their principal presentations in the University.

---

<sup>69</sup> As an example, we can see the diversity of themes chosen by the most advanced students (senior researchers) in 2000 for the Salões de Iniciação Científica at UFRGS and at the Law school:

1. Aspectos da Harmonização do Direito Societário na União Européia: Um exemplo para o Mercosul - Lucas Faria Annes, 2. Publicidade Abusiva: sua regulamentação no Mercosul - Daniela Correa Jacques, 3. Serviços públicos essenciais e o princípio da continuidade: tutela do consumidor versus Estado-Fornecedor - Fernanda Girardi, 4. As várias nuances do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor - Fernanda Nunes Barbosa, 5. Medicamentos genéricos: a liberdade de escolha do consumidor - Laura Ederich, 6. Cláusulas abusivas na Argentina e no Brasil - Guillermo Campbell (UFRGS/Univ. de Cordoba, Argentina), 7. Fundamentos da proteção dos direitos da personalidade: a evolução da tutela do direito de imagem na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1984 a 2000). - Bruno Nunes Barbosa Miragem, 8. Internet e Direito - Antonia Espíndola Longoni Klec, 9. Garantia globalizada: Análise de um possível leading case - Rafael Garcia, 10. Limitação de juros nos cartões de crédito - Odiléa Oliveira de Almeida Simão.

There is freedom to determine the time devoted to research, but the important thing is the realization of the assignment, not when or how the student completes it. I observed at the Max Planck Institute that self-determination of time is an excellent means of discipline and adaptation. Everyone has a personal rhythm of work, and research often requires inspiration or increased attention. To choose to research perhaps one hour each day or five hours in a row or two nights a week depends on each person and their inclinations. It seems to me that we should not have required hours to research, or require the presence of the researcher at the university. Freedom is also shown by the fact that attendance is not required at the meetings of the group. Meetings are the most intimate contact with the professors-advisors and teaching them is an offering. If the student can accept the offer, excellent, and if not, in any case she or he can do the research.

Especially with students who work during their university studies, two routes are possible: either the students maintain communication by email and participate in the group's other activities (seminars, meetings, conferences) or the students arrange with their bosses to participate in some meetings. Many volunteer researchers do not have scholarships or grants, so they just do internships or study in the courts. Since the research group meetings are between 12:30 and 2:00 p.m., almost everyone with an internship can participate. The combination of practice and learning to research in a group has been very successful, so much so that various judges from Rio Grande do Sul today prefer (or invite) researchers from our group to be assistants (law clerks); various law firms and large businesses from Porto Alegre and São Paulo have telephoned asking for "researchers" in the last few years; and the letters of recommendation for the group have opened various professional doors, as well as permitting comparative advantage in competitions for scholarships. The group also offers small classes on the methodology of research, given by masters' candidates and visiting professors from DAAD and CAPES.

The positive use of interests, of assignments, and of errors, is a way of respecting individualism and of permitting each one to develop her or his own rhythm in conformity with her or his thematic inclinations (linguistic and ideological). All researchers speak at least one foreign language and understand Spanish, which is considered to be a working language in Rio Grande do Sul. The group facilitates access to language courses for the researchers, through applying for scholarship, principally from Germany, with the constant collaboration of the Goethe Institute and of DAAD<sup>70</sup>. The assignments are evaluated through an explanation of their function: the student then knows the importance of the survey of the "umbrella research" for the professor or for the group, and knows they are providing a road-map or a recent critique of the position defended by the professor, in a form that shows that the student is collaborating with the senior researcher. Mistakes are criticized and explained.

---

<sup>70</sup> In 2000, Rafael Garcia and Aline Jackisch received short-term grants from DAAD for summer courses in German at the Universities of Heidelberg and Freiburg.

Criticism is always constructive, both to demonstrate the value of the student's work and because if the error remains, the principal work can be compromised. For example, if a student photocopies a source and does not identify the journal from which he took the article, or forgets to photocopy one page, the error will be identified by the advisor, who will then ask the student to correct it, explaining that the source is incomplete and cannot be cited, or that it is unusable. In Brazil, there is a certain hesitancy to criticize and show errors, but this can lead to repetition of the mistake. In Germany, to criticize is synonymous with respect and the seriousness of one's work that allows growth and improvement. To err is human, and it is an indication that the student is trying, is actively researching; Only one who does something can make mistakes. Whoever errs because they are just beginning and developing in research deserves to know how to get it right the next time<sup>71</sup>.

The group serves both a functional and a communal purpose. Learning occurs among companions. It is this which distinguishes the law school within the university; it is a forum and a place for companionship. The German model of *biwi* teaches the beauty and pleasure of learning and living more intimately with the great masters. The research group is a manner of living with the advising professor, principally by meeting the professors invited from abroad, accompanying and assisting them during their time in the city. To know an important foreign professor, a professor from another university, a doctoral candidate, or a research associate, is also to unveil new horizons, new interests, new themes, new bibliographies, new ideas, and above all, important motivations and a model for continuing to research. It is the mark of a true researcher to always want to know more, to glimpse this world that starts to be and then becomes achievable. To receive the assignment to accompany, or to be the "angel" of the visiting master, can determine the place where the student pursues his future masters' or doctorate degrees, and can change the junior researcher's perspective on life. As I learned in Heidelberg, one needs to make time to find oneself at times outside the University, especially with parties and commemorations, making the companionship within the group extremely important.

The third pillar is the practice of research: to learn by studying. If the Research Group functions as a group of assistance and discovery of sources for the senior researchers and for the leader, assisting in the development of their scientific and academic production, especially by locating articles on doctrine, books, quantitative jurisprudential studies, new leading cases, and new bibliographies to keep up with the speed of legislative modifications. The Group functions primarily as a laboratory for students learning how to research, who try primary research without reducing their course load, which is exclusively for the senior researchers, since the junior researcher does not write articles or scientific texts<sup>72</sup>. They find

---

<sup>71</sup> See the analysis of error (Fehleranalyse) in learning: "Fehler sind aus dieser Sichtweise also durchaus etwas natürliches, nämlich Indizien dafür, dass der Lerner sich aktiv mit [dem Objekt] auseinandersetzt." EDMONDSON, Willis & HOUSE, Juliane, *Einführung in die Sprachlehrforschung*, Ed. Francke, Tübingen, 1993, p. 205.

<sup>72</sup> "Junior researchers are not permitted to write any text, only to assist senior researchers in their

material and discuss its relevance, precision, orientation and temporal context, individually take notes on lectures from material selected as important by senior researchers, observe the techniques of narrowing the focus, of precision, of clarity, of intellectual sincerity and of reflection used by senior researchers, as well as learning how to master the technical instruments of research (lecture notes, bibliographic notes, development of notes analyzing cases, etc.) and materials from the great resources of the libraries existing in the University and the city, the quantity of documents available on the Internet, the publications and prior submissions of the group itself, etc. Thus without writing or elaborating texts, it is possible to learn to research. To observe various habits and methods of the advisor, to research in one's own style, to achieve something useful with advice, is the chosen goal.

## **B. The Research Group CNPq\*\*\* “Mercosul and Consumer Law” and**

### Research in International Law

[\*\*\*Translator's note: “CNPq” stands for the National Research Commission of the Brazilian Ministry of Education (MEC). Every line of research pursued in Federal universities is registered and approved, and the leaders of the research groups are accountable on an annual basis. Sub-groups may be created under the umbrella of an established Research Group.]

Since I teach undergraduate courses in the UFRGS Law School in Private International Law (Conflicts of Law) and the Law of International Relations (“Law of Integration,” or Communitarian Law), I was especially honored to be invited by my colleague and eminent collaborator Prof. Dr. Nádia de Araújo to participate in the discussion of Thematic Group 1 entitled “International Law and Regional Integration: the Effects of Globalization.” I would like to share some observations and reflections on two aspects: 1. The potential of research in International Law for production of knowledge in research groups that are interdisciplinary, inter-institutional and international, through comparative analysis, shared research and diversity; and 2. The intrinsic and structural goal of International Law, as material and of research in this field of knowledge, to reflect, develop, and serve as an instrument of regional integration.

As a form of organizing these two themes, I used my experience with over nine years' practical experience in International and Comparative Law as leader and founder of the CNPq Research Group “MERCOSUL and Consumer Law”.

---

research for the masters' degree or doctorate, although a certain exploration of ideas and texts by junior researchers and maintenance of the intellectual integrity of their work is part of the German model, which permits their participation only in basic activities, following the results and observing the methods of each senior researcher."

## 1. Evolution and Structure of the Research Group CNPq “Mercosul and Consumer Law” at UFRGS

The CNPq Research Group named “MERCOSUL and Consumer Law,” which I founded and have the honor to lead, now has eleven years of experience [Tr. Note: fifteen years in 2005]. I began this in the end of 1990, with students from my first term of Private International Law at UFRGS Law School, formed with the same proposed method, but nothing came of it. As at the time I had a Masters’ degree and Specialization in European Communitarian Law, we were part of the Research Group on MERCOSUL led by Prof. Dr. Martha Lucía Olivar Jimenez in the Post-Graduate Program in Law (PPGD) of UFRGS, with a sub-project entitled “MERCOSUL: Juridical Reality” as part of the PPGD-UFRGS line of research entitled “Integration as a Task for the Science of Law.” I oversaw the group research, therefore, on the current themes of Private International Law<sup>73</sup> and the newborn MERCOSUL<sup>74</sup>.

Since all the students in Private International Law were taking the course, as required, during their ninth or tenth semester at UFRGS, a preliminary difficulty was that they were graduating that year and beginning their careers, so the weekly meetings were difficult and became less frequent. Requested assignments were not finished on a regular basis and the incentive to research was slight. In 1991, I taught several classes in Civil Law to students in their first years of undergraduate Law study, and at their request, I revived the meetings. This small group of four students continued and presented work in Private International Law at the university-wide academic competition (“Salão de Iniciação Científica”) at UFRGS in 1992<sup>75</sup>. I had observed the students’ difficulties with the subjects related to Private International Law so in 1993, I allowed only the fifth year Law students to present research in those subject matters. The other students, who were not in the last year of their undergraduate studies, were allowed to research about MERCOSUL and/or Consumer Law in the MERCOSUL<sup>76</sup>. The improved

---

<sup>73</sup> This research project in the line of research entitled “Integração como tarefa para a ciência do Direito” had three phases entitled: 1991/92 - Phase I: Contratos Internacionais e Mercosul/Circulação de bens; 1992/93 - Phase II: Contratos Internacionais e Mercosul/Circulação de pessoas; 1993/94 - Phase III: Proteção do Consumidor no Mercosul.

<sup>74</sup> This research project entitled “Integração do Cone Sul – Realidade Jurídica?” had two phases: 1991-Fase I - Mercosul - Aspectos Jurídicos; 1992-1994 – Fase II – Mercosul – Realidade Jurídica.

<sup>75</sup> Individual research projects presented in 1992 had the following titles: 1. Mercosul e Harmonização: Política de Transportes (Ana Inês Algora Latorre); 2. Mercosul - Realidade Jurídica (Luiz Carlos Hagemann); 3. O Contrato de Transporte Internacional de Cargas no contexto da integração Latino-americana (Sabina Cavalli); 4. O papel do projeto de Código de Conduta da ONU sobre transferência de tecnologia nos países em desenvolvimento (Elaine Ramos da Silva).

<sup>76</sup> Individual research projects presented in the Salão de Iniciação Científica at UFRGS, in 1993, had the following titles: 1. Sobre a necessidade da Harmonização das Legislações nos países integrantes do Mercosul (Elaine Ramos da Silva); 2. Responsabilidade do Importador no Mercosul (Kátia Kneipp); 3. A pessoa como consumidor no Mercosul (Fabiana d’Andrea Ramos); 4. Direito Internacional Privado - O casamento e as novas uniões (Ana Inês Latorre); 5. Relações de Sucessão no Mercosul (Sabina Cavalli).

results led to the victory in 1993 of the voluntary researcher Elaine Ramos da Silva in the UFRGS and CNPq V Conference on Scientific Investigation competition in Section III: Applied Social Sciences, with her work entitled “The Necessity for Harmonization of Laws of the Countries belonging to MERCOSUL.” This was the first time someone from the Law School won the “UFRGS Young Researcher Prize”.

In 1994, in light of the departure of the senior students, I resolved to reform the process, directing the projects towards research in themes involving MERCOSUL and domestic consumer law, in a way that permitted students in the first years to participate in the group. Again we won awards, and the group revitalized itself<sup>77</sup>, but as I returned to Germany in late 1994 to write my doctoral thesis until March, 1996, the group was coordinated by Prof. Dr. Martha Lucía Olivar Jimenez.

Returning to UFRGS with my doctorate in 1996<sup>78</sup>, I determined to formalize the group and my position as research leader with CNPq, giving it a structure and the name “MERCOSUL and Consumer Law.” Since then the Research Group has been very active. Between 1996 and 2001<sup>79</sup>, students in the Research Group received twenty-five prizes for

---

<sup>77</sup> Individual research projects presented in the Salão de Iniciação Científica at UFRGS, in 1994, had the following titles: 1. A informática e o Direito à Privacidade (Ângela Dumerque); 2. Direito de Arrependimento no Código de Defesa do Consumidor (Clarissa Costa de Lima); 3. A nova concepção de oferta e cláusulas abusivas no CDC (Elaine Ramos da Silva); 4. Os contratos de adesão e as cláusulas abusivas sob a perspectiva do CDC (Ana Letícia Fialho); 5. O sistema de solução de controvérsias no Mercosul (Pedro Montenegro); 6. O dever de informar e a publicidade no CDC (Fabiana D’Andrea Ramos).

<sup>78</sup> Individual research projects presented in the Salão de Iniciação Científica at UFRGS, in 1995 had the following titles: 1. O direito da Concorrência no Mercosul (Pedro Montenegro); 2. Mercosul: Arcabouço jurídico e políticas universitárias (Fábio Morosini); 3. Meio ambiente e consumidor (Ana Letícia Fialho); 4. Importância do conceito de consumidor no Mercosul (Ariane Freitas); 5. Evolução da Família no Direito Brasileiro (Clarissa Costa de Lima); 6. A responsabilidade civil por dano ambiental (Jesus Tupã Silveira Gomes).

<sup>79</sup> Individual research presented in the Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 1997, had the following titles: 1. Ilusão de Segurança Jurídica no Mercosul (Pedro Montenegro); 2. Comissão de Comércio do Mercosul (Rodrigo Cogo); 3. A importância do Art. 28 do CDC - A Desconsideração da Personalidade Jurídica frente ao consumidor (Bárbara Garcia); 4. Contratos à distância e a proteção do consumidor (Ariane Freitas); 5. Quantificação do dano moral: determinação de critérios (Patrícia Peressutti); 6. O conceito de consumidor no CDC (Fernanda Nunes Barbosa); 7. Contratos de Seguro-Saúde e o Código de Defesa do Consumidor (Alberto Franco); 8. Direito do consumidor de serviços médicos (Giovanna Maciel); 9. Reconhecimento de Paternidade: Um estudo paralelo entre Brasil e Argentina (Fábio Costa Morosini). Individual research presented in the Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 1998, had the following titles: 1. A publicidade enganosa e abusiva no CDC e suas tendências (Aline Jackisch); 2. Consumo sustentável e o Direito do Consumidor (Bárbara Garcia); 3. Novo regime das incorporações imobiliárias e o CDC (Fernanda Nunes Barbosa); 4. A responsabilidade civil no CDC pelo fato do produto e pelo vício do produto (Fabiano Menke); 5. O atual direito do consumidor de serviços no Brasil (Giovana Maciel) 6. O consumidor equiparado: reflexos nos serviços bancários (Fábio Costa Morosini); 7. Contratos à distância e perspectivas de harmonização das leis (Ariane Freitas); 8. Atividade da Comissão de Comércio no Mercosul (Rodrigo Cogo). Individual research presented in the Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 1999, had the following titles: 1. A cláusula

de indexação no contrato de leasing e o consumidor (Laura Oliveira Ederich); 2. A garantia como pós-venda no direito do consumidor (Rafael B. Garcia); 3. O prazo de carência nos contratos de incorporação imobiliária (Fernanda Nunes Barbosa); 4. A prestação de serviços educacionais à luz do direito do consumidor (Carina Bonzanini da Silva); 5. O Bug do milênio e seus reflexos para o consumidor (Roberto Silva da Rocha); 6. Multipropriedade (Rosaura Macagnan Viaw); 7. A problemática dos serviços prestados através das linhas 0900 (Odiléia Oliveira de Almeida Simão); 8. O Plano Nacional de Desestatização e o consumidor (Bruno Nubens Barbosa Miragem) 9. A agência estadual de regulação dos serviços públicos delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e o consumidor (Cláudia Travi Pitta Pinheiro); 10. As sociedades comerciais no Mercosul (Simone Stabel Daudt); 11. Comunicação de Massa: implicações legais das tecnologias emergentes (Fábio Costa Morosini). Individual research presented in the Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 2000, had the following titles: 1. Aspectos da Harmonização do Direito Societário na União Européia: Um exemplo para o Mercosul (Lucas Faria Annes); 2. Publicidade Abusiva: sua regulamentação no Mercosul (Daniela Correa Jacques); 3. Serviços públicos essenciais e o princípio da continuidade: tutela do consumidor versus Estado-Fornecedor (Fernanda Girardi); 4. As várias nuances do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor (Fernanda Nubens Barbosa) 5. Medicamentos genéricos: a liberdade de escolha do consumidor (Laura Oliveira Ederich); 6. Cláusulas abusivas na Argentina e no Brasil – Guillermo Campbell (UFRGS/ Univ. de Cordoba, Argentina); 7. Fundamentos da proteção dos direitos da personalidade: a evolução da tutela do direito de imagem na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1984 a 2000) – Bruno Nubens Barbosa Miragem); 8. Garantia globalizada: Análise de um possível *leading-case* (Rafael Garcia); 9. Limitação de juros nos cartões de crédito (Odiléia Oliveira de Almeida Simão). Individual research presented in the XIII Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 2001, had the following title: 1. A Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras pelo Supremo Tribunal Federal: comércio Brasil-Alemanha (Ana Gerda de Borja); 2. **Dever de Informação e os Produtos Transgênicos** (Ana Rispoli d’Azevedo); 3. A Proteção dos Consumidores nos Contratos Eletrônicos (Antonia Espíndola Longoni Klee); 4. Alimentos Transgênicos: Ética, Consumo e Meio Ambiente (Laura Oliveira Ederich); 5. **Aspectos Jurídicos do “Recall” e sua Introdução no Direito Brasileiro (Lucas Faria Annes)**; 6. Análise Crítica do Caso Colgate/Kolynos (Lúcia Carvalho Sica); 7. Aspectos Jurídicos da Proteção aos Programas de Computador com Código-Fonte Aberto no Brasil (Maitê de Souza Schmitz); 8. O Código de Defesa do Consumidor enquanto Lei de Função Social (Marília Zanchet); 9. Os Contratos de Previdência Privada e o Código de Defesa do Consumidor (Odiléia Oliveira de Almeida Simão); 10. O Uso da Internet para a Aquisição de Bens e Serviços: alternativa segura? (Rafael Barreto Garcia); 11. Posição Imutável do Superior Tribunal de Justiça: a Questão da Importação de Merluzas (Rafael Pellegrini Ribeiro); 12. Comparação Principiológica entre a Affirmative Action e o Código de Defesa do Consumidor (Ricardo Medeiros de Castro); 13. Responsabilidade do Transportador Aéreo por Extravio de Bagagem (Tatiana de Campos Aranovich); 14. O Cartel de Preços e a Defesa do Consumidor (Thales Gonçalves Della Giustina); 15. As linhas gerais da responsabilidade pelo fato do serviço no CDC e sua recepção ou não pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos). Individual research presented in the XIV Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 2002, had the following titles: 1. A questão do dano moral à imagem da pessoa jurídica no posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no período de 1999 a 2002. (Elfrio Putton Junior). 2. Direito de danos e o *quantum* indenizatório: o caso do dano morte na jurisprudência do STJ. (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos). 3. A legislação aplicável aos direitos de propriedade intelectual na transmissão via satélite. (Diego Fraga Lerner). 4. Certificação digital – análise da infra-estrutura de chaves públicas brasileira. (Carlo Rosito da Silva). 5. Perspectivas dos acordos e instituições intra-ALADI face a uma futura instituição da ALCA (Tatiana de Campos Aranovich). 6. A ordem pública como restrição da autonomia da vontade nos contratos internacionais. (Ana Gerda de Borja). 7. A aplicação jurisprudencial, em segunda instância, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações privadas (decisões do TJRS e TARS 1986-2002).

---

(Alexandra Pretto). 8. Os princípios contratuais da defesa do consumidor – jurisprudência comparada entre o TJRS e o TJRJ. (Marília Zanchet). 9. Arrecadação de poupança popular por meio de título de capitalização e o direito do consumidor. (Andreza Mainardi). 10. A energia elétrica como serviço público essencial: o princípio da continuidade justifica a gratuidade? (Maitê de Souza Schmitz). 11. Análise jurisprudencial da aplicação do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor: o dever de informar sobre o conteúdo do contrato. (Antonia Espíndola Longoni Klee). 12. Aspectos jurídicos do “diagnóstico pré-implantação” de embriões – perspectiva alemã. (Julia Barros Schirmer). 13. FCTC e a restrição à publicidade do tabaco. (Simone Regina Backes). 14. As campanhas de “recall” e a responsabilidade civil do fornecedor. (Ana Rispoli D’Azevedo). 15. Do direito moral do autor conforme o artigo 6bis da Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas – análise à luz do Direito Brasileiro. (Lucas Lixinski). 16. Violação antecipada do contrato na Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CCVIM). (Miguel Augustin Kreling). 17. Responsabilidade civil objetiva: a compensação como forma de reparação de danos ambientais irreversíveis. (Felipe François Motta). 18. Fundamentos do dano moral ambiental nos sistemas jurídicos brasileiro e alemão. (Raquel Thaís Hunsche). 19. Da reparabilidade do dano moral ambiental coletivo no direito brasileiro. (Laura Miller). 20. Consumo sustentável como costume internacional e seu reflexo no comércio. (Ricardo Medeiros de Castro). 21. O Protocolo de Olivos e o sistema de solução de controvérsias no Mercosul. (Rafael Pellegrini Ribeiro). 22. Um desafio para o Mercosul: a harmonização do direito societário. (Lucas Faria Annes). 23. O Pacto de San José da Costa Rica e o ordenamento constitucional brasileiro: a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. (Tâmara Biolo Soares). 24. A eficácia do acordo para reassentamento de refugiados ACNUR-Brasil para as crianças refugiadas. (Luciana Goulart Quinto). Individual research presented in the XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 2003, had the following titles: 1. Leis imperativas e arbitralidade. (Ana Gerdau de Borja). 2. A inserção das empresas brasileiras nas disputas internacionais: as novas regras de arbitragem da CCI. (Cyro Faria Annes). 3. *Lex Mercatoria*: estudo de uma uniformização de regras do comércio internacional à luz das decisões de tribunais arbitrais internacionais. (Luiz Gustavo Meira Moser). 4. A responsabilidade dos Estados por omissão legislativa frente às convenções europeia e americana de direitos humanos. (Fernando Lusa Bordin). 5. A clonagem terapêutica na Alemanha: entre a inviolabilidade do ser humano e a possibilidade do avanço na cura de doenças. (Julia Barros Schirmer). 6. Transexualismo e direito ao próprio corpo: reflexões acerca da impossibilidade de limitação voluntária aos direitos da personalidade e da vedação ao ato de disposição ao próprio corpo. (Alexandra Pretto). 7. A exigência de um montante mínimo de capital para a constituição de sociedades limitadas e por ações e o princípio da autonomia da vontade. (Eduardo Guimarães Wanderley). 8. Contratos bancários e de crédito face ao Código de Defesa do Consumidor e o princípio da boa-fé objetiva. (Carla Marrone Alimena). 9. O aspecto punitivo dos danos morais. (Lucas Faria Annes). 10. A função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva e a teoria da declaração no direito civil brasileiro. (Fernando Gavronski Guimarães). 11. O Swap de proteção cambial e o contingenciamento do crédito ao setor público. (Miguel Augustin Kreling). 12. A pesquisa em Direito e a questão da mudança: análise parcial da produção científica do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. (Tâmara Biolo Soares). 13. A onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão: distinção entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. (Matheus Faganello). 14. Cláusula penal nos contratos de consumo. (Mari Tozawa). 15. Marca e o conceito de fornecedor: o caso Panasonic. (Simone Regina Backes). 16. A busca da eficiência econômica pelo controle de concentração de empresas na defesa da concorrência. (Andreza Mainardi). 17. O Ministério Público na defesa do consumidor – experiência gaúcha. (Marília Zanchet). 18. Reconstrução dos sistemas jurídicos de países abalados por guerra e o papel dos organismos internacionais. (Filipe Scherer de Oliveira). 19. A poluição transfronteiriça em blocos econômicos: NAFTA e Mercosul frente aos resíduos perigosos. (Lucas Lixinski). 20. Proteção internacional à criança e ao adolescente: a Convenção Internacional de Haia relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional em casos de adoção entre Brasil e

Alemanha. (Letícia Franceschini). 21. Risco do desenvolvimento: estudo comparado entre o direito do consumidor brasileiro e o direito norte-americano. (Antonia Espíndola Longoni Klee). 22. O tratamento jurídico das águas subterrâneas e o princípio da cooperação hídrica internacional: perspectivas para o Mercosul. (Laura Martins Miller). 23. O caso *Estrada do Colono*: colisão entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico como direitos fundamentais. (Raquel Thais Hunsche). 24. A implementação do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) no Brasil : aspectos jurídicos e terminológicos. (Luciana Quinto). 25. A proteção do conhecimento tradicional no ordenamento jurídico brasileiro. (Diego Fraga Lerner). Individual research presented in the XVI Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 2004, had the following titles: 1. O Novo Direito das Obrigações no Brasil e na Alemanha: em Busca de um “Padrão Mínimo para as Relações Contratuais”? (Alexandra Pretto) 2. O Sarbanes-Oxley Act e o Dever de Informar no Mercado de Capitais do Brasil e dos Estados Unidos (Ana Gerda de Borja) 3. A Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça e a Proteção do Consumidor nos Contratos de Cartão de Crédito (André Luiz Cruz Sousa) 4. A Reprovação, pelo CADE, do Ato de Concentração das Empresas Garoto e Nestlé. (Andreza Mainardi) 5. Considerações sobre a Atividade Médica e o Abuso de Direito (Ane Streck Silveira) 6. A Extradicação no Direito Brasileiro: Histórico e Perspectivas. (Anne Caroline Diesel de Oliveira) 7. A Transferência Internacional da Sede Social da Pessoa Jurídica – Desafios para os Sistemas Jurídicos Nacionais: uma Comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito Alemão (Carl Friedrich Nordmeier) 8. A Problemática do Consumidor Superendividado: o Dever de Renegociação para a Garantia do Mínimo Existencial. (Carla Marrone Alimena) 9. Conseqüências da Violação do Artigo VI do TNP e Alternativas para a Não-Proliferação e o Desarmamento Nuclear. (Carolina Paranhos Coelho) 10. O Direito Moral de Proteção da Propriedade Intelectual no Brasil e no Japão (Cláudio Arêdes Rodrigues Filho) 11. O Conflito de Leis: o Fenômeno da Materialização no Direito Internacional Privado Contemporâneo (Cyro Faria Annes) 12. Análise sobre as Perspectivas Russa e Brasileira acerca do Protocolo de Quioto (Daniel Paulo Caye) 13. Dano Moral Decorrente de Abuso em Planos Privados de Assistência à Saúde (Denise Dias de Castro Bins) 14. O Status Jurídico das Normas Facultativas Oriundas de Organizações Internacionais e a sua Utilização Como Fundamento Decisório nos Painéis de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio. (Diego Fraga Lerner) 15. Atos de Concentração Face à Figura do Consumidor: A Cartelização no Codeshare VARIG-TAM. (Eduardo Guimarães Wanderley) 16. A Responsabilidade Civil das Empresas de Tabaco por Danos Causados à Saúde dos Consumidores (Fabiano de Andrade Correa) 17. Violação e Importância da Cláusula de Confidencialidade no Contrato de Know-How e suas Implicações, uma vez Violada, para as Partes Contratantes (Fabiano Galafassi) 18. “Barriga de Aluguel”: Análise da Problemática Ético-Jurídica da Gestação de Substituição (Felipe Rocha dos Santos) 19. Análise Econômica da Cláusula Penal e o Tratamento Jurídico do Instituto no Direito Brasileiro (Fernando Gavronski Guimarães) 20. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor (Fernando Goya Maldonado) 21. A Personalidade Internacional do Indivíduo e o “Direito A Um Tribunal”: Reflexões Acerca da Capacidade Processual da Pessoa Humana na Ordem Jurídica Internacional (Fernando Lusa Bordin) 22. Compartilhamento de Obras Musicais pela Internet e a Proteção dos Direitos Autorais no Brasil (Filipe Scherer Oliveira) 23. O Brasil e a Reforma na Composição do Conselho de Segurança da ONU (Guilherme Antônio Chies Malgarizi) 24. Affirmative Action e a Implementação de Cotas na Educação Superior no Brasil (Julia Barros Schirmer) 25. A Proteção do Interesse Difuso ao Meio Ambiente Qualificado nos Estados Unidos da América: um Paralelo com o Brasil (Laura Martins Miller) 26. Proteção Internacional da Expressão Folclórica (Lucas Lixinski) 27. A Inscrição Indevida no SP e a Indenização por Dano Moral: Critérios de Quantificação Adotados pelo TJRS e Turmas Recursais-JECRS (Luciana Goulart Quinto) 28. As Cláusulas de Hardship e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro (Luiz Gustavo Meira Moser) 29. Quando a Manifestação Política se Transforma em Crime Internacional: os Limites entre o Crime Político e o Terrorismo (Maitê de Souza Schmitz) 30. A Proteção ao Pequeno Investidor do Mercado de Capitais e o Dever de Informar (Marcelo Boff Lorenzen) 31. Sociedade de

research<sup>80</sup> including, in the area of Applied Social Sciences, another “UFRGS Young Researcher Prize” in 1999<sup>81</sup>, for the work of FAPERGS Fellow Fábio Costa Morosini. He won the highest award from UFRGS for his individual work entitled “Mass Communications: Legal Implications of Emerging Technologies.”

Consumo como sendo uma Sociedade de Risco: a Questão da Responsabilidade Objetiva quanto aos Riscos nos Serviços sob a Luz do Código de Defesa do Consumidor (Maria Luiza Kurban Jobim) 32. Da Equiparação do Alienante Fiduciário ao Depositário e a Prisão Civil: Interpretação da Norma Constitucional à Luz da Legislação Infraconstitucional ou Restrição de Direitos Fundamentais? (Matheus Rocha Faganello) 33. Da Cláusula de Comércio da Constituição dos Estados Unidos enquanto Fonte do Direito Ambiental Norte-Americano (Miguel Augustin Kreling) 34. A Convenção de Haia para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado: sua Aplicação e Técnicas de Salvaguarda (Paulo de Tarso Reale) 35. Os Efeitos da Vedação do Uso da Arbitragem por Pessoas de Direito Público e de Economia Mista. (Rafael Pellegrini Ribeiro) 36. Análise do Artigo 49 Caput do Código de Defesa do Consumidor: o Direito de Arrependimento sob Nova Perspectiva (Rafaela Hias Moreira Huergo) 37. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Há um Padrão Mínimo a ser Protegido? (Raquel Thais Hunsche) 38. Projeto de Lei 1151/95: uma Tentativa de Regularização da União Civil entre Pessoas do mesmo Sexo (Renata Lontra de Oliveira) 39. Planos de Assistência Privada à Saúde – A Lei 9656/98 e seus Reflexos sobre o Setor de Saúde Suplementar (Simone Regina Backes) 40. A Tutela Constitucional do Meio-Ambiente no Brasil e nos Estados Unidos: um Diálogo entre Sistemas (Thomaz Francisco Silveira de Araújo).

<sup>80</sup> Prizes received by members of the Research Group, during their graduate studies, were: 1. Researcher with a scholarship PROPESQ-UFRGS Patrícia Peressutti, DESTAQUE in the XI Salão de Iniciação Científica UFRGS and CNPq, Seção III, 1997. 2. Researcher with a scholarship FAPERGS Giovana Maciel (PUC), DESTAQUE in the IX Salão de Iniciação Científica UFRGS and CNPq, Seção III, 1997. 3. Researcher with a scholarship CNPq/UFRGS Pedro Montenegro, PRÊMIO in the I Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito/UFRGS, Bolsa de estudo do Mestrado em Direito/UFRGS para 1998. 4. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Bárbara S. Garcia, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1998. 5. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Ariane Cunha Freitas, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1998. 6. Pesquisador voluntário Fabiano Menck, UFRGS, DESTAQUE no X Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1998. 7. Pesquisadora voluntária Cláudia Travi Pitta Pinheiro, 2. PRÊMIO no III Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito/UFRGS, 1999, Bolsa de estudo do Mestrado em Direito/UFRGS para 2000. 8. Pesquisadora CNPq/PIBIC Aline Jackisch, Co-orientador o Prof. Sérgio José Porto, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999. 9. Pesquisadora CNPq/PIBIC Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.10. Pesquisadora PROPESQ/UFRGS Rosaura Macagnan Viau, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999.11. Pesquisador PROPESQ/UFRGS Bruno Nunes Barbosa Miragem, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999. 12. Pesquisadora voluntária Odiléia Oliveira de Almeida Simão, DESTAQUE no III Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 1999. 13. Pesquisador FAPERGS Fábio Costa Morosini (PUC), DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999. 14. Pesquisadora voluntária Fernanda Nunes Barbosa (PUC), DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999. 15. Pesquisador CNPq/PIBIC Aline Jackisch, Co-orientador o Prof. Sérgio José Porto, DESTAQUE no XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999. 16. Pesquisador FAPERGS Fábio Costa Morosini (PUC), PRÊMIO JOVEM PESQUISADOR do XI Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 1999. 17. Pesquisadora voluntária, ex-CNPq/PIBIC, Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito

UFRGS, 2000. 18. Pesquisador PROPESQ/UFRGS, Bruno Miragem, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000.19. Pesquisadora voluntária, Daniela Jacques, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000. 20. Pesquisadora voluntária, Fernanda Girardi, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000. 21. Pesquisador CNPq/UFRGS, Rafael Garcia, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000. 22. Pesquisadora voluntária, Antonia Espíndola Longoni Klee, DESTAQUE no IV Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS, 2000. 23. Pesquisadora voluntária, ex-CNPq/PIBIC, Laura Oliveira Ederich, DESTAQUE no XII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2000. 24. Pesquisador PROPESQ/UFRGS, Bruno Miragem, DESTAQUE no XII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2000. 25. Pesquisador CNPq/UFRGS, Rafael Garcia, DESTAQUE no XII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2000. 26. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Ana Gerda de Borja, DESTAQUE no XIII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2001. 27. Pesquisador FAPERGS/UFRGS, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, DESTAQUE no XIII Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2001. 28. Pesquisadora FAURGS, Ana Rispoli D'Azevedo, DESTAQUE no XIV Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2002. 29. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Antônia Espíndola Longoni Klee, DESTAQUE no XIV Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2002. 30. Pesquisador voluntário, Miguel Augustin Kreling, DESTAQUE no XIV Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2002. 31. Pesquisadora voluntária, Raquel Thais Hunsche, DESTAQUE no XIV Salão de Iniciação Científica UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2002. 32. Pesquisadora voluntária, Alexandra Pretto, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 33. Pesquisadora voluntária, Julia Barros Schirmer, JOVEM PESQUISADORA no I Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 34. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Maitê de Souza Schmitz, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 35. Pesquisador voluntário, Ricardo Medeiros de Castro, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 36. Pesquisadora FAPERGS, Tâmara Joana Biolo Soares, DESTAQUE no I Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 37. Pesquisadora voluntária, Alexandra Pretto, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 38. Pesquisadora voluntária, Ana Gerda de Borja, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 39. Pesquisador voluntário, Diego Fraga Lerner, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 40. Pesquisador voluntário, Filipe Scherer Oliveira, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 41. Pesquisador voluntário, Lucas Faria Annes, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 42. Pesquisador CNPq/UFRGS, Lucas Lixinski, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 43. Pesquisadora voluntária, Luciana Goulart Quinto, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 44. Pesquisador voluntário, Matheus Rocha Faganello, DESTAQUE no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 45. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Tâmara Joana Biolo Soares, co-orientação com Francisco Silveira de Araújo Santos, JOVEM PESQUISADORA no II Salão de Iniciação Científica do Centro Acadêmico André da Rocha (Faculdade de Direito UFRGS), 2003. 46. Pesquisadora voluntária, Alexandra Pretto,

DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. 47. Pesquisador voluntário, Diego Fraga Lerner, DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. 48. Pesquisador voluntário, Fernando Gavronski Guimarães, DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. 49. Pesquisador voluntário, Filipe Scherer Oliveira, DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. 50. Pesquisador voluntário, Matheus Rocha Faganello, DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. 51. Pesquisadora CNPq/UFRGS, Tâmara Joana Biolo Soares, co-orientação com Francisco Silveira de Araújo Santos, DESTAQUE no XV Salão de Iniciação Científica da UFRGS e CNPq, Ciências Sociais Aplicadas, 2003. Quanto aos prêmios internacionais, em 2001 recebemos dois destaques internacionais: primeiro lugar no Brasil na Eliminatória nacional realizada na UFSC do Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition/2001, participação em Washington, D.C., Estados Unidos, com Professores Cláudio Moretti e Manoel André da Rocha), e estudantes do grupo: Ana Gerdau de Borja; Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Maitê de Souza Schmitz, Ricardo Medeiros de Castro. Prêmio de Melhor Delegado, representando o Canadá, na Comissão de Direitos Humanos, no IV Americas Model United Nations (AMUN), realizado em Brasília, D.F, entre 14 e 19 de julho de 2001 para Thomaz Francisco de Araújo Santos. Em 2002, pesquisadores do grupo também foram agraciados com prêmios no V Americas Model United Nations, realizado em Brasília, DF, sendo premiados Thomaz Francisco de Araújo Santos (Melhor Delegado – Conselho de Segurança), Tâmara Joana Biolo Soares (Menção Honrosa – Comissão de Direitos Humanos) e Miguel Augustin Kreling (Menção Honrosa – Comitê Jurídico); no Inter-American Human Rights Moot Court Competition, realizado em Washington, D.C., com os prêmios de melhor orador em português (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos) e melhor memorial em português pelo peticionário (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos e Rafael Pellegrini Ribeiro); e no Harvard WorldMUN, realizado em Belo Horizonte, para Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos (Menção Honrosa – Comissão de Refugiados). Em 2003, novamente o grupo obteve destaque internacional ao conquistar prêmios no VI Americas Model United Nations, sendo os prêmios para Lucas Lixinski (Menção Honrosa – Comissão de Direitos Humanos) e Miguel Augustin Kreling (Menção Honrosa – Comitê Econômico e Financeiro). Em 2004 o grupo alcançou ainda maior destaque, ao conquistar prêmios na etapa nacional da Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition/2004, conquistando os prêmios de melhor orador (Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos), melhor conjunto de memoriais escritos e melhor equipe, o que levou à participação em Washington, D.C., Estados Unidos, sendo composta a equipe dos seguintes alunos-pesquisadores: Diego Fraga Lerner, Lucas Lixinski, Luciana Goulart Quinto, Maitê de Souza Schmitz, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, e Rafael Pellegrini Ribeiro como *coach*; no Inter-American Human Rights Moot Court Competition, os prêmios de melhor oradora em português (Tâmara Joana Biolo Soares) e melhor memorial em português (Ana Gerdau de Borja e Tâmara Joana Biolo Soares); e no VII Americas Model United Nations, sendo os prêmios para Filipe Scherer Oliveira e Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos (Menção Honrosa – Conselho de Segurança).

<sup>81</sup> Individual research projects presented in the Salão de Iniciação Científica da UFRGS, in 1999, had the following titles: 1. A cláusula de indexação no contrato de leasing e o consumidor- Laura Oliveira Ederich; 2. A garantia como pós-venda no direito do consumidor- Rafael B. Garcia; 3. O prazo de carência nos contratos de incorporação imobiliária - Fernanda Nunes Barbosa; 4. A prestação de serviços educacionais à luz do direito do consumidor - Carina Bonzanini da Silva; 5. O Bug do milênio e seus reflexos para o consumidor - Roberto Silva da Rocha; 6. Multipropriedade - Rosaura Macagnan Viau; 7. A problemática dos serviços prestados através das linhas 0900 - Odiléa Oliveira de Almeida Simão; 8. O Plano Nacional de Desestatização e o consumidor - Bruno Nunes Barbosa Miragem; 9. A agência estadual de regulação dos serviços públicos delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e o consumidor - Cláudia Travi Pitta Pinheiro; 10. As sociedades comerciais no Mercosul - Simone Stabel Daudt. 11. Comunicação de Massa: implicações legais das tecnologias emergentes - Fábio Costa Morosini.

The CNPq Research Group “MERCOSUL and Consumer Law” brought together twelve undergraduate students<sup>82</sup> (there are now more than forty students) from the UFRGS Law School, three students from the PUC-RS Law School<sup>83</sup>, a foreign exchange student<sup>84</sup>, six masters’ candidates from PPGD-UFRGS<sup>85</sup>, who acted as co-advisors to the group as part of their teaching experience, and one doctoral candidate in economics specializing in regulation. Until January 2001, the group was co-coordinated by a young German professor with a long-term teaching appointment from DAAD and CAPES<sup>86</sup> at UFRGS Law School, and foreign professors<sup>87</sup> invited to the Law School for a short period of time, as well as Brazilian

<sup>82</sup> The following students are members of the Research Group that met every Tuesday at the Law School of the Universidade Federal do Rio Grande do Sul in the UN Depository Library: Ana Gerda de Borja, Ana Rispoli d’Azevedo, Antonia Espíndola Longoni Klee, Laura Oliveira Ederich, Lucas Faria Annes, Lúcia Carvalho Sica, Maitê de Souza Schmitz, Marília Zanchet, Odiléa Oliveira de Almeida Simão, Rafael Barreto Garcia, Rafael Pellegrini Ribeiro, Ricardo Medeiros de Castro, Tatiana de Campos Aranovich, Thales Gonçalves Della Giustina e Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos.

<sup>83</sup> Ana Rispoli d’Azevedo, Lúcia Carvalho Sica e Tatiana de Campos Aranovich, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, PUC/RS, Porto Alegre.

<sup>84</sup> The following foreign students also participated in the Research Group: No ano letivo de 1996, o aluno alemão Christian Schindler, aluno então matriculado na Universidade de Heidelberg, Alemanha, hoje assistente do Prof. Dr. Erik Jayme, no Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado da Univ. de Heidelberg, justamente por seu conhecimento do Direito brasileiro. O Doutorando Schindler, que recebeu na época crédito educativo do governo alemão para sua estada na UFRGS, é o secretário da Associação de Juristas Luso-Alemã da Univ. de Heidelberg e coordenou a ida de alunos do grupo para a Alemanha, como o mestrado de Fabiana D’Andrea Ramos na Universidade de Heidelberg, e os cursos de verão em alemão, na Universidade de Heidelberg de Rafael Barreto Garcia e Aline Jackisch. No ano de 2000, por dois meses, duas alunas da Universidade conveniada de Santa Fé (Argentina). Este Intercâmbio de estudantes da graduação da Faculdade de Direito da Universidad Nacional del Litoral, Argentina, por dois meses na Faculdade de Direito da UFRGS, para assistir aulas e pesquisar sobre Direito do Consumidor, em maio/junho 2000, foi uma experiência muito positiva para o grupo e foi financiando pela UNL, que deu prêmios de pesquisa às duas estudantes, e esperamos que se repita em 2001. Atualmente, temos acompanhado a estada de Helene Heyd, aluna de Relações Internacionais da Universidade de Berlim, Alemanha.

<sup>85</sup> Fernanda Nunes Barbosa, Daniela Correa Jacques, Michele Costa da Silveira, Bruno Nubens Barbosa Miragem, Cristiano Heineck Schmidt e José Salvador Cabral Marks, PPGD/UFRGS. Antonia Espíndola Longoni Klee, Marília Zanchet, and Ricardo Medeiros de Castro participated in the Research Group as masters’ degree candidates. Marília Zanchet and Antonia Espíndola Longoni Klee are LL.M. candidates at UFRGS Law School. Ricardo Medeiros de Castro is a MA candidate at UFRGS International Relations Program. Cristiano Heineck Schmidt participated as a doctoral candidate at PPGD/UFRGS, and Bruno Nubens Barbosa Miragem participated in the general co-organization of the group.

<sup>86</sup> Until January, 2001, Dr. Ulrich Wehner, visiting professor at UFRGS, with a long-term grant from DAAD/CAPES, participated and co-directed the research group. From the University of Köln, Germany, he was nominated by the University of Heidelberg, which has an exchange agreement with UFRGS. Earlier, Dr. Harriet Christiane Zitscher, from the Max-Planck Institute in Hamburg, Germany, was a visiting professor invited by UFRGS/DAAD/CAPES, in the German chair at UFRGS Law School during 1998 and 1999. [Tr. Note: Profa. Dra. Catherine Tinker of New York is the CAPES Visiting Professor of International Law for 2004-2005.]

<sup>87</sup> Between June and October, 2000, we had the collaboration of a researcher from the Centre de Droit de la Consommation of the Catholic University of Louvain-la-Neuve, Belgium, the German

professors and those with masters' degrees from other institutions<sup>88</sup>, and two professors from the Law School itself<sup>89</sup>.

## 2. Institutional and inter-institutional relations and relations between the University and society

UFRGS maintains various academic cooperation agreements<sup>90</sup>, as does the Law School<sup>91</sup>. The group maintains its own informal contacts in addition to those already formalized, especially with the Brazilian Institute of Consumer Law and Politics (São Paulo), some departments of the University of Buenos Aires (UBA) and the Universities of Rosário and Santa Fé (Argentina), with UROU in Montevideo, with the Center for Consumer Law in Belgium, with the Institute for International Private Law at the University of Heidelberg, and more recently with the Center for European Research at the University of Rennes I in France, with the Center for Comparative Law at the University of Baltimore, and with the Texas International Law Journal at the University of Texas-Austin, USA.

The Research Group actively participates in the Academic Department of Brasilcon, the Brazilian Institute of Consumer Law and Politics, a non-governmental organization of a scientific character, created by the authors of the Brazilian Consumer Defense Code to study the effect of this law and to monitor its applicability in the Brazilian marketplace. The

Masters'candidate Jens Karsten, sent by Prof. Dr. Thierry Bourgoignie to research about consumer protection in MERCOSUL. We tried to send our Masters'candidates to the Center for the same exchange, but we did not obtain funding. The Exchange of Masters' Candidates of the Research Group CNPq "Mercosul e Direito do Consumidor"/UFRGS with the Centre de Droit de La Consommation da Universidade de Louvain-la-Neuve, Bélgica, in research internships of 4 months, began with the visit of Me. Jens Karsten.

<sup>88</sup> The young professors from the Law Schools in Porto Alegre, masters'degree candidates and specialists, who began as members of the Research Group, usually join in the meetings of the Research Group to collaborate in advising the younger researchers in their areas of specialization, including the following professors: Fabiana D'Andrea Ramos (PUC/RS), Elaine Ramos da Silva (UFSM/RS), Sandra Lima Alves (CEUB/Brasília), Sabina Cavalli (Católica/CE). Additionally, specialists in law collaborate: Fabiano Menke, Roberto Silva, Gustavo Aguiar, Alberto Franco, masters'candidates Cláudia Pitta Pinheiro (UFRGS) and Evelena Boening (UFRGS) and the doctoral candidate Fábio Costa Morosini, University of Texas, Austin.

<sup>89</sup> The colleagues who collaborated in the collective publications of the group, in the organization of conferences and group events, as well as accompanying the group on trips abroad, were Véra Maria Jacob de Fradera (UFRGS) and Martha Lucía Olivár Jimenez (UFRGS). For the last 4 years [Tr. Note, 8 years in 2005] Prof. Me. Sérgio José Porto (UFRGS) served as a co-advisor for a scholarship student.

<sup>90</sup> The group used the exchange agreements of UFRGS with the Universities of Heidelberg, Tübingen, Kiel in Germany, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de Córdoba e Universidad Nacional del Litoral, in Argentina, University of Baltimore, in the USA, Universidad Nacional de Assunción, Paraguay, and the Universidad da República, Uruguay.

<sup>91</sup> The Law School and the Program of Post-Graduate Studies in Law have agreements with the University of Münster, Germany, Universidade de Paris I (Panthéon- Sorbonne), Universidad Nacional de Rosário, Argentina and USP, São Paulo.

collaboration with Brasilcon was cemented in various ways, in the first place, through publications, work that was initiated with the organization of conferences and afterwards with the coordination of a book entitled “Studies in Consumer Protection in Brazil and in MERCOSUL,” published in 1994 by Editora Livraria dos Advogados in Porto Alegre.

Especially after returning to UFRGS with my doctorate, the group began doing translations from French<sup>92</sup>, German<sup>93</sup>, English<sup>94</sup> and Spanish<sup>95</sup> into Portuguese and publishing them in the Journal of Consumer Law (Revista do Brasilcon) and also in the UFRGS Law School Journal (Revista da Faculdade de Direito UFRGS). We also organized and published collaborations in Spanish with our “foreign correspondents<sup>96</sup>,” especially our visiting professors from Argentina<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> See the articles by Alfred von Overbeck of the Instituto Suíço de Direito Comparado (Swiss Institute of Comparative Law), “Eleição de Foro segundo a nova lei suíça sobre Direito Internacional Privado de 18 de dezembro de 1987”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 12, 1996, pp. 7-18 and the article by Prof. Bernard Dutoit.

<sup>93</sup> Translation of an article by Michael R. Will (Europa Institute, Saarbücken), “A experiência de harmonização das legislações na Europa-Harmonização Autônoma?”, translated by Elaine Ramos da Silva and published in the *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, pp. 207-234, and translation by the leader of the Research Group of a chapter in the book by Eike von HIPPEL, “Verbraucherschutz” and published in the *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 1, pp. 7-15, “A proteção do consumidor-comprador” and also the translation of the article from German to Portuguese by Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, with 31 pages, published in the *Revista dos Tribunais*, nr. 759, January 1999, pp. 24-40, on the topic: “Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado” (Visions for a Post-Modern Theory of Comparative Law).

<sup>94</sup> Translation of an article by J.H.A. van Loon, from English to Portuguese, “Os Aspectos Legais da Adoção Internacional e a Proteção da Criança - Relatório da Associação de Direito Internacional”, published in the book *Homenagem à Carlos Henrique de Carvalho*, Ed. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, 1995, pp. 241 et seq.

<sup>95</sup> See the translation by the leader of the Research Group, from Spanish to Portuguese, of the article by Prof. Rúben S. Stiglitz (Universidad de Buenos Aires), published in the *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 13, January/march 1995, pp. 5-11, entitled “Aspectos Modernos do Contrato e da Responsabilidade Civil”.

<sup>96</sup> We also published the work of the following young professors and foreign researchers who participated in the Research Group: Diego P. Fernández Arroyo, Argentinian, professor at Universidad Autónoma de Madri (“Sobre la Existencia de una Familia Jurídica Latinoamericana, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 12, 1996, p. 93-110), Gilles Cistac, French, Dean of the Universidade de Maputo, Moçambique (“Poder Legislativo e Poder Regulador na Constituição Moçambicana de 30 de novembro de 1990”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 12, 1996, p. 148-160), Christoph Benicke, German, assistant at University of Heidelberg (“La convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas y la reforma del derecho de custodia y de visita en Alemania”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, p. 51-70), Erasmo Marcos Ramos, Brazilian, LL.M. candidate of University of Heidelberg, Germany (“A influência do BGB na parte geral do novo Código Civil português”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 15, 1998, pp. 75-98).

<sup>97</sup> See the articles by Carlos Alberto Ghersi (UBA) published in the *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* (La contracción entre la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible y ele acceso al daño resarcible en el final del siglo XX, in vol. 11, 1996, pp. 24-39 and Posmodernidad jurídica- el analisis contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica, in vol. 15, 1998, pp. 21-

Serving as the editorial board of *Juridical Review* (*Revistas Jurídicas*) initially between 1992 and 1998, we helped the pioneering work of Antônio Herman Benjamin, president and founder of *Brasilcon*<sup>98</sup>, in editing the “*Journal of Consumer Law*” (*Revista Direito do Consumidor*). Upon assuming the editorship of the *Journal* in 1998, we created a special section for international legal doctrine, where we continued to publish, in Spanish, the work of our correspondents<sup>99</sup>. The research leaders and international correspondents are from the Argentine “*Journal of Civil Liability and Insurance*,” whose director is Prof. Atilio Alterini, published by *La Ley*, Buenos Aires, and from the Belgian-English *Consumer Law*

32) and in the *Revista Direito do Consumidor*, by Ricardo Lorenzetti (UBA), published in the *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* (*La descodificación y fractura del Derecho Civil*, in vol. 11, 1996, pp. 78-93 and *Redes Contractuales*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 16, 1999, p. 161-202) and in the *Revista Direito do Consumidor* and the presentation of the book by Lorenzetti published by Editora *Revista dos Tribunais* (*Fundamentos do Direito Privado*), Maria Blanca Noodt Taquela (UBA) published in the *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 15, 1998, pp. 181-192, Atilio Alterini (UBA), *Informe sobre la Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil de 1998*, vol. 17, 1999, p. 3 et seq. And the publications in the *Revista Direito do Consumidor*.

<sup>98</sup> Also the following articles by our correspondents were published, with the initiative of Professor Antônio Herman Benjamin, in *Revista Direito do Consumidor* (RT, São Paulo): Gabriel Stiglitz “O direito contratual e a proteção jurídica do consumidor”. RDC n. 1, pp. 184-199; “O Direito do Consumidor e as práticas abusivas -Realidade e perspectivas na Argentina”. RDC n. 3, set/dez 1992, pp. 27-35; and “Las acciones colectivas en proteccion del consumidor”. RDC n. 15, jul/set 1995, pp. 20-27. Rubén S. Stiglitz “Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil”. RDC n. 13, jan/mar 1995, pp. 5-11. Ricardo Luiz Lorenzetti “Análisis crítico de la autonomia privada contractual”. RDC n. 14, abr/jun 1995, pp. 5-19. Atilio Aníbal Alterini “Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas”, in RDC n. 15, jul/set 1995, pp. 5-19 and “Control de la publicidad y comercialización”. RDC n. 12, out/dez 1994, pp. 12-16; Roberto M. López Cabaña “Ecología y consumo”. RDC n. 12, p. 25-28; Gabriel A. Stiglitz, “Danõ moral individual y colectivo, medioambiente consumidor y dañosidad coletiva”, RDC n. 19, jul./set. 1996, p. 68/76, Atilio Aníbal Alterini – Bases para armar la teoria general del contrato em el derecho moderno, RDC n. 19, jul./set. 1996, pp. 7-24; Rubén S. Stiglitz – Seguro contra la responsabilidad civil. Control estatal de las condiciones generales de la poliza - estado actual en los paises del mercosul, RDC n. 20- out./dez. 1996, pp. 9-14; Ricardo Lorenzetti- La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del mercosur, RDC n. 21, jan./mar 1997, pp. 9-31; Rubén S. Stiglitz- La obligación precontractual y contractual de información. El deber de conseso, RDC n. 22- abr./jun. 1997, pp. 9-25; Carlos Alberto Ghersi - Los profesionales y la posmodernidad- los abogados, RDC n. 23/24- jun./dez. 1997, pp. 9-18.

<sup>99</sup> Cf. the work of our correspondents from Argentina published in the *Revista Direito do Consumidor*: Gabriel Stiglitz, “Modificaciones a la ley argentina de defensa del consumidor y su influencia en el mercosur”, RDC n. 29, jan./mar. 1999, pp. 9-20; Carlos Alberto Ghersi - La caracterización de los servicios profesionales de la abogacia. El poder cultural y la desigualdad en la formación contractual. RDC n. 25- jan./mar. 1998, pp. 9-18 and *Consumo sustentable y medio ambiente*, RDC n. 31- jul./set. 1999, pp. 97-103; *Medida anticipativa. Prevención de agravamiento del daño a la persona*, RDC n.32- out./dez. 1999, pp. 149-154 and *Esquema de una teoria sistematica del contrato*, *Revista de Direito do Consumidor* n. 33, jan./mar. 2000, pp. 51-77; Ricardo Lorenzetti - *Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*, RDC n. 28, out./dez. 1998, pp. 22-58, *Esquema de una teoria sistematica del contrato*, RDC 33, jan./mar. 2000, pp. 51-77; Atilio Aníbal Alterini - *Tendencias en la contratación moderna*, RDC n. 31- jul./set. 1999, pp. 104-114 and Roberto M. Lopez Cabaña- *Defesa jurídica de los más débiles*, RDC n. 28, out./dez. 1998, pp. 7-21.

Journal, which has as general editors Thierry Bourgoignie (Univ. de Louvain-la-Neuve) e Geraint Howells (Univ. of Sheffield), published by the Center of Consumer Law – CDC (Centre de Droit de la Consommation, France)<sup>100</sup>.

Another example of the collaboration with Brasilcon was the collection and publication of a report on the exhaustive research on health insurance prepared by the group from TJ-RS (Rio Grande do Sul State Court of Appeals) upon the entry into force of the CDC after the enactment of the health insurance law, from 1996-1998. This report was published in the journal of the Institute, the Journal of Consumer Law-RT<sup>101</sup> and in a book from the Institute entitled “Health and Responsibility” in 1998. It was also part of the Brasilcon research on Brazilian jurisprudence on health insurance plans, coordinated nationally by Prof. Dr. José Reinaldo de Lima Lopes (USP). I had the opportunity to coordinate the research in Rio Grande do Sul and Paraná, conducted in Rio Grande do Sul with the assistance of the visiting German instructor, Dr. Harriet Zitscher, and including Paraná with the contribution of cases from Caroline Araújo of PUC-PR, also a co-author of the Group’s report.

The Group’s jurisprudence appeared in the journal of the Institute, the Journal of Consumer Law, that was called the third-best selling journal by Editora Revista dos Tribunais, edited in São Paulo. In the same way, the German professor Dr. Harriet Zitscher’s book, “Methodology of Teaching with Practical Cases – Examples of Consumer Law<sup>102</sup>,” with my preface, was published by Brasilcon, beginning a new series of publications by Brasilcon-MG.

On the subject of interdisciplinary and inter-institutional relations, I want to emphasize that the group had an important connection with the Small Claims Court legal clinic (“Juizado Especial Cível da Faculdade de Direito da UGRS”). Usually one of the masters’ candidates doing a teaching internship with the Group coordinated this clinic with a position in the Court and did research for the Masters’ degree in consumer law, through the Foundation on Economics and Statistics of the State of Rio Grande do Sul (FEE). Once an economist from FEE advised us on regulation, regulatory agencies and other work related to the impact of privatizing federal and public companies on consumers; another time members of the group worked in the Regulatory Agency for the State of Rio Grande do Sul.

---

<sup>100</sup> See Informações sobre jurisprudência e legislação brasileira, articles by Claudia Lima Marques, in “Consumer Law Jornal” (CDC Publications, Bélgica), vol. 7 (1999), pp. 108-109 and pp. 119-120: “Consumer car leasing contracts- Repayment indexed in dollars -Currency devaluation - Court applies principles of Consumer code” and “Brazil - New health insurance law”, in vol. 8 (2000), with Gabriel Stiglitz: “New Consumer Protection Laws in Mercosur” stating: “The cigarette industry has the burden of proving that nicotine is not addictive to consumers”.

<sup>101</sup> Report of quantitative and qualitative research on jurisprudence in Rio Grande do Sul on health insurance and on the CDC, conducted by the Research Group CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, coord. Claudia Lima Marques and Harriet C. Zitscher, together with the students, published in the Revista Direito do Consumidor (São Paulo), vol. 29, jan/mar 1999, pp. 88-105: “Relatório BRASILCON sobre seguro-saúde no TJRS, de 1991 até maio de 1998”.

<sup>102</sup> Pocket Book, *Metodologia do Ensino com Casos Práticos: exemplos do Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Presentation by Cláudia Lima Marques, pp. 1-19.

At UFRGS, the group maintained contacts with the Center and Library specializing in Integration, and their Interdisciplinary Specialization Course called “MERCOSUL and Integration” (IFCH-UFRGS), coordinated by Prof. Dr. Maria Suzana Arrosa Soares. Once the students in the scientific investigation group conducted their research there and all the professors involved in the group gave classes in this course<sup>103</sup>, similar to the Specialization Course at the Law School called “The New International Law<sup>104</sup>.” The group also cooperated with the TERMISUL project in the compilation of a dictionary of International Environmental Law terms, coordinated by Prof. Dr. Maria da Graça Krieger<sup>105</sup>.

Related to international relations<sup>106</sup>, the group maintains contact with the University of Buenos Aires, with the chair of Carlos Alberto Ghersi (Civil Law: Obligations and Contracts), such that various students in the group participated in conferences in Argentina in 1993, 1994, 1997 and 1998, and the professors from the group and Brazilian chairs are invited annually to present lectures in Argentina. With this collaboration, various joint publications have emerged in Argentina<sup>107</sup> and in Brazil<sup>108</sup>. We also maintain group collaboration with the chair of Prof. Ricardo Lorenzetti of the University of Buenos Aires and Prof. Gabriel Stiglitz of the University de La Plata, with the University of Rosario and the Universidade Nacional del Litoral, Santa Fe.

<sup>103</sup> The professors of the course, in addition to the author, are professors Vera Maria Jacob de Fradera, Martha Lucia Olivar Jimenez and Fabiana D’Andrea Ramos, and the professor invited by DAAD/CAPES, Ulrich Wehner.

<sup>104</sup> The professors of the course of the Department of Public Law and Philosophy of Law, in addition to the author, who coordinated it together with Prof. Manoel André da Rocha, are professors Vera Maria Jacob de Fradera, Martha Lucia Olivar Jimenez and Fabiana Ramos, and the professor invited by DAAD/CAPES, Ulrich Wehner.

<sup>105</sup> The students cooperating in the project were Fábio Costa Morosini, Fernanda Nunes Barbosa, Luciana Goulart Quinto and Laura Martins Miller, in addition to the leader of the group.

<sup>106</sup> As stated by FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Propuestas para la enseñanza y la investigación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, in the book “Jornadas de Derecho Internacional”, Ed. OEA/Sec. de Asuntos Jurídicos, 2000, pp. 93-112, it is necessary to create a “jurista americano abierto al mundo” (“an American jurist open to the World”), p. 96, and especially to emphasize studies and research on “integración latinoamericana” (“Latin American integration”), p. 97.

<sup>107</sup> In 1993 see the chapter of the book published in Argentina, “MERCOSUL - Perspectivas desde el Derecho Privado”, Carlos Alberto Ghersi (Director), Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993, pp. 167-209: Cap.VIII-“Tranferencia de Tecnología”, and 1996, the Brazilian Part of the Chapter IX of the collective book published in Argentina, “MERCOSUR - Perspectivas desde el derecho privado - Segunda Parte”, Carlos Alberto Ghersi, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, Spanish translation by Carlos Alberto Ghersi, pp. 199-226: Chapter IX – “*Los derechos del consumidor. Una visión comparativa entre el Brasil y la Argentina. A) El Código Brasileño de Defensa del Consumidor y el Mercosur*” and in 2000, the chapter in the book published in Argentina, “Los Nuevos Daños- Soluciones modernas de reparación”, vol. 2, Carlos Alberto Ghersi (Director), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, translated into Spanish, pp. 69-105: Cap. IV-“Contratos de Time-Sharing en Brasil y la protección de los consumidores: crítica al Derecho Civil en tiempos posmodernos”.

<sup>108</sup> Cf. the articles published by the assistants to the Chair of Carlos Alberto Ghersi, Manuel Cunha Rodriguez (El Sistema de Franchising y la tutela de los consumidores y usuarios en el derecho

## CONCLUSION

As we see, it is possible to research in a group, productively and seriously, in Law. The method described here is just one; many others can be developed and perfected by colleagues interested in research. Research in international law is one path available for joint work, for the creation and evolution of thought and new Latin American doctrine. Collaboration with organized civil society is not possible except as extension, but it can also occur through academic research and publications directed towards the solution of regional or sectoral problems. The Brazilian University has evolved greatly concerning learning to research in scientific investigation (“*iniciação científica*”) and this shows us a positive direction for students and professor-researchers in Law.<sup>109</sup> We hope that this personal testimonial may motivate and assist others in this development.

---

argentino, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, p. 147-172), Graciela Lovece (El tiempo compartido, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, pp. 131-146), Eduardo Barbier (La tutela del cliente bancario desde la ley de defensa del consumidor en el derecho argentino, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, pp. 99-116), Célia Weingarten (Estado de la doctrina y jurisprudencia en la responsabilidad medica, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 13, 1997, p. 39-50).

<sup>109</sup> Prof. Dr. Catherine Tinker is the CAPES visiting professor at UFRGS Law School in 2004 and 2005, and participated and co-coordinated a sub-group of Profa. Dra. Cláudia Lima Marques' Research Group on MERCOSUL and Integration. This sub-Research Group was created on the topic of the Aquífero Guarani, a source of groundwater located in part in the State of Rio Grande do Sul, subject of growing interest in developing new international and regional law. Dr. Tinker came from Pace University in New York City, which has an agreement with UFRGS as part of a consortium with UFPA and the University of Texas at Austin for the FIPSE-CAPES exchange program that Profa. Dra. Catherine Tinker and Profa. Dra. Cláudia Lima Marques created together in 2000.



**‘SPRECHSTUNDE’: GROUP RESEARCH IN LAW  
DEVELOPED THROUGH BILATERAL STUDENT AND FACULTY  
EXCHANGE, BRAZIL-U.S.**

---

Catherine Tinker\*

Translating the article by Profa. Dra. Cláudia Lima Marques<sup>1</sup> on the method of research in law that she calls ‘*sprechstunde*’<sup>2</sup> from Portuguese to English was one of my first projects upon arriving in Brazil as the CAPES Foreign Visiting Professor of Law, 2004-2005, at the Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) Faculty of Law, Programa de Pós-Graduação em Direito, in Porto Alegre. (See English translation of this article, *supra*.) In the process, I recalled how we first began to work together four years ago to create the student exchange and faculty research program funded by CAPES and FIPSE that allowed a number of Brazilian and U.S. students to study abroad for a semester and now my own selection as a Foreign Visiting Professor, “Bolsista CAPES.” While reading Cláudia Lima Marques’ article, I realized that, without being conscious of the method, I, too, had been trained in my masters’ and doctoral studies at N.Y.U. School of Law by Prof. Thomas Franck in the same German system Cláudia Lima Marques calls “Sprechstunde” in Brazil. Cláudia and I each used this method to train the law students from UFRGS and UFPA Faculty of Law who studied with me at Pace University in New York under our CAPES-FIPSE student exchange program in 2003-2004.

---

\* Doctorate in Law (N.Y.U. School of Law) and Master in Law (N.Y.U. School of Law); CAPES grant as Foreign Visiting Professor of Law, 2004-2005, at UFRGS Faculty of Law, Porto Alegre (Adjunta-3); Adjunct Full Professor, Pace University, New York.

<sup>1</sup> Doctorate in Law (Heidelberg, Germany); Master in Law (Tubingen, Germany); Specialist in European Integration (Saarbrücken, Germany); Full Professor of Law, Faculty of Law of the Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Department of Public Law and Philosophy of Law, Porto Alegre, Brazil; and Director, Post-Graduate Program in Law (master’s and doctoral degrees in law), UFRGS, 2000-2004.

<sup>2</sup> Cláudia Lima Marques, “Research in Law: A Testimonial on Group Research, the Methodology of ‘Sprechstunde’ and Learning Post-Modern Scientific Investigation, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Vol. 20 (Porto Alegre: Nova Prova Grafica e Editora, 2001), pp. 63-89.

The result of our group research is a book we are writing together this year in Brazil on international environmental law and comparative Brazilian-U.S. environmental law, an outline and excerpts of which are attached. The theme of our book is the importance of international environmental law and its implementation in the law and jurisprudence of Brazil and of the U.S. One purpose of the book is to make concepts and scholarly material in Portuguese accessible to readers of English. Another purpose is to identify for Brazilian readers how principles of international environmental law are part of national law, including in Brazil. These goals support the argument that international environmental law is a distinct specialty within public international law, and one to include in law school curricula.

## I. FORMING A BILATERAL CONSORTIUM FOR STUDENT EXCHANGE

In 2000, thanks to the generous support and vision of the Tinker Foundation in awarding a two-year planning grant to Pace University School of Law to deepen the ties between our university and Brazilian institutions, I returned to Brazil<sup>3</sup> to select projects and partners for our environmental law program, the Center for Environmental Legal Studies, at Pace University School of Law, founded by Prof. Nicholas Robinson, who had visited Brazil and worked with Antônio Benjamin through the IUCN (World Conservation Union) and academic connections. From the time of ECO-92 in Rio until 2000, Pace Law School environmental law professors<sup>4</sup> had been invited to lecture at a series of ad hoc conferences or seminars in different parts of Brazil,<sup>5</sup> including the states of São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Bahia, Rondônia, and Maranhão. These events were variously organized by Federal courts, bar associations, or individuals (including former Pace LL.M. students from Brazil), and the panels were shared with a number of excellent Brazilian judges and law professors, such as Antônio Benjamin, Paulo Affonso Leme Machado and Vladimir de Freitas.

---

<sup>3</sup> Based on my prior interest in Brazil, visits to the country over many years, some language proficiency in Portuguese, and a period of residency in Brazil some twenty years earlier under a grant in the humanities and human rights from the Rockefeller Foundation, I became the project director for the Tinker Foundation grant I helped Prof. Nicholas Robinson write for Pace Law School at the beginning of 2000.

<sup>4</sup> Professors Nicholas Robinson, Jeffrey Miller, Ann Powers, former Dean Richard Ottinger, and others, including, more recently, Profs. David Cassuto and Lee Paddock; other professors, including myself and others from the Politics and Public Administration Department and other academic departments outside the law school, joined in presenting many seminars and lectures in English. A group of Pace law professors visited UFRGS in June, 2003, and other Pace professors have visited UFPA.

<sup>5</sup> Similar kinds of ad hoc conferences and guest lectures were organized through the years by the Pace Business School, and other joint programs in Brazil were conducted by the Pace Nursing School; in addition, interdisciplinary service learning courses are offered to Pace undergraduate students as two-week travel-study courses with professors from the Departments of History, Literature, or Religion and Ethics. Much of the interest in Brazil at Pace is due to the efforts over sixty years of a dedicated professor of history, now Emeritus Professor Jordan Young, who brought leading Brazilian scholars and businesspeople to Pace for guest lectures and organized exchanges of students through the business school in the past decades. Prof. Young served as a guide and advisor in our planning grant process and other activities.

We had a sense of the growing interest in environmental law in Brazil, and wanted to establish a regular program of environmental law studies through on-going relationships with Brazilian institutions and professors who were making a similar commitment to continuity and curricular development. Another motivation was to provide an organized response to many requests for faculty to participate in conferences and from Brazilian students wanting to study at Pace, and to offer a similar option for U.S. students to study abroad. Our relationship with Prof. Antonio Benjamin and the Lawyers' Institute for a Green Planet in Brazil became the base of our future planning. At the suggestion of Prof. Antônio Benjamin, I met Profa. Dra. Cláudia Lima Marques in Porto Alegre, and we began planning a partnership for student exchange and joint faculty research that grew into a joint proposal for funding to CAPES and FIPSE.

Our first proposal was written at the very beginning of our relationship in 2000, when Cláudia and I were just getting to know each other and each other's universities, and it was driven by the deadline early in 2001 for the new FIPSE Brazil program. The critiques we received<sup>6</sup> reflected the need to have significant ties firmly in place well in advance of the submission of the funding proposal, to find matching academic programs in both countries, or to have a track record of similar exchanges to demonstrate the means of achieving the goals of long-term cooperation. On subsequent visits to Porto Alegre in June and December, 2001, Cláudia and I fine-tuned our proposal and added another Federal university in Brazil to the consortium. I began the work of creating an administrative structure for the program in New York, with Cláudia Lima Marques doing the same in Porto Alegre, as the two founding national coordinators of our program.<sup>7</sup> We were notified in July-August 2002 that our revised proposal was accepted by both governments, and we immediately began to operationalize the program.

Part of the preparation for this stage of the work was to meet at each university with the President and deans of the law schools and other departments to ensure the interest and commitment to the project on all sides. There were shifts in personnel involved in several of the partner universities, as the realities of negotiating the legal agreements between the universities met with the internal hierarchies of each university and the need to ensure support on the highest levels of each university. For example, there were several departments

---

<sup>6</sup> In an effort to reach beyond the law schools, and emphasize the undergraduate links, we initially included as a partner a private university where Pace Business School professors had offered guest lectures on business management and ecotourism, but it was not a strong match for the other partner universities.

<sup>7</sup> In addition to Pace and UFRGS, the consortium included the University of Texas at Austin (where Prof. Benjamin organized support for our project) and the Universidade Federal do Pará (UFPA) in Belém do Pará, plus two non-governmental organizations, the Water Keepers' Alliance in New York (headed by Robert Kennedy, Jr.), and the Lawyers' Institute for a Green Planet in Brazil (headed by Eladio Lecey and Antonio Benjamin).

or programs at UT-Austin with an interest in this program in addition to the law school, including the Lozano Long Institute of Latin American Studies (LLILAS) headed by Prof. Nicholas Shumway, and the Environmental Sciences Institute in the Department of Geography, an interdisciplinary team of environmental scientists. At Pace, the decision was made to make the program university-wide, rather than a program of the law school alone, and a newly-hired assistant provost, Dr. Beverly Kahn, became the head of the program in 2002, ensuring its sustainability within Pace University by putting the Brazil exchange program high on Dr. Kahn's agenda for internationalizing the university and its programs. Dr. Nicholas Shumway became the coordinator of the program at UT-Austin, in cooperation with Prof. Patricia Hansen of the UT-Austin School of Law and ESI.

Following the CAPES-FIPSE meeting of the consortia in October, 2002, in Brasília, I returned to Belém do Pará and to Porto Alegre with a representative of the University of Texas at Austin, to meet again with the responsible parties at UFPA and UFRGS and to continue to work on the draft cooperation agreement. We concluded our legal agreements in record time (signed copies were ready by the following February or March with all the universities), aided by two important factors: the model agreement we used was an existing academic cooperation agreement for student and faculty exchange between the University of Texas at Austin School of Law and the UFRGS Faculty of Law; and by the time we negotiated the agreements, our relationships were firm and cemented by mutual visits. It may have helped that three universities in our consortium had lawyers as program coordinators (Cláudia Lima Marques for UFRGS, Jorge Alex Nunes Athias and Christina Oliveira Dourado for UFPA, and myself for Pace).

Once the legal cooperation agreements were signed by the President or legal authority of each partner university, including the tuition waiver and acceptance of transfer credits requirements, we were ready to submit our first-year report to FIPSE and CAPES in order to receive the funds for the first group of exchange students. The first UFRGS law students under our exchange program arrived in Austin in January, 2003, for a semester.<sup>8</sup> The first UFRGS and UFPA law students arrived in New York in July, 2003, to study for a semester at Pace University.<sup>9</sup> The U.S. students arrived in Brazil beginning in August, 2003.<sup>10</sup> To date, nine Brazilian law students from UFRGS and UFPA have studied at Pace University in New

---

<sup>8</sup> Antonia Klee, Lucas Faria Annes, and Melissa Castello were the first group; Ana Gerda de Borja, Tâmara Joana Biolo Soares and Mariana Pargendler arrived in January, 2004, for a semester. A UFRGS student from the interdisciplinary TERMISUL project (environmental law encyclopedia and multi-lingual glossary of international environmental law terms) also studied at UT-Austin, and several other UFRGS law students studied at UT-Austin Law School outside the FIPSE-CAPES program.

<sup>9</sup> Maite de Souza Schmitz, Thomaz Silveira de Araujo Santos and Rafael Pelligrini Ribeiro. In January, 2004, Miguel Kreling and Laura Miller arrived in New York for their semester study.

<sup>10</sup> UT-Austin law student Jay Bischoff arrived at UFRGS in January, 2003; Cory Hash and Seth Otto arrived in Porto Alegre in August, 2003 to study at UFRGS; and Shaun Schottmiller arrived at UFRGS in August, 2004. Pace student Ana dos Santos arrived in Belém do Pará to study at UFPA in August, 2003.

York and another eleven students have studied at UT-Austin School of Law during 2003-2004, the first year and a half of the CAPES-FIPSE grant. Three UT-Austin law students and two others have studied at UFRGS Faculdade de Direito, and one Pace student has studied at UFPA.

On my next trip to Brazil, I was invited to give another guest lecture at UFRGS Faculty of Law for the Programa de Pós-Graduação em Direito, a feature of every visit I made to Brazil during our planning period from 2000 on, and participated in interviews of UFRGS law students applying for the exchange program in the United States. On several visits to Belém do Pará setting up the exchange program there, I was also invited to give guest lectures at the law school at UFPA, and I met the Brazilian law students who had been selected to study in the U.S. under our exchange program. These contacts created connections between the institutions and individual students and faculty that contributed to the success of the student exchanges. Similarly, we made an effort to recruit students to study in Brazil, and the coordinator in Belém, Jorge Alex Nunes Athias, interviewed possible candidates on one of his trips to New York. Profa. Cláudia and Antônio Benjamin did the same in Austin, Texas, at a conference held during the annual semester-long course Prof. Benjamin teaches at UT-Austin School of Law, and on other visits to UT-Austin.

When Cláudia Lima Marques visited Pace University in New York for the first time in 2003, she gave a guest lecture in my class on “Sustainable Development Law and Policy,” an interdisciplinary seminar with law students and students from the Politics and Public Administration Department, and met some possible candidates for exchange study. Since then, Prof. Benjamin spoke at Pace as a keynote speaker at a conference in June, 2004, organized and funded by the Tinker Foundation to build on the FIPSE-CAPES grant for the basic student exchange.<sup>11</sup> Other visits by UFRGS and UFPA law professors to UT-Austin occur on a regular basis for guest lectures or periods of library research; one such scholarly exchange, during which Professor Cesar Saldanha Souza of UFRGS Faculty of Law spent several months researching in Austin and writing a book. Faculty from the Departments of Politics, Business, History, Religion and Ethics, and Literature and Languages from Pace University have traveled to Brazil with funding independent of the CAPES-FIPSE grant, and short-term travel-study programs have brought small groups of Pace students to Brazil for a week or two from various departments. UT-Austin law school and LLILAS faculty regularly travel to Porto Alegre every August for conferences and joint research under other programs, and more UT-Austin faculty will return in January, 2005. UT-Austin and Pace professors are also invited to lecture at UFPA when they are in Brazil. With my arrival in Porto Alegre, his year marks the first time that a Foreign Visiting Professor from the U.S. funded by CAPES is teaching at the UFRGS Faculty of Law, although several German professors co-funded by their government have taught at UFRGS law school in the past.

---

<sup>11</sup> This subsequent Tinker Foundation grant, which I also wrote for and with Pace University, will result in a joint conference in Brazil in 2005.

## II. LEARNING TO RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW: A PERSONAL ACCOUNT IN RESPONSE TO CLÁUDIA LIMA MARQUES' TESTIMONIAL ON HER METHOD OF RESEARCH IN LAW

My initial international experience was to participate in two Model United Nations sessions as a high school student; and then as an exchange student during my university years: one semester at Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand, and one semester in Aix-en-Provence, France. During law school at George Washington University, I served as one of the student editors of the international law journal prior to receiving the J.D. degree. After graduation, and some experience as a prosecutor, I became a law clerk to the Chief Judge of the United States District Court for the Southern District of New York in Manhattan, Ch. Judge Charles L. Brieant. The duties of a Federal law clerk are to research cases and analyze briefs for the judge in cases where, depending on the judge, the clerk may prepare a rough draft of the opinion for the judge, outlining the facts, the legal reasoning, and the arguments the judge may use to decide the case. I learned the rigor required for this type of legal research, the need to carefully analyze the legal arguments put forth by the lawyers for both sides in the litigation, and the high level of scrutiny with which each argument must be weighed in order to reach a fair, equitable, and legally correct judgment likely to be upheld in case of an appeal.

I also observed the seriousness with which every case was handled by my judge, especially in cases where the claimant had no lawyer and was representing himself (*pro se* cases). From this position, which is usually a year or two, I decided I really wanted to teach international law, and wanted to earn a master's degree.

New York University School of Law's Center for International Legal Studies, founded by Professor Thomas Franck, selected me as the Senior Fellow for two years during my studies for the master's (LL.M.) and doctor of juridical science (J.S.D.) degrees in international law. There I learned how to research as a research assistant to several professors during my year's study for the LL.M., first with Professor Theodore Meron (now Chief Judge of the Ad Hoc Tribunal on the Former Yugoslavia) on a history of humanitarian law in which I read the records of the founding of the United Nations, including the U.N.C.I.O. in San Francisco. Then I became a research assistant to Professor Thomas Franck, who later agreed to become my dissertation advisor when I became a doctoral candidate.

Professor Franck chose junior and senior fellows to become part of his Center for International Legal Studies for a year, with a weekly seminar meeting as the focus of our studies on a theme of international law selected by Professor Franck each year. Within the broad theme, each student fellow selected a specific topic to research with the approval of Professor Franck. Research included library research in the excellent N.Y.U. Law School Library, and in my case, the Dag Hammarskjöld Library at the United Nations. When indicated, Professor Franck provided introductions to practitioners of public international law, such as Secretariat officials and diplomats at the United Nations, for interviews. Another formative experience for all of us fellows was Professor Franck's invitations to dinners at N.Y.U. Law

School with noted international scholars from, for example, during my time, Finland, South Africa, and Japan. We were exposed to new currents of thought, proponents of different schools of jurisprudential analysis, and the most creative thinkers in the field of international law who would make a presentation based on their current research, followed by questions from the guests, including respected international lawyers representing their countries at the United Nations. Informal conversations occurred over the dinner table, where Professor Franck carefully introduced each fellow to the other guests.

The final event of each year marked the completion of the research papers with an evening of presentations by fellows, followed by critiques from the dinner guests, who had read the papers in advance and were ready to engage in dialogue with the fellows. This was an amazing lesson in combining theory and practice, sharing insights into public international law from the perspective of the academy and the real world of diplomacy and international policy- and law-making. We as fellows were welcomed as part of the group looking for ways to implement the ideas of the United Nations Charter and achieve the goals articulated by the international community, and we observed the way that serious scholars and diplomat-scholars interacted in seeking solutions to global problems, while hearing the stories behind the stories and the meaning of certain language in negotiated documents of international law. Finally, selected fellows' papers were published by the N.Y.U. Law School Journal of International Law and Policy, including my article on the environment and the United Nations.<sup>12</sup>

My dissertation committee was headed by Professor Franck, with Professor Andreas Lowenfeld (expert on private international law and arbitration), and Professor Paul Szasz (instrumental as a lawyer for the United Nations role in the independence of Namibia and in the creation of the ad hoc commission for the former Yugoslavia). The year that I was formulating my dissertation proposal, Professor Franck was at the Max Planck Institute, working on the manuscript for his book on democratic elections and the role of the individual in public international law. The seminar course he normally offered for post-graduate students was offered by Professor Oscar Schachter of Columbia University School of Law, following his career in the Legal Advisor's Office of the United Nations, who that year was involved in the foundations of the field of international environmental law in the years leading up to the United Nations Conference on Environment and Development, held in Rio de Janeiro in 1992. Under his influence, I became involved as a NGO representative at the Preparatory Committee meetings for the Rio Conference, the Rio Conference itself and the final negotiating sessions of the United Nations Convention on Biological Diversity. These experiences inspired my research and writing for Professor Franck, and resulted in the publication of several chapters in books and law review articles on international law and

---

<sup>12</sup> "Environmental Planet Management by the United Nations: An Idea Whose Time Has Not Yet Come?" 22 N.Y.U. Journal of International Law and Politics 793 (Summer 1990)

biological diversity,<sup>13</sup> as well as subsequent work for non-governmental organizations at the United Nations.<sup>14</sup>

In the course of my dissertation work, with Professor Franck's recommendation, I was hired by the Ford Foundation for a summer to research archival materials from the beginning of the United Nations related to the role of the Secretary-General for former Under-Secretary-General Brian Urquhart.<sup>15</sup> In the course of the research in the U.N. archives and the national archives of several key states from 1945-1946, we confirmed that no rule was ever adopted regarding the length or renewability of the term of office of the Secretary-General, only customs. Two years later, I was still working with Sir Brian on this study of the role and selection of the Secretary-General with recommendations, including one for a single seven-year term. In the course of preparing the manuscript, several advisory group meetings were convened in which I observed how actual participants in the historical events we analyzed, including former foreign ministers and diplomats from all over the world, responded to the issues and recalled the reasons for certain developments in the political history of the United Nations.

Following the publication by the Ford Foundation and the Dag Hammarskjöld Foundation of our study on the U.N. Secretary-General, I accepted a year's appointment as the senior policy analyst for the United Nations Association - USA branch, the organization that sponsors the Model United Nations programs worldwide. My research training and familiarity with the leading scholarly work in international law helped me prepare a research agenda and sponsor a series of off-the-record discussions with key Secretariat officials, selected

<sup>13</sup> "Responsibility for Biological Diversity Conservation under International Law," in **INTERNATIONAL LAW: AN ANTHOLOGY**, ed. Charlotte Ku and Paul F. Diehl (Boulder, Colorado: Lynne Reiner, 1998), pp. 415-442; "State Responsibility and the Precautionary Principle," in **THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND CHANGES IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY**, ed. David Freestone and Ellen Hey (Dordrecht, Holland: Kluwer, 1996), pp. 53-71; "UN Convention on Biological Diversity, One Year After Entry into Force," 28 [Vanderbilt Journal of Transnational Law](#) 777 (October 1995); "'A New Breed' of Treaty: The UN Convention on Biological Diversity," 13 [Pace Environmental Law Review](#) 191 (Fall 1995); "Introduction to Biological Diversity: Law, Policy, and Science," 1 [Buffalo Journal of International Law](#) 1 (Spring 1994); "Environmental Security in the United Nations: Not a Matter for the Security Council," 59 [Tennessee Law Review](#) 787 (Summer 1992); "Strict Liability of States for Environmental Harm," 3 [Touro Journal of Transnational Law](#) 155 (1992).

<sup>14</sup> See, e.g., an account of this NGO experience in "Parallel Centers of Power: The View of Non-Governmental Organizations at the United Nations," in **CONSCIOUS ACTS AND THE POLITICS OF SOCIAL CHANGE: FEMINIST APPROACHES TO SOCIAL MOVEMENTS, COMMUNITY, AND POWER**, ed. Robin L. Teske and Mary Ann Tetreault, University of South Carolina Press, 2000, pp. 219-229.

<sup>15</sup> Sir Brian is a retired career civil servant in the United Nations Secretariat who had served with every Secretary-General since the beginning of the organization, and who is the author of noted biographies of Dag Hammarskjöld and Ralph Bunche. He is often interviewed as an expert on international relations and the United Nations.

NGO representatives and diplomats on cutting edge issues and policy decisions at the United Nations involving international law. By this time, I incorporated a non-profit organization for education and research on international law and organizations, TILO,<sup>16</sup> the organization I represented then at the Rio conference and many subsequent United Nations meetings on topics related to international environmental law.

From all these experiences, I then began teaching international law, the goal I had formed when I decided to return to law school for the LL.M. The policy work and the experiences at the United Nations contributed to my scholarship and teaching. It also continued to draw me back to research projects with the approach of solid research and analysis as the base for publications that reach a wide policy audience. Such was the opportunity I had to direct the project that resulted in the publication entitled *Crossing the Divide: Dialogue among Civilizations* (New Jersey: Seton Hall University, 2001). A collaborative effort of a Group of Eminent Persons, principally former Under-Secretary-General of the United Nations Giandomenico Picco, we declared our commitment to the value of diversity and respect for difference as a rejection of the thesis of the clash of civilizations propounded by Samuel Huntington. Published by a university, this report was presented to Secretary-General Kofi Annan, who distributed it to each member state of the United Nations before the General Assembly debate on the subject of Dialogue among Civilizations.

Another example of “sprechstunde” at N.Y.U. School of Law, noted for its international law scholars, was the tribute given to Prof. Franck upon his retirement from full-time teaching at N.Y.U. All former Fellows of the Center for International Legal Studies were invited back to the Law School to honor Prof. Franck over a two-day period which included, of course, several dinners and testimonials. Significantly, the event was designed as a min-conference of leading international law scholars and practitioners, all trained by or influenced by Prof. Franck, presenting their current research or thought-provoking questions for group discussion during the testimonial, followed by publication of the papers in the N.Y.U. Journal of International Law and Politics.<sup>17</sup>

In short, developing research skills in groups and under the direction of my masters of international law, chiefly Professor Thomas Franck and Professor Oscar Schachter, has been a solid foundation for many professional activities, including teaching, research and writing, and policy work. Some of the lessons I learned are those I share with my students

---

<sup>16</sup> The Tinker Institute on International Law and Organizations (TILO) is accredited to the United Nations through ECOSOC with roster status. We are a voluntary non-profit organization interested in international legal aspects of biological diversity, sustainable development and gender equity. See [www.tiilo.org](http://www.tiilo.org).

<sup>17</sup> “Conference: International Law and Justice in the Twenty-First Century: The Enduring Contributions of Thomas M. Franck,” N.Y.U. Journal of International Law and Politics, vol. 35, Winter 2003, No. 2, pp. 291-517. The articles are by Benedict Kingsbury, Harold Hongju Koh, Philip Allott, Nathaniel Berman, David Golove, David Kennedy, Karen Knop, Martti Koskeniemi, and David M. Malone.

each year, encouraging them to dedicate themselves to serious research and participation in policy- and law-making in the international context. By preparing themselves through this process, they will know enough history to handle the many changes and challenges ahead in their professional lives, and find creative solutions to the events of their era. By reading the works of masters like Prof. Franck, we can all share in his vision of “legal cosmopolitanism” and fulfill our potential as members of the “invisible college of international law.” Surely Thomas Franck’s legal scholarship exemplifies the best of the hermeneutic method of legal scholarship, known for its intellectual rigor and its insight and vision, as well as for the beauty of his use of languages. This is a model for our students in the future.

### III. CREATING A BILATERAL GROUP FOR RESEARCH IN LAW

An important dimension to this preparation is the experience of living in another culture for long enough to understand something of the similarities of humankind and the special differences of various cultures and languages. This is why student exchange programs are so important, especially semester-long experiences where the students learn and use another language. From the first meetings of the parties to our consortium with the University of Texas-Austin, UFRGS, UFPA, and Pace University, we discussed the kind of joint research and collaborative efforts of faculty that could accompany student exchange and lead to long-term relationships on an institutional and personal level. Our collaborative effort to design a partnership and elaborate an exchange program with a language requirement anticipated comparative legal studies and research opportunities for the students under the direction of professors. We also hoped for faculty visits and joint research projects to evolve from the exchanges.

Just as students learn how to research from experiences with professors, so also we as professors learn to expand our thinking and add new areas to our research agendas. In beginning to research in another legal system, and in another language, it is critical for professors to have time to live in that other culture and combine the research with teaching. Working with students from another legal system offers richly rewarding opportunities to learn from one another, even in formulating questions and sharing reactions to assigned reading and suggested bibliographic entries. Another benefit of this experience is to gain insights into one’s own legal system by exploring the bases for another legal system. In the process of finding the correlation for legal terms by researching in another language, the student or professor also learns another language on a level of professional communication, achieving the ability to write reports, formulate bibliographies, and explain theoretical or abstract ideas with support for the positions or arguments advanced. Real facility in these activities develops through joint research and exchange of ideas with daily interactions in the classroom and meetings of research groups.

The first groups of Brazilian law students to study at Pace University in New York in 2003-2004 included four students from UFPA Faculty of Law and five students from UFRGS Faculty of Law. They successfully completed their courses, received high grades

from the law school professors, and completed research papers while they were in New York. Since all the students who came to New York had indicated interest in environmental law, they all participated in my seminar on Sustainable Development Law and Policy, an interdisciplinary seminar on law and politics. We continued to meet as a group to discuss future research together on comparative U.S.-Brazil environmental law, and contributions to a book. Several meetings took place in November and December, 2003, in New York, emails were exchanged in February and April, and we met again in Brazil in August and September, 2004, when my own exchange visit began at UFRGS Faculty of Law courtesy of a CAPES Foreign Visiting Professor appointment.

As a result of our group effort we plan to publish a book, an example of the academic substance achieved through the exchange program funded by FIPSE and CAPES. Included in the book will be papers by most or all of the Brazilian law students in New York in 2003-2004, along with the translation of the Sprechstunde article by Cláudia Lima Marques and my introduction to the subject of international environmental law as a distinct field of study within public international law. (outline attached)<sup>18</sup>

An important part of the book is a bibliography compiled jointly by the entire group, which will be annotated in English to make the works of leading Brazilian scholars in international law and environmental law accessible to English-language readers. One of the reasons for the lack of knowledge about Brazilian environmental law in North America and elsewhere is the difficulty of researching Brazilian legal materials, and knowing what is

---

<sup>18</sup> INTRODUCTION - CATHERINE TINKER

THE DEVELOPMENT OF THE FIELD OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW;  
OVERVIEW OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW— PRINCIPLES, PROCESSES AND  
INSTITUTIONS; AND NATIONAL IMPLEMENTATION IN THE U.S. AND BRASIL

1. SOURCES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

2. PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

3. USE OF PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

A. IN MULTILATERAL ENVIRONMENTAL TREATIES

B. IN JURISPRUDENCE IN INTERNATIONAL TRIBUNALS

C. IN INTERNATIONAL INSTITUTIONS

4. COMPARATIVE U.S.-BRASILIAN ENVIRONMENTAL LAW

A. METHODOLOGY

B. CONSIDERATIONS

1. SUBSTANTIVE

2. PROCEDURAL

3. INSTITUTIONAL

C. RESULTS

5. EXAMPLES OF THE USE OF THE PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL  
LAW IN NATIONAL LEGISLATION AND JURISPRUDENCE

A. U.S. (CASE STUDIES)

B. BRASIL (CASE STUDIES)

CHAPTER I AND STUDENT CHAPTERS: SEE ATTACHED COMPLETE OUTLINE OF BOOK  
ANNOTATED BIBLIOGRAPHY

the most reliable among a multitude of sources. By providing a basic annotated bibliography as a result of our joint research, we will provide a resource to other researchers that may stimulate further exchanges and collaborative works in the future.

This volume will serve as an inspiration to others who might participate in future exchanges, and encourage this special group of students to continue their professional development as researchers, lawyers and future professors. It is also a testament to the way, under the tutelage of Cláudia Lima Marques and her colleagues in Brazil and with my assistance in New York, this group of students helped one another adjust to the challenges of living and working in a very difficult and different atmosphere, language and culture, and succeeded both individually and collectively. Their interest in continuing to work with me in researching and preparing a manuscript indicates how close the ties become when group research is undertaken, and how the shared insights across cultures deepen understanding and indicate areas for future research together. In the process of learning together, my students have taught me much about Brazilian law and culture, and been patient with me while I am teaching my law school classes in Portuguese. We have together seen how important it is to understand another culture through language study and experience living in another country as a basis for comparative studies, and we have come to appreciate how this type of deep learning takes time. With the luxury of a semester or more abroad, we have all come to see much more about each other's culture and legal system, and to appreciate our own.

Thank you to all who contributed to this project in its many phases, and especially to my partner in international law, whether public or private, Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, and to my inspiration and guides, Prof. Antonio Benjamin, Prof. Nicholas Robinson, Prof. Thomas Franck, and the late Prof. Oscar Schachter. Thank you to CAPES for the great honor and generous support for my teaching and research at UFRGS Faculty of Law as the Foreign Visiting Professor for 2004-2005. And thank you to all the students in the CAPES-FIPSE exchange program, who are the future.

## UM CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: ELEMENTOS E OBJETIVOS

---

Catherine Tinker<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

Este ensaio tem por objetivo descrever alguns dos elementos do curso de pós-graduação em Direito na disciplina *Direito Internacional Ambiental (DIA)*. Nesse sentido, o termo *DIA* foi usado para enfatizar que o campo é baseado principalmente no Direito Internacional, com *visões* adicionais de direito, política e ecologia ambientais. O termo também foi usado para enfatizar que é um estudo de peso, profundo e abrangente, que requer preparação, estudo, dedicação em direito internacional sobre o assunto, e não só um estudo

---

<sup>1</sup> A autora faz uma homenagem à sua mãe, MILDRED HELEN GALLMEIER TINKER, nascida em St. Louis, Missouri, em 5 de abril de 1915: *“Minha mãe trabalhou como bibliotecária na Universidade no Estado do Iowa por muitos anos. Após aposentar-se mudou-se para a cidade de Nova Iorque, onde mora e trabalha há mais de 10 anos, parte da semana, na biblioteca de uma ONG da ONU, o Conselho de População (Population Council), um centro de pesquisas. Ela chegou comigo ao Brasil em agosto de 2004, e desde então participa ativamente da minha experiência de Professora Visitante do CAPES, na UFRGS Faculdade de Direito. Apesar da idade, está sempre pronta para os eventos e festas do grupo, mesmo sem falar nenhuma palavra em português. Contudo, está sempre bem espiritualmente, sempre gentil e graciosa. Eu agradeço a ela por todo o seu amor e dedicação e por estar comigo aqui em Porto Alegre, participando de um momento tão peculiar em minha vida profissional”*.

– A autora deseja, também, agradecer à Professora Doutora Cláudia Lima Marques, Professora Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da UFRGS e Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelo convite para lecionar no Programa e por sua grande amizade, parceria e assistência. Agradece também à CAPES pela generosa bolsa como Professora Visitante Estrangeira na UFRGS e pela oportunidade de fazer parte deste excepcional Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS. Do mesmo modo, agradece aos estudantes da Faculdade de Direito, especialmente aqueles envolvidos no Programa de Intercâmbio CAPES-FIPSE (Brasil-EUA) da UFRGS e da Universidade Federal do Pará, e aos estudantes de outros países, pela experiência viva de sala de aula e do intercâmbio de pesquisa e pela excelência de suas participações

comparativo das leis e políticas ambientais nacionais. Obviamente, as idéias de uma análise comparativa das leis ambientais nacionais podem ser úteis na compreensão da questão, na procura de bons modelos ou melhores práticas, ou na apreciação das diferenças culturais e das necessidades do direito civil, do direito comum ou de outros sistemas legais.

Fundamentalmente, no entanto, o *DIA* diz respeito àqueles instrumentos e documentos do Direito Internacional sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, incluindo acordos, direito costumeiro, princípios gerais de direito e declarações de *soft law* oriundas das reuniões ou congressos internacionais, além de escritos de juristas qualificados de várias regiões do mundo.

Na exploração do desenvolvimento da disciplina de *DIA*, especialmente a partir dos anos 70 até os dias de hoje, há referência contínua ao trabalho das Nações Unidas e agências especializadas da ONU, onde muito do novo direito internacional ambiental foi criado e interpretado e no qual atores da sociedade civil têm um papel significativo, ao lado dos governos e organizações intergovernamentais, em projetos de lei, no trabalho conformidade de interpretação e monitoração com o *DIA* nos Estados membros da ONU, freqüentemente em parceria com governos e setores privados.

A complexidade das questões em suas dimensões econômicas, sociais e ambientais e os efeitos de grandes proporções das atividades humanas presentes, assim como a incerteza científica, fazem as decisões em relação à política e ao direito serem ainda mais desafiadoras. Ao mesmo tempo, o reconhecimento do efeito global das atividades em qualquer parte do planeta e a incapacidade de qualquer governo para focar danos ou problemas ambientais internacionais levam à conclusão inevitável de que a cooperação regional e internacional é um imperativo. O verdadeiro desafio do *DIA* é descobrir interdisciplinariamente o nível necessário de cooperação diante dos desentendimentos políticos, da falta de financiamento adequado para programas e do desentendimento sobre os métodos e resultados desejáveis – na verdade, geralmente baseados em diferenças de valores, da análise de custo-benefício e do conselho científico.

---

e interesses, em particular a Antonia Espíndola Longioni Klee, Thomaz Francisco Silveira de Araújo Santos, Rafael Pellegrini Ribeiro, Maitê de Souza Schmitz, Laura Martins Miller, Miguel Kreling, Simone Regina Backes, Raquel Thais Hunsche, Fernando Lusa Bordin, Daniel Caye, Rafael Balestrin e muitos outros, incluindo todos aqueles alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS que atenderam às aulas de Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional Privado no segundo semestre de 2004 e no primeiro semestre de 2005, e, especialmente, àqueles que contribuíram com artigos pra este número dos Cadernos de Pós-Graduação: os doutorados Bibiana Graeff Chagas Pinto, Eugênio Battalli e Fernando Linhares, e os mestrados Raul Loureiro Queiroz, Marcos Homrich Hickmann, Indra Rojas Solano, Mauricio Alexandre Kuntzler e Manuel Martín Pino, mais Shaun Schottmiller.

<sup>2</sup> Traduzido por Dayane Conceição da Silva de UFRGS. Revisado por Antonia Espíndola Longoni Klee. Agradece também a Lisianne Cabral de Melo, e Ruy Borboremo Neto, mestrado de UFPA.

A verdade singular, apesar de alguma perspectiva ou julgamento sobre as conseqüências de tal fato, é que a atividade humana está afetando o meio ambiente natural do nosso planeta. O que nós, como uma sociedade global ou comunidade internacional, escolhemos fazer sobre isso é o desafio para o futuro do *DIA*. Nesse sentido, o *DIA* deve, por necessidade, envolver todos os interessados, explorar *a perspicácia, o discernimento, a penetração, a introspecção* e o conhecimento de todas as culturas e disciplinas acadêmicas, permanecer “translimitada” em cada aspecto – em relação a barreiras políticas, de uma espécie ou ecossistema para outro – integrando todos os aspectos da natureza, formas de vida e recursos naturais. Os juizes, promotores, procuradores, aplicadores da lei em geral?) e estudantes de Direito podem contribuir formando uma lógica especial e uma disciplina da ciência do Direito sobre esses desafios globais, trazendo rigor e visão para a elaboração de acordos e declarações internacionais e criando meios de usar a linguagem cuidadosamente e precisamente para motivar a consideração das conseqüências de qualquer atividade humana realizada.

Se as pessoas decidirem proceder com a atividade proposta, ou abster-se dela, o trabalho dos aplicadores do direito) terá sido esclarecer as escolhas e suas implicações. No entanto, precisamos ir ao encontro de muitas disciplinas além do Direito e analisar o trabalho dos ordenamentos legais internacionais representando muitas culturas, sistemas legais e prioridades políticas, tais como a Comissão do Direito Internacional da ONU e os grupos legais especializados em *DIA*, como a União Global da Conservação da Natureza ou os congressos da Associação Internacional do Direito, mais no Brasil, o trabalho do Instituto do Direito por um Planeta Verde.

A rica literatura em *DIA* de sábios de mundo todo está crescendo e é particularmente enriquecida pelas contribuições dos aplicadores do Direito) em variados sistemas legais e regiões do mundo, onde os recursos naturais são mais abundantes – como é o caso da maior biodiversidade encontrada em Estados equatoriais – ou onde as escolhas políticas são mais imperativas – como é o caso em que a rápida industrialização ou uma possível reivindicação do consumidor por produtos – está ameaçando imaculadas florestas ou recursos aquáticos com uso abusivo ou poluição. A bibliografia que segue consiste principalmente de fontes norte-americanas e brasileiras.

## OBJETIVOS

Chegar a um entendimento da história e dos recursos do *DIA* e das instituições internacionais em que os conceitos são desenvolvidos e aplicados, assim como os princípios básicos do *DIA*, incluindo o princípio de precaução, equidade inter- e intra-geracional, a obrigação de não causar danos a outros e sua relação com o princípio de soberania sobre os recursos naturais. As preocupações especiais de países desenvolvidos e em desenvolvimento serão consideradas em respeito ao objetivo do desenvolvimento sustentável.

## METODOLOGIA

A metodologia adotada será aquela segundo a qual uma análise rigorosa do direito positivo no campo do *DIA* será seguida pela discussão do grupo, pesquisa e apresentações feitas por cada estudante na sala de um trabalho escrito. Questões sobre o possível ou desejável balanço de interesses serão levantadas. Quando adequado, estudos casuais de problemas atuais no *DIA* e exemplos comparativos de jurisprudência nacional serão examinados. A elaboração de exercícios pode ser útil para conhecer a dificuldade enfrentada por advogados internacionais para escolher as palavras exatas para acordos e declarações, levando em consideração desafios particulares de diferença cultural, preferências lingüísticas exigências políticas e informação científica (ou falta de). Enfoques regionais, assim como programas e documentos globais serão analisados por suas receptividades para desafios de recursos naturais específicos dentro de uma situação local específica, relacionando essa análise com os princípios básicos do *DIA* e acordos internacionais ou *soft law*.

## TEMAS ESPECÍFICOS

1. Introdução Geral e História do Direito Internacional Ambiental (DIA)
2. Princípios de Direito Internacional Ambiental (DIA):  
(Princípio de Precaução e Prevenção, Equidade, Obrigação de Não Causar Dano aos Outros)
3. A Relação entre os Princípios do DIA
4. As Instituições Internacionais e o DIA
5. Participação dos Atores/ “Stakeholders” no DIA
6. Jurisdição Internacional Ambiental
7. Direito Internacional Privado e Direito Internacional Público no Caso de DIA
8. Responsabilidade: Civil, Penal e Socio-ambiental
9. Solução dos Conflitos sobre DIA na ONU, OMC, CIJ
10. O Futuro do DIA: Um Direito de Desenvolvimento Sustentável?

## AVALIAÇÃO E CÁLCULO: A IMPORTÂNCIA DOS GRUPOS DE DISCUSSÃO, DA PESQUISA E DA APRESENTAÇÃO DE PROJETOS

Os critérios de avaliação dependem do conhecimento do e domínio sobre o vasto corpo de acordos, doutrina e jurisprudência mundialmente. Além disso, é valorizada a habilidade de imaginar novos conceitos ou técnicas para alcançar um objetivo, neste caso tido como sendo o desenvolvimento sustentável. Para este fim, com o reconhecimento de

diferentes valores e interpretações sobre se o desenvolvimento é realmente sustentável e a que custo é apresentado à sociedade, esforços serão feitos para considerar todas as formas de aprendizado demonstrado, de discussões em sala de aula e participação em respostas a discussão sobre idéias oferecidas por outros alunos / participantes nas apresentações de grupos sobre temas específicos em sala de aula, assim como o trabalho final escrito por cada estudante. Em todas as tarefas, esforços serão feitos para estimular o diálogo e o respeito pela diferença.

## BIBLIOGRAFIA EM INGLÊS

Livros no Biblioteca de ONU, Faculdade de Direito, UFRGS

A Bibliografia brasileira será oferecida em momento oportuno.

## COMPARATIVE LAW:

1. Rudolph B. Schlesinger, Hans W. Baade, Peter E. Herzog, Edward M. Wise, *Comparative Law: Cases-Text-Materials*, 6<sup>th</sup> ed., New York: Foundation Press, 1998, 1013 pp.
2. Vicki C. Jackson, Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, New York: Foundation Press, 1999, 1507 pp.
3. Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon, Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions: Test, Materials and Cases*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1994, 772 pp.
4. John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition, An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, California: Stanford University Press, 1969, 172 pp.
5. René David, *French Law, Its Structure, Sources, and Methodology*, translated by Michael Kindred, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1972, 222 pp.
6. Arthur Taylor von Mehren, James Russell Gordley, *The Civil Law System, An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Boston: Little, Brown, 1977, 1243 pp.
7. Richard A. Danner, Marie-Louise H. Bernal, *Introduction to Foreign Legal Systems*, New York: Oceana Publications, 1994, 423 pp. (See especially Ch. 2, Daniel L. Wade, "Comparative Law: Academic Perspectives and Practical Legal Realities," pp. 15-45).

8. John H. Barton, James Lowell Gibbs, Jr., Victor Hao Li, John Henry Merryman, *Law in Radically Different Cultures*, St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1983, 960 pp. (See especially introductory notes, pp. 1-15).
9. Bermann, Goebel, Davey, Fox, *Cases and Materials on European Union Law*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, Minnesota: West Publishing, 2002, 1434 pp.
10. Document Supplement to Bermann, Goebel, Davey, Fox.

## INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW:

1. Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, (Martinus Nijhoff, 1991). 431 p.
2. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994). 274 p.
3. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4<sup>th</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990). 748 p.
4. Edith Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations* (Dobbs Ferry, NY: Transnational, 1989). 385 p.
5. Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1995). 500 p.
6. David Bederman, *International Law Frameworks* (New York: Foundation Press, 2001). 284 p.
7. Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 6<sup>th</sup> ed. (London: Allen and Unwin, 1987). 315 p.
8. Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Boston: Little, Brown, 1993).
9. Lea Brilmayer, *Justifying Interational Acts*. (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1989).
10. Gunther Handl, *Yearbook of International Environmental Law* (Boston: Graham and Trotman, 1991).
11. Andrew Hurrell and Benedict Kingsbury, eds., *The International Politics of the Environment* (Oxford: Clarendon Press, 1992).
12. Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*. (Cambridge: Grotius Publications, 1993). 525 pp.

13. Peter Wetterstein, ed., *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages* (Oxford: Clarendon Press, 1997). 263 p.
14. Patricia Thomas, ed., *Environmental Liability* (London, Dordrecht, Boston: Graham & Trotman and International Bar Association, 1991), 399 p.
15. Practitioner's Deskbook Series: *The Law of the WTO: Final Text of the GATT Uruguay Round Agreements, Summary, & Diskette*. (New York: Oceana, 2002).
16. Sir Arthur Watts, *International Law and the Antarctic Treaty System*. (Cambridge: Grotius, 1992). 469 p.

**KLUWER: Graham & Trotman, Martinus Nijhoff**

**International Environmental Law and Policy Series:**

17. Stanley P. Johnson, Guy Corcelle. *The Environmental Policy of the European Communities*. (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1989). 349 p.
18. Harold Hohmann. *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1994), 377 p.
19. Gunther Handl and Robert E. Lutz. *Transferring Hazardous Technologies and Substances*. (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1989). 275 p.
20. Francesco Francioni, Tullio Scovazzi, eds. *International Responsibility for Environmental Harm* (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1991), 499 p.
21. Winfried Lang, Hanspeter Neuhold, Karl Zemanek, eds. *Environmental Protection and International Law* (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1991), 244 p.
22. Turner T. Smith and Pascale Kromarek, eds. *Understanding US and European Environmental Law: A Practitioner's Guide*. (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1989). 176 p.
23. Robin Churchill and David Freestone. *International Law and Global Climate Change*. (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1991). 447 p.
24. Joe Verhoeven, Philippe Sands, Maxwell Bruce, eds. *The Antarctic Environment and International Law*. (London, Dordrecht, Boston: Kluwer, 1992). 228 p.

**CASEBOOKS:**

25. Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter, Smit, *International Law*, 4<sup>th</sup> ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 2001), 1678 p.
26. Document Supplement to Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter, Smit.
27. Weston, Falk and Charlesworth, *International Law and World Order*, 3<sup>rd</sup> ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1997), 1441 p.
28. Document Supplement to Weston, Falk and Charlesworth.
29. Guruswamy, Palmer, Weston, Carlson, *International Environmental Law and World Order*, 2<sup>nd</sup> ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1999), 1297 p.
30. Document Supplement to Guruswamy, Palmer, Weston, Carlson.
31. Hunter, Salzman, Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Foundation Press, 2002), 1547 p.
32. Document Supplement to Hunter, Salzman, Zaelke.
33. Document Supplement to Jackson, Davey, Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*. 3<sup>rd</sup> Ed. (Minnesota: West Publishing, 1995).
34. Kirgis, *International Organizations in Their Legal Setting*, 2<sup>nd</sup> ed.. (Minnesota: West Publishing, 1993). 1119 p.
35. Document Supplement to Kirgis

**INTERNATIONAL RELATIONS:**

1. Robert L. Rothstein, ed., *The Evolution of Theory in International Relations*, Columbia, S.C.: University of South Carolina Press, 1991, 222 p. (see especially Kenneth N. Waltz, "Realist Thought and Neo-Realist Theory," pp. 21-37; and Louis Henkin, "Law and Politics in International Relations: State and Human Values," pp. 163-188).
2. Donald M. Snow, *Cases in International Relations*, New York: Longman, 2003, 322 p. (see especially Ch. 2, "The Growing Significance of NGOs: *Medecins sans Frontieres* and Peacekeeping," pp. 21-36; Ch. 5, "Sovereignty and the Right of Intervention in Internal Wars: A Study of the Assault on State Sovereignty," pp. 77-93; Ch. 13, "The Milenium Summit: Rhetoric or Agenda of the 2000s," pp. 235-252; Ch. 14, "Let Them Drink Oil': Resource Conflict in the New Century," pp. 253-271).

3. Smith, Booth and Zalewski, eds., *International Theory: Positivism and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, 362 pp. (See especially Steve Smith, "Positivism and Beyond," pp. 11-46; Richard Little, "The Growing Relevance of Pluralism," pp. 66-86; Christine Sylvester, "The Contributions of Feminist Theory to International Relations," pp. 254-278; Andrew Linklater, "The Achievements of Critical Theory," pp. 279-300; James Rosenau, "Probing Puzzles Persistently: A Desirable but Improbable Future for IR Theory," pp. 309-317.
4. R.B.J. Walker, *Inside-Outside: International Relations as Political Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, 233 p. (See especially Ch. 7, "Cosmopolitan Charm and Cultivated Cynicism, and Democracy and Political Community," pp. 141-152; and Ch. 8, "Sovereignty, Identity, Difference, and Rearticulations of Political Space-time," pp. 176-183.
5. Paul F. Diehl, ed., *The Politics of International Organizations: Patterns and Insights*, Chicago: The Dorsey Press, 1989. 468 pp. (See especially Oran Young, "International Regimes: Problems of Concept Formation," pp. 28-50; Susan Strange, "*Cave hic dragones*: A Critique of Regime Analysis," pp. 51-65; Robert Cox and Harold Jacobson, "The Framework for Inquiry," pp. 101-116; Craig Murphy, "What the Third World Wants: An Interpretation of the Development and Meaning of the New International Economic Order Ideology," pp. 226-241).
6. Jean-Marc Coicaud and Veijo Heiskanen, eds., *The Legitimacy of International Organizations*, New York: United Nations University Press, 2001, 578 pp. (See especially Jose Alvarez, "Constitutional Interpretation in International Organizations," pp. 104-154); Robert Howse, "The Legitimacy of the World Trade Organization," pp. 355-407).
7. Christopher Joyner, ed., *The United Nations and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, 474 pp.
8. Thomas G. Weiss and Leon Gordenker, eds., *NGOs, the UN, & Global Governance*, Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1996, 248 pp.
9. Cooper, English, Thakur, eds., *Enhancing Global Governance: Towards A New Diplomacy*, New York: United Nations University Press, 2002, 308 pp.
10. *Crossing the Divide: Dialogue Among Civilizations*, New Jersey: Seton Hall University, 2001, 252 pp.
11. Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere, An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, translated by Thomas Burger, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1996, 301 pp. Original in German, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Darmstadt Neuwied, Germany: Hermann Luchterhand Verlag, 1962.

12. David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 1990, 378 pp.
13. Saskia Sassen, *Globalization and Its Discontents, Essays on the New Mobility of People and Money*, New York: The New Press, 1998, 254 pp.
14. David Held and Anthony McGrew, eds., *The Global Transformations Reader, An Introduction to the Globalization Debate*, Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 2000, 480 pp. (See especially Robert O. Keohane, "Sovereignty in International Society," pp. 109-123; Stephen D. Krasner, "Compromising Westphalia," pp. 124-135; David Held, "International Law," pp. 167-171; Onora O'Neill, "Transnational Justice," pp. 442-452).
15. *Making Global Trade Work for People*, London: Earthscan Publications, 2003, 341 pp. (See especially Ch. 3, "Towards a Human Development-Oriented Global Trade Regime," pp. 63-72; Ch. 4, "Reforms to the Global Governance of Trade," pp. 73-104; Ch. 18, "Trade and Environmental Policy," pp. 317-333).
16. Thomas L. Friedman, *Understanding Globalization: The Lexus and the Olive Tree*, New York: Anchor Books, 2000, 490 pp.
17. Selected issues of the *American Journal of International Law*, 1997-2004.
18. Selected issues of *Foreign Affairs*, 2002 & 2003.

## ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS, INFORMAÇÃO E RISCO DA “NOVEL FOOD”: O DIREITO DO CONSUMIDOR DESARTICULADO?

---

Cláudia Lima Marques<sup>1</sup>

### Introdução

Em 2003, apresentei no congresso mundial da Associação Internacional de Direito do Consumo (*7th Congress of the International Association of Consumer Law*), em Atenas, Grécia, um trabalho em honra de Pierre Widmer, intitulado “Le droit de la consommation au Brésil à l’épreuve des OGM”, analisando o desafios que os organismos geneticamente modificados (OGM) representam para o direito do consumidor nacional e internacional.<sup>2</sup> Pierre Widmer consagrou uma parte de seus estudos à pesquisa de um nível mundial de segurança alimentar. Em honra a seus belos esforços, analisei as relações entre o direito do consumidor no Brasil e os OGM até 2003 e as conclusões que chegamos indicavam que a proteção do consumidor ficara, efetivamente, um pouco desarticulada ou ineficaz frente o importante desafio que representam estes novos “alimentos” e gêneros alimentícios anti-naturais ou geneticamente modificados fora dos tipos existentes na natureza.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Professora Titular de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil. A autora agradece vivamente aos pesquisadores Ana Rispoli de Azevedo (FAPERGS/UFRGS) e Christian Schindler (Univ. Heidelberg) pelo material, e aos amigos Antônio Herman Benjamin (MP/SP) e Silvia Capelli (MP/RS) pelas idéias e frutíferas discussões. Este artigo é em homenagem e em agradecimento à Marilena Lazzarini, grande defensora dos consumidores brasileiros, presidente do IDEC (São Paulo) e da Consumers International (Londres)

<sup>2</sup> Publicado in ARANOVITZ, Alberto (ed.). *Gastronomie, alimentation et droit*. Shulthess: Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, p. 285-300, 2003. Agradeço a tradução para o português de Carla Marrone Alimena, Cyro Faria Annes, Daniel Vieira, Eduardo Guimarães Wanderley, Luciana Goulart Quinto, Luis Gustavo Meira Moser, alunos do Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul e Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>3</sup> Aqui me inspiro no título de MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Biodiversité, biotechnologies, biosecurité: Le droit international desarticulé, in *Journal du Droit International*, vol. 4, oct./dec., 2000, p. 949s.

Desde então muita coisa mudou no ordenamento jurídico brasileiro, para melhor (como a entrada em vigor do símbolo de transgenia previsto como informação ao consumidor no Dec. 4680/2003) e para pior (a anistia das safras ilegais de OGM realizada pelas MPs 113 e 131, transformadas em Lei 10.688/2003 e Lei 10.814/2004). A maior novidade é a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, chamada de nova Lei de Biosegurança ou lei dos transgênicos,<sup>4</sup> que revogou a Lei 8.974/95 e a MP 2191.9, e que passa a regulamentar o Art. 225 da Constituição.

Muito há que se dizer sobre esta nova lei e as linhas que impõe (ou desconstrói) do princípio da precaução, motivo pelo qual resolvo traduzir e publicar algumas destas reflexões. Também na Europa houve uma reforma do direito do consumidor de transgênicos e ficou inacabada, segundo os consumeristas.<sup>5</sup> Eis porque o tema deve voltar a ser discutido, tanto no âmbito do Direito ambiental, como no do Direito do Consumidor, pois se enfraqueceu-se a precaução, pelo menos a prevenção e a antecipação de riscos devem ser preservadas e reforçadas, seja pelo reconhecimento de um direito fundamental à informação sobre gêneros alimentícios, seja pela imposição de uma responsabilidade objetiva, solidária e integral a todos os fornecedores da cadeia, para danos individuais e coletivos, materiais e morais, superando ou aprimorando a noção de defeito do alimento e facilitando a prova do nexo causal, através de um diálogo das fontes normativas (Lei 11.105/2005, CDC, CC/2002, Dec. 4680/2003 etc.) visando a preservação dos valores constitucionais envolvidos no caso: dignidade da pessoa humana (Art. 3), direito à vida (Art.5 caput), à liberdade e à informação (Art.5 caput e XIV), à proteção dos interesses do consumidor (art. 5, XXXII da CF/88).

Ou a reforma será pífia, mero discurso de proteção e, sim, liberalização geral dos OGM, sem responsabilidade ambiental e de fornecimento de consumo. Isto é, entre o controle sério e efetivo dos riscos, que ninguém duvida existentes nos OGM, e as necessidades de desenvolvimento econômico (Art. 4, III do CDC) ficaríamos a um meio caminho: aceitando demasiados riscos em prol da riqueza dos detentores da tecnologia, sem informação plena, sem um verdadeiro desenvolvimento e com danos à nossa biodiversidade natural.

Efetivamente, a evolução da biotecnologia vem acompanhada de uma pesada carga de riscos para os consumidores e o meio ambiente. Os novos progressos científicos, como a criação de alimentos e gêneros alimentícios geneticamente modificados – a “nouvel food”<sup>6</sup> – impõe um sério desafio ao atual direito do consumidor. Podemos definir os organismos

---

<sup>4</sup> A lei foi aprovada por 352 votos a favor e apenas 60 contra, reestruturou a CTNBio, incluindo a representação dos consumidores, mas preservou a anistia das safras ilegais, impondo a rotulagem, fora esta anistia...Veja [www.ocepar.org.br/UPL/Outro/Lei1105.doc](http://www.ocepar.org.br/UPL/Outro/Lei1105.doc).

<sup>5</sup> Assim MAHIEU, Stéphanie. Le nouveau cadre juridique européen applicable aux O.G.M. ou le paradoxe d'une réforme inachevée, in *Revue européenne de droit de la consommation* 4/2003, p. 295-310.

<sup>6</sup> Ver Regulamento CEE 258/97, de 15 de maio 1997, “Nouvel Food” Verordnung, in [www.verbraucherministerium.de](http://www.verbraucherministerium.de). Ver Regulamento (CE) n258/97, JO L 043 de 14.02.1997, p.0001, em francês “nouveaux aliments”, ver também BJERREGARD, Ritt, Labeling of Novel Food – Providing full information to consumers, in *European Food Law Review*, 1998, p. 1ss.

geneticamente modificados (OGM) como “um organismo, à exceção dos seres humanos, em que o material genético foi modificado de uma maneira que não se efetua naturalmente por multiplicação e/ou por recombinação natural”.<sup>7</sup> A lei 11.105/2005 o define em detalhes,<sup>8</sup> mas quero aqui frisar que esta nova regulamentação sobre os OGM admite, em oito normas, que há risco claro para os consumidores, a sociedade e o meio ambiente da liberação dos OGM (Art. 7,10,14, III,IV,XII, XIV, XX e Art. 18,III).<sup>9</sup>

A questão de saber se os OGM ou uma de suas utilizações como ingrediente de produtos alimentares ou como alimento animal, pode ou não causar efeitos nefastos aos consumidores, agora ou no futuro, ainda não está cientificamente comprovada.<sup>10</sup> Trabalhamos com as probabilidades, tentativas, avaliamos os riscos, fazemos testes, que até o presente sublinham a necessidade de precaução<sup>11</sup>. Com efeito, uma preocupação de segurança anima quase todos os poderes públicos e as instituições internacionais por ocasião da elaboração de legislações adequadas a proteger a saúde pública, os consumidores e o meio ambiente em caso de plantação de sementes-OGM, a introdução no mercado de OGM destinados à

<sup>7</sup> Definição do artigo 2.2 da Diretiva 2001/18/CE, de 12 de março 2001, *Journal Officiel des Communautés Européennes de 17.4.2001 L 106/4*

<sup>8</sup> A definição legal atual é: “ Art. 3o Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

§ 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

§ 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.”

<sup>9</sup> Note-se, porém, que o único risco considerado “inaceitável” é o administrativo, segundo as razões do veto: decorre o risco inaceitável, e contrário ao interesse público, de o Presidente da República, supremo mandatário e chefe do Poder Executivo, vir a ser processado por crime de responsabilidade por atentar contra o cumprimento de lei (art. 85, VII) que não há como ser cumprida.

<sup>10</sup> Ver sobre a ética do ambiente, ROSE, Carol, M., Scientific innovation and environmental protection: some ethical consideration, in *Environnemental Law*, vol.32, Fall, Number 4, p. 755ss. Ver estudos norte-americanos da *Food and Drug Administration* e críticas, in <http://www.biointegrity.org>.

<sup>11</sup> BENJAMIN, Antônio, Função Ambiental, in *Revista de Direito Ambiental*, vol.2, 1993, p.11.

alimentação humana (diretamente, como os tomates Flavr-Savr, ou indiretamente como ingredientes de produtos alimentares, a soja ou o milho OGM) ou a introdução de produtos destinados à alimentação animal (assim o milho e a soja OGM, que colocam o problema do rastreamento de seus produtos). Vejamos o caso brasileiro.

## I. POR UMA FORTE OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA COM BASE NO CDC E NO CC/2002 PARA A INTRODUÇÃO DE OGM NO MERCADO BRASILEIRO

A doutrina estrangeira desenvolveu a *Teoria da Avaliação Divergente dos Riscos* (Streinz), que preconiza a precaução e a informação quando as avaliações dos riscos no estado atual da ciência ainda são divergentes, como é o caso dos OGM.<sup>12</sup>

Nas sociedades de consumo consolidadas do primeiro mundo, no começo do século XX<sup>13</sup> foi desenvolvido o conceito de *obrigação de segurança (obligation de sécurité)*<sup>14</sup> para proteger a fragilidade do homem, vulnerável diante das forças técnicas suscetíveis de atentar contra sua integridade física.<sup>15</sup> No curso dos anos 70 daquele século, a especificidade da responsabilidade do fato das coisas, e notadamente, do fato dos produtos industriais defeituosos, conduziu a uma série de iniciativas regulamentares concernentes a quatro aspectos: a) prevenção de acidentes de consumo; b) rotulagem e informação aos consumidores; c) uniformização de regras materiais sobre a responsabilidade do fato do produto, e, d) flexibilização das regras de direito internacional privado especialmente aplicáveis aos danos de consumo.<sup>16</sup> Vejamos algumas dessas frutíferas iniciativas.

### A) Prevenção de danos, informação, rotulagem e controle de risco-proveito como direito do consumidor

Nos dias de hoje, mister frisar mais uma vez que, com origem constitucional, impôs o CDC a prevenção de danos, a informação e o controle de risco-proveito como

<sup>12</sup> Ver “Theorie der divergierenden Risikoabschätzung”, desenvolvida por STREINZ. Rudolf. Divergierenden Risikoabschätzung und Kennzeichnung. in STREINZ (Ed.). *Nouvel Food* 2.Ed. Bayreuth, 1995, p.131ss. Estudo de KNORR. George Oliver. *Die Kennzeichnungspflicht gentechnisch veränderter Lebensmittel*. Köhler-Druck. Tübingen 2000. p. 90 ss.

<sup>13</sup> De acordo com LAMBERT-FAIVRE. Yvonne. *Fondement et régime de l’obligation de sécurité*. *Recueil Dalloz*, 1994. p.81.

<sup>14</sup> Ver sobre o papel da jurisprudência francesa no desenvolvimento desta noção. MEELER. Eberhard. *Obligation de Sécurité – Verbesserung des Schutzes des geschädigten Vertragspartners und Beispiel der Fortentwicklung des französischen Vertragsrechts durch die Rechtsprechung*. Dunker & Humblot. Berlin. 1973, p. 16ss.

<sup>15</sup> Ver BOULOC. Bernard. La loi de 1905 en tant qu’instrument de la sécurité des consommateurs, in GHESTIN, Jacques (Org.) *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. LGDJ. Paris. 1987. p. 13ss.

<sup>16</sup> Veja detalhes in LIMA MARQUES, OGM, p. 286 e seg.

direitos básicos do consumidor (Art. 6 do CDC). Tratam-se de normas de ordem pública (Art. 1 do CDC), de proteção e de coordenação do mercado, normas indisponíveis e que realizam clara função social.

Pareceu, por um tempo, que a influência do direito norte-americano e sua *strict product liability*<sup>17</sup> assim como aquela do direito harmonizado europeu, com sua noção de defeito<sup>18</sup>, retomada pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90 Art. 12-14)<sup>19</sup>, poderia ser suficiente para assegurar no mercado mundial o escoamento de produtos não perigosos. A crise da “vaca louca” na Europa mostrou que a prevenção de danos de consumo tem uma relevância bem maior que a existência de regras estritas de responsabilidade. A função preventiva de uma responsabilidade agravada existe, mas é de eficácia discutível.<sup>20</sup> Os riscos na sociedade atual transformaram-se em riscos coletivos ou danos catastróficos<sup>21</sup> que são capazes de minar a confiança do consumidor. Os danos corporais e os danos morais não são verdadeiramente reparáveis com indenizações pecuniárias,<sup>22</sup> mesmo que punitivas.

É necessário repensar os instrumentos do direito e reforçar a prevenção. A prevenção começa pela informação do consumidor, permitindo uma escolha racional e livre. Em matéria de alimentos e gêneros alimentícios a doutrina considerou que há um dever geral de informação dos profissionais sobre as características dos produtos, naturais ou industriais.<sup>23</sup> A resolução sobre os Direitos do Consumidor da ONU de 1985 (Res. AG/ONU 20/248. 16.04.1985) já destacou a importância do direito de informação ao consumidor<sup>24</sup>. A obrigação dos profissionais de informar o consumidor de maneira clara e completa<sup>25</sup> inclui certamente a

<sup>17</sup> Ver sobre a influência do direito americano sobre o direito europeu da responsabilidade do fato do produto, MARKOVITZ, Yvan. *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*. LGDJ. 1997. P. 32ss.

<sup>18</sup> Ver TAYLOR, Simon. *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative du droit anglais et du droit français*. LGDJ. Paris. 1999. p. 54ss.

<sup>19</sup> Ver LANNI, Sabrina. Il modello brasiliano di responsabilità per danni al consumatore, in *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, nr. 2, marzo-aprile, 2002, p. 300ss. (p. 281 – 323) e LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ed, Ed. Revista dos Tribunais. São paulo. 2003. p. 1024ss.

<sup>20</sup> De acordo com Laurroumet, “la fonction préventive d’une responsabilité aggravée ne reposant pas sur la faute est plus que négligeable”. LAURROMET, Christian. Réflexion sur la convention européenne et la proposition de directive de Bruxelles concernant la responsabilité du fait des produits. *Recueil Dalloz*, 1978, Chron. p. 221.

<sup>21</sup> Sobre os danos que atentam ao mesmo tempo contra o meio ambiente e os direitos dos consumidores, ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira Jr., *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Del Rey. Belo Horizonte. 2000. p. 318.

<sup>22</sup> Ver CADIET, Loïc. Les métamorphoses du prejudice, in *Les métamorphoses de la responsabilité*. Sixième Journées René Savatier. Poitiers. 15 e 16 de maio 1997. PUF. Paris. 1997. p. 39ss.

<sup>23</sup> CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. 3ed., Dalloz. Paris. 1992. p. 39ss

<sup>24</sup> Ver NETTO LOBO, Paulo Luiz. A informação como direito fundamental do consumidor. in *Revista de Direito do Consumidor (São Paulo)*, vol. 37, jan/mar., 2001, p. 59ss.

<sup>25</sup> Ver sobre a obrigação de informar completamente. BONJEAN, Bernard. *Le droit à l’information du consommateur*, in LOUSSOURAN, Yvon et LAGARDE, Paul. *L’information en Droit Privé – Travaux de la Conférence d’agrégation*, LGDJ. Paris 1978. p. 356ss.

obrigação de indicar se o produto alimentar é geneticamente modificado ou produzido a partir de elementos OGM ou de animais alimentados por OGM. Assim o Art. 40 da Lei 11.105/2005: *“Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento.”*

A regulamentação encontra-se no anteriores Dec. 4680 e na Instrução Normativa Interministerial n 1, de 1º de abril de 2004 que afirma: *“Art. 1º Ficam definidos os procedimentos complementares para aplicação do Decreto no 4.680, de 24 de abril de 2003, que dispõe sobre o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares, destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de Organismos Geneticamente Modificados, na forma do Regulamento Técnico anexo. Art. 2º A fiscalização do cumprimento do Regulamento Técnico de que trata o art. 1º será exercida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, pelo Ministério da Justiça e demais autoridades estaduais e municipais, no âmbito de suas respectivas competências. Parágrafo único. Os órgãos identificados no caput prestarão colaboração recíproca para consecução dos objetivos definidos nesta Instrução Normativa.”*

O Decreto 4.680/2003 estabeleceu normas detalhadas sobre o direito de informação dos consumidores, rotulagem e símbolos especiais para ‘alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos’ com mais de 1% de OGM, assim como instituiu no Brasil um rótulo negativo (‘não contém transgênicos’)!

Em 2004, a Presidência da República enviou projeto de lei para o Parlamento sobre a necessidade de Estudo de Impacto Ambiental, de maior presença da sociedade civil na CTNBio e impõem normas expressas de responsabilidade daqueles que fabricam, plantam, utilizam ou liberam OGM por danos presentes e futuros, respeitando as linhas estabelecidas pelo CDC, que transformou-se na Lei 11.105 em 2005. Este conjunto normativo significa que o plantio, a utilização como ingrediente e a venda de transgênicos, com cumprimento desta legislação, está liberado no Brasil.

O modelo foi a Diretiva 2001/18/CE, concernente ao rastreamento e rotulagem dos organismos geneticamente modificados e o rastreamento de produtos destinados à alimentação humana ou animal produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, que assegura a informação aos consumidores europeus por uma rotulagem especial se há mais de 1% de OGM nos produtos. Note-se que já em dezembro de 2002, o parlamento europeu e o Conselho consideraram que faltava estabelecer as regras mais estritas (0,9 % de OGM) e impor também a obrigação aos importadores.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Ver [www.vistaverde.de/news](http://www.vistaverde.de/news). 10.12.2002. La proposition de règlement, COM/2002/0515final – COD 2001/0180, JO C 331 E de 31.12.2002, p. 308-312.

Note-se que o conjunto legislativo atual brasileiro inclui entre os responsáveis os importadores de OGM. Efetivamente, a partir da Conferência ministerial da Organização Mundial do Comércio-OMC, em Doha, de 14 de novembro 2001, os governos querem impor o princípio da precaução ao comércio internacional de produtos alimentares.<sup>27</sup> As linhas de proteção ao meio ambiente em matéria de OGM foram dadas pelo Protocolo de Cartagena sobre a biossegurança, anexo à Convenção sobre a biodiversidade biológica.<sup>28</sup> Os esforços da comunidade internacional e seu *Codex Alimentarius* não conduziram a um consenso mundial sobre o problema.<sup>29</sup>

Interditar as grandes plantações de OGM nos Estados Unidos e na Argentina é quase impossível. A expansão do comércio internacional é ajudada pelas decisões da OMC e, além disso, a liberdade de circulação das mercadorias conhece poucas exceções.<sup>30</sup> É praticamente certo que o consumo de OGM em breve será um fenômeno “global”.<sup>31</sup> Estima-se que no Rio Grande do Sul, 95% da safra de 2005 é transgênica. A Empraba já desenvolveu vários OGM, em especial um mamão e uma banana. A mesa dos consumidores brasileiros em breve conhecerá mais OGM do que produtos naturais.

Em meu artigo de 2003, minha hipótese de trabalho era a de que os desafios propostos hoje para a expansão mundial do comércio dos OGM nos mercados de consumo são quase os mesmos do que aqueles de produtos defeituosos nos anos 70,<sup>32</sup> à diferença que atualmente é necessário utilizar o princípio da prevenção agravada ou o princípio da precaução como um novo conceito de direito do consumidor para os riscos alimentares.<sup>33</sup> Como afirma Noiville, o caso do comércio alimentar é característico em razão dos riscos diretos para a saúde humana: *“... em caso de risco potencial para a saúde, a precaução postula agir, sem esperar que a existência desse risco seja confirmada pela prova científica. O objetivo é ultrapassar a lógica clássica exprimida através do princípio da prevenção, inscrito há longa data em nosso direito positivo, em vantagem de uma nova cultura do risco. Na lógica clássica, somente um risco incontestado justifica que sejam adotadas medidas de prudência: basta que se produza uma vez o dano ou dado como fortemente provável que se torna legítimo*

<sup>27</sup> Ver as críticas do Acordo sobre a aplicação das medidas sanitárias e fitosanitárias da OMC in NOIVILLE, Christine. Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce – Le cas de biosécurité et le droit de l’OMC. MALJEAN-DUBOIS, p.975ss.

<sup>28</sup> Ver MALJEAN-DUBOIS, p. 980s e considerando n.13 da Diretiva 2001/18/CEE, JOCE L 106 1-2.

<sup>29</sup> Ver NOIVILLE, P. 274S.

<sup>30</sup> Ver o artigo 8.1 do TRIPS que prevê exceções para a proteção da saúde pública, in ROTT, Peter. TRIPS – Abkommen, Menschenrechte, Sozialpolitik und Entwicklungsländer. in GRURINt. 2/2003. p. 105.

<sup>31</sup> Ver texto crítico do IDEC, Os transgênicos e os riscos à saúde, in [www.idec.com.br](http://www.idec.com.br). Com a opinião que os OGM já são um problema mundial e demandam coerência do direito internacional. ver MALJEAN-DUBOIS, p. 949s. et p.996.

<sup>32</sup> LIMÁ MARQUES, OGM, p. 288.

<sup>33</sup> Ver sobre a polêmica em torno do princípio da precaução em direito ambiental, GRANET, Marie-Béatrice, Principe de précaution et risques d’origine nucléaire: quelle protection pour l’environnement?, in Journal du Droit International, n. 3, jul/sep., 2001, p. 757s.

*procurar os meios de acantoná-lo e prevenir a sua realização. A ambição do princípio da precaução é precisamente a de inverter essa proposição. A dúvida, a incerteza sobre a segurança de um produto, produzem doravante efeitos jurídicos e justificam a adoção de medidas protetoras.”<sup>34</sup>*

O texto de 2003 teve por objetivo verificar se as leis brasileiras eram suficientes e eficazes para assegurar a prevenção de danos causados pelos OGM e a proteção da segurança dos consumidores. A resposta foi negativa. Vejamos porque.

## **B) As Bases de uma atual prevenção eficaz dos danos causados pelos OGM**

Se minha hipótese de trabalho de 2003 estava correta, os primeiros anos do século XXI são parecidos aos anos 70 do século passado, quando as legislações internas não eram suficientes e satisfatoriamente eficientes para prevenir e combater os danos causados por produtos defeituosos. Foi preciso esperar as iniciativas dos organismos internacionais para que a legislação nacional conhecesse uma evolução sensível.

No direito comparado, em especial na França, o legislador concentrou seus esforços sobre o combate contra as falsificações,<sup>35</sup> sobre a prevenção de fraudes e sobre a elaboração de um quadro legislativo para a informação dos consumidores. O principal exemplo foi a lei francesa, Lei 78-23 de janeiro de 1978 sobre a proteção e a informação dos consumidores sobre os produtos e os serviços, citar-se-á igualmente a prevenção de fraudes pela rotulagem correta dos produtos.<sup>36</sup>

Nas instituições internacionais, a primeira iniciativa foi a da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, que organizou a “Convenção sobre a lei aplicável em matéria de responsabilidade sobre o fato de produtos” de 2 de outubro de 1973.<sup>37</sup> No quadro do Conselho da Europa, os países membros organizaram a Convenção de 27 de janeiro de 1977

<sup>34</sup> NOUVILLE, p. 269. No original: : “...en cas de risque potentiel pour la santé, la précaution postule d’agir, sans attendre que l’existence de ce risque soit confirmée par la preuve scientifique. L’objectif est de dépasser la logique classique exprimée à travers le principe de prévention, inscrit de longue date dans notre droit positif, au profit d’une nouvelle culture du risque. Dans la logique classique, seul un risque avéré justifie que l’on adopte des mesures de prudence: c’est seulement une fois le dommage produit ou rendu fortement probable qu’il devient légitime de chercher les moyens de le cantonner et de prévenir sa réalisation. L’ambition du principe de précaution est précisément d’inverser cette proposition. Le doute, l’incertitude sur la sécurité d’un produit, produisent désormais des effets juridiques et justifient l’adoption de mesures protectrices’

<sup>35</sup> BOULOC, p. 15.

<sup>36</sup> Ver edição do “Journal Officiel de la République Française, *Repression des fraudes e sécurité des consommateurs – Textes législatifs e réglementaires*, Édition novembre 1991, Paris, 1991, p. 1s., com a Lei 78-1978 na p. 13-17.

<sup>37</sup> WANDT, Manfred, *Internationale Produkthaftung*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1995, p. 58ss. A convenção foi ratificada por França, Noruega, antiga Iugoslávia, Países Baixos, Luxemburgo, Espanha e Finlândia, WANDT, p. 58.

sobre a responsabilidade sobre o fato de produtos em caso de lesões corporais ou morte, visando à proteção das vítimas de produtos defeituosos pela unificação das regras materiais de responsabilidade.<sup>38</sup> A Convenção de Estrasburgo de 1977 introduziu a noção de defeito e mostrou uma tendência rumo a uma responsabilidade mais objetiva dos produtores na Europa, razão pela qual a Convenção de Estrasburgo é considerada, fonte histórica e técnica, da Diretiva europeia de 1985.<sup>39</sup>

Na OCDE foram elaboradas a Recomendação do Conselho concernente à segurança dos produtos de consumo de 18 de dezembro de 1979<sup>40</sup> e a Recomendação do Conselho concernente ao estabelecimento de sistemas de recenseamento de dados relativos aos acidentes provocados por produtos de consumo de 13 de fevereiro de 1978,<sup>41</sup> e para a rotulagem, as diretivas concernentes aos controles de segurança sobre os cosméticos e sobre os produtos domésticos.<sup>42</sup> A Comunidade Europeia trabalhou na primeira versão da famosa Diretiva sobre a responsabilidade sobre o fato de produtos defeituosos desde 1976,<sup>43</sup> e impôs uma responsabilidade sem culpa, num primeiro momento com a exclusão explícita dos produtos naturais do campo de aplicação da Diretiva de 1985.<sup>44</sup>

Hoje em dia, a doutrina considera que há um dever geral de segurança para os produtos, naturais ou industriais, e os serviços fornecidos sobre os mercados de consumo. E, como mencionamos, os instrumentos utilizados para prevenir os riscos são o controle pelo Estado por meio de avaliações prévias e autorizações de implementação no mercado, e a transparência por meio de uma política de informação aos consumidores, intercâmbio de informações pelas autoridades competentes e fiscalização de perigos. Nós concentraremos nesse artigo na questão da transparência.<sup>45</sup>

### C) A obrigação geral de segurança a favor do consumidor

Na França, na época em que a agricultura dominava a economia, a obrigação de segurança fora desenvolvida pelos artigos 1245, 1945 s. e 1952 s. do Código Civil de 1804 em relação às “coisas guardadas”.<sup>46</sup> Com a expansão industrial e os acidentes de trabalho, a

<sup>38</sup> MARKOVITZ, p. 53ss.

<sup>39</sup> Ver também MARKOVITZ, p. 66-67.

<sup>40</sup> OCDE, *La politique à l'égard des consommateurs au cours des dix dernières années – Evolution et perspectives*, Ed. OCDE, Paris, 1983, p. 89-91.

<sup>41</sup> OCDE, *op.cit.*, p.77-81.

<sup>42</sup> OCDE, *op.cit.*, 60-67.

<sup>43</sup> Ver Dok. 351/76 de 9.9.1976, segunda versão, Dok (79) 415, de 26.9. 1979 e última versão de 25.06.1985 in SCHMIDT-SALZER, Joachim, *Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, Band 1, 1986, p. 34ss. Ver sobre os trabalhos mais recentes da OECD, OCDE à cause des OGM, MALJEAN-DUBOIS, p. 949s.

<sup>44</sup> MARKOVITZ, p. 170ss.

<sup>45</sup> TOMASETTI, Alcides Jr., O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4. 1992, p. 52.

<sup>46</sup> MELLER, p. 16.

doutrina inicialmente defendeu sem sucesso uma interpretação da noção de culpa no artigo 1382 do Código Civil francês como “fato gerador de danos” (Saleilles)<sup>47</sup> e após – com sucesso – desenvolveu no artigo 1384 do Código Civil francês a “teoria da guarda da coisa” (Josserand).<sup>48</sup> O guardião da coisa seria responsável pelos fatos da coisa. A jurisprudência francesa desenvolveu mais tarde a expressão aqui utilizada de “obrigação de segurança”.<sup>49</sup>

Hoje em dia, a maioria das legislações nacionais introduziu a responsabilidade sem culpa ou a responsabilidade sobre o fato de produtos, seja sob a pressão da jurisprudência, seja sob a influência de organismos internacionais ou de integração econômica. A questão principal em direito do consumidor, em nossa época pós-industrial, que conhece uma agricultura geneticamente modificada, não é mais de conhecer o regime agravado da responsabilidade civil do fato do produto, mas sim de saber se as regras existentes são suficientes para desenvolver a prevenção de danos e acidentes de consumo e de danos do meio ambiente causados pelos OGM, assim como de saber, além disso, se essas regras são eficazes em caso de acidente. O primeiro desafio é a definição do produto do Art. 3, parágrafo 2 do CDC, pois os OGM podem ser organismos vivos ou mortos, organismos para a alimentação humana ou animal, componentes de produtos alimentares ou produtos alimentares eles mesmos. Os OGM podem igualmente ser utilizados como parte de um serviço; por exemplo, um serviço de restaurante, de “lanches rápidos”, etc. Os danos causados pelos OGM têm também uma especificidade pós-industrial ou pós-moderna. A causalidade do dano do OGM seria somente provável e futura, parecida àquela dos danos causados pelo tabaco. Os OGM têm também uma internacionalidade emergente, em face das vítimas-consumidoras, domiciliadas em diversos países de exportação de OGM, seja vis-à-vis de fornecedores que podem ter plantações, produzir sementes, e de produtos e serviços em diferentes países do mundo. Esses danos podem também apresentar características suficientemente amplas ou catastróficas, significando mesmo a morte, hipertensão, infertilidade, alergias e outras doenças de muitas pessoas em um futuro não muito distante.

Atualmente, a responsabilidade civil sobre o fato do OGM no Brasil é uma responsabilidade sobre o fato de produtos e sobre o fato de serviços, baseada na violação do dever geral de segurança.<sup>50</sup> A lei brasileira prevê a responsabilidade sem culpa nesses dois casos, nos artigos 12 e 14 da Lei 8.078/90.<sup>51</sup> Em 2003, pedi a introdução na legislação nacional de uma norma de responsabilidade civil agravada e sem culpa, especial para os fatos de OGM, pois as regras já existentes sobre o fato de produtos, baseadas no risco, podiam continuar a ser utilizadas, mas seria necessário, em minha opinião, uma norma especial para os OGM, a exemplo daquelas relativas aos medicamentos.

---

<sup>47</sup> Segundo MELLER, p. 17.

<sup>48</sup> Segundo MELLER, p. 18.

<sup>49</sup> MELLER, p. 19 considera como primeira decisão a da Corte de Cassação de 21 de novembro de 1991.

<sup>50</sup> LIMA MARQUES, *Contratos*, p. 1030s.

<sup>51</sup> Ver meus comentários, LIMA MARQUES, *Contratos*, p. 1024s.

Isto porque a base dessa responsabilidade especial para os OGM não deve ser somente a ‘periculosidade da coisa-OGM’, periculosidade que ainda não foi provada de maneira absoluta pela ciência, ou sua ‘guarda’, como para o fato dos produtos. A responsabilidade dos OGM apresnteta uma nova especificidade face aos produtos industriais, pois é um produto antinatural agrícola e alimentar (novel food) que, ao contrário dos pesticidas agrícolas, acaba sempre por adentrar o organismo de uma pessoa humana, seja diretamente como alimento, seja indiretamente como componente, alimento dos animais consumidos ou coisa acessória a um serviço de consumo. Essa fragmentação e o ‘double coding’<sup>52</sup> pós-moderno – um produto que também é parte acessória dos serviços – devem ser suficientes para impor uma responsabilidade agravada e solidária de todos os fornecedores aos quais concerne tal questão.

Em 2003 defendi que a base da responsabilidade relativa aos OGM e da imputação objetiva da responsabilidade pelo fato do OGM deve ser, em minha opinião, a criação do produto-OGM ou a decisão de criação da coisa-OGM (*peritus spondet artem suam*) e a perturbação-risco voluntária da natureza humana ou do meio-ambiente para os lucros financeiros (*cujus commodum ejus periculum*).

Os OGM não existem na natureza, esta é sua principal característica, a exemplo dos produtos industriais, dos medicamentos e dos pesticidas. Aquele que realiza a intervenção no organismo, o produtor nacional ou estrangeiro de sementes-OGM, por exemplo, deve ser o primeiro a responder por essa responsabilidade objetiva especial. O fato de se colocar o produto em circulação deve ser um elemento de responsabilidade objetiva; o importador de grãos OGM sendo, então, assim também solidariamente responsável pelos efeitos nefastos futuros ou presentes do OGM que ele introduziu na natureza e nos mercados, seja produto agrícola ou destinado à alimentação animal. Colocar o produto nos mercados de consumo é o terceiro fato imputável, por exemplo, na utilização de componentes OGM por fabricantes de sopas e alimentos para bebês, ou na mistura de OGM nos hambúrgueres por um fornecedor de serviços de uma cadeia de alimentação rápida (*fast food*), ou ainda a venda nos cinemas de pipoca de milho OGM.

O Art. 20 da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, estabeleceu esta norma especial peida em 2003 e dispõe hoje: “Art. 20. *Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.*”

Três elementos destacam-se nesta norma: 1) identificação dos abrangente e total dos danos ressarcíveis, sejam os danos ao meio ambiente, sejam a terceiros, como os consumidores; 2) imposição de responsabilidade objetiva por risco criado (responsabilidade-

---

<sup>52</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne – Cours général de droit international privé 1995, in *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, 1995, II, p. 249.

proveito) ou independente da existência e prova da culpa; 3) imposição de solidariedade a todos os participantes da cadeia (comerciantes, prestadores de serviços, importadores, agricultores, detentores da marca, da patente, construtores, etc.).

O quarto elemento, implícito na introdução do artigo desta lei especial, é a ciência que esta lei será aplicada em conjunto e em diálogo com as leis gerais sobre responsabilidade civil de danos aos consumidores, o CDC e o CC/2002 subsidiariamente. Assim aplica-se sob a guia deste artigo 20, o Art. 12 e seg. do CDC e o Art. 931 do CC/2002. Cada uma destas normas apresenta problemas e dificuldades em relação aos OGM. O CDC exige a existência de um defeito, pelo menos o defeito de produção ou de informação. O CC/2002 adota a mesma teoria do risco integral ou criado pelo fabricante, mas não menciona o importador, o comerciante, etc. Da mesma forma o CC/2002 apresenta outras excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior, e limita a indenização em caso de concorrência de culpa. Relembre-se que o CDC exclui a responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima, não conhece os antes mencionados excludentes, considerados caso fortuito interno da produção de produtos perigosos ou de risco (artigos 8,9 10 e 12 do CDC), mas conhece a responsabilidade subsidiária do comerciante e exclui –segundo a leitura majoritária- o risco do desenvolvimento.

Relembre-se que o CDC pode ter excluído o risco do desenvolvimento, o CC/2002 o inclui como sendo de responsabilidade do fornecedor. O diálogo destas fontes (bela expressão de Erik Jayme) é pois a única forma de construir um ordenamento jurídico eficiente na proteção dos consumidores (e daí prevenção de danos) no mercado Brasileiro.

Em 2003, pensando no Art. 13 do CDC e sua responsabilidade subsidiária, já me perguntava sobre a grande questão da responsabilidade dos comerciantes diretos e dos prestadores de serviços que incluem OGM, estes regulados e responsabilizados diretamente pelo Art. 14 do CDC. O comerciante e o prestador de serviços que oferece produtos OGM ou com componentes OGM, deve ser responsável nessa cadeia de responsabilidade? Sim, e aqui o Art. 20 da nova lei é a baliza. Este novo artigo especial inclui claramente os comerciantes e os fornecedores de serviços com OGM-anexos.

Dois fatores sempre indicaram que é necessário incluir os comerciantes nessa regra especial de responsabilidade agravada:

1) os produtos OGM podem vir sem indicação da origem do fabricante, pertencer à composição de outros produtos, ou fazer parte dos serviços de alimentação (restaurantes, hotéis, hospícios, cadeias de alimentação rápida (*fast food*), etc.). O dever de informação imposto pelo referido Art. 40 da nova lei especial (e regulamentado pelo Dec. 4680) deve ser necessariamente cumprido pelos comerciantes, fornecedores de serviços, agricultores de produtos in natura e fabricantes ou todos que têm um contato direto com o consumidor;

2) se, na época industrial, os comerciantes receberam o privilégio de uma responsabilidade subsidiária à do produtor, como no artigo 13 da lei brasileira 8.078-90, a decisão de oferecer produtos OGM aos consumidores é hoje uma decisão que afeta a

qualidade-segurança dessa prestação contratual como um todo. Podemos dizer que a decisão de não oferecer produtos OGM é uma decisão com peso econômico e de qualidade. A colocação dos OGM no mercado para uma finalidade econômica é um risco aceito pelo comerciante e pelo prestador de serviços (e todos da cadeia de produção e serviços). Dai a importância do brocado latino: *cujus comodum ejus periculum*.

Como observamos, a complexidade pós-moderna do ‘fato potencialmente danoso’ demanda uma regulamentação especial pela responsabilidade pelo fato dos OGM. É necessário considerar também que a exclusão da responsabilidade aplicáveis aos produtos industriais como para os riscos de desenvolvimento seriam injustas se elas fossem aplicadas aos OGM.

Em 2003,<sup>53</sup> analisei a noção de defeito, que pode ser insuficiente em caso de OGM: “Também a noção de ‘defeito’ está ligada àquela da ‘segurança’, à qual podemos legitimamente considerar todas as circunstâncias (art. 12, § 1º e art. 14, § 1º da Lei 8.078-90 e também art. 6º da Diretiva 85/374/CEE),<sup>54</sup> como a apresentação do produto e o momento da colocação do produto em circulação. Logo, se o consumidor é informado pela rotulagem e pelos símbolos que o produto contém OGM, e decide apesar disso consumi-lo, o defeito de segurança dificilmente será provado, como estamos vendo em algumas ações contra fabricantes de cigarros no Brasil. O ideal seria uma regra especial pela responsabilidade pelo fato dos OGM, conforme o exemplo alemão. A regra de responsabilidade sem culpa poderia impor uma responsabilidade objetiva sem a necessidade de recorrer à idéia do defeito dos produtos ou dos alimentos OGM. Segundo o exemplo do parágrafo 32,1 da lei alemã, *Gesetz zur Regelung der Gentechnik/1990*, seria necessário criar uma regra de responsabilidade para dano puro: *Se alguém sofre um dano por causa das características do organismo que foi geneticamente modificado, aquele que fabricou, utilizou ou liberou no mercado o OGM deve responder por tal dano.*”<sup>55</sup> Em conclusão, a utilização conjunta da lei nova e do CDC e CC/2002 pode ser mais positiva para os consumidores do que a utilização isolada de uma destas leis.

## II. A OBRIGAÇÃO GERAL DE INFORMAÇÃO E DE TRANSPARÊNCIA APLICADA AOS MERCADOS DE CONSUMO

Hoje, a doutrina considera que há um dever geral de informação dos profissionais sobre as características e riscos dos produtos, naturais ou industriais.<sup>56</sup> Há também um direito à informação dos consumidores, assegurado pela Resolução sobre os Direitos do

<sup>53</sup> LIMA MARQUES, OGM, p. 291.

<sup>54</sup> MARKOVITZ, p. 372.

<sup>55</sup> A norma alemã é a seguinte: “§ 32 (1) *Wird infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen, jemand getötet, sein, Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betreiber verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen*”.

<sup>56</sup> CALAIS-AULOY, p. 38 ss.

Consumidor da ONU de 1985 (Res. AG/ONU 20/248, 16.04.1985).<sup>57</sup> Em 2003, já pleiteava que a obrigação dos profissionais de informar o consumidor de uma maneira clara e completa<sup>58</sup> deve incluir a informação sobre a presença dos OGM.

Mas podemos ir mais longe. Como a ciência ainda não estabeleceu de uma maneira clara que os OGM não tem efeitos nefastos sobre os consumidores ('teoria da avaliação divergente dos riscos' de Rudolf Streinz),<sup>59</sup> a informação sobre a presença de OGM é uma informação sensível, o que quer dizer que ela é uma informação necessária para evitar os riscos e para exprimir a vontade de compra dos consumidores, na qualidade de pessoa humana racional, livre e digna.

De outro lado, a obrigação de informar relativa aos componentes, às características e à origem de um produto ou alimento, está presente em quase todas as legislações de proteção do consumidor do mundo. Mesmo os direitos fundamentais, e, notadamente, aquele da dignidade da pessoa humana, são citados nas constituições nacionais. As regras da ONU, as regras constitucionais e as regras de direito comparado do consumidor podem incitar a doutrina consumerista a defender a idéia de um direito às informações necessárias à saúde e à dignidade humana.

Os direitos fundamentais, como afirma Robert Alexy,<sup>60</sup> não são somente os direitos subjetivos das pessoas (*subjektive Rechte*), mas as normas presentes na ordem jurídica (*objektive Normen*). Essas normas estão em vigor sob uma forma especial (*Geltung*), porque elas impõem uma ordem objetiva de valores (*objektive Wertordnung*), um sistema de valores a todo o direito (*Wertsystem*). Elas representam as grandes decisões da Constituição para todas as disciplinas do direito (*verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts*): direito privado, direito econômico, direito do consumidor, e não somente ao direito administrativo.<sup>61</sup> Se nós pudéssemos estabelecer a existência de um direito fundamental ou direito humano à informação necessária à saúde e dignidade humana, este direito fundamental seria uma guia (*Richtlinie*) e um verdadeiro sinal (*Impulse*) à atenção dos Estados para organizar (*Rechte auf positive Handlungen*)<sup>62</sup> os mercados de distribuição e de consumo e assegurar aos consumidores o direito à informação sobre os OGM,<sup>63</sup> em especial os genes que os compõem.

<sup>57</sup> Ver NETTO LÓBO, p. 59ss.

<sup>58</sup> Ver sobre a obrigação de informar completamente, BONJEAN, Bernard, *Lê droit à l'information du consommateur*, in LOUSSOUARN, Yvon et LAGARDE, Paul, *L'information em Droit Prive. Travaux de la Conférence d'agrégation*, LGDJ, Paris, 1978, p.356ss.

<sup>59</sup> Ver KNÖRR, p. 90ss.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*, Ed. Suhrkamp, 6.Reimp., Frankfurt, 2000, p. 262.

<sup>61</sup> Ver SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, in *Revista de Direito do Consumidor* vol 30, p. 98.

<sup>62</sup> Segundo ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Ed. Suhrkamp, 1996, p. 179.

<sup>63</sup> Segundo ALEXY/Studien, p. 262: "*Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspredung empfangen von ihm Richtlinie und Impulse.*"

Vejamos agora a evolução da legislação nacional, escolhendo o Brasil e o Mercosul como exemplos de desafios que os OGM impõe ao direito do consumidor.<sup>64</sup>

## A) Evolução da legislação brasileira sobre a informação dos consumidores de OGM

### 1. A obrigação de informar os consumidores e o controle da obrigação de informar no Brasil

Informar os consumidores é prevenir os danos. Prevenir é, também, controlar os fabricantes, os fornecedores de produtos agrícolas, os importadores, os agricultores sobre a prestação de informação. Na prevenção de um dano deve-se considerar a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, a “fragilidade” de sua posição e a necessidade de sua proteção enquanto pessoa humana.<sup>65</sup>

O caso brasileiro pode servir de exemplo. De um lado, o país possui uma sociedade civil suficientemente engajada na luta por seus direitos do consumidor e pela proteção do meio ambiente. A associação IDEC, Greenpeace e o Fórum de Associação de Defesa do Consumidor<sup>66</sup> organizaram desde 2000 a campanha “Por um Brasil livre dos Transgênicos”.<sup>67</sup> O Ministério Público exerce essa função de proteção dos consumidores e do meio ambiente.<sup>68</sup> De outro lado, o Estado criou uma Comissão de Segurança Biogenética (denominada CTNBio),<sup>69</sup> um órgão de legislação de proteção do meio ambiente (denominado CONAMA), um órgão de controle de autorização do ingresso dos transgênicos no mercado ou a

<sup>64</sup> A escolha do Brasil não se explica somente em razão da origem da autora, mas também por causa do interesse que o país apresenta em matéria de proteção ao meio ambiente (ver Benjamin, Antônio, Einführung in das brasilianische Umweltrecht, in *Das Recht der lusophanen Länder*, JAYME, Erik (Ed.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 2000, p. 105ss). O Brasil faz parte do Mercosul e seus principais parceiros de importação e exportação são os Estados Unidos e a Argentina, dois países onde a produção de OGM é bastante comum, afirma-se que aproximadamente 80% da produção de soja e milho da Argentina seja de OGM, ver [www.idec.org.br](http://www.idec.org.br).

<sup>65</sup> COHET-CORDEY, Frédérique. <Préface> in *Vulnérabilité et Droit – Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Cohet-Cordey, Frédérique (Org.). Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2000. p. 9. Ver também LOPEZ CABÑA, Roberto. Defensa jurídica de los más débiles, in *Revista de Derecho do Consumidor*, vol. 28. 1998. p. 21.

<sup>66</sup> Ver também a manifestação de todas Comissões administrativas de proteção dos consumidores do Brasil, os PROCONs, em Monção sobre alimentos transgênicos – 22ª Reunião nacional dos PROCONS estaduais e municipais das capitais, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 269-70.

<sup>67</sup> Ver site do IDEC, [www.idec.org.br](http://www.idec.org.br).

<sup>68</sup> Ver BENJAMIN, Antônio Herman. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente, in *Revista de Direito Ambiental* (São Paulo), vol. 10, abr/jun. 1998, p. 7ss

<sup>69</sup> CTNBIO - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, criada pelo Decreto 1.752, de 20 de dezembro de 1995, ver LAZZARINI, Andrea e LEFEVRE GUITMARÃES, Flávia. Alimentos Transgênicos, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 33, jan/mar, 2000, p. 203.

disseminação voluntária dos mesmos no meio ambiente (denominado IBAMA),<sup>70</sup> e assegurou-se aos consumidores um direito geral de informação sobre todos os componentes dos alimentos e de todos os produtos (art. 6, I, II, III, 7, 9, 12, 14, 18, 20, 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/90) e um Decreto especial sobre a rotulagem dos transgênicos no Brasil.<sup>71</sup>

Vejamos o que se passou na realidade no “law in action”.

A empresa Monsanto requereu em 1998 à Comissão Brasileira de Biossegurança uma “desregulamentação” da soja *roundy up*, resistente pesticida. A Comissão cedeu às pressões 14 dias após o pedido e autorizou a plantação da tal espécie de transgênico<sup>72</sup> no Brasil. A associação de defesa do consumidor, IDEC, de São Paulo, requereu judicialmente uma suspensão desta autorização administrativa, uma vez que faltava o estudo do impacto ao meio ambiente, e, à época, a regulamentação sobre a informação imperativa aos consumidores.<sup>73</sup> Segundo a Constituição Federal Brasileira (art. 225, § 1º, IV da Constituição Federal Brasileira de 1988) e o direito infra-constitucional (Lei 6.839/81, art. 14 e 16), é necessário elaborar um estudo acurado antes de liberar os organismos geneticamente modificados na biodiversidade brasileira.<sup>74</sup> O juiz de primeira instância, utilizando o princípio da precaução, ordenou a suspensão da autorização.<sup>75</sup> O Tribunal Regional Federal manteve a

---

<sup>70</sup> Ver A Resolução 305, de 12.6.2002 sobre a licença dos organismos geneticamente modificados do CONAMA autoriza o IBAMA, ao lado da CTNBIO, a realizar essa tarefa administrativa (Resolução nº 305 de 12 de junho de 2002, dispõe sobre Licenciamento Ambiental, Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto no Meio Ambiente de atividades e empreendimentos com Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados).

<sup>71</sup> Decreto 3781, de 18 de julho de 2001, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 40, out/dez, 2001, p. 286-288.

<sup>72</sup> O pedido foi feito em 15.06.1998 e a liberação em 29.06.1998, ver LAZZARINI/LEFEVRE, p. 203.

<sup>73</sup> Ver *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 40, out/dez, 2001, p. 233-241.

<sup>74</sup> ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 19 (jul/set. 2000), p. 150-151.

<sup>75</sup> Ver sentença do Processo 1998.34.00.027682-0.6 Vara Seção Judiciária do Distrito Federal Brasileiro (DF), j. 26.06.2000, Juiz Antônio Souza Prudente “No mérito, a presente ação precede *in totum*, garantindo-se o resultado útil deste processo, pela eficácia da tutela cautelar já proferida por este juízo, nos autos do processo nº 98.34.00.276681-8, com natureza mandamental-inibitória e que, ora, se subsume e fica absorvida pela eficácia que resultará deste ato sentencial de mérito. Quanto à exigência de realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental da MONSANTO e de todos os outros pedidos à CTNBio formulados, nesse sentido, adoto, ainda, aqui, as razões expedidas pelo ilustre Representante do Ministério Público Federal, DR. Aurélio Veiga Rios, nos autos do processo cautelar referido, nestas letras: O EIA não é uma formalidade *de menos*, uma faculdade, arbítrio ou capricho que possa ser dispensado no exame tão delicado das conseqüências do descarte de OGM no meio ambiente. A exigência constitucional não pode ser, evidentemente, limitada por um decreto regulamentado. O art. 225, inciso IV, da Constituição Federal exige, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental para instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, incluindo-se nesse rol a liberação de organismo geneticamente modificado. Nos termos da Lei nº 6.938/81 e da Resolução nº 237, de 19/12/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que expressamente exige a licença ambiental em casos de *introdução de espécies geneticamente modificadas no meio ambiente*.

decisão de primeira instância e interditou a comercialização da soja *roundy up* no território brasileiro em 2000.<sup>76</sup>

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), que é uma organização científica sobre o Direito do Consumidor previu, ele também, uma resolução sobre o direito à informação e a segurança dos consumidores em 2000:

“6. Visando assegurar a proteção dos direitos básicos do consumidor previstos no CDC e a proteção ambiental prevista na legislação específica, sustentamos a necessidade de regulamentação adequada das espécies transgênicas, especialmente ao tocante à segurança dos alimentos, à rotulagem plena de todos os produtos (embalados, *in natura* e todos os demais) bem como a realização do estudo de impacto ambiental prévio a cada liberação de OGM's no meio ambiente. (aprovada por maioria). Até que a adequada regulamentação seja adotada e as avaliações rigorosas de risco sejam executadas pelo Poder Público, tanto no tocante aos

---

<sup>76</sup> Ver decisão do Tribunal Regional Federal, 1ª Região, APC 2000.01.00.014661-1 DE, j. 08.08.2000, Juiz Assusete Magalhães “Constitucional e processual civil – ação cautelar – liberação do plantio e comercialização de soja geneticamente modificada (soja round up ready), sem o prévio estudo de impacto ambiental – art. 225, §1º, IV, da CF 88, CC arts. 8º, 9º e 10, § 4º, da Lei n. 6.938/81 e arts. 1º, 2º, caput e § 1º, 3º, 4º e anexo I da Resolução CONAMA nº 237/97 – inexistência de normas regulamentadoras quanto à liberação e descarte no meio ambiente de OGM – princípio da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar – presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – poder peral de cautela do magistrado – inexistência de julgamento *extra petita* – art. 808, III, do CPC – Inteligência. IV – o art. 225 da CF 88 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado “a bem do uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito “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”. (art. 225, § 1º, IV da CF 88) V – A existência do *fumus boni iuris* ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito material, invocado, encontra-se demonstrada especialmente: a) pelas disposições dos arts. 8º, 9º e 10º, § 4º da Lei nº 6.938, de 31/08/81 – recepcionada pela CF 88 – e dos arts. 1º, 2º, caput e § 1º, 3º, 4º e Anexo I da Resolução CONAMA nº 237/97, à luz das quais se infere que a definição de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a que se refere o art. 225, § 1º, IV, da CF/88 compreende “a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas”, tal como consta do Anexo I da aludida Resolução CONAMA nº 237/97, para a qual, por via de consequência, necessário estudo prévio do impacto ambiental; b) pela relevância da tese de que o parecer conclusivo da CTNBio não tem o condão de dispensar o prévio estudo de impacto ambiental para o plantio, em escala comercial, e a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, especialmente ante séria dúvida quanto à constitucionalidade do art. 2º, XIV, do Decreto nº 1.752/95, que permite à CTNBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental – de competência do IBAMA – em se tratando de liberação de organismo geneticamente modificados, no meio ambiente, em face do veto presidencial à disposição constante do projeto da Lei nº 8.974/95, que veiculava idêntica faculdade outorgada à CTNBio. Precedente do STF (ADin nº 1.086-7/SC, Rel. Min. Ilamr Galvão, *in* DJU de 16/

impactos à saúde humana (a exemplo do que é feito com o medicamento), como ambiental, nenhuma espécie transgênica deve ser autorizada no país. (aprovada por maioria)<sup>77</sup>

Um ano mais tarde, em 2001, o governo brasileiro elaborou a regulamentação de embalagem e de informação aos consumidores sobre os alimentos que continham OGM ou componentes OGM, a saber o Decreto 3.871 de 18 de julho de 2001.<sup>78</sup> Segundo este hoje revogado Decreto presidencial, a obrigação de informar o consumidor seria obrigatória somente se os componentes do produto contivessem cada um mais de 4% de OGM. Assim, se uma sopa ou um alimento destinado às crianças seria feito com milho e soja geneticamente modificados, cada ingrediente poderia ter até 3,9%, seja um total de 7,89% de OGM sem obrigação de informar o consumidor brasileiro. Novamente, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor – IDEC, de São Paulo, requereu judicialmente o pronunciamento da inconstitucionalidade do decreto, posto que a Constituição Brasileira prevê, entre os direitos fundamentais, a proteção dos interesses dos consumidores e estipula que os direitos dos mesmos são limites à livre iniciativa (art. 5, XXXII e art. 170, V da CF 88).<sup>79</sup> O IDEC atacou o decreto em si por violação ao Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê o direito à informação nos artigos 6º, I, II, III, 9º e 31 da Lei 8.078/90 e na Resolução 30/248 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16.04.85 (art. 3º).<sup>80</sup>

09/94, pág. 24.279); c) pela vedação contida no art. 8º, VI, da Lei nº 8.974/95, diante da qual se conclui que a CTNBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte, no meio ambiente, de organismo geneticamente modificados, sob pena de se tornarem ineficazes outras disposições daquele diploma legal, pelo que, à mingua da normas regulamentadoras a respeito do assunto, até o momento presente, juridicamente relevante é a tese de impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente; d) pelas disposições dos arts. 8º, VI, e 13, V, da Lei nº 8.974/95, que sinalizam a potencialidade lesiva de atividade cujo descarte ou liberação de OGM, no meio ambiente, sem a observância das devidas cautelas regulamentares, pode causar, desde incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e lesão corporal grave, até a morte, lesão ao meio ambiente e lesão grave ao meio ambiente, tal como previsto no art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei nº 8.974/95, tipificando-se tais condutas como crimes, impondo-lhes severas penas. VI – A existência de uma situação de perigo recomenda a tutela cautelar, no intuito de se evitar – em homenagem aos princípios de precaução e da instrumentalidade do processo cautelar –, até o deslinde da ação principal, o risco de dano irreversível e irreparável ao meio ambiente e à saúde pública, pela utilização de engenharia genética no meio ambiente e em produtos alimentícios, sem a adoção de rigorosos critérios de segurança. VII – Homologação do pedido de desistência do IBAMA para figurar no pólo ativo da lide, em face da superveniência da Medida Provisória nº 1.984-18, de 01/06/2000. VIII – Preliminares rejeitadas. Apelação e remessa oficial, tida como interposta, improvidas”.

<sup>77</sup> Conclusão n. 6 do “V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02.05.2000, Painel 10 – Direito Básico à Segurança” in *Revista de Direito do Consumidor* (São Paulo), vol. 35, jul/set. 2000, p. 262.

<sup>78</sup> Decreto 3.871, de 18 de julho de 2001, “Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismo geneticamente modificados, e dá outras providências (DOU 19.06.2001)”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 40, out/dez., 2001, p. 286-288.

<sup>79</sup> Ver FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 171s.

<sup>80</sup> Ver a ação do IDEC e do MPF, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 40, out/dez., 2001, p. 233-241.

A questão ainda estava pendente e o governo brasileiro até a pouco nunca controlou a rotulagem dos produtos OGM no Brasil. Em 2002, o IDEC, com a ajuda de um instituto suíço, testou 36 produtos de supermercados em São Paulo e revelou a presença de OGM em 11 produtos. Nenhum desses produtos apresentava alguma informação aos consumidores.

Em março de 2003, em função da pressão dos produtores agrícolas, mesmo se a decisão judiciária proibindo a plantação dos OGM no Brasil permaneça sempre válida, o governo brasileiro autorizou a venda da colheita de 2003 de soja OGM, desde que seja composta por produtos de origem brasileira!<sup>81</sup>

A norma da MP 113, depois convertida em Lei 10.688/03, com um pouco de ironia, permitia a “venda” dos OGM brasileiros como produtos derivados e interdita a sua utilização como “semente”, visando à extinção dos OGM até o dia 31 de janeiro de 2004 (art.1,§1º MP 113/2003). O Estado brasileiro, de acordo com o artigo 1, §3º dessa norma, deve também procurar formas de “exportar” para outros consumidores estrangeiros esses produtos OGM e evitar que a “colheita OGM” seja consumida no Brasil! A regra prevê a rotulagem imperativa de todos os produtos derivados ou que utilizam OGM (art. 2º) e a criação de uma certificação negativa (art. 3º). A norma impunha sanções administrativas pesadas em caso de violação. A nova MP 131 também transformou-se em lei, lei 10.814, agora parcialmente revogada pela Lei 11.105/2005, o Dec. 4680 também assegurou direitos de informação ao consumidor, mas nenhuma teve até agora a força de realizar o resultado esperado: controlar os OGM no Brasil e sua rotulagem!

O exemplo brasileiro demonstra que as decisões de interdição judiciárias esparsas, as normas administrativas e a normalização abstrata de um direito à informação dos consumidores não são suficientes. É preciso fazer um controle administrativo pesado e poderoso. É preciso uma sociedade civil, com associações de defesa do consumidor e um Ministério Público ativos, mas, sobretudo, é preciso desenvolver os instrumentos jurídicos eficazes, para a repressão das fraudes em matéria de informação aos consumidores. O direito à informação dos consumidores não deve encontrar nenhum limite a não ser a determinação científica da presença de OGM, nem de 1%, pois viola fortemente o direito à informação que é total e deve ser definido pela ciência e sua capacidade de detectar o OGM no alimento. Há muitos colorantes e ingredientes que têm uma porcentagem inferior e que são mencionados no rótulo. Se realmente os transgênicos não causam danos à saúde pública, então não há nenhuma razão de não informar os consumidores. A informação sobre os transgênicos é uma informação necessária à saúde e à dignidade humana. A lei brasileira deve ser aperfeiçoada e o governo deve começar um controle eficaz, com pesadas sanções administrativas (e mesmo penais) em caso de violação das regras.

---

<sup>81</sup> A Medida Provisória 113, de 26.03.2003, “estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003”, DOU 27/03/2003.

## CONCLUSÃO

Concluindo, em vista das regras da ONU, das regras constitucionais e das regras de direito do consumidor brasileiras, a doutrina poderá travar uma reflexão sobre a idéia de um direito às informações necessárias à saúde e dignidade humanas, como, por exemplo, a informação sobre as características OGM de um alimento ou as informações sobre os medicamentos.

A análise do caso brasileiro, indica que o direito brasileiro desenvolveu instrumentos suficientes para a prevenção de danos ou a todos os meios para a informação dos consumidores. O problema é a eficácia de tais instrumentos. O tema é de suma importância para a dignidade, liberdade e vida dos consumidores brasileiros e deve ser cada vez mais estudado e aprofundado em nosso direito do consumidor!

# DA TEORIA ECONÔMICA À PRÁTICA JURÍDICA: ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E PERSPECTIVAS DOS INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL

---

Eugênio Battesini

## INTRODUÇÃO

### Questão ambiental

A concepção do meio ambiente como fonte inesgotável de recursos para a produção e depositário de subprodutos das atividades econômicas pautou a dinâmica de interação do homem com a natureza ao longo de séculos. Contemporaneamente, contudo, a crescente deterioração da capacidade de assimilação dos ecossistemas e da capacidade de regeneração dos recursos naturais em níveis compatíveis com o desgaste imposto pelas atividades econômicas vem demandando profunda revisão do tipo de relação que o homem mantém com a natureza. Definitivamente incorporada na agenda política e de pesquisas científicas<sup>1</sup>, a questão ambiental, materializada em fenômenos como mudanças climáticas, perda de biodiversidade, poluição do ar e da água, conforme registra a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>2</sup> - OCDE, constitui desafio fundamental neste início de século XXI.

### Abordagem interdisciplinar

As relações entre atividade econômica e meio ambiente evidenciam-se complexas e multifacetárias e, em ambiente globalizado, permeadas por componente dinâmico,

---

<sup>1</sup> Marcos institucionais relevantes são: a reunião científica do Clube de Roma no final da década de 1960, que resultou na publicação do relatório *The limits to grow*, em 1972; e a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, em 1972. Vejam-se sobre o tema: PEARCE, David W; TURNER, Kerry R. *Economics of natural resources and the environment*. Bibliografia: p. 23.

<sup>2</sup> OCDE. *Environmental outlook (2020)*.

caracterizado pela elevada mobilidade de pessoas, bens, capitais e informações através do mundo. Em tal contexto, consoante destacam Hunter, Salzman e Zaelke<sup>3</sup>, impositiva a adoção de abordagem analítica interdisciplinar<sup>4</sup>. Abordagem que enfatize o diálogo e a cooperação científica entre as disciplinas de forma a alavancar a compreensão da questão ambiental, proporcionando perspectiva mais coerente e realista do que a proporcionada isoladamente por cada disciplina, bem como de forma a ampliar o leque conhecimentos e alternativas de atuação disponíveis. Relevante, pois, a análise integrativa direito/economia/ecologia com o intuito de captar o conjunto de fatores relevantes envolvidos na questão ambiental.

## Tributação ambiental

Na esteira de tal paradigma, desenvolve-se o presente texto com o objetivo de vislumbrar relevante instrumento de preservação do meio ambiente, a tributação ambiental. A importância do tema proposto pode ser aferida a partir do fato de que a OCDE recomenda a utilização dos instrumentos tributários de política ambiental a seus países membros<sup>5</sup>. A ênfase é atribuída ao estudo da origem, desenvolvimento e perspectivas, destacando-se o relevante papel desempenhado pela tributação ambiental na busca de desenvolvimento econômico sustentável.

## Metodologia exposição

A exposição será efetivada adotando como referencial analítico o movimento denominado direito e economia, corpo de pensamento interdisciplinar que se valendo de linguagem preponderantemente econômica propugna, em essência, o estudo do direito e da economia em perspectiva sistêmica, ampliando a base analítica tradicional das duas ciências; do direito que passa a ser concebido não apenas como sistema de coerção, mas também como guia de conduta e mecanismo transmissor de preços implícitos, e da economia que passa a considerar o direito como elemento ativo, vislumbrando seu impacto sobre a dinâmica de funcionamento do sistema econômico<sup>6</sup>. O texto será dividido em duas partes: direito,

---

<sup>3</sup> HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAEELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. Bibliografia: p. 151.

<sup>4</sup> Consoante lucidamente destaca Robert Costanza, a adoção de abordagem interdisciplinar não implica em alternativa a qualquer das disciplinas individualmente consideradas, mas sim em nova forma de vislumbrar os problemas científicos, forma que pode adicionar valor e suprir deficiências da abordagem unidisciplinar. Citado por: HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAEELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. Bibliografia: p. 152.

<sup>5</sup> OCDE. *Environment programme (2005-2006)*. Bibliografia: p. 18.

<sup>6</sup> A relevância e crescente reconhecimento do movimento de direito e economia são destacados de forma ímpar por Bruce Ackerman, que se referiu ao movimento como “o desenvolvimento mais importante do século XX no campo dos estudos legais”, e Mercurio e Medema, que registram o fato

economia e meio ambiente; e tributação ambiental. Na primeira parte serão desenvolvidos os tópicos: atividade econômica e desenvolvimento sustentável, destacando-se a origem econômica da tributação ambiental; e política ambiental, contextualizando-se a tributação ambiental no âmbito dos instrumentos de política ambiental. Na segunda parte a tributação ambiental será analisada quanto a aspectos teóricos e evidências empíricas.

## 1. DIREITO, ECONOMIA E MEIO AMBIENTE

### 1.1. Atividade econômica e desenvolvimento sustentável

#### Escassez

A dicotomia recursos naturais limitados e necessidades humanas ilimitadas conduz à noção de escassez, núcleo analítico da moderna ciência econômica. Sinalizada através do sistema de preços, a escassez determina a dinâmica de alocação de recursos no sistema econômico.

#### Dinâmica mercado

Sob a ótica microeconômica neoclássica (*mainstream* na ciência econômica), a dinâmica de mercado é estabelecida através da ação individual de agentes racionais, maximizadores de sua utilidade, mediante análise da relação custo/benefício marginal. A interação de agentes individuais determina oferta e demanda de mercado, estabelecendo o mecanismo de preços (índice de escassez) que contém o conjunto de informações necessárias e suficientes para o funcionamento racional do sistema econômico. Dito de outra forma, o mecanismo de preços proporciona a utilização eficiente dos recursos limitados na satisfação das necessidades humanas ilimitadas, conduzindo automaticamente a uma situação de equilíbrio ótimo no sentido de Pareto, situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem-estar sem sacrifício do bem-estar de outrem.

---

de que “nas últimas décadas o movimento de direito e economia se desenvolveu de um pequeno e esotérico ramo de pesquisa com economia e direito para um substancial movimento que tem auxiliado a ambos, redefinindo o estudo do direito e expondo a economia às importantes implicações do direito”. Vejam-se, respectivamente: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Bibliografia: p. 13; e MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Bibliografia: preface, p. X.

## Falhas mercado

Quando algum fator externo não permite que o sistema de mercado funcione regularmente, conduzindo a que preços e quantidades de equilíbrio não sejam de equilíbrio ótimo no sentido de Pareto, presentes se fazem falhas de mercado. Os problemas ambientais geralmente decorrem da existência de falhas de mercado. As principais falhas de mercado devem-se a existência de bens públicos e externalidades. O fato de que certos bens sejam de livre acesso e de consumo não excludente conduz a sua sobre-utilização, determinando graves problemas ambientais como a extinção de espécies causada por pesca predatória (tragédia dos comuns). O fato de que determinados custos de produção não sejam captados pelo sistema de preços de mercado, mas simplesmente repassados à sociedade, determina a ocorrência de graves problemas ambientais como a poluição do ar e da água, externalidades negativas<sup>7</sup>.

## Externalidades

A existência de externalidades foi identificada na própria origem da abordagem neoclássica, nos escritos do economista inglês Alfred Marshall (*Principles of economics* - 1890). Coube, contudo, a outro economista inglês, Arthur Cecil Pigou (*The economics of welfare* - 1920), a formalização analítica do problema das externalidades e a proposição de mecanismo de correção de tais falhas de mercado, a tributação da atividade econômica geradora de externalidades. Considerando a jurisprudência inglesa do início do século XX, que normalmente não estabelecia o dever de indenização pelas empresas de transporte ferroviário dos danos causados pelos incêndios florestais ocasionados pelas faíscas emitidas pelas locomotivas, Pigou desenvolveu o raciocínio de que a não internalização de tais custos no processo produtivo conduz ao funcionamento ineficiente do mercado, face à existência de excesso de produção e oferta. Em outras palavras, a existência de uma lacuna de informação não refletida nos preços, representada pelos custos sociais caracterizados pelas externalidades, determina que o mercado opere além de sua fronteira de possibilidades de produção.

## Tributação ambiental

A solução do problema ambiental gerado pelas externalidades, na perspectiva proposta por Pigou, passa pela ação reguladora do Estado mediante a imposição de tributo incidente sobre a atividade poluidora (aumento do custo de produção) que leve à redução no nível de atividade econômica (diminuição da quantidade demandada), de forma a corrigir o funcionamento ineficiente do mercado (economia volta a atingir situação ótima no sentido de Pareto). Em termos técnicos (figura 1), a tributação ambiental conduz à equalização dos custos

---

<sup>7</sup> As externalidades podem ser positivas, benefícios sociais não captados pelo sistema de preços, tais como os proporcionados pela educação e vacinação.

marginais privado e social, mediante internalização dos custos marginais externos representados pela poluição ( $CMg + CMgE = CMgS$ ), determinando que a economia volte a atingir o equilíbrio ótimo no sentido de Pareto (aumento de preço de  $P_1$  para  $P^*$  e redução da quantidade de  $Q_1$  para  $Q^*$ ). Sob tal perspectiva, vislumbra-se ser a tributação ambiental instrumento econômico que contribui duplamente para a preservação do meio ambiente, mediante diminuição dos níveis de poluição e mediante utilização menos intensa dos recursos naturais.

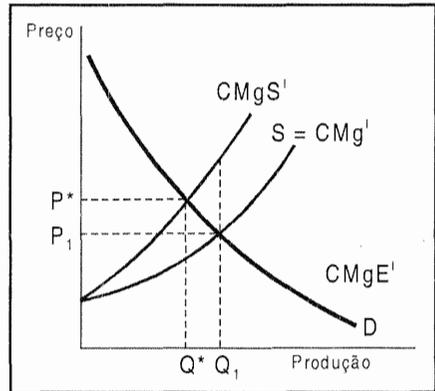


Figura 1 – Correção externalidades via tributação<sup>8</sup>.

Quando há externalidades negativas, o custo marginal social  $CMgS$  é maior que o custo marginal privado  $CMg$ , sendo a diferença o custo marginal externo  $CMgE$ . A economia opera de forma ineficiente, com equilíbrio ocorrendo com preço  $P_1$  e quantidade  $Q_1$ . A correção das externalidades ocorre com a internalização do custo marginal externo, mediante imposição de tributo equivalente à diferença entre  $P^*$  e  $P_1$ , que conduz à redução da quantidade demandada em nível equivalente a diferença entre  $Q_1$  e  $Q^*$ , determinando que a economia passe a atuar em nível ótimo no sentido de Pareto, com o equilíbrio ocorrendo com preço  $P^*$  e quantidade  $Q^*$ .

### Nível ótimo poluição

Outra derivação da abordagem analítica neoclássica diz respeito à noção de que é por demais oneroso para a sociedade a eliminação completa da poluição. A eficiência alocativa, nível ótimo de poluição, é atingida quando os custos marginais de controle são iguais aos benefícios marginais de degradação ambiental (figura 2).

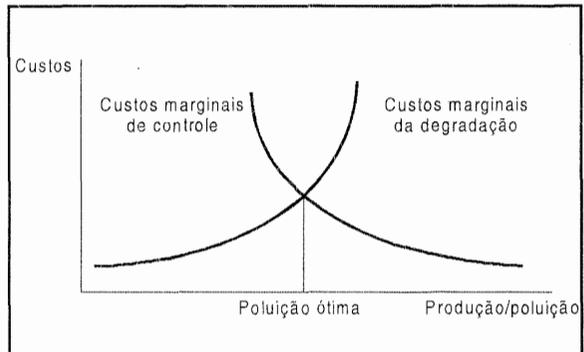


Figura 2. Nível de poluição ótimo<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Adaptado de: PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Bibliografia: p. 703.

<sup>9</sup> Adaptado de: MAY, Peter H. (org). *Economia do meio ambiente*. Bibliografia: p. 11.

## Direitos propriedade e custos transação

Estabelecida a lógica de que a poluição representa um custo de produção não computado pelo sistema de mercado, solução distinta da proposta por Pigou foi sugerida pelo economista norte-americano Ronald Coase (*The problem of social cost* - 1960). Coase sustentou não ser necessário tributar a atividade produtiva poluidora, pois, desde que haja clara definição dos direitos de propriedade e desde que os custos de transação sejam nulos, as partes envolvidas estabelecem processo de negociação dos danos causados pela poluição de forma a atingir solução eficiente de mercado. De acordo com tal proposição, conhecida como teorema de Coase, em condições ideais a negociação proporciona a internalização dos custos de poluição de maneira mais eficaz do que a tributação. Em condições ideais de perfeita definição de direitos de propriedade e custos de transação nulos, maximiza-se a riqueza, chega-se à situação de equilíbrio ótimo de Pareto sem a necessidade de ação reguladora do Estado. Ocorre que, conforme destaca o próprio autor, em realidade, os direitos de propriedade normalmente não são claramente definidos e os custos de transação (informação, contratação, *enforcement*...) não são nulos. Em tal contexto, evidencia-se relevante a estruturação do sistema jurídico: de forma a propiciar condições para que se desenvolva o processo de negociação; de forma a dar efetividade à negociação acordada; de forma a que se obtenha solução arbitrada em caso de impasse ou impossibilidade de negociação. Assim sendo, sob tal ótica, a solução de problemas ambientais passa sim ação do Estado, não via tributação, mas sim mediante eficaz configuração do sistema jurídico. Expandindo o raciocínio, na ótica de Coase, a adequada estruturação do arcabouço legal é fundamental para o funcionamento eficiente do sistema econômico como um todo, pois as noções de direito de propriedade e de custos de transação, inerentes à atividade econômica, não são determinadas no plano econômico, mas sim no plano jurídico. Célebre é a manifestação de Coase no sentido de que “fazer economia sem entender o papel desempenhado pelo direito é algo que se assemelha ao estudo da circulação do sangue sem ter um corpo... O sistema legal tem profundo efeito no funcionamento do sistema econômico e pode-se dizer que em certos aspectos o controla”<sup>10 11</sup>.

## Desenvolvimento sustentável

Sob outra perspectiva, relevante ampliar o foco da questão ambiental: vislumbrando a temática da alocação de recursos econômicos escassos no longo prazo; incorporando à análise a questão intergeracional; e considerando controvérsias acerca da relação entre

---

<sup>10</sup> Vejam-se: MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: From Posner to Post-Modernism*. Bibliografia: p. 172.

<sup>11</sup> Consoante registrou Coase ao receber o prêmio Nobel de economia em 1991, dado o reconhecimento da “crucial importância do sistema legal” é fácil compreender o florescimento do campo de estudos denominado “law and economics”. COASE, Ronald H. *The institutional structure of production*. Bibliografia: p. 6.

crescimento econômico e sustentabilidade meio ambiente. A expansão das atividades econômicas esbarra nas limitações do meio ambiente em dar suporte às atividades econômicas. Surge, pois, a noção de desenvolvimento sustentável<sup>12</sup>, que, em essência, vincula-se à idéia de satisfação das necessidades atuais sem comprometer a habilidade de satisfazer as necessidades futuras. O princípio do desenvolvimento sustentável foi formalizado na Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – RIO 92, nos seguintes termos: “o direito ao desenvolvimento deve ser realizado de modo a satisfazer as necessidades relativas ao desenvolvimento e ao meio ambiente das gerações presentes e futuras” (princípio 3º).

### Economia meio ambiente

A noção de desenvolvimento sustentável, concretizada em fatores como a preocupação com a não ocorrência de efeitos irreversíveis ao meio ambiente e a preservação da capacidade de assimilação e de regeneração do meio ambiente, serve de base para o que se convencionou chamar economia do meio ambiente, a qual comporta, basicamente, duas vertentes teóricas; economia ambiental e economia ecológica.

### Economia ambiental

Prolongamento do *mainstream* neoclássico, a economia ambiental tem como pressuposto que o mecanismo de auto-ajuste dos mercados automaticamente promove a proteção ambiental, o que ocorre através do sistema de preços, que atua como indicativo da degradação ambiental e a corrige. A concepção básica é no sentido de que recursos naturais não representam limite absoluto à expansão da atividade econômica. O progresso científico e tecnológico permite que sejam superadas indefinidamente as restrições relativas representadas pela disponibilidade de recursos naturais (figura 3). A idéia subjacente é de que o investimento feito pelas gerações passadas e presente compensa as gerações futuras pelas perdas causadas pelo consumo e produção pretérito e atual. Em tal contexto, o papel do Estado restringe-se a correção das falhas de mercado, pois a ação racional dos agentes econômicos determina dinâmica intertemporal eficiente de alocação de recursos escassos, conduzindo ao desenvolvimento sustentável.

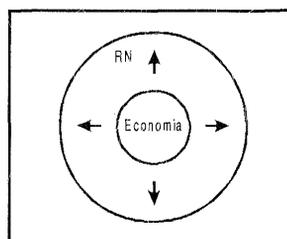


Figura 3 – Economia ambiental<sup>13</sup>

<sup>12</sup> A noção de sustentabilidade da atividade econômica não é nova. A idéia de que há limites naturais ao crescimento remonta a Thomas R. Malthus (*An essay on the principle of population as it affects the future improvement of society* – 1798), que enfatizou o rápido crescimento populacional, e a David Ricardo (*On the principles of political economy and taxation* – 1817), que enfatizou a limitação dos recursos naturais.

<sup>13</sup> Adaptado de: MAY, Peter H. (org.). *Economia do meio ambiente*. Bibliografia: p. 8.

## Economia ecológica

Visão distinta é externada pela economia ecológica, que concebe o sistema econômico como um subsistema de um todo maior que o contém, impondo restrição absoluta à sua expansão (figura 4). O progresso científico e tecnológico, mesmo sendo visto como ferramenta fundamental para aumentar a eficiência alocativa (motivo pelo qual deve ser fomentado), não é capaz de propiciar a superação indefinida dos limites ambientais. No longo prazo, a sustentabilidade do sistema econômico não é possível sem a estabilização dos níveis de consumo em patamares compatíveis com a capacidade de carga do planeta. O sistema econômico deve, pois, ter seus limites fixados pela sociedade, via ação reguladora do Estado. Em tal contexto, o papel do Estado adquire maior relevo, competindo-lhe, com base em considerações econômicas, éticas e morais, decidir acerca da utilização dos recursos naturais de forma proporcionar o desenvolvimento sustentável.

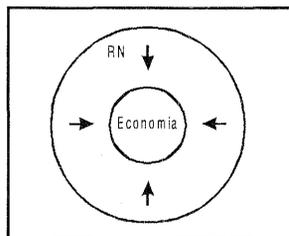


Figura 4 – Economia ecológica<sup>14</sup>

## Meio ambiente e regulação

Em suma, no atual estágio de estudo da questão ambiental, conforme destacam Hunter, Salzman e Zaelke<sup>15</sup>, não mais se discute a necessidade ou não de regulação. Esta se faz necessária, seja para corrigir falhas de mercado (visão ortodoxa) ou para promover a estabilização dos níveis de consumo em patamares compatíveis com a capacidade de carga do planeta (visão heterodoxa). A questão que se coloca diz respeito à extensão, ao grau de regulação da atividade econômica com vistas ao atingimento do desenvolvimento sustentável. O que conduz ao necessário estudo da política ambiental e dos instrumentos de política ambiental, aspectos que se passa a considerar.

### 1.2. Política ambiental

#### Caracterização política ambiental

A noção de política ambiental encontra-se associada ao conjunto de meios e instrumentos, e sua forma de utilização, que objetivam reduzir o impacto negativo da ação humana sobre o meio ambiente. A política ambiental evidencia-se necessária para a introdução ou adoção de posturas e procedimentos menos agressivos ao meio ambiente, tendentes ao desenvolvimento sustentável.

<sup>14</sup> Adaptado de: MAY, Peter H. (org.). *Economia do meio ambiente*. Bibliografia: p. 11.

<sup>15</sup> HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. Bibliografia: p. 127.

## Dimensões política ambiental

Os problemas ambientais encontram-se, com freqüência, restritos à esfera de uma nação, decorrendo, pois, a formulação de programas de política ambiental de âmbito nacional. Contudo, em muitas de suas dimensões a questão ambiental transcende o interesse de países específicos, assumindo contornos internacionais. Problemas ambientais como a depleção de espécies migratórias e recursos vivos comuns (extinção de espécies animais e vegetais...), a poluição trans-fronteiriça do ar e recursos hídricos (vazamento de radioatividade, chuva ácida...) e a degradação global do meio ambiente (aquecimento global, mudanças climáticas...) vão além do interesse de países específicos. Em tal contexto, adquire relevo o papel desempenhado pela Organização das Nações Unidas, pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, pelo Banco Mundial e por diversas outras instituições internacionais. Na busca do desenvolvimento sustentável, revela-se fundamental a atuação de tais entidades na formulação e implementação de programas de política ambiental de alcance global. Decisivos, também, a fixação de diretrizes e o estabelecimento de normas internacionais destinadas a regular a utilização dos recursos naturais comuns e a geração de externalidades internacionais causadas pelo transporte de mercadorias (acidentes como o vazamento de óleo mineral...), por processos e métodos de produção (emissão de substâncias tóxicas como o dióxido de enxofre...) e pelo uso/consumo de produtos nocivos ao meio ambiente (consumo de produtos que contribuem para a redução da camada de ozônio...).

## Instrumentos política ambiental

Os instrumentos de política ambiental disponíveis às entidades nacionais e internacionais podem ser agrupados em três categorias<sup>16</sup>: instrumentos legais; instrumentos econômicos; e instrumentos de comunicação e persuasão moral. Esclarecimento necessário é realizado por Faure<sup>17</sup>, que registra que a terminologia instrumentos legais/econômicos deve ser relativizada, eis que todos os instrumentos econômicos são viabilizados via sistema jurídico e todos os instrumentos jurídicos produzem efeitos econômicos.

## Instrumentos legais

Os instrumentos legais, também denominados instrumentos de comando-controle ou de regulação direta, implicam no controle direto sobre a atividade danosa ao meio ambiente. Controle realizado através do estabelecimento de normas, procedimentos e padrões a serem observados pelos agentes poluidores, bem como do estabelecimento de penalidades em

---

<sup>16</sup> Veja-se sobre o tema: MAY, Peter H. (org.). *Economia do meio ambiente*. Bibliografia: p. 142.

<sup>17</sup> FAURE. Michael G. *Environmental regulation*. Bibliografia: p. 444.

caso de descumprimento. Exemplos de instrumentos legais são: normas de controle ou proibição de produtos; normas de controle ou proibição de processos de produção; normas de controle ou restrição de atividades poluidoras; o estabelecimento de especificações tecnológicas; o controle do uso de recursos naturais; o estabelecimento de padrões (nível ótimo), de quotas de poluição para fontes poluidoras específicas; normas definidoras dos direitos de propriedade (zoneamento ambiental, *first-use doctrine*); a responsabilização civil; e a responsabilização criminal.

### **Instrumentos econômicos**

Os instrumentos econômicos, também denominados instrumentos de mercado ou de regulação indireta, implicam na geração de incentivos, considerados mediante análise da relação custo-benefício. Exemplos de instrumentos econômicos são: a tributação ambiental; a concessão de subsídios; a criação de mercados de transferência de quotas de poluição (sistema de permissões transferíveis); e a criação de mercado de reciclagem de resíduos.

### **Instrumentos comunicação/coerção moral**

Os instrumentos de comunicação/coerção moral dizem respeito a mecanismos utilizados para conscientizar e informar os agentes poluidores e as populações afetadas sobre diversos temas ambientais, tais como; danos ambientais, atitudes preventivas, produtos e tecnologias menos agressivas ao meio ambiente. Objetivam facilitar a cooperação entre agentes sociais na busca de soluções para os problemas ambientais. Exemplos de instrumentos de comunicação/coerção moral são: o marketing ambiental (divulgação e publicidade); o fornecimento de informações (educação ambiental); e os selos ambientais (certificação).

### **Escolha instrumentos**

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente<sup>18</sup> destaca que os complexos problemas ambientais da sociedade contemporânea demandam a utilização combinada dos instrumentos de política ambiental. De acordo com o organismo da ONU, a busca do desenvolvimento econômico sustentável requer a formulação de um *mix* de políticas que alcance os mais diversos setores da sociedade. Também na doutrina, registra Faure<sup>19</sup>, há convergência no sentido da combinação dos diversos instrumentos de política ambiental, com a atribuição de maior ênfase a determinado instrumento, de acordo com a especificidade

---

<sup>18</sup> UNEP. *Global Environment Outlook* (GEO 1).

<sup>19</sup> FAURE. Michael G. Environmental regulation. Bibliografia: p. 459.

do problema ambiental que se objetiva enfrentar. Convergente também é o entendimento de que a tributação ambiental constitui consistente instrumento de política ambiental. Relevante, pois, avançar no estudo de tal instituto, vislumbrando-se aspectos teóricos e evidências empíricas.

## 2. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

### 2.1. Aspectos teóricos

#### Objetivo econômico

A idéia básica inerente à tributação ambiental é de que a taxação da atividade poluidora atribuirá um preço à poluição, um custo que será considerado pela empresa poluidora no cálculo do preço do produto. Ônus que afeta a dinâmica de funcionamento de mercado, reduzindo o nível de atividade poluidora, bem como atua como força motriz, incentivo para o desenvolvimento de novas tecnologias. Vislumbra-se, pois, que a tributação ambiental possui objetivo econômico perfeitamente definido, alterar o comportamento poluidor.

#### Extrafiscalidade

O propósito de inibir comportamento difusamente indesejável caracteriza o caráter essencialmente extrafiscal da tributação ambiental. Ao objetivo de arrecadação de recursos para o custeio de despesas públicas sobrepõe-se o objetivo de racionalização da atividade econômica, conduzindo-a a resultados condizentes com a noção de desenvolvimento sustentável.

#### Princípio poluidor paga

A lógica de impor encargo ao poluidor, ínsita à pioneira formulação econômica de Pigou, dá origem ao princípio do poluidor paga, amplamente disseminado em direito ambiental e expressamente consagrado na Conferência RIO 92. O princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro estipula que “as autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso de instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse do público, sem desvirtuar o comércio e investimentos internacionais”.

## **Cr terios tributa o ambiental**

No  mbito da Confer ncia RIO-92 tamb m foram estipulados cr terios para o estabelecimento de tributos ambientais, quais sejam: efici ncia no plano da preven o aos danos ambientais e explora o desequilibrada dos recursos naturais; efici ncia do ponto de vista econ mico, ou seja, na pondera o custo/benef cio a arrecada o deve superar os custos de arrecada o; efici ncia do ponto de vista administrativo, com o disp ndio de poucos recursos para sua arrecada o; e neutralidade, n o repercuss o negativa no com rcio interno e externo.

## **Modalidades tributa o ambiental**

A tributa o ambiental pode ser efetivada de diferentes formas. Adotando linha anal tica tra ada por Nicolaisen, Dean e Hoeller<sup>20</sup>, vislumbra-se que as principais modalidades de tributa o ambiental s o; tributa o sobre o produto, tributa o sobre a carga poluente e imposi o de taxas administrativas.

### **Tributa o produto**

A tributa o ambiental incidente sobre produtos adota como fato gerador a produ o ou o consumo de cada unidade gerada de forma prejudicial ao meio ambiente (ex.: tributo incidente sobre o refino ou consumo de combust veis f sseis). A tributa o sobre o produto pode se dar de forma linear, guardar correspond ncia com a efetiva polui o gerada pela produ o (modalidade que mais se aproxima da formula o original proposta por Pigou – equaliza o custo marginal social com benef cio marginal social), ou n o linear, sem correspond ncia direta com a carga poluente.

### **Tributo carga poluente**

A tributa o ambiental incidente sobre a carga poluente adota como fato gerador a emiss o de subst ncias nocivas ao meio ambiente (ex.: tributo incidente sobre a emiss o de subst ncias t xicas durante o processo produtivo). Tal modalidade de tributa o pode considerar a carga poluente efetiva ou potencial, pr -estabelecida de acordo com as caracter sticas da atividade econ mica desenvolvida.

---

<sup>20</sup> NICOLAISEN, Joa; DEAN, Andrew; HOELLER, Peter. Economics and the environment: a survey of issues and policy options. Bibliografia: p. 20.

## **Taxas administrativas**

As taxas administrativas vinculam-se ao exercício do poder de polícia ou à utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos em matéria ambiental (ex.: taxa de licenciamento para a realização de atividade econômica potencialmente poluente). Tais tributos não guardam relação necessária com o nível efetivo ou potencial de poluição.

## **Aspectos positivos**

Consoante destaca Groosman<sup>21</sup>, claras vantagens podem ser apontadas na utilização dos instrumentos tributários de política ambiental. Entre os aspectos positivos destacam-se: atuar como elemento indutor do desenvolvimento de novas tecnologias de produção que reduzam a poluição ou proporcionem o uso mais racional de recursos naturais que se pretenda conservar; tratar-se de instrumento dinâmico, eis que de permite o célere ajustamento dos parâmetros de tributação aos objetivos ambientais estabelecidos; o fato de que quando não é economicamente viável tributar a atividade produtiva é possível taxar o consumo dos produtos; proporcionar liberdade de escolha às empresas poluidoras, permitindo que elas optem pela utilização de tecnologias de produção que reduzam os níveis de poluição ou pelo dimensionamento de seus níveis de produção de forma a regular seus níveis de poluição; além do que, não obstante seu objetivo primário seja a redução dos níveis de poluição, como objetivo secundário induzido tem-se a geração de recursos públicos que podem ser utilizados para o financiamento de projetos ambientais.

## **Aspectos negativos**

A utilização dos instrumentos tributários de política ambiental apresenta desvantagens. Entre os aspectos negativos podem ser referidos: produzir desvantagens comparativas entre as nações (ex.: empresas podem decidir realocar suas plantas industriais para países que não adotam a tributação ambiental); em mercados monopólicos ou cartéis os custos podem ser simplesmente repassados aos consumidores, sem a geração de incentivos para reduzir o impacto ambiental; proporcionarem incertezas no plano macro e microeconômico, afetando a tomada de decisão das empresas; afetar outras variáveis sócio-econômicas tais como o nível de emprego e desenvolvimento regional; ter pouco alcance no que diz respeito a questões intergeracionais relativas ao esgotamento de recursos naturais; pode ser alternativa contraproducente nas hipóteses em que a reparação/compensação do dano ambiental represente custo menor; apresenta limitações práticas de implementação face às dificuldades inerentes à medição e controle da carga poluente; e elevados custos administrativos de fiscalização e arrecadação.

---

<sup>21</sup> GROOSMAN, Britt. Pollution tax. Bibliografia: p. 558.

## 2.2. Evidências empíricas

### Tendência mundial

A partir da Conferência RIO-92, vislumbra-se tendência mundial na utilização dos instrumentos tributários de política ambiental. Consoante destaca a OCDE, ao longo da década de 1990 todos seus países membros adotaram instrumentos tributários de política ambiental<sup>22</sup>.

### Vanguarda europeia

A União Europeia ocupa posição de vanguarda em termos de tributação ambiental. Desde a década de 1950 discute-se a implantação de tributo único sobre energia, cujo objetivo seria estimular a adoção de fontes de energia de baixo impacto ambiental (energia eólica, solar...) em detrimento de fontes energéticas altamente agressivas ao meio ambiente (combustíveis fósseis, energia nuclear...). Não obstante tratar-se de tributo que disporia de base ampliada, eis que todos os produtos necessitam energia para sua fabricação, e cujo processo de arrecadação seria simplificado, não foi adotado por implicar em sensível perda de competitividade global dos produtos europeus.

### Evidências Europa

Diversas e bem sucedidas são as experiências europeias. A tributação sobre emissão de efluentes e consumo de água tratada é realizada desde 1964 na França, sendo adotada também pela Alemanha, Holanda e Itália. A tributação incidente sobre produtos que proporcionam a contaminação do ar (combustíveis fósseis...) é efetivada na França desde 1989, sendo realizada também na Holanda, Noruega e Suécia. A tributação incidente sobre o lixo (embalagens plásticas, material de construção...), em especial resíduos industriais não biodegradáveis (óleos lubrificantes...) é realizada na Alemanha, Bélgica, Dinamarca, França, Holanda, Itália, Noruega e Suécia. Atividades geradoras de poluição sonora são tributadas na Alemanha, França, Holanda, Reino Unido e Suíça. Outras experiências europeias, sobretudo no campo das taxas administrativas, são verificadas na Áustria, Espanha, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Polónia e Portugal.

---

<sup>22</sup> OCDE. *Environmentally related taxes in OECD countries*.

## Evidências Estados Unidos

Nos Estados Unidos vislumbra-se a tributação ambiental incidente sobre o refino de petróleo e sobre indústrias químicas potencialmente poluidoras. Outra modalidade é a imposição de adicional de imposto de renda para empresas que provoquem danos ambientais, bem como a redução da base de cálculo do mesmo imposto para quem fizer doações com finalidade de preservação ambiental. Outra particularidade do sistema norte-americano é a constituição de um fundo, *superfund*, cujos recursos são destinados à reparação de danos ambientais.

## Evidências demais países OCDE

A OCDE<sup>23</sup> registra outras experiências de tributação de atividades poluidoras do ar e água, atividades geradoras de lixo e de poluição sonora, além de taxas administrativas, entre seus países membros (não referidos nos parágrafos anteriores), podendo-se destacar Austrália, Canadá, Coréia do Sul, Japão, México, Nova Zelândia e Turquia.

## Evidências Brasil

No Brasil, consoante registra Nunes<sup>24</sup>, a existência de sistema tributário comparativamente mais rígido conduz a que a contribuição dos instrumentos tributários na preservação ambiental seja modesta na comparação com outros países. Contudo, experiência positiva e *sui generis* é a taxa de preservação ambiental cobrada de turistas que visitam o arquipélago de Fernando de Noronha. Instituída pela Lei estadual de Pernambuco n°10.403/89, artigo 83, a taxa de preservação ambiental tem por hipótese de incidência o trânsito e permanência de pessoas no arquipélago, tendo por finalidade a promoção da preservação ambiental do arquipélago. Após extensiva avaliação, Nunes<sup>25</sup> destaca que tal modalidade tributária não resiste à análise tributária clássica, sistema de tipologia fechada do fato jurídico-tributário, registrando, contudo, que considerando sistema de tipologia aberta, calcado na motivação das normas jurídico-tributárias à luz de valores éticos e morais, a cobrança da taxa em comento é perfeitamente admissível à medida que calcada na busca do desenvolvimento sustentável, da preservação do meio ambiente único de Fernando de Noronha para as gerações futuras.

---

<sup>23</sup> OCDE. *Environmentally related taxes in OECD countries*.

<sup>24</sup> NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. Bibliografia: p. 187.

<sup>25</sup> Idem. Bibliografia: p. 184.

## CONCLUSÃO

### Perspectivas tributação ambiental

Não obstante sua consistência teórica, o grande desafio da tributação ambiental tem sido no campo da implementação, da transposição do plano abstrato para o mundo real de forma a proporcionar resultados tangíveis. O êxito da experiência preservacionista de Fernando de Noronha e as evidências empíricas advindas dos países vinculados à OCDE são indicativos do relevante papel destinado aos instrumentos tributários de política ambiental na busca do desenvolvimento sustentável.

### Desafio desenvolvimento sustentável

Resta, contudo, longo caminho a ser trilhado. Nesse sentido, recomendável a adoção de abordagem analítica interdisciplinar, de forma a potencializar a compreensão da questão ambiental. Necessária a combinação de instrumentos econômicos, legais e de comunicação/persuasão moral na implementação de políticas ambientais. Imperiosa a formulação de políticas ambientais que considerem não apenas fatores de ordem econômica e jurídica, mas, sobretudo, sejam calcadas em valores éticos e morais, inafastáveis ao se cogitar da relação intergeracional inerente ao desenvolvimento sustentável.

## OBRAS CONSULTADAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. 2ª edição.
- BAUMOL, William J.; OATES, Wallace E. *The theory of environmental policy*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni. *O futuro da poluição e da implementação ambiental*. São Paulo: IMESP, 2001. 633 p.
- BYRNS, Ralph T.; STONE Jr., Gerald W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1996.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. Publicado em: *Economic foundations of private law*. Organizado por: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2002. 669 p.
- \_\_\_\_\_. The institutional structure of production. *Nobel lecture*. Dez. 2002. Disponível em : <nobelprize.org>. Acesso em: 17 mai. 2005.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. 5ª edição.

- COLOMA, German. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. 306 p.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. 686 p.
- DRAFT INTERNATIONAL COVENANT ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Environmental Policy and Law Paper*. New York, n° 31, rev. 2. 2004.
- DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. The law and economics of humanitarian law violations in internal conflict. *American Journal of International Law*. Vol. 93, n° 2. Apr. 1999.
- FARIA, Guiomar T. Estrella. *A interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 111 p.
- FAURE. Michael G. Environmental regulation. Publicado em: *Encyclopedia of law and economics*. Organizado por: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. 1094 p.
- FRADERA, Vera Jacob de. *Breves notas sobre a elaboração de plano de trabalho escrito e/ou exposição oral*. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Texto aula.
- GROOSMAN, Britt. Pollution tax. Publicado em: *Encyclopedia of law and economics*. Organizado por: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. 1094 p.
- HACKETT. Steven C. *Environmental and natural resources economics*. Armonk: M. E. Sharpe, 1998. 327 p.
- HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. 2ª ed. New York: Foundation Press, 2002.
- LOBATO GÓMEZ, Jesus Miguel. *Elaboración de estudios monográficos, el plan de trabajo*. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Texto aula.
- MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o curso de direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- MARGULIS, Sérgio (org.). *Meio ambiente, aspectos técnicos e econômicos*. 2ª ed. Brasília: IPEA, 1996.
- MAY, Peter H. (org.). *Economia do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2003.
- MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr., Richard O. The coase theorem. Publicado em: *Encyclopedia of law and economics*. Organizado por: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. 1094 p.

- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. 235 p.
- MICELI, Thomas F. *Economics of the law*. Oxford: Oxford University Press, 1997. 235 p.
- MUSGRAVE, Richard A; MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças Públicas, teoria e prática*. Tradução: Carlos Alberto Primo Braga. São Paulo: Editora da Universidade Federal de São Paulo, 1980. 673 p.
- NICOLAISEN, Joa; DEAN, Andrew; HOELLER, Peter. Economics and the environment: a survey of issues and policy options. *OECD Economics Studies*. Vol. 16. Spring, 1991.
- NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005. 207 p.
- OCDE. *OECD environmental outlook (2020)*. Paris, OECD publications service, 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 12 mai. 2005.
- \_\_\_\_\_. *The OECD environment programme (2005-2006)*. Paris, OECD publications service, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 12 mai. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Environmentally related taxes in OECD countries – Executive summary*. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 12 mai. 2005.
- PEARCE, David W; TURNER, Kerry R. *Economics of natural resources and the environment*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1990. 378 p.
- PHILIPPI Jr, Arlindo; ALVES, Alair Caffé (org.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Editora Manole, 2005.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4ª ed. São Paulo: Makron, 1999.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. 682 p.
- ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 737 p.
- UNEP. *Global Environment Outlook (GEO 1)*. Disponível em: <<http://www.unep.org>>. Acesso em: 17 mai. 2005.
- VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. 121 p.

# AN ANALYSIS OF THE UNITED STATES MILITARY'S ATTACK ON ENVIRONMENTAL LAWS THROUGH CIVIL LAW AND COMMON LAW PERSPECTIVES

---

Fernando E. Linhares

## I. INTRODUCTION

The United States military is among the most powerful forces known to man. It has the capability to destroy human civilization as well as Earth's atmosphere. It has altered civilizations bringing freedom, liberation and democracy to some and causing the demise, exploitation and destruction of others. In advancing this American<sup>1</sup> agenda its military has caused the deaths of hundreds of thousands and arguably saved the lives of millions. Obviously, the American military costs billions of dollars to maintain, has worldwide operational capacity and is among the largest worldwide polluters and exploiters of the environment. Less analyzed are the many technologies that are derived from military institutions and research laboratories engaged by the Department of Defense which enhance globalization and sustain the *Information Age*. Even more subtle is the influence that the American military has on American domestic law.

This paper reviews the military's continued efforts to reform existing American environmental law. It argues that even though American legislators created a comprehensive system of regulation regarding the military's impact on the environment, which allowed for military waivers of existing laws, the military desired complete exemption from applicable laws. Such exemption is inconsistent with either the civil law or common law structure of regulation and the democratic system of governance. Moreover, even though the comprehensive development of American environmental statutory law and regulations restrained the need for judicial remedies, and although judicial remedies usually favored the military position, the military continues to seek complete exemption from applicable laws.

---

<sup>1</sup> Although I acknowledge that the United States of America is but one of several countries within the Americas, conciseness dictates that I utilize *America* when referring to the United States hereinafter.

Again, common law remedies such as a “balancing of interests” routinely occurs in American courts with respect to cases involving the military, however such “judicial activism” has never compromised the military’s operational capacity. Furthermore, even an examination from a civil law perspective, where judges are to simply and strictly apply the applicable legislation or regulation, the existing military waiver right continues to protect the military’s operational capacity. Consequently, the American military, a most powerful force, increasingly finds itself outside the framework of regulation and perhaps immune from liability. This impunity may have disastrous consequences.

The resulting impunity on a significant polluter not only endangers the environment but undermines either of the two major legal structures. Both American and Brazilian political systems derive governance from democratically elected legislators and when these legislators exempt a known polluting institution they fail to protect their electorate. Moreover, in the American system, legislation can be further modified by judicial interpretation that has been favorable to the military in past decisions. Nevertheless, the American military continues to seek and gain exemptions from existing environmental laws in a piecemeal manner.<sup>2</sup> Although there is much concern regarding the marginalized being excluded from the democratic process of both nations, more needs to be written about powerful entities being exempted from the political processes of these nations.

For several years the American Congress remained reluctant to offer environmental immunity and impunity to a significant polluter. Although the military believes that the changing warfare of the 21<sup>st</sup> century mandates modified training missions there have been no indications of restrictions to these newer training exercises. Obviously, the American military is using the “*War on Terrorism*” and training concerns as a pretext to receiving unprecedented immunity from environmental regulation. And legislators are acquiescing, neglecting the caution urged by President Dwight D. Eisenhower in examining the growing influence of the “Military Industrial Complex” and its influence on domestic issues. Although, it may be a premature and overstated concern, an unregulated military of such influence and strength is capable of undermining the very system of government they seek to protect and expand.

The American government rests on a system of laws, laws interpreted through the common law structure, a structure which has provided ample protection for military operational capacity. Increasingly, the American military operates outside the norms of law and consequently outside the political process. By Congress legitimizing this position without need, at a time when the Pentagon is undergoing unprecedented restructuring, it endangers the electorate and the democratic system of governance. When the executive branch of

---

<sup>2</sup> Janofsky, Michael, *Pentagon is Asking Congress to Loosen Environmental Laws*, The New York Times, May 11, 2005.

government need not be constrained by laws and the judiciary is denied the ability to review, the balance of power is unacceptably shifted toward one entity. Although America has been successful in preventing the concentration of power in one branch of government its “*War on Terrorism*” has ushered in a new approach to governance which is less democratic and more autocratic. The exemption issue is to environmental law what the Patriot Act is to criminal law, an empowering of the Executive at the expense of the other branches of government. Hopefully America will be able to overcome its concern regarding terrorism without losing its democratic system of governance and the freedoms that militant terrorists sought to take away on September 11, 2001.

## II. AMERICAN COMMON LAW AND BRAZILIAN CIVIL LAW<sup>3</sup>

### A. Common Law<sup>4</sup>

Used by nearly forty nations and as a hybrid system in another twenty nations, the Common Law system is the foundation of the American legal system. The Common Law was developed in England and initially served to centralize power in a monarchical government. In 1066, William the Conqueror became king of England and subsequently formed King’s Courts which would rule on unsettled disputes throughout his conquered nation.<sup>5</sup> While these courts tended to rule in a manner that would benefit the king, they developed more independence and a greater reliance on a combination of the utilization of local norms, customs and on decisions of fellow jurists. Such tendencies created a large and persuasive body of law that was used as precedent; meaning matters that have been decided, *stare decisis*. Since laws were not specifically defined, the Common Law system placed emphasis on procedural matters which further complicated the system. Consequently, the Common Law system is considered more complex than the Civil Law system requiring greater legal education and necessitating more legal practitioners.

The evolution in the increasing use of precedent produced a tradition of judicial independence from the monarchy. Additionally, with the decline of centralized power and ascendancy of representative government, the system of judicial independence was accepted and a stabilized legal system emerged. The American contribution to this predominately

---

<sup>3</sup> “The greatest problem for the human species, the solution of which nature compels him to seek, is that of attaining a civil society which can administer justice universally.” Immanuel Kant, *Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose*, 1784.

<sup>4</sup> “Equal and exact justice to all men of whatever state or persuasion, religious or political.” Thomas Jefferson, 1801.

<sup>5</sup> Fairchild submits that the Common Law system is the most ancient sustained major legal system “[d]uring the fifth century in England, law developed according to decisions made by judges in individual cases, and the Common Law system was born.” Fairchild, Erika and Harry R. Dammer, Book, *Comparative Criminal Justice Systems*, Wadsworth (2001) at page 70. Other scholars date the system with the Magna Carta.

English development was the creation of Constitutional Law. In 1787, American revolutionaries created a system of laws that set forth the rights of individuals and the limitations on the rights of government.<sup>6</sup> Moreover, the use of judicial review effectively curtailed the legislative branch from producing legislation contrary to the mandates of the constitution, the superior law.<sup>7</sup> Consequently, hierarchical systems of courts are necessary to determine a violation of constitutional laws.

The use of Constitutional Law also extended the use of public statutory law rather than case law in defining criminal conduct. This reliance on codified law is distinguishable from the Civil Law system, in that case law continues to provide for the very important and complicated procedural elements associated with Common Law. Indeed, Civil Law countries such as Brazil have developed both a *penal process code* and a criminal code. While the rule-making powers of the newly created legislative democracies surpassed those capabilities that were produced by Common Law judges, the judiciary retained the capability to decide if these laws were consistent to the supreme Constitutional Law. Thereby, the separation of power and checks and balances regime survived. Consequently, in America, pure Common Law no longer exists. Legislatures enacted codified law, prevalent in criminal matters, which set forth the elements and prescribes the penalty for the violation. The judiciary continues to decide if such laws are consistent with the constitution. Moreover, the enforcement of laws is performed by the executive branch with the judiciary determining whether constitutional provisions have been followed. Lastly, the role of the judiciary is to determine legal disputes consistent with procedural and evidentiary norms as well as provide legal interpretation. Specific pleading requirements, court rules and rules of evidence provide for the fact-finding process as well as the jury system.

The Common Law functions well in America's individualistic capitalist society. It focuses on past incidents and not on future actions or hypothetical situations. The Constitution provides for the protection of the individual and the Bill of Rights and subsequent Amendments to the Constitution provide for the legislative desires of succeeding generations. The most recent challenge to the due process system is America's concern with terrorism that has prompted legislation such as the Patriot Act and serves as the basis for the military to seek immunity from environmental laws. Arguably, as compared with criminal laws, the development of environmental laws in America created a more comprehensive set of regulations which were popularly supported. Apparently the "*hard evidence*" presented by environmental scientists was more influential on legislative bodies than the "*soft evidence*"

---

<sup>6</sup> The use of charters to dictate the relationship between the king and his subjects was founded by the Magna Carta in 1215. However it only restricted the king in actions towards the nobility. Thereafter, the Petition of Rights of 1628, the English Bill of Rights of 1689 and the Act of Settlement of 1701, provided for additional limited government. The American Bill of Rights enacted in 1791 continues to be among the most expansive documents in regards to individual rights and liberties.

<sup>7</sup> Judicial review was decided in *Marbury v. Madison*, 2 L.Ed. 60, 1803.

offered by social scientists with respect to criminal justice issues. Moreover, media propaganda routinely focuses on the most recent, more sensational criminal stories than the more complex and comparatively mundane environmental issues. Additionally, the existing media coverage of environmental concerns is often sympathetic to protection issues while criminal reports often focus on enforcement powers. Nevertheless, the current American trend of its governing system supports the exemption issue which weakens environmental protection and supports the Patriot Act which weakens the 4<sup>th</sup> Amendment's Exclusionary Rule and the judicially created suppression remedy.

## B. Civil Law<sup>8</sup>

The Brazilian political system was formed based on the American political system. There are three branches of government and a federal and state system of governance. Unlike the American system, Brazil has endured different legal systems based on different constitutions. The most recent is the Brazilian Constitution of 1988, a seventeen year young document. Obviously, the laws under the three hundred years of colonialism or sixty-six years of monarchial rule are invalid. Similarly, the adherence to the multiple Brazilian constitutions since the founding of the Republic in 1889 and their corresponding rule of law has been repeatedly ignored and violated by the successive authoritarian governments. Consequently, the 1988 Constitution must govern a country that has largely functioned for 488 years under either Portuguese colonialism (1500-1822), a monarchy (1822-1889), an oligarchy (1889-1930) and authoritarian rule (1930-1944 and 1964-1985). A situation vastly different and more complicated than the American political evolution, which from 1776-1787 essentially moved from English colonialism to a Republic.

Unlike the American political system which essentially relies on two competing political party, the Brazilian political system is comprised of multiple and somewhat viable political parties. Consequently, similar to a parliamentary system these parties must consolidate forces to achieve a majority. These political maneuvers are engaged in under the Civil Law or Continental legal system which relies on codified law and is routinely altered by the political will of the day. The resulting and evolving patchwork of laws is almost unmanageable and promotes circumvention of the legal system. A popular Brazilian phrase used especially when dealing with the legal system or governmental bureaucracy, is '*jeito*.'<sup>9</sup> Brazilians often

---

<sup>8</sup> A common Brazilian saying: "To my family and friends everything; to my enemies, the Law."

<sup>9</sup> "The proliferation of normative acts, of higher or lower hierarchy, eventually causes a total chaos, for this big mass of juridical laws. As early as 1969 [researchers] already alerted that 'the true legislative labyrinth created as a result of an inflation of statutes passed in recent years has turned the ruling Brazilian law into a patchwork, in which the mere legislative updating becomes a daily torture for a lawyer and a judge who are searching for the rules applicable to a specific subject, from among acts, supplementary acts, institutional acts, decree-laws and other normative acts.'" Edilenice Passos, *Doing Research in Brazil 2002*, at <http://www.llrx.com/features/brazil2002.htm>.

use this term to mean ‘isn’t there a way to get out of this mess.’ The use of bribes or favors has been an acceptable practice or *‘jeito’* in many Latin American Civil Law countries when dealing with public officials. Therefore, it would be expected that a significant informal system of governance would undermine the formal system created by the Civil Law structure.<sup>10</sup> As a consequence extra-judicial action and vigilantism is more common.

Over 90 nations use the Civil Law system with another twenty using a combined structure with the common law system. Moreover, the Civil Law system is routinely used by Common Law nations to settle disputes over territorial rights. Even England used such laws in the colonization of America due to the limited case law available within its Common Law system.<sup>11</sup> The Civil Law or Continental legal system dates to the Roman Empire and the Justinian Code published in 533. It also includes the Church produced Canon Law system, the German Civil Code, and the Napoleonic Code of 1804 and Penal Code of 1810. These laws were particularly important in Europe throughout the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> Century nationalistic and revolutionary periods. The Napoleonic criminal code was excessively harsh inasmuch as he “believed in the deterrent effect of severe penalties.”<sup>12</sup> In Latin America, only Belize maintains a Common Law system while every other country provides for Civil Law or a hybrid system.<sup>13</sup> Moreover, the American states of Louisiana and Florida have limited influences from the Civil Law system consistent with their experiences with France and Spain, respectively. In Civil Law systems the source of all law is the legislature and elaboration on the law is by the use of additional codes. Judges are analogous to elevated bureaucrats who interpret statutes and apply the law. Their decisions lack the force of precedent and cannot be more influential than the actual statutes. In the rare instance that there is no specific rule of law, the judge’s decision will be based on analogy or customary law.

By the time Brazil enacted its Constitution on October 5, 1988, environmental rights was a significant concern.<sup>14</sup> Consequently, the Brazilian Constitution has a progressive environmental rights focus captured in Chapter 6, Article 225 of the Constitution. Thereafter, Brazil hosted the Rio Summit in 1992 and passed its own version of the NEPA law in 1997.

---

<sup>10</sup> According to Transparency International’s study on public corruption, Brazil ranked fourth of the forty-one countries compared. Eakin, Marshall, Book, *Brazil: The Once and Future Country*, St. Martin’s Griffin, New York (1998) at page 204.

<sup>11</sup> Apparently the Civil Law countries of Continental Europe had endured a significant history of territorial warfare which necessitated the creation of codified territorial law.

<sup>12</sup> “Post-revolutionary France was going through a period of lawlessness and high crime rates, and the French people were inclined to support a stern criminal code.” See Fairchild, *supra* note 5, at page 50.

<sup>13</sup> The six hybrid Common/Civil Law countries are: Argentina, Colombia, Guyana, El Salvador, Honduras and Mexico.

<sup>14</sup> Among the greatest environmental champions of the 20<sup>th</sup> Century was Brazilian Chico Mendez, a labor organizer from the state of Acre who was assassinated on December 22, 1988. Ventura, Zuenir, Book, *Chico Mendes: Crime E Castigo*, Companhia Das Letras (2003). In 2005, sister Dorothy suffered the same fate in Brazil: extra-judicial action continues.

### III. NEPA, THE DEPARTMENT OF DEFENSE AND ENVIRONMENTAL LAW<sup>15</sup>

Congressman John D. Dingell has been characterized as one the “harshes critics” of the military exemption issue.<sup>16</sup> Congressman Dingell states: “We have fought two World Wars, the Korean War, Vietnam and the Persian Gulf War with this law<sup>17</sup> in place, and there is no demonstrated need to exempt the Department of Defense now.”<sup>18</sup> However, with the exception of the Iraqi, Afghanistan and Persian Gulf Wars and the waning years of the Vietnam conflict, the vast majority of environmental laws post-date the military conflicts set forth by the Congressman.<sup>19</sup>

Moreover, if the military receives a blanket exemption from environmental laws, the possible environmental degradation could be considerable. The Department of Defense [hereinafter DOD] manages more than 425 major military installations located on approximately 25 million acres of federal land which includes habitat for at least 300 endangered species.<sup>20</sup> Additionally, the Navy operates and trains on oceans and water ways throughout the world. On January 31, 2003, some twenty-seven conservation organizations urged federal agencies to oppose the proposals by the DOD to exempt military activities from key environmental laws.<sup>21</sup> Specifically, in their correspondence they stated:

Existing laws provide for case-by-case determination to ensure that both military readiness and environmental protection are achieved. Rather than pursue broad legislative or administrative changes, we would encourage the agencies to examine ways to

---

<sup>15</sup> I believe in the government over corporate interests, the individual over governmental interests and the environment over the individual interest. Paraphrased from the *Pelican Brief*, Warner Bros. (1993) [www.warner.com](http://www.warner.com).

<sup>16</sup> Seelye, Katharine Q, *Defense Department Forum Focuses on Environment*, The New York Times, Feb. 6, 2003 at A28; other recent stories on the exemption issue include: Greenwire, *Military environmental exemptions back in play*, May 11, 2005; Eilperin, Juliet, *Pentagon seeks waivers on environmental rules, Defense Department cites National Security issues*, The Washington Post, May 11, 2005, A15; *Military environmental exemptions again in play*, Environment and Energy Daily – On the Hill, May 11, 2005.

<sup>17</sup> From the newspaper article presumably Congressman Dingell was referring to the Endangered Species Act. However, that law was passed in 1973. The Migratory Bird Treaty Act was passed in 1918, and would consequently cover the eras that the Congressman referenced. In 2005, the Department of Homeland Security has also sought environmental exemptions. Greenwire, *Environmental exemption for DHS rides on spending bill*, March 16, 2005.

<sup>18</sup> Seelye, The New York Times, *supra* note 16.

<sup>19</sup> The Vietnam conflict essentially ended when the Vietnamese government abdicated on April 21, 1975. Johnson, Paul, Book, *Modern Times*, Harper & Row (1983) at page 654. The Persian Gulf War lasted months with Iraq invading Kuwait on August 2, 1990, then signing the cease-fire agreement incorporated in United Nations Security Council Resolution 687, on April 11, 1991. See, Bodansky, Yossef, Book, *Bin Laden: The Man who Declared War on America*, Random House (2001) at page 29.

<sup>20</sup> High Country News, *infra* note 24, at pg 2. Specifically, the Army alone “hosts 170 federally endangered species on 94 installations.” Seelye, The New York Times, *supra* note 16; Clark, *infra* note 99.

<sup>21</sup> Acoustic Ecology, *infra* note 23, at pg. 7.

make the existing structure even more effective, such as increasing staffing levels and funding at the permitting agencies and improving inter-agency consultations.<sup>22</sup>

DOD officials have “suggested that the Pentagon should consider reversing its ‘past restraint’ against having the president invoke national security exemption provisions available in some environmental laws.”<sup>23</sup> Apparently, these waivers have never been used.<sup>24</sup> Professor Stephen Dycus, however, does refer to waivers being used on two occasions, “once in 1980 in connection with the Mariel boat lift, and again in 1999 to protect information about the super-secret Area 51 air base in Nevada.”<sup>25</sup> Interestingly, NEPA law, the cornerstone of American environmental law, does not contain military exemptions but has also never curtailed military operations.

NEPA was enacted in 1969 in order to require federal agencies to consider quality of the human environment in their decision making.<sup>26</sup> NEPA is widely considered to be the first act of the modern environmental legislation.<sup>27</sup> A majority of states have enacted their own state environmental policy acts (SEPA) that require some form of environmental study for state government actions.<sup>28</sup> NEPA is a unique environmental statute since it is less regulatory, unable to dictate environmental standards or controls. Conversely it emphasizes information: both the documentation of environmental statistics and the dissemination of the documentation. Generally, NEPA establishes policy, sets goals and provides the means for carrying out the policy.<sup>29</sup>

NEPA is a strikingly concise and simply structured federal statute containing a powerful and inspirational purpose clause.

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Acoustic Ecology, Special Report: Military Environmental Exemptions, <http://www.acousticecology.org/srmilitaryenviroexempt.html> at pg. 5; Michael J. Bean, an environmental lawyer claims that no defense secretary has ever sought a unilateral exemption from environmental laws. Seelye, The New York Times, *supra* note 16.

<sup>24</sup> Id.; see also Seelye, The New York Times, *supra* note 16; High County News, *Pentagon lobbs bombs at environmental laws*, by Laura Paskus, March 31, 2003. “While each of the five [environmental] laws already has provisions that allow military leeway, conservationists point out – and the Pentagon concedes – that none of these exemptions has ever been invoked.” Id., <http://hcn.org/servlets/hcn.article>.

<sup>25</sup> *DOD v. ESA et als, infra* note 94, at pg. 45. Professor Dycus states that “[a]ll but two of the targeted environmental statutes now provide for case-by-case waivers by the president or secretary of defense for reasons of national security.” Id.

<sup>26</sup> Percival, et als, Book, *Environmental Regulation: Law, Science, and Policy*, Little, Brown & Co. (1992) at pages 1021-1022. See also Pub. L. No. 91-190, 83 Stat. 852 (1970) (codified as amended at 42 U.S.C. Sections 4321-4370(d)). The broad policy goals of NEPA are in Section 101, 42 U.S.C. Section 4331 [hereinafter “NEPA”].

<sup>27</sup> NEPA pre-dates Earth Day, which was first celebrated on April 22, 1970.

<sup>28</sup> The state acts vary, and some SEPA are more encompassing than NEPA, applying to private acts as well as governmental acts.

<sup>29</sup> 40 C.F.R. Sec. 1500.1.

The purposes of this Act are: To declare a national policy which will encourage productive and enjoyable harmony between man and his environment; to promote efforts which will prevent or eliminate damage to the environment and biosphere and stimulate the health and welfare of man; to enrich the understanding of the ecological systems and natural resources important to the Nation; and to establish a Council on Environmental Quality.<sup>30</sup>

NEPA requires federal agencies to consider the effects of their actions on the environment by preparing a detailed Environmental Impact Statement (EIS). An Environmental Assessment (EA), a much less detailed document outlining the proposed federal action and its possible environmental impact, may alleviate the need for an agency to complete a full EIS.<sup>31</sup> The specific federal agency, the DOD for purposes of this paper, however, does not have to elevate environmental concerns over other considerations. The agency need only consider the environmental consequences of its actions. Once the agency has made a decision, the court may only interject to ensure that environmental consequences were indeed considered, and not to change the decision made by the agency. “Courts apply a ‘rule of reason’ standard, which assesses ‘whether an EIS contains a reasonably thorough discussion of the significant aspects of the probable environmental consequences.’”<sup>32</sup> Where environmental consequences have been considered, no more is required by NEPA.<sup>33</sup> Included in the EIS must be a discussion of the alternative proposals to the government action and the environmental impact of each.<sup>34</sup> Consideration of alternatives is required even if an EIS does not have to be prepared.<sup>35</sup> The main purpose of the EIS is to inform the public as well as the decision-makers about the proposed action and the alternatives to such action. “[A] court must make a ‘pragmatic judgment whether the EIS’s form, content, and preparation foster both informed decision-making and informed public participation.’”<sup>36</sup>

Certain situations exist in which the obligations under NEPA cannot or need not be met by an agency. The most important of these situations for purposes of this paper is that Congress can exempt an agency from having to comply with NEPA duties. Additionally, if an agency’s obligations under another statute make it impossible to fully comply with the

---

<sup>30</sup> 42 U.S.C. Sec. 4321, Sec. 2.

<sup>31</sup> 40 C.F.R. Sec. 1508.9.

<sup>32</sup> *NRDC v. Evans*, 232 F. Supp.2d at 1038 (2002), quoting, *Churchill County v. Norton* 276 F.3d 1060, 1071 (9<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>33</sup> *Strycher’s Bay Neighborhood Council, Inc. v. Karlen*, 100 S. Ct. 497 (1980).

<sup>34</sup> See Percival, *Environmental Regulation*, *supra* note 26, at 1067.

<sup>35</sup> Plater, et als, Book, *Environmental Law and Policy: Nature, Law, and Society*, West Publishing (1992) at pages 632-633.

<sup>36</sup> *NRDC v. Evans*, 232 F. Supp.2d at 1038 quoting, *Churchill County*, 276 F.3d at 1071.

NEPA obligations, NEPA must give way.<sup>37</sup> Lastly, if the terms of another applicable statute require duties that are “functionally equivalent” to NEPA’s duties, the agency may be excused.<sup>38</sup> These situations, and the overall compliance with NEPA, are subject to judicial review even though NEPA lacks a “citizen suit” provision.

Although NEPA does not provide for a national security exemption, federal courts have refused to review DOD compliance with NEPA when confidential matters regarding national security would be disclosed.<sup>39</sup> Nevertheless, NEPA claims involving national security are justiciable.<sup>40</sup> In *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, the plaintiffs were concerned of possible nuclear storage, and possible exposure, at a new facility constructed by the Navy.<sup>41</sup> The Navy’s regulations prohibited it from either admitting or denying that nuclear weapons were actually stored at the facility. The court had to distinguish between NEPA’s role in the decision-making process and the NEPA public disclosure goal.<sup>42</sup> Essentially the court concluded that when an agency’s obligation under another statute makes it impossible to fully comply with NEPA obligations, the *federal agency* need not comply.<sup>43</sup> In *Weinberger* the Navy relied on a FOIA<sup>44</sup> exemption and that, in conjunction with a Presidential Executive Order,<sup>45</sup> the Navy was authorized to classify and keep secret information that would threaten national security if released.<sup>46</sup>

NEPA cases come to the federal court system under federal question jurisdiction. The courts have taken an active role in ensuring NEPA compliance.<sup>47</sup> The Supreme Court has held that the decision not to prepare a supplemental EIS is reviewed under the “arbitrary and capricious” standard.<sup>48</sup> Federal courts may review an agency’s decision on whether to prepare an EIS, the adequacy of an EIS, as well as the procedures by which such decisions are made. The usual remedy for a NEPA violation is injunctive relief. However, if Congress

<sup>37</sup> *Flint Ridge Dev. Co. v. Scenic Rivers Ass’n of Oklahoma*, 426 U.S. 776, 791; rehearing denied, 429 U.S. 875 (1976).

<sup>38</sup> *Western Nebraska Resources Council v. EPA*, 943 F.2d 867, 871 (8<sup>th</sup> Cir. 1991).

<sup>39</sup> See Plater, *Environmental Law*, *supra* note 35, at 653.

<sup>40</sup> *Id.* at 654 referencing *No GWEN Alliance of Lane County, Inc. v. Aldridge*, 841 F.2d 946 (9<sup>th</sup> Cir. 1988) and *Romer v. Carlucci*, 847 F.2d 445 (8<sup>th</sup> Cir. 1988). Both cases, however, effectively favored the national security issue by either not requiring the Air Force to prepare an EIS, *No Gwen*, 841 F.2d at 1386-87, or refusing to allow the Army to explain alternatives in their EIS. *Romer*, 847 F.2d at 454.

<sup>41</sup> *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139, 144 (1981).

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> Freedom of Information Act, Exemption 1, 5 U.S.C.A. Sec. 552(b) (1).

<sup>45</sup> Executive Order 12065, 3 C.F.R. 190 (1978-1979).

<sup>46</sup> *Weinberger*, 454 U.S. at 144.

<sup>47</sup> See *Calvert Cliffs’ Coordinating Comm., Inc. v. Atomic Energy Comm’n*, 449 F.2d 1109 (D.C. Cir. 1971). In *Calvert Cliffs*, the court held the agency to strict compliance with the procedural requirements of NEPA.

<sup>48</sup> *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360 (1989); *NRDC v. Evans*, 232 F.Supp. 2d at 1037. It is presumed that the same standard of review applies to the decision whether to prepare an EIS; see also *Environmental Law*, *supra* note 35, at 636.

grants the department of defense or any federal agency an exemption from NEPA, the threshold issue on when must an EIS be prepared will be negated and thereby circumventing the environmental protection offered by NEPA. Furthermore, an EIS is only required for “proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment.”<sup>49</sup> Every phrase in this brief quotation has generated its own case law.<sup>50</sup> Moreover, the scope of an EIS can be a complex question. This is especially the case when it is unclear whether a federal action is a small, discrete project or a series of actions that should be studied as a whole.<sup>51</sup> Additionally, the adequacy of the EIS, which generally must include the environmental effects of the proposed action and alternatives to the proposed actions and the alternatives own effects, is subject to evolving case law.<sup>52</sup>

There has been a litany of cases involving environmental groups and the DOD in every area of NEPA. Specifically, a federal court in New York held that a Navy plan to build a battleship at a port and a plan to build housing at the port were not connected because neither was a necessary precondition to the other.<sup>53</sup> This case underlies that the *scope* of an EIS is indeed a complex question. The court analysis was based on the CEQ<sup>54</sup> and supporting case law which require a finding of a “connected action” as a prerequisite to be considered together in a single EIS.<sup>55</sup> The DOD was similarly successful in circumventing the application of NEPA when an 8<sup>th</sup> Circuit Federal Court held that the agency was not required to consider alternate weapons systems when preparing an EIS on an MX missile proposal because that would be outside of the Congressional mandate for the project.<sup>56</sup> The case specifically addresses the adequacy of the EIS as it relates to the determination of reasonable alternatives.

---

<sup>49</sup> 42 U.S.C. Sec. 4332, Sec. 102(2)(C).

<sup>50</sup> The *Kleppe* court discusses when an agency’s action becomes a point of being a “proposal.” *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U.S. 390 (1976); see also 40 C.F.R., Sec. 1508.23. The regulatory definition of “proposal” makes clear that there may be a de facto proposal even if not characterized by the agency as a proposal. Moreover, determining when an action significantly affects the environment has been a most contentious issue under NEPA. See *Hanly v. Kleindienst*, 471 F.2d 823 (2d Cir. 1972), cert. denied, 412 U.S. 908 (1973); *Metropolitan Edison Co. v. People Against Nuclear Energy*, 460 U.S. 766 (1983).

<sup>51</sup> See *Daly v. Volpe*, 514 F.2d 1106 (9<sup>th</sup> Cir. 1975); *South Carolina v. O’Leary*, 64 F.3d 892 (4<sup>th</sup> Cir. 1995); see also *Environmental Regulation*, *supra* note 26, at 1035-1036 & 1077; *Environmental Law*, *supra* note 35, at 637.

<sup>52</sup> See *Citizens of Burlington, Inc. v. Busey*, 938 F.2d 190 (D.C. Cir.) cert. denied, 502 U.S. 994 (1991); *North Buckhead Civic Ass’n v. Skinner*, 903 F.2d 1533 (11<sup>th</sup> Cir. 1990); see also, 40 C.F.R. Sec. 1502.14; *NRDC v. Morton*, 458 F.2d 827 (D.C. Cir. 1972).

<sup>53</sup> *Hudson River Sloop Clearwater, Inc. v. Department of Navy*, 836 F.2d 760 (2d Cir. 1988).

<sup>54</sup> NEPA established the Council on Environmental Quality (CEQ) to assist the President with environmental concerns. NEPA, Sec. 105, 42 U.S.C. 4342. The main responsibility of CEQ is to issue guidelines to interpret NEPA’s requirements. Although the CEQ Guidelines have no power to alter or stop a federal agency’s actions under NEPA, courts owe substantial deference to the CEQ Guidelines interpretation of NEPA. *Andrus v. Sierra Club*, 442 U.S. 347 (1979).

<sup>55</sup> 40 C.F.R. Sec. 1508.25(a); see also *Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9<sup>th</sup> Cir. 1985).

<sup>56</sup> *Romer*, 847 F.2d 445 (8<sup>th</sup> Cir. 1988).

The DOD has had little, if any, interaction with NEPA's international application. NEPA is generally not considered to be applicable to federal actions abroad or those that have significant extraterritorial effects. Presidential Executive Order 12114, however, imposes somewhat similar requirements to those of NEPA on federal actions that have significant environmental effects abroad. The coverage of the Executive Order is more limited than NEPA and private citizens may not sue to compel compliance. Moreover, the presumption against extraterritorial application of NEPA has been held not to apply when the conduct takes place primarily within America and the effects are felt in Antarctica, a continent without a sovereign.<sup>57</sup> NEPA, however, "can ... be categorized as a remarkable, internationally-pioneering declaration of a national policy of environmental sensitivity."<sup>58</sup> The NEPA model has been adopted by a variety of countries throughout the world including Brazil in 1997.<sup>59</sup>

In a comparison of the European Community's efforts at creating the EIS system, it is noted that while NEPA does not exclude national defense activities from its application the European Community does.<sup>60</sup> NEPA will, however do the following:

Make public disclosure of NEPA documents subordinate to the public release rules of the FOIA. While NEPA documentation for classified military projects can be kept secret, the environmental assessment must still be performed. That documentation is subject to in camera review, as provided by the FOIA. While some national defense environmental assessment information can be denied to the public under NEPA the European Community Directive does not provide a blanket exemption.<sup>61</sup>

#### IV. RECENT CASE LAW: NRDC v. Evans<sup>62</sup>

Separate from proposed legislative and other DOD initiatives, the Bush administration has advanced a unique interpretation of NEPA's applicability. Despite administrative and judicial interpretations, which have considered EISs to be necessary for projects on all the world's oceans, the Bush Justice Department has argued the NEPA only applies within the 3-mile territorial limit. This argument surfaced during the summer of 2002.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> *EDF v. Massey*, 986 F.2d 528 (D.C. Cir. 1993).

<sup>58</sup> See Plater, *Environmental Law*, *supra* note 35, at 600.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> Wilcox, William, *Access to Environmental Information in the United States and the United Kingdom*, 23 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 121, 183 (March 2001).

<sup>61</sup> *Id.* citing to NEPA, 42 U.S.C. Sec. 4332(2)(c); FOIA, 5 U.S.C. Sec. 552(a)(4)(B).

<sup>62</sup> See *NRDC v. Evans*, 232 F.Supp. 2d 1003 (N.D. Cal. 2002); see also *NRDC v. Evans*, 168 F. Supp. 2d 1149 (N.D. Cal. 2002) granting partial summary judgment to plaintiffs; *NRDC v Evans*, 2003 WL 220458 (N.D. Cal. 2003) denying plaintiffs' motion on remedy.

<sup>63</sup> Acoustic Ecology, *Exempting the Military from Environmental Regulations*, 2003, <http://www.acousticecology.org>.

In *Evans*, the plaintiffs sought a preliminary injunction against the “Navy’s peacetime use of a low frequency sonar system for training, testing and routine operations.”<sup>64</sup> The plaintiffs asserted that “the EIS was arbitrary and capricious in four respects: (1) failure to consider reasonable alternatives; (2) failure to consider reasonably foreseeable environmental impacts; (3) failure to supplement the EIS . . . ; and (4) reliance on a white paper not subject to public comment.”<sup>65</sup> The defendant asserted that they fully complied with NEPA and any other applicable law and raised national security concerns.<sup>66</sup> The court concluded that the plaintiffs were entitled to a preliminary injunction because plaintiffs had shown a likelihood of irreparable injury and future violations of environmental laws are likely.<sup>67</sup> Due to national security concerns, however, the court concluded “that a carefully tailored preliminary injunction should issue, which permits the use of LFA sonar for testing and training in a variety of ocean conditions, but provides additional safeguards to reduce the risk to marine mammals and endangered species.”<sup>68</sup>

This *Evans* court fully discussed NEPA and its application to matters of national security.<sup>69</sup> The initial plaintiff assertion that the EIS was arbitrary and capricious is based on the defendant neglecting to properly consider all reasonable alternatives which would allow deployment of sonar in a manner consistent with NEPA.<sup>70</sup> While the absolute number of alternatives that the Navy considered was a concern it was not the controlling factor; instead the court was persuaded that additional *alternatives* should have been considered.<sup>71</sup> In fact, there were three alternatives considered by the Navy’s EIS: (1) a *No Action* alternative; (2) full deployment with no mitigation or monitoring alternative; and (3) the Navy’s preferred alternative.<sup>72</sup>

The court found that the Navy acted reasonably in rejecting the no-action alternative on the ground that it would not meet the purpose and need of the proposed project. “The No Action alternative is plainly inconsistent with the project’s overarching purpose and need to ‘improve U.S. detection of quieter and hard-to-find submarines at long range.’”<sup>73</sup> Subsequently, the DOD continued to seek legislative amendments to the Marine Mammal Protection Act (MMPA) regarding the definition of harassment so that it may expand the use of low frequency sonar without “harassment” of marine mammals.<sup>74</sup> According to the DOD, a definitional change in the MMPA “would have a direct impact on the Navy’s ability to employ sonar that detects quiet diesel submarines used by countries such as *Iran and North Korea*.”<sup>75</sup>

---

<sup>64</sup> *NRDC v. Evans*, 232 F.Supp. 2d at 1012 (2002).

<sup>65</sup> *Id.* at 1038.

<sup>66</sup> *Id.* at 1013.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Id.* at 1037 to 1044.

<sup>70</sup> *Id.* at 1038.

<sup>71</sup> *Id.* at 1039.

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.* at 1039.

<sup>74</sup> The Hill, April 2, 2003, at page 2; <http://thehill.com/news>.

<sup>75</sup> *Id.* *emphasis added*. Not so coincidentally, two of the nations of military concern to the United States.

Therefore, the defendant argued it had to consider between the remaining two alternatives offered by the Navy's EIS. The plaintiffs disagreed, arguing that essentially there was only one alternative remaining and that was alternative number three, the Navy's preferred alternative, since the second alternative was "*per se*" illegal, lacking any mitigation under NEPA or the MMPA.<sup>76</sup> The court agreed with the plaintiffs, holding that the "plaintiffs have shown a likelihood of establishing that defendants acted arbitrarily in only considering in effect one alternative—the chosen one—and not considering a feasible alternative excluding more, but not all, areas of high marine mammal concentration, while preserving the ability to train in a variety of conditions."<sup>77</sup> Thusly, the plaintiffs succeeded in forcing the Navy to at least *consider* one other EIS alternative, that is, "the alternative of training *only* in areas of low marine mammal abundance and biological productivity."<sup>78</sup>

The second plaintiff assertion that the EIS was arbitrary and capricious is based on the plaintiffs' contention that "Navy has not considered all 'reasonably foreseeable significant adverse impacts,' and failed to use 'theoretical approaches or research methods generally accepted in the scientific community.'"<sup>79</sup> The defendant countered that their EIS was prepared after reliance on sound scientific studies by a consensus of qualified scientists.<sup>80</sup> The court agreed with the defendant holding that although more research would be desirable, "the agency did not act arbitrarily and capriciously."<sup>81</sup> The court also noted that a "reviewing court must be at its most deferential" when reviewing agency predictions which are "at the frontiers of science."<sup>82</sup>

The third claim of an improper EIS is based on the Navy's refusal to supplement the EIS. The court set forth the necessity for a supplemental EIS (SEIS) which "is required when there 'are significant new circumstances or information relevant to environmental concerns and bearing on the proposed action or its impacts.'"<sup>83</sup> The plaintiffs contend that a certain stranding which occurred in March 2000 in the Bahamas should have been the trigger for the SEIS.<sup>84</sup> The defendant counter that they did take a "hard look" by briefly discussing the issue in the EIS and in a July 16, 2002 final rule, concluding that the March 15-16, 2000, Bahamas sonar exercise were the most plausible source of acoustic or impulse trauma to six beached whales. Nevertheless, even though the court raised concern regarding the contributing factor on sonar use to the strandings, the court found that "[b]ecause

<sup>76</sup> *NRDC v. Evans*, 232 F.Supp. 2d at 1039.

<sup>77</sup> *Id.* at 1041.

<sup>78</sup> *Id.* at 1040, emphasis in the original.

<sup>79</sup> *Id.* at 1041-1042.

<sup>80</sup> *Id.* at 1042.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Id.* at 1042, quoting 40 C.F.R. Sec. 1502.9(c)(1)(ii).

<sup>84</sup> *Id.* Whales from at least three different species beached themselves in the Bahamas. In December 2001, the Navy published a report on this event.

analysis of these factual issues requires a high level of technical expertise, [the court] must defer to the informed discretion of the responsible federal agencies.' ... While reasonable minds may differ on the significance of the Bahamas stranding to the use of LFA sonar, plaintiffs have not shown that they are likely to prevail in establishing that defendants' decision not to prepare the SEIS was arbitrary or capricious."<sup>85</sup>

The fourth and final claim of an improper EIS is based on the defendant's reliance on unpublished "white paper" not subject to public comment. This "white paper" issue involves the Navy retaining experts to write on the subject sonar, in the wake of the Bahamas stranding, on the cause of non-auditory or tissue damage.<sup>86</sup> The court found that the white paper merely supplemented existing data, consequently, plaintiffs failed to show arbitrary and capricious conduct.

The court concluded that the plaintiffs had satisfied the elements needed for a preliminary injunction, the "combination of probable success on the merits and a possibility of irreparable injury."<sup>87</sup> The court then discussed balancing the interests of both the plaintiffs' stewardship of the world's oceans and the defendants' national security concerns. All parties agreed that the preliminary injunction would only apply to the peacetime use of the subject sonar.<sup>88</sup> "Plaintiffs correctly point out that a preliminary injunction would not interfere with the Navy's ability to use LFA sonar during war or in response to imminent threat."<sup>89</sup> Consequently, the court's only actual limitation on the Navy's utilization of the sonar was to restrict "the sonar's use in additional areas that are particularly rich in marine life, *while still allowing the Navy to use this technology for testing and training in a variety of oceanic conditions.*"<sup>90</sup> Furthermore, with the expansion of the "War on Terrorism" and stateless conflict, the answer to whether America is in a continual *imminent threat* is a very subjective decision.

In August of 2003, a final ruling in *Evans* slightly favored the plaintiffs. The judge ruled that "if LFA sonar is operated in areas that [endangered species] frequent and the main environment that supports the existence of these species will be irreparably harmed."<sup>91</sup> However, in October of 2003, the parties negotiated an agreement which limited the new sonar to the seas surrounding North Korea and China.<sup>92</sup> Additionally, the military retains the ability to use LFA sonar anywhere during war or in response to an *imminent threat*. Hardly restrictive under the pervasive imminent threat maintained in America since September 11, 2001.

---

<sup>85</sup> Id. at 1044, quoting *Laguna Greenbelt, Inc. v. U.S. Dept. of Transportation*, 42 F.3d at 530.

<sup>86</sup> Id.

<sup>87</sup> Id. at 1053.

<sup>88</sup> Id.

<sup>89</sup> Id. at 1054.

<sup>90</sup> Id. emphasis added.

<sup>91</sup> *NRDC v. Evans*, August 26, 2003 court order. A newly minted law journal, yet to be accessible by internet or hard copy, summarizes the *Evans* cases: Morgera, E., *Casenote: Natural Resources Defense Council v. Evans (2004)*, International Fisheries Law and Policy Review, Vol. 1, Issue 1 (2004), which should be available in late May 2005.

<sup>92</sup> Id., an *NRDC v. Evans*, October, 14, 2003 negotiated agreement. [www.hsus.org](http://www.hsus.org).

## V. DISCUSSION

The *Evans* case could be claimed a victory for the conservationist plaintiffs who gained their preliminary injunction utilizing the Common Law structure. They were able to utilize existing precedents, statutory laws and regulations to have the judiciary uphold the rule of law. However, the decision could also be declared a victory for the defendants since they can continue to use the subject sonar with minimal restrictions. Nevertheless, it probably will be declared something far more sensational. ‘*Court blockage of crucial Navy device strengthens North Korea’s military position*’<sup>93</sup> or ‘*Court allows Pentagon to kill whales while testing unproven sonar device*’ are much more interesting headlines and talking-points than ‘*Court allows for limited use of low frequency sonar despite possible environmental damage.*’ Consequently, the ability of to curtail military operations has been minimal under existing Common Law structures. However, it is non-existent under the exemption from legislation proposals.

With the continuation of American involvement in Iraq and the continuation of the “*War on Terrorism*” the Bush administration has significant clout and the desire to limit the application of environmental laws to military operations. Proposed changes have been repeatedly submitted by the Bush administration to the Endangered Species Act, Migratory Bird Treaty Act, Marine Mammal Protection Act, Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, Resource Conservation and Recovery Act, Clean Air Act, Clean Water Act, and National Environmental Policy Act as those laws apply to certain activities of the DOD.<sup>94</sup> Notably, eleven of twelve major environmental statutes reviewed for purposes of military exemptions contain some form of waiver for emergency or national security reasons.<sup>95</sup> Solely the Marine Mammal Protection Act does not contain a provision for waiver or exemption. Perhaps this aspect underscores the reason why the DOD continues to identify this statute for definitional modification exclusively on the term “harassment.” While Congress rejected most of the military’s requests for changes in environmental laws in 2002, in 2003 “legislators did approve a temporary waiver in a law protecting migratory birds and eased requirements for land conservation and transfers of surplus property.”<sup>96</sup> The Bush administration began its push for these exemptions in 2002 and Congress is increasingly approving such exemptions.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> Indeed, a March 21, 2003, article from the DOD states: “The 1972 Marine Mammal Protection Act has been used in third-party lawsuits to *stop* the deployment of low-frequency sonar the Navy uses to track quiet diesel submarines.” Defense Link, *infra* note 112, pg 2, emphasis added.

<sup>94</sup> *DOD v. ESA, et al.*, The Environmental Forum, Volume 19, Number 5, September-October 2002 at 40.

<sup>95</sup> Appendix 1, compiled from [www.amc.army.mil/amc/command](http://www.amc.army.mil/amc/command).

<sup>96</sup> Environmental News Network, *Pentagon chiefs told to prepare national security exemptions to environmental laws*, by John Heilprin, March 21, 2003, <http://www.enn.com/news>.

<sup>97</sup> USA Today, *Military presses to exempt millions of acres from environmental laws*, October 14, 2004, at page 9. The author notes that exemptions have been given for training missions regarding the ESA, sea missions regarding the MMPA, disposal issues involving RCRA, cleanup issues regarding CERCLA and air issues affecting the CAA. See also, Barringer, Felicity, *Pentagon is pressing to bypass environmental laws for war games and arms testing*, The New York Times, December 28, 2004, Vol. 154, Issue 53077, pg A18.

There is broad opposition to a blanket military exemption from environmental laws.<sup>98</sup> Many of those opposed refer to an April 2002 poll which found that “85% of registered voters believe that government agencies such as the Department of Defense should have to follow the same environmental laws as everyone else.”<sup>99</sup> The opponents also refer to over 100 members of the House of Representatives and the nation’s largest environmental groups opposing such military exemptions.<sup>100</sup> Additionally, opponents rely on the findings of a June 2002 General Accounting Office report to support their position. “The GAO found that DOD’s own reports indicate that readiness is high for most units across the armed services and do not reflect any significant impacts by environmental laws.”<sup>101</sup>

Some opponents of limiting DOD exemptions to major environmental statutes want the exact opposite to occur. On June 13, 2001, Representative Bob Filner (D-Cal.) introduced legislation entitled “The Military Environmental Responsibility Act” (MERA).<sup>102</sup> The aim of MERA was to “entirely waive any and all sovereign immunity under federal law due to the DOD being “environmentally unaccountable for the last several decades.”<sup>103</sup> This law was not enacted and is perhaps a purely political effort but Congressman Filner notes “there is no greater national security interest or mission than the health and safety of our communities.”<sup>104</sup> Moreover, this threat to the health and safety of communities will worsen with the major restructuring proposed in May of 2005 by the Pentagon. Any exemption from resulting cleanup responsibilities and any exemption regarding disposal of hazardous waste affecting millions of acres is significant by any standard.<sup>105</sup>

The Pentagon seeks to close some 180 installations involving 33 major bases of operation and 800 total facilities.<sup>106</sup> Since 1988, near the end of the Cold War and prior to the 1991 collapse of the Soviet Empire, the Pentagon commenced the restructuring of the vast military development that had contributed to the demise of the Soviet Union. The 2005 restructuring plan is the most significant of the four prior plans which occurred in 1988, 1991, 1993 and 1995. The 2005 plan submitted to the Base Realignment and Closure Commission, a governing body that has approved 85% of past closures, exceeds all prior

---

<sup>98</sup> The Human Society of the United States, *DOD Wants to Duck Environmental and Animal Protection Laws*, <http://www.hsus.org/ace/14419>; *DOD v. ESA*, et al., *supra* note 94, at pg. 42. Mary Beth Beetham, Director of Legislative Affairs, Defenders of Wildlife, opines that “[t]hese exemptions are extremely controversial, are unnecessary, and will have serious consequences for the protection of our nation’s environment.” Id.

<sup>99</sup> Id.; Clark, Jamie Rappaport, *Hearing on RRPI*, July 9, 2002, <http://www.senate.gov>.

<sup>100</sup> Id.

<sup>101</sup> Id.; Clark, Jamie Rappaport, *Hearing on RRPI*, July 9, 2002, <http://www.senate.gov>.

<sup>102</sup> Army Lawyer, December 2001, at pg 29.

<sup>103</sup> Id.

<sup>104</sup> Congressman Bob Filner, *National Security Also Means Environmental Protection*, February 4, 2002, <http://www.truthout.org/docs>.

<sup>105</sup> Schmitt, Eric, *Pentagon Seeks to Shut Dozens of Bases Across Nation*, The New York Times, May 14, 2005.

<sup>106</sup> Id.

restructuring efforts. Its affect will be felt throughout America with nearly \$50 billion being saved over 20 years. Moreover, of the nearly 700,000 civilian military jobs, 18,000 will be cut and 67,000 will be removed. The DOD believes that this leaner and more agile force is consistent with defeating the stateless terrorism threat of the 21<sup>st</sup> Century.<sup>107</sup> However, the restructuring plan may prove to be inconsistent with environmental laws, thereby increasing the desire for DOD to obtain environmental exemptions.

Most opponents object to providing exemptions to the DOD since this “would eliminate DOD’s incentive to devise creative solutions working in tandem with experts at the environmental agencies and with the public.”<sup>108</sup> The need and challenge of balancing environmental protections and military readiness will continue despite any exemption right. However, whatever cooperation remains among the disputants to military involvement with environmental laws will be worsened since proper overview and incentives would be negated under a blanket exemption policy.

The supporters of military exemptions opine that environmental exemptions will be limited in scope. Specifically, Raymond F. Dubois states:

This readiness initiative is narrow in scope, addressing only military-unique activities – the training, testing, and operations that relate directly to combat. It does not affect the wide range of DOD activities that do not directly relate to combat, such as our waste-water treatment plants, dry cleaners, construction sites, paint shops or routine transportation. And it does not affect our cleanup responsibilities at closed bases, or bases that might close in the future. Thus, our initiative does not affect those DOD activities of greatest interest to state and federal regulators.<sup>109</sup>

The original proposal for comprehensive military exemptions occurred in April 2002 with the consideration of the Readiness and Range Preservation Initiative (RRPI), part of the National Defense Authorization Act.<sup>110</sup> Then the RRPI sought to exempt the DOD from provisions of six environmental laws.<sup>111</sup> DOD success was limited to “a temporary exemption to the Migratory Bird Treaty Act that allowed the ‘incidental taking’ of endangered birds during bombing and other training on military lands.”<sup>112</sup> With the inability to pass any of the major exemptions embedded in reauthorization statutes during the 2002

---

<sup>107</sup> See, Govexec.com.

<sup>108</sup> Clark, Jamie Rappaport, *Hearing on RRPI*, July 9, 2002, <http://www.senate.gov>.

<sup>109</sup> *DOD v. ESA, et als, supra note 94*, at 43.

<sup>110</sup> The Humane Society, *supra note 98*.

<sup>111</sup> Clark, Jamie Rappaport, *Hearing on RRPI*, July 9, 2002, <http://www.senate.gov>.

<sup>112</sup> Defense Link, *Pentagon seeks clarity in environmental laws affecting ranges*, by Sgt. 1<sup>st</sup> Class Doug Sample, March 21, 2003, <http://www.defenselink.mil/news>.

Congressional year, the DOD has been approaching the exemption issue in a piecemeal manner, such as the proposal on the definitional change in “harassment” as part of the MMPA.<sup>113</sup> This long-range DOD plan would accomplish the exemption goal by focusing on “a few specific laws this year, with hopes of expanding their exemptions in years to come. In May of 2003, the Pentagon had introduced identical language for weakening the MMPA and allowing the Secretary of Defense to issue blanket exemptions, into three separate pieces of legislation.”<sup>114</sup> In 2003, the Pentagon secured military exemptions to the MMPA as well as the Endangered Species Act and the Migratory Bird Treaty Act.<sup>115</sup> In 2003 the Pentagon was supported as follows: “[t]he federal Office of Management and Budget has already approved the Pentagon’s proposal for exemptions from five laws and submitted it to Congress for inclusion in the Fiscal Year 2004 Defense Authorization Bill.”<sup>116</sup>

Notably, the DOD has incorporated concern for environmental issues in their military readiness operations, such as using environmentally sensitive areas as “false-off limit” mine areas. They also have spent “\$4 billion each year on efforts to comply with laws and work with civilian agencies, such as the Fish and Wildlife Service that determine how to protect endangered species.”<sup>117</sup> Most concerning may be the military’s new weapon systems, revised tactics and modern doctrine for military readiness that require the utilization of more land.<sup>118</sup>

New, more powerful weapon systems and changes in war fighting that call for protecting forces over larger areas require more training space than ever before. In 1988, the Army was designed to fight in battalions that would have included 4,000 soldiers and 350 combat vehicles, whereas today’s premier fighting units are combat brigade strike teams with 5,000 soldiers and 418 vehicles. At the same time the units have grown, so has the power and the range of the Army’s weapons. Ground vehicle speeds have doubled over the past two decades and ammunition fires rates have increased twenty fold since 1981.<sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> Inside Energy, *Group expects push for changes to aid offshore firms*, January 6, 2003.

<sup>114</sup> Acoustic Ecology, *Exempting the Military from Environmental Regulations*, <http://acousticecology.org>. The legislation includes the MMPA, Defense Authorization Act, and the new “Defense Transformation for the 21<sup>st</sup> Century Act.” *Id.*

<sup>115</sup> *Id.* at pg. 3. In 2002 the military did gain a Migratory Bird Treaty Act exemption for possible shelling of nesting sites, they are now seeking a complete exemption. *Id.*

<sup>116</sup> High County News, *supra* note 24.

<sup>117</sup> Government Executive Magazine, *Green Troops*, October 1, 2002, at page 4, <http://www.govexec.com>.; “The DOD protects more endangered species per acre than any other federal agency.” *DOD v. ESA, et als, supra* note 94, at 46.

<sup>118</sup> *Id.* at page 8-9.

<sup>119</sup> *Id.*; Presumably, a typical modern Army brigade that is training for realistic warfare uses a 50 by 100 kilometer area, in contrast to a World War II brigade “required a battlefield of 8 by 12 kilometers to train and operate effectively.” Durant, *infra* note 120.

The higher performance weapons which possess greater maneuverability, stealth and lethality “are typically louder, require more space and fuel for maneuvering, fly lower to the ground or damage it more because of [its increased] weight, and emit more pollutants.”<sup>120</sup> The utilization of these weapons and the changes in the sheer human size of warfare is occurring “precisely at a time when urban development, sprawl, and commercial competition for airspace are expanding near many of the military’s training areas.”<sup>121</sup>

## VI. CONCLUSION

Former Deputy Defense Secretary Wolfowitz, now head of the World Bank, stated that “National security and environmental security are mutually reinforcing.”<sup>122</sup> He further stated that “[t]he challenge is nothing less than supporting the twin imperatives of producing the best-trained military force in the world and providing the best environmental stewardship.”<sup>123</sup> Furthermore, Environmental Protection Agency officials have stated: “There is not a training mission anywhere in the country that is being held up or not taking place because of an environmental regulation.”<sup>124</sup> The DOD and EPA should abide by their own statements. The attacks of September 11, 2001, and increased concerns regarding terrorism have directly curtailed individual rights and may even curtail environmental protections. However, these concerns do not necessitate an unprecedented environmental immunity for the military.

Pentagon officials are requesting broad exemptions from some of our nation’s most essential environmental laws without utilizing existing mechanisms to resolve perceived clashes. Rather than requesting broad statutory exemptions, the military should continue to address any perceived problem on a case-by-case basis, working with relevant federal agencies and other stakeholders. Increasing the use of existing waivers, not receiving unilateral exemptions, should be the proper process. I submit that the following summary correctly balances our need for national security and environmental security:

Environmental groups preferred that exemptions were sought case by case because it would force the military to prove its argument. No one wants to interfere with training, but we’re not persuaded that, except in one or two cases, it really is. . . .

---

<sup>120</sup> Public Administration Review, *Whither environmental security in the post-September 11<sup>th</sup> era? Assessing the legal, organizational, and policy challenges for the national security state*, by Robert F. Durant, Sept. 2002, <http://proquest.umi.com>.

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> Seelye, *The New York Times*, *supra note 16*. Barringer, Felicity, *Pentagon is pressing to bypass environmental laws for war games and arms testing*, *The New York Times*, December 28, 2004, Section A, pg 18. The Barringer story discusses two lawsuits involving the military at Vieques Islands in Puerto Rico and Fort Richardson in Alaska.

<sup>123</sup> *Id.*

<sup>124</sup> *Government Executive Magazine*, *Despite concerns, EPA backs enviro exemption for Defense Department*, by John Stanton, April 1, 2003. [www.govexec.com](http://www.govexec.com).

‘Our fear is that if they get an exemption here, what would prevent, say, the Forest Service, which wants to log everything in site in the national forests from getting their exemption?’<sup>125</sup>

The DOD has effectively used the military to protect our national security, at least in the short term. However, the rationale that “might makes right” is surely short-sighted. Pentagon officials must remember that the importance of protecting our national security rests not only in protecting the military, but in protecting individual liberties and environmental rights. By doing so, by protecting the most vulnerable parts of our society, protecting our national security becomes that much more valuable. NEPA and several other environmental statutes already have all the flexibility needed to protect both our national security and our natural interests. Additionally, the judicial process has, thus far, kept the balance between national security and environmental security.

An additional area of concern is the unprecedented military restructuring and existing human encroachment on DOD installations.<sup>126</sup> With the growth and expansion of private developmental projects, the open areas controlled by federal agencies, specifically those areas managed by the DOD, have become the last remaining habitat for wildlife. Similarly, the human encroachment issue affects military readiness since training with explosives and noise concerns are commonplace. Several military installations have allowed their host communities to build roads crossing military land for the convenience of civilian residents. The military “for sound reasons usually wants to accommodate the needs of the local community to the extent possible.”<sup>127</sup> However, this sprawl issue adds to the possible encroachment effects of endangered species. State and local officials must assist the DOD in managing human encroachment. With the need to close facilities, and if exemptions are granted, the public and wildlife will be increasingly exposed to hazardous conditions.

“Senator Gaylord Nelson, the originator of Earth Day, called for a constitutional amendment guaranteeing every American ‘an inalienable right to a descent environment.’”<sup>128</sup> Brazil’s Constitution already includes Chapter 6, Article 225, guaranteeing every Brazilian this right. Their less developed military force and more developed environmental constitutional law averts the exemption issue. Although the American military is seeking to reform and scale back operations, perhaps it should accomplish such desires within the existing legislative framework. Is it possible that America can learn from the legislation and values of other countries? If we are courageous enough to do so, then the DOD and conservationist will agree to further their allegedly mutually reinforcing interests with their support for the passage of such a constitutional amendment.

---

<sup>125</sup> Id.

<sup>126</sup> Global Security.org, *Environmental Issues*, <http://198.65.138.161/military/facility/environment.htm>. See Barringer, *supra* note 122, for litigation regarding the military and training exercises.

<sup>127</sup> *DOD v. ESA, et al.*, The Environmental Forum, Volume 19, Number 5, Sept-Oct. 2002, at 47.

<sup>128</sup> Nash, Roderick Frazier, Book *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*, University of Wisconsin Press (1989) at page 125.



## RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL NO MERCOSUL E NA AMÉRICA CENTRAL

---

Indra Rojas Solano<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; Primeira Parte: Responsabilidade penal ambiental no Mercosul: 1. Mercosul e o Direito Ambiental; 2. Mercosul e responsabilidade criminal - Ênfase no Brasil: 2.1. Normativas gerais; 2.2. Normativa específica - Segunda Parte: Responsabilidade Penal Ambiental na América Central: 1. América Central e o meio ambiente; 2. América Central e responsabilidade criminal; Conclusão; Bibliografia.

### INTRODUÇÃO

O homem, através da história, sempre teve um relacionamento próximo com a natureza e é por isto que o direito introduz-se no âmbito ambiental mediante a proteção de seus elementos componentes.

A proteção refletida no ambiente nos séculos passados era especialmente individualista caracterizada pela “otimização unilateral de uma exploração orientada para os homens de uma forma meramente antropocêntrica”. Posteriormente, durante a Alta Idade Media, dá-se certo nível de proteção ao meio ambiente coincidindo com os interesses de melhoria das condições de vida do homem. Nos últimos anos, a proteção ao meio ambiente tem adquirido maior importância, especialmente a partir da Conferência de Rio de Janeiro de 1992, onde se reconheceram mundialmente as crises ecológicas.

A regulação da responsabilidade por danos ao meio ambiente caracteriza-se por uma total ausência de uniformidade, tanto referida à sua conceituação, quanto a ser disciplinada pelo Direito Público ou Privado, assim como em relação ao lugar que ocupa dentro dos ordenamentos jurídicos.

---

<sup>1</sup> Licenciada em Direito e Notariado pela Universidade Federada da Costa Rica e Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

<sup>2</sup> ESER, Albin. “Derecho ecológico”, Trad. De La Cuesta Arzamendi & Sanz Morán, em: “Temas de Direito Penal e Procesal Penal” pág. 122, primeira edição Idemsa, Lima, 1998.

Muitas áreas tornam-se relevantes e o comércio é um tema de grande importância dentro da temática ambiental por que “as políticas ambientais podem provocar distorções comerciais e as políticas comerciais podem gerar resultados ambientais negativos”<sup>3</sup>. Dentro das repercussões ambientais das políticas comerciais, encontram-se os acordos comerciais e, por isto, é que acordos regionais como o Mercosul e o Tratado de Livre Comércio da América Central não podem deixar de fora a questão ambiental. Para que um tema tão delicado tenha êxito dentro dos blocos regionais, a cooperação internacional em seu amplo sentido é indispensável.

Neste sentido, como bem faz menção o prof. MORATO<sup>4</sup>, em matéria ambiental, “o princípio de cooperação internacional, consagrado na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 (princípio 21) – e posteriormente repetido na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 – enfatiza a responsabilidade dos países de velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente dos outros Estados ou em áreas situadas fora dos limites das jurisdições nacionais, ao mesmo tempo em que resguarda a manutenção da soberania dos Estados na exploração dos seus recursos segundo suas próprias políticas ambientais”<sup>5</sup>.

Tanto a tutela civil como a penal, resultam importantes dentro desta temática pela extrema relevância do bem-interesse protegido, tendo em vista – na área penal – que o impacto da criminalização, a peculiaridade do delinqüente ambiental ser de difícil identificação e o dano causado, na maioria das vezes, não ser imediatamente verificado, mas somente com o passar do tempo.

Pela importância do tema na atualidade é que encaminhamos esta pesquisa, para conhecer melhor a responsabilidade penal na aplicação dos instrumentos legais nos países da América Central e nos pertencentes ao bloco Mercosul.

O direito penal ambiental participa de todas as características do direito penal em termos genéricos; especificamente, o delito penal é a ação típica, antijurídica e culpável. Desta forma, temos que a determinação da existência de um delito penal deve observar a prática de uma conduta típica e antijurídica.

<sup>3</sup> DEVIA, Leila. “La Política Ambiental em el Marco Del Tratado de Asuncion” In: BERTUCCI Rosana, CUNHA Eldis, CUNHA Tarciso, DEVIA Leila, FIGUEIRAS Marcos, RUIZ DIAZ Roberto, VIDAL PERERA Raquel, *Mercosur y Medio Ambiente*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

<sup>4</sup> MORATO LEITE, José Rubens, *Os instrumentos de proteção ambiental e o mercosul*. In *Revista dos Tribunais*; São Paulo, 1996. V.725, P.39-48

<sup>5</sup> No entender de Álvaro Luiz Valery Mira, são pressupostos indispensáveis à efetivação deste princípio “(A) o dever de informação de um Estado aos outros Estados, nas situações críticas capazes de causar prejuízos transfronteiriços. B) o dever de informação e consultas prévias dos Estados a respeito de projetos que possam trazer efeitos prejudiciais aos países vizinhos”. C) o dever de assistência e auxílio entre os países nas hipóteses de degradações ambientais importantes e catástrofes ecológicas. D) o dever de impedir a transferência para outros Estados de atividades ou substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana – é o problema da exportação de poluição. VALERY, Álvaro Luiz Mira In: MORATO LEITE, José Rubens, *Os instrumentos de proteção ambiental e o mercosul*. In *Revista dos Tribunais*; São Paulo, 1996. V.725, P.39-48

## PRIMEIRA PARTE: RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL NO MERCOSUL

### 1. MERCOSUL E O DIREITO AMBIENTAL

Os países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai celebraram, no dia 23.03.1991, o Tratado de Assunção, com o objetivo de dar a estes países uma maior integração e desenvolvimento, assim como novas perspectivas nas áreas econômica e comercial. Em outras palavras, e mais especificamente, como explica-nos a Dra. OLIVAR JIMÉNEZ estabelecer um Mercado Comum que iria implicar: “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, o estabelecimento de uma tarifa externa comum e de uma política comercial comum, a coordenação de políticas macroeconômicas e a harmonização das legislações.”<sup>6</sup>

Em 17.12.94, os seus integrantes tiveram uma reunião em Ouro Preto outorgando ao Mercosul personalidade jurídica. Neste mesmo ano, meses após, firmaram um Acordo de Sede, pactuando que a Secretaria Administrativa seria localizada em Montevideu – Uruguai. “De lá para cá, houve avanços e recuos no Mercosul, tudo a depender de crises políticas internas e econômicas, sujeitando os Estado signatários aos efeitos da chamada globalização econômica”<sup>7</sup>.

O Tratado de Assunção não fez referência à questão ambiental, podendo-se afirmar que o Mercosul não é constituído por um Tratado com regras de proteção ambiental, exceto em seus considerandos, onde se menciona que o desenvolvimento econômico deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e à preservação do meio ambiente.

Os quatro países signatários deram o primeiro passo em direção à proteção do meio ambiente em *Las Leñas*, onde surgiu a denominada REMA – Reunião Especializada do Meio Ambiente – “encarregada de levar recomendações ao Grupo Mercado Comum que, se aprovadas, transformar-se-ão em Resoluções, com o intuito de estabelecer um âmbito específico para analisar a legislação dos Estados-membros em matéria ambiental, organizar políticas e coordenar a ação dos distintos subgrupos de trabalho em matéria ambiental”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucia. “*El Establecimiento de una política común de protección al medio ambiente –su necesidad dentro de un mercado común*” IN Revista Faculdade Direito UFRGS, Porto Alegre, 10: 100-119, jul. 1994.

<sup>7</sup> PASSOS DE FREITAS, Vladimir. “*Mercosul e Meio Ambiente*” IN Direito Ambiental em Evolução, Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2001

<sup>8</sup> BERTUCCI Rosana, CUNHA Eldis, CUNHA Tarciso, DEVIA Leila, FIGUEIRAS Marcos, RUIZ DIAZ Roberto, VIDAL PERERA Raquel, *Mercosur y Medio Ambiente*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996

A Reunião Especializada do Meio Ambiente - em diante REMA – na sua primeira reunião, considerando os princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio<sup>9</sup> do Tratado de Assunção - princípios emanados da Declaração de Canela e da Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento –, definiu como seu objetivo geral “a formulação de recomendações ao Grupo Mercado Comum, que assegurem uma adequada proteção do meio ambiente no marco do processo de integração regional que implica no Mercosul<sup>10</sup>”.

A partir de 1993, a REMA começou suas reuniões. Na sua terceira reunião, realizada em Brasília, foi aprovado o documento “Diretrizes Básicas em Matéria de Política Ambiental”. Tal documento foi posteriormente aprovado pelo Grupo Mercado Comum, tendo se transformado na Resolução 10/94. Neste documento, adotam-se políticas não degradantes ao meio ambiente, tecnologias próprias de reciclagem e do adequado tratamento dos resíduos, líquidos e gasosos, aproveitamento dos recursos naturais renováveis, etc. Em seu sexto encontro, o REMA foi convertido no 6º. Subgrupo de Trabalho do Mercosul (1992/1994), destinado a aprovar as diretrizes mínimas em matéria ambiental<sup>11</sup>.

Segundo o Prof. MORATO<sup>12</sup>, o Mercosul segue, desta forma, os passos da “União Européia, já que somente colocou diretrizes ambientais na sua reformulação de 1986 pelo chamado Ato Único Europeu – 17/12/1985. O Tratado da União Européia consagra como uma das políticas fundamentais da Comunidade a proteção do meio ambiente em seu artigo 3º. Desta forma, em princípio – no Mercosul – não houve maiores preocupações com a proteção do meio ambiente, o que só veio a ocorrer alguns anos após a assinatura do Tratado de Assunção”.

Segundo SHEIBE<sup>13</sup>, são tarefas prioritárias (objetivos específicos) daquele 6º. Subgrupo de Trabalho: a) Harmonização ou diminuição das restrições não tarifárias; b) Regras que assegurem uma adequada competitividade, com análise do custo ambiental e do custo total do processo produtivo; c) Implementação da Série ISO-14000 – gestão ambiental, como fator favorável de competitividade dos produtos oriundos do Mercosul no mercado internacional; d) Criação de um sistema de informação ambiental; e) Criação do selo verde Mercosul.

---

<sup>9</sup> **GRADUALIDADE:** não criar distorções econômicas graves, ir adaptando interesses econômicos com os sociais. **FLEXIBILIDADE:** admitir retrocessos nos ritmos impostos por situações excepcionais **EQUILÍBRIO:** não pode haver prejuízo para uma parte e benefício desmedido de outra IN: LEME MACHADO, Paulo Affonso “Direito ambiental brasileiro” Malheiros Editores, 5 ed, 1995.

<sup>10</sup> MORATO LEITE, José Rubens. BUZAGLO DANTAS, Marcelo. *Os instrumentos de proteção ambiental e o mercosul*. In *Revista dos Tribunais*; São Paulo, 1996. V.725, P.39-48

<sup>11</sup> IBIDEM.

<sup>12</sup> Op. Cit. Pg. 48.

<sup>13</sup> SCHEIBE, Virginia da Cunha. *Direito Ambiental no Mercosul*, palestra proferida no IV Congresso de Direito ambiental promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, 10.05.2001.

Em face da dimensão dos problemas ambientais, haverá a necessidade dos blocos econômicos – incluindo-se o Mercosul – disciplinar a matéria ambiental, objetivando, segundo as palavras da Prof. Leila, “uma harmonização de duas propostas muitas vezes antagônicas: a liberalização do comércio e o desenvolvimento sustentável<sup>14</sup>”.

Por exemplo, no caso do plantio de soja transgênica, que é liberada na Argentina e que no Brasil acabou sendo proibida, verifica-se uma certa incongruência. O detalhe é que as legislações harmonizam-se e que o plantio não foi vedado pelo Poder Executivo ou pelo Legislativo brasileiros. Ao final, o Judiciário foi quem acabou proibindo através da exigência do estudo de impacto ambiental conforme decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região<sup>15</sup>.

## 2. MERCOSUL E RESPONSABILIDADE CRIMINAL – ÊNFASE NO BRASIL

### 2.1. Normativa gerais

Para estudar este ponto, é relevante lembrar o conceito de responsabilidade como “a consequência jurídica decorrente do descumprimento de uma relação obrigacional. As pessoas são obrigadas a respeitarem-se mutuamente e a não ofenderem seus bens e valores, regra básica da convivência social. Ocorrendo uma lesão, há de se analisar se o dano restringiu-se à órbita civil ou atingiu algum bem protegido por uma norma penal<sup>16</sup>”.

O legislador, ao fazer a configuração tipológica dos crimes contra o meio ambiente, afastou-se substancialmente dos padrões sobre os quais se assentava o Direito Penal tradicional.

O legislador ambiental tem a difícil tarefa de anteciper o momento de consumação do delito, ganhando em eficiência, posto que o dano ambiental, pela sua complexidade, é de difícil constatação e reparação, quando não totalmente irreparável. Assim como no âmbito ambiental a norma penal possui vocação fundamentalmente direcionada para uma posição de prevenção do dano, adotando, desta forma, um princípio de precaução.

Pela importância da temática, é que um bloco tão poderoso como o Mercosul não pode excluir-se da regulamentação da responsabilidade por dano ambiental. Ainda que em diferentes normativas, a legislação dos quatro países – Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai – inclui os seguintes princípios básicos:

- O dever de preservar o ambiente;
- A obrigação de recompor o ambiente danificado;
- A obrigação de indenizar.

---

<sup>14</sup> DEIVA, Leila. *Op cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, AC 2000.01.00.014661-1/DF, 2T., rela. Juíza Assusete Magalhães, j. 08.08.2000.

<sup>16</sup> Fernando Brandini Barbagalo, “Responsabilidade dos entes jurídicos”, In: <http://www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0047.html>.

Para uma melhor compreensão, vejamos especificamente as normas gerais de cada um dos países do Mercosul:

**Argentina:** Em seu art. 41, a Constituição Nacional de Argentina protege o direito dos seus habitantes a um ambiente ecologicamente equilibrado, conferindo poder às autoridades para a proteção de tal direito<sup>17</sup>.

Note-se que na Argentina não encontramos uma definição específica do que seja dano ambiental.

**Paraguai:** O art. 8º da Constituição do Paraguai de 1992: “Todo dano ao ambiente importará à obrigação de recompor e indenizar”. Aqui, a Constituição Paraguai adota o Princípio do Poluidor-Pagador, que é base do Direito Ambiental.

A Lei no. 96/92 (Vida Silvestre): Art. 4º.: “Todo dano ao ambiente importará à obrigação de recompor e indenizar”.

A Lei no. 352/94 (Áreas Silvestres Protegidas): Art. 2º: “Todos os habitantes, as organizações privadas e as instituições do Estado têm a obrigação de salvaguardar as Áreas Silvestres Protegidas”.

**Uruguai:** A Constituição de Uruguai estabelece: “A proteção do meio ambiente é de interesse geral. As pessoas deverão abster-se de qualquer ato que cause depredação, destruição ou contaminação graves ao meio ambiente. A lei regulamentará esta disposição e poderá prever sanções para os infratores”.

A Lei 16.466/94 (declara de interesse geral a proteção do meio ambiente contra qualquer tipo de depredação, destruição ou contaminação) - Art. 4º: “Sem prejuízo das sanções administrativas e penais que indique a lei, quem provocar a depredação, a destruição ou a contaminação do meio ambiente em violação ao estabelecido pelos artigos da presente lei será civilmente responsável por todos os prejuízos que occasionar, fazendo-se responsável, além disto, se materialmente isto for possível, pelas ações conducentes à sua recomposição. Quando os prejuízos ocasionados por dita violação forem irreversíveis, o responsável dos mesmos deverá encarregar-se de todas as medidas tendentes à sua máxima redução ou mitigação, sem prejuízo das responsabilidades administrativas, civis ou penais que possam corresponder”.

---

<sup>17</sup> Art. 41. CONSTITUIÇÃO NACIONAL DE ARGENTINA “Todos os habitantes têm direito a um ambiente sano, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras; e tem o dever de preservá-la. As autoridades proverão á proteção deste direito, á utilização racional dos recursos naturais, á preservação do patrimônio natural e cultural e da diversidade biológica, e á informação e educação ambiental. Corresponde à Nação ditar as normas que contem os pressupostos mínimos de proteção e ás “provincias” às necessárias para complementa-as, sem que aquelas alterem as jurisdições locais”.

**Brasil:** Em seu art. 225, a Constituição Brasileira contempla o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como um bem de uso comum e esclarecendo que é dever do Poder Público e da coletividade a defesa do mesmo<sup>18</sup>.

Na Lei 6.938/81, dispõe-se sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e os mecanismos de formulação e aplicação<sup>19</sup>.

Deve destacar-se que a legislação de Brasil, através de sua Lei 6938/81 (sobre disposições políticas nacionais do meio ambiente), contém uma longa lista de dispositivos acerca da matéria, os quais estabelecem princípios para a proteção e o equilíbrio ecológicos ainda que não correspondam estritamente à responsabilidade ambiental.

Por sua parte, o Brasil faz uma definição de impacto ambiental na Resolução CONAMA 001/86, no seu art.1º, como “...qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente afetam: a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais”, assim como faz uma lista de definições com vários conceitos de danos ambientais.

Assim como a própria Lei 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e os mecanismos de formulação e aplicação e da outras providências) traz uma lista de definições de diversos danos ambientais<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Art. 225 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-la para as presentes e futuras gerações... 3ªAs condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados...”

<sup>19</sup> Lei 6938/81. REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL Art. 2º.: “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio - econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I- ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

<sup>20</sup> Art.3º.: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

- ...II - Degradação de qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;
- III - Poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota, afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.
- III - planejamento e fiscalização dos usos dos recursos ambientais;
- IV - proteção dos ecossistemas, com preservação de áreas representativas;
- V - controle e saneamento das atividades potenciais ou efetivamente poluidoras;
- VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e à proteção dos recursos ambientais;

Desta forma, confirma-se, ainda que de forma muito genérica e em diferentes redações e legislações, que os quatro países do Mercosul apresentam uma estrutura jurídica consciente da importância da conservação e preservação do meio ambiente e das regulamentações em questões ambientais.

Em um âmbito específico, as legislações dos quatro países pertencentes ao Mercosul contemplam, mesmo que de maneira precária, sanções penais, mas com âmbitos de aplicação diferentes. É importante neste ponto, fazer menção que a Argentina e o Uruguai dão maior ênfase às sanções quando o particular contamina ou envenena as águas de uma forma perigosa para a saúde, não tanto como para as sanções contra as agressões à flora e à fauna, sendo que o Brasil é o país com maior legislação a este respeito no bloco regional ainda que sua legislação contra a contaminação das águas seja muito genérica.

Por outra parte, a Lei 716/95 do Paraguai tipifica diversas condutas danificadoras do meio ambiente, as quais são apenadas com multa e prisão.

Vejamos, portanto, as diversas legislações sobre a responsabilidade ambiental nos países do Mercosul.

## 2.2. Normativa específica

### Argentina:

O Código Penal Argentino, em seu art. 200, impõe pena de prisão de 3 a 10 anos a quem envenene ou adultere as águas potáveis de maneira que se torne perigoso para a saúde, assim como as substâncias alimentícias ou medicinais destinadas ao consumo da coletividade, agravando a pena no caso de morte da vítima<sup>21</sup>.

Em seu art. 55, a Lei 24.051 sanciona com as mesmas penas do artigo 200 do Código Penal aquele envenena ou contamina o solo, a água, a atmosfera ou o ambiente em geral, utilizando resíduos perigosos e aumentando também a pena caso a vítima venha a falecer.<sup>22</sup>

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - Recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente."

<sup>21</sup> Art. 200. "Será reprimida com reclusão ou prisão de 3 a 10 anos, o que envenene o adultere, de um modo perigoso para a saúde, águas potáveis ou substâncias alimentícias ou medicinais, destinadas ao uso público ou ao consumo de uma coletividade de pessoas. Se o fato fosse seguido pela morte de alguma pessoa, a pena será de 10 a 25 anos de reclusão ou prisão" CODIGO PENAL DA REPUBLICA ARGENTINA.

<sup>22</sup> Art. 55 "Será reprimidas com as mesmas penas estabelecidas num artigo 200 do Código Penal, o que, utilizando os resíduos (perigosos) a que se refere a presente lei, envenene, adultere o contamine de um modo perigoso para a saudade, o solo, a água, a atmosfera ou o ambiente em geral. Se o fato fosse seguido da morte de alguma pessoa, a pena será de 10 a 25 anos de reclusão ou prisão". LEI 24 051 da República Argentina.

Dentro da mesma legislação, o seu art. 57 faz referência à imposição de sanções aos diretores, administradores, mandatários ou representantes da pessoa jurídica que cometam os delitos anteriormente mencionados.<sup>23</sup>

### **Paraguai:**

No seu Código Penal, o art. 260 sanciona com pena de 3 a 7 anos de prisão quem coloque em perigo a saúde das pessoas por meio da contaminação das águas ou qualquer coisa destinada a alimentação pública, agravando-se a pena para o máximo de 15 anos na morte da vítima.<sup>24</sup>

A Lei 352/84, no seu art. 58, indica que as violações às áreas silvestres protegidas serão consideradas atentatórias contra o bem social e terão caráter de delito de ação penal<sup>25</sup>.

Na Lei no. 716/95 estabelecem-se sanções tanto de prisão como de multa para atividades diversas não especificadas, entre estas:

- a) A queima de bosques ou formações vegetais que prejudiquem gravemente o ecossistema;
- b) A exploração florestal de bosques declarados especiais ou protetores;
- c) O tráfico ou comercialização ilegal de madeira ou seus derivados; e
- d) Qualquer alteração do regime de controle das águas, sem autorização expressa da autoridade competente.

Assim como no seu art. 5, sancionam-se outras atividades não especificadas, entre elas:

- a) A destruição das espécies de animais silvestres em vias de extinção e...
- b)...
- c) A alteração ou falsificação de estudos e avaliações de impacto ambiental;
- d) Os que elidam as obrigações legais referentes à medidas de mitigação do impacto ambiental.

<sup>23</sup> Art. 57 “Quando algum dos fatos previstos nos dois artigos anteriores se tiverem produzido por decisão de uma pessoa jurídica, a pena se aplicará aos diretores, gerentes, síndicos, membros do conselho de vigilância, administradores, mandatários o representantes da mesma que tivessem intervindo ao fato punível, sem prejuízo das demais responsabilidades penais que possam existir”. LEI 24 051 da República Argentina.

<sup>24</sup> Art. 260 “Quem coloque em perigo a vida ou saúde das pessoas corrompendo o envenenando a água potável para uso comum, ou qualquer coisa destinada à alimentação pública, será castigado com penitenciária de três a sete anos. Se resultar a morte de uma o mais pessoas, a pena será de seis a quinze anos de penitenciária”. CODIGO PENAL REPÚBLICA DE URUGUAI

<sup>25</sup> Lei 352/84, Art. 58 As violações ao disposto por esta lei serão consideradas como atentatórias contra um bem social e terão caráter de delito de ação penal pública. REPÚBLICAORIENTAL DE URUGUAI

## Uruguai:

No Código Penal, de forma semelhante às legislações Paraguaia e Argentina, o art. 218 sanciona quem adultere ou envenene águas ou substâncias destinadas à alimentação da coletividade.<sup>26</sup>

Destaca-se que o Uruguai é o país mercosulino com menor legislação penal com sanções para os delitos penais ambientais, sendo a maioria de suas represálias de caráter civil ou administrativo.

### 2.3 Responsabilidade penal ambiental no Brasil:

O Brasil, na condição de país que detém a maior floresta tropical do mundo e uma incomparável biodiversidade na flora e na fauna, sofre uma grande pressão internacional para a proteção do meio ambiente.

Apesar disto, não se encontra legislação no Código Penal, mas, em compensação, o Código Florestal brasileiro estabelece no seu art. 26: “Constituem contravenções penais, puníveis com três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário-mínimo mensal do lugar e da data da infração ou ambas as penas cumulativamente: destruir ou danificar a floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas estabelecidas ou previstas nesta Lei; cortar árvores em florestas de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente; causar danos aos Parques Nacionais, Estaduais ou Municipais, bem como às Reservas Biológicas; impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetações;...”

Cabe destacar que para as infrações de menor potencial são aplicáveis as disposições do art. 76 da Lei 9.099/95, que trata da aplicação imediata da pena.

Sem embargo, a base da responsabilidade penal ambiental está disposta na Lei no. 9.605/98, que materializou a exigência legal prevista na Constituição Federal.

A referida lei teve origem na Câmara dos Deputados e foi publicada em 13/02/199 com o veto presidencial ao art. 81, entrando em vigor 45 dias após.

Do estudo da legislação, verifica-se que alguns tipos penais por ela não abrangidos, como o do art. 13 da Lei 8.974/95 (Biossegurança), arts. 50/51 e a Lei 6.766/79 (parcelamento do solo urbano).

---

<sup>26</sup> Art. 218 Quem envenenar o adulterar em forma perigosa para a saúde, as águas ou substâncias destinadas à alimentação pública, com o sem lesão efetiva de tais bens, será castigado com doce meses de prisão a dezesseis anos de penitenciária. CODIGO PENAL REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAI. ART 218.

Esta lei trouxe algumas novidades para a legislação brasileira, entre elas se encontram<sup>27</sup>:

1. Unificação, em um só texto, da maioria dos crimes ambientais;
2. Uniformização do trato dos bens ambientais, considerando todos os atentados como crimes e utilizando os mesmos critérios para a definição das penas aplicáveis;
3. Responsabilização penal da pessoa jurídica (Art. 3º.);
4. Participação por omissão do dirigente da pessoa jurídica;
5. Valorização das penas alternativas (art. 7º.), havendo a possibilidade de substituição para penas inferiores a 4 anos;
6. Possibilidade de transação ou suspensão do processo em todos os casos (exceção do art. 41);
7. Preocupação com a reparação do dano ambiental<sup>28</sup>.

Neste ponto, a responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas é um tema muito controvertido no mundo jurídico penal. Alguns autores sustentam que a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais trata da responsabilidade objetiva, que vai de encontro com os princípios basilares da culpabilidade e da responsabilidade pessoal<sup>29</sup>. Para eles, o art. 3º. da Lei 9.605/98 está eivado de inconstitucionalidade. Outros, todavia, sustentam a constitucionalidade e aceitam a aplicação de penas às pessoas jurídicas à exceção das privativas de liberdade, que possuem caráter pessoal<sup>30</sup>. Vejamos o artigo específico que condena penalmente as pessoas jurídicas pela prática de crimes ambientais:

Art 3º. (Lei 9.605/98): “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade”.

A Prof. Silva Cappelli<sup>31</sup> nos dá uma resposta a esta questão, afirmando que esse capítulo apresenta vários óbices:

<sup>27</sup> CAPPELLI, Silvia. Aulas proferidas na cadeira de direito ambiental dentro do curso preparatório à carreira do Ministério Público, Porto Alegre/RS, 2002.

<sup>28</sup> Neste sentido ver a CAPELLI, Silvia, op cit. Quem nos explica neste ponto “É condição para o *sursis especial* (Art. 17) a perícia de constatação do dano, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado (Art. 19), a sentença fixará o valor mínimo para a reparação dos danos sofridos pelo ofendido e pelo meio ambiente. A transação é condicionada à previa composição dos danos (art.27), a declaração da extinção da punibilidade (suspensão do processo) é condicionada à comprovação da reparação do dano através de laudo de constatação (Art.28).

<sup>29</sup> PRADO, Luiz Régis. Crimes Contra o Ambiente. São Paulo: RT, 1998, p.20.

<sup>30</sup> SIRVINKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 1998, pp 22-23; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp 593-598.

<sup>31</sup> CAPELLI, Silvia. Op cit. p. 26.

- Incapacidade de ação e de pena;
- O conceito de culpabilidade é distinto para a pessoa física e para a pessoa jurídica;
- A potencial consciência da ilicitude só é exigível da pessoa física;
- Ferimento ao princípio da personalidade da pena (Onde se afirma que os sócios recebem os efeitos patrimoniais da pena, assim como se beneficiam dos lucros decorrentes da prática delituosa);
- Inutilidade das sanções administrativas em razão da possibilidade de responsabilizar o dirigente.

O art. 3º, ao não fazer diferenciação se a pena aplicável a pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado, traz inúmeros problemas na sua utilização, já que tradicionalmente a pessoa jurídica de direito público não é suscetível de responsabilização penal.

Entretanto, a tese pela constitucionalidade do art. 3º. é a corrente que possui o maior número de defensores na doutrina.

Neste contexto, alguns países já se anteciparam neste sentido. A França<sup>32</sup> esclarece melhor este ponto, prevendo em seu Código Penal de 1994 o princípio da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem excluir as pessoas físicas; ainda, esclarece que somente as pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis penalmente. Infelizmente, a Lei 9.605/98 não contém vedação à responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público.

Mas não somente a França nos traz este exemplo. Também países como os Estados Unidos da América, Inglaterra, Canadá, Holanda, Austrália, Portugal, Bélgica, Suécia e Irlanda do Norte têm admitido que as pessoas jurídicas possam responder penalmente pelos danos que ocasionam ao meio ambiente.

No Brasil, a doutrina de SÉRGIO SHECAIRA<sup>33</sup> e GUILHERME PURVIN FIGUEREIDO<sup>34</sup> não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, por que as sanções penais são incompatíveis com as finalidades do Estado.

Por sua parte, outros autores afirmam que a impossibilidade de responsabilizar um ente jurídico penalmente se deve ao fato de não poder imputar-se às pessoas que não sejam

---

<sup>32</sup> Entre os delitos que podem ser imputados às pessoas jurídicas francesas estão: atentado ao sistema de tratamento automatizado de dados (Código Penal Francês, artigos 414-7 e artigo 422-5); abandono de lixo e rejeitos (artigo R632-1 e artigo R635-8); infrações em matéria de pesquisa biomédica (artigo L209-19-1, do Código de Saúde Francês).

<sup>33</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão – Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

<sup>34</sup> PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme. “Crimes ambientais e responsabilidade penal objetiva” IN: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=22&id=697>

físicas por contrariar o conceito tradicional de que imputabilidade surge com a capacidade de entendimento do sujeito ativo com relação ao possível crime cometido (neste sentido, lembremos que a imputabilidade reside na capacidade de entendimento da conduta delituosa que foi praticada e a determinação volitiva adequada a esse entendimento).

A saber, RENE ARIEL DOTTI<sup>35</sup> afirma que, no sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída exclusivamente às pessoas físicas. Os crimes delitos ou contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos.

Para CEZAR ROBERTO BITTENCOURT<sup>36</sup> “O Direito Penal fundamenta-se na culpabilidade, cuja conduta, somente é atribuível ao homem, pedra angular da Teoria Geral do Crime”.

Contudo, apesar de aceitar a doutrina tradicional, muitos doutrinadores contrários têm admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica como criminalidade não convencional, dentre os quais: JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR<sup>37</sup>, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS<sup>38</sup>, TOSHIO MUKAI<sup>39</sup>, PAULO AFFONSO LEME MACHADO<sup>40</sup>, etc.

A Doutrina não chega a um consenso nesta matéria, encontrando-se sumamente dividida, sem manifestações dos tribunais superiores sobre o assunto, portanto, aguardando uma decisão que unifique as posições.

Dentre os requisitos para a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica encontramos:

1. Infração praticada no interesse da empresa e em seu benefício. Deve trazer lucro ou benefício de qualquer ordem. Quando praticado no interesse exclusivo do agente (art. 2º), o crime é da pessoa física;
2. Vinculação entre o ato praticado e a atividade da empresa;
3. Liame hierárquico entre a empresa e o executor (autor material);
4. Deve ser utilizada a estrutura física da empresa. O crime só pode ocorrer diante da existência da pessoa jurídica.

<sup>35</sup> Dotti, René Ariel, A responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas, Revista de Ciências Criminais n. 11, São Paulo, pág. 201

<sup>36</sup> Bittencourt, Cezar Roberto. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Boletim do IBCCrim, São Paulo, abril/98, n. 65, pág. 7.

<sup>37</sup> ARAUJO, João Marcello de, *Regionalização do direito penal no Mercosul (Contribuição para a Historia Jurídica do Mercosul)* In *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires, La Ley, 1997.

<sup>38</sup> PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *Mercosul e Meio Ambiente* IN *Direito Ambiental em evolução*, Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2002.

<sup>39</sup> MUKAI, Toshio, *Direito Ambiental Sistematizado, Forense Universitária*, 1ª edição, 1992, Rio de Janeiro, p. 79.

<sup>40</sup> Paulo Affonso Leme Machado *Direito Ambiental Brasileiro*, ed. Malheiros, 4ª edição, São Paulo, p. 35.

É importante lembrar que o Direito Penal busca evitar a prática de delitos, razão pela qual as pessoas que não agem para impedi-los, tornam-se partícipes. Neste sentido é que opera o art 2º. da nova lei, o qual estabelece a responsabilidade do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

As sanções para as pessoas jurídicas serão de acordo com o artigo 21: a multa, a restrição de direitos<sup>41</sup> e a prestação de serviços à comunidade<sup>42</sup>.

A resposta penal, como meio dissuasório, não é totalmente eficaz para lograr a verdadeira finalidade de uma política adequada do meio-ambiente, isto é, a reparação integral do dano ambiental causado. A aplicação de medidas restritivas da liberdade das pessoas ou a imposição pelas autoridades administrativas competentes de elevadas sanções pecuniárias são instrumentos necessários para prevenir atentados ao meio ambiente, porém, tais soluções *a priori* precisam de um adequado complemento *a posteriori*, quando o dano já se tenha materializado, com a intenção de uma possível restauração do estado das coisas.

## SEGUNDA PARTE: RESPONSABILIDADE PENAL AMBIENTAL NA AMÉRICA CENTRAL

### 1. AMÉRICA CENTRAL E O MEIO AMBIENTE

A América Central, como “ponte das Américas”, com importantes redutos de bosques tropicais úmido, com uma riqueza hidráulica invejável e muita diversidade ecológica, apresenta-se diante do mundo como uma região de alto potencial natural. Desta forma, os governos têm incentivado altamente a conservação do meio ambiente nas últimas décadas.

Na região centro-americana, diante da problemática ambiental e levando-se em consideração a diversidade de cada um dos países que a compõe, tem-se buscado estabelecer alguns mecanismos para o melhoramento de campos específicos no setor ambiental.

Podemos mencionar, por exemplo, o tema do comércio e ambiente, no qual se tem utilizado medidas de redução dos impactos ambientais e o incremento da proteção ambiental juntamente com a consideração do desenvolvimento sustentável. Assim, destaca-se que entre 1989 e 1994 firmaram-se os seguintes convênios: a) Convênio Centro-americano para

---

<sup>41</sup> Art. 22 – As penas restritivas de direito a pessoa jurídica são: I.Suspensão parcial ou total de atividades; II. Interdição de estabelecimento, obra ou atividade. III. Proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações

<sup>42</sup> Art. 23 – A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I. Custeio de programas e projetos ambientais; II. Execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III. Manutenção de espaços públicos; IV Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

a Proteção do Ambiente (CCAD), no qual se identificam as principais preocupações, lineamentos gerais e o marco institucional para a prática de medidas no campo ambiental, assim como, a estruturação do plano de ação floresta da América Central, b) o Convênio para a Conservação da Biodiversidade e Proteção das Áreas Silvestres Prioritárias na Centro-América (CCAP), c) o Convênio Centro-Americano de Bosques e o Convênio Regional sobre o Câmbio Climático, d) a Aliança para o Desenvolvimento Sustentável (ALIDES) e e) a Convenção Internacional de Espécies Ameaçadas de Fauna e Flora silvestre, denominada CITES, que proíbe o comércio de espécies ameaçadas de extinção, onde estima-se que a cooperação internacional é fundamental para obter a proteção das espécies.

Mas, a despeito destas decisões, ainda que possam servir para reforçar a proteção sobre bens comuns da humanidade, como as águas, o câmbio climático e a proteção da camada de ozônio, existem outros temas como o crescimento demográfico, as migrações, a urbanização não planejada, o desenvolvimento insustentável da indústria e o turismo, que continuam afetando a maioria das regiões na América Central.

Sobre a proteção da camada de ozônio, a Convenção de Viena (Lei no. 7228) busca reduzir a destruição do ozônio. Esta Convenção tem por objetivo a proteção da saúde humana e ambiental contra os efeitos adversos que possam surgir à modificação da camada de ozônio. Na Costa Rica, por exemplo, tem-se proibido os aerossóis e os gases propelentes. As empresas fabricantes de aerossóis deverão escolher o tipo de propelente a usar nas indústrias desde que não danifiquem o meio ambiente.

Na Centro-América, o tema ambiental, como em todo o continente, tem sido administrado ampla e basicamente pelo Estado, instituindo-se inúmeras normativas não somente gerais, como específicas, com vistas à resolução da problemática ambiental. Encontramos disposições referentes à caça, pesca, recursos florestais, proteção das águas, assim como dos bosques, o ar, a zona marítima terrestre, e os recursos minerais, todos estes tendo regulamentações e políticas orientadas, em sua maioria, à sua promoção, mas também com a adoção de disposições sancionadoras.

No entanto, verificamos que existem problemas que se agravam como o corte excessivo das árvores, refletindo em um desmatamento de 45 hectáreas por hora no istmo.<sup>43</sup> Um dos motivos responsáveis por estes problemas é o fato de as políticas ambientais emanadas das instituições públicas centro-americanas terem sido mais destinadas ao controle do que à prevenção, educação ou participação.

Diante deste quadro, deduzimos que a Centro-América, enquanto um istmo regional, comercial e político, tem-se preocupado pela situação negativa em face do meio ambiente,

---

<sup>43</sup> União Mundial da Natureza, Oficina Regional de Mesoamérica, Banco Mundial. A Centro-américa florestal do futuro e o Bando Mundial. Resultados da consulta centro-americana sobre a estratégia e aplicação das políticas florestais de 1991 do Banco Mundial. São José, abril do 2000.

tomando medidas de cooperação internacional, estudos sobre o impacto ambiental através do Projeto de Fortalecimento dos sistemas de Avaliação de Impacto Ambiental (EIA) na Guatemala, Nicarágua e Costa Rica. Trata-se de um projeto executado pela União Mundial para a Natureza (UICN), sob a coordenação da “*Comissão Centroamericana de Ambiente y Desarrollo*” (CCAD), e financiado pelo Governo de Holanda.

Contudo, ainda deve-se adotar uma política regional a respeito do fomento de práticas de consumo sustentável, como estabelece o capítulo 4º. da Agenda 21, que vem sendo promovido pela organização *Consumers International*.

## 2. AMÉRICA CENTRAL<sup>44</sup> E RESPONSABILIDADE CRIMINAL

O direito ambiental penal desenvolveu-se de forma relevante na década de 90, de maneiras diversas: através de disposições que são incorporadas em leis setoriais protetoras de certos recursos naturais ou em leis gerais ambientais ou em Códigos penais ou, ainda, mediante a expedição de leis ambientais penais especiais.

No caso da legislação penal ambiental centro-americana, as disposições têm sido expedidas de forma casuística, muitas vezes sem contar com os requisitos fundamentais que devem estar presentes nas disposições penais, tais como a tipicidade, imputabilidade, etc. Poder-se-ia afirmar que, em termos gerais, o Direito Ambiental tem uma presença importante na presente década. Todavia, há um problema: a pouca aplicação e cumprimento das disposições normativas. Portanto, na análise da eficácia da legislação penal ambiental, existe uma marcante tendência à impunidade das violações a essas disposições. Diante desta impunidade, várias razões devem ser consideradas, entre elas, o descobrimento de um tema, que ainda podemos denominar de novo – Direito Ambiental - e que requer o ajuste dos princípios tradicionais do Direito Penal devido ao seu caráter preventivo frente aos prejuízos ao ambiente.

Estudemos, portanto, as legislações ambientais de cada um dos países pertencentes à América Central e as penalidades impostas aos delitos penais ambientais.

### **Guatemala:**

A Guatemala, como país com maior extensão territorial e com maior população na Centro-América (aprox. 12 milhões de habitantes), conta com uma grande responsabilidade no que diz respeito à educação ambiental para a população. Assim, como representa 44% da população indígena no istmo centro-americano, é o coração das ruínas e cultura indígena e, por isto, é o país com maior preocupação na devida regulamentação da preservação, tanto da natureza, como da arqueologia através da sua legislação.

---

<sup>44</sup> Não está incluído Belize por se tratar de um país recentemente e pela escassa legislação sobre o tema.

A Constituição Política da República da Guatemala estabelece, no seu artigo 97, que o Estado, Municípios e habitantes estão obrigados a propiciar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico que evite a contaminação do ambiente e mantenha o equilíbrio ecológico<sup>45</sup>.

Assim como o inciso ‘c’ do artigo 119 (do mesmo corpo normativo) indica-nos como obrigação do Estado, adotar as medidas necessárias para a conservação, desenvolvimento e aproveitamento dos recursos naturais de forma eficiente.

A Guatemala apresenta como lei marco sobre a proteção dos recursos naturais a Lei para a proteção e o melhoramento do meio ambiente de 1986. No entanto, a responsabilidade penal ambiental encontra-se tipificada no Código Penal, nos artigos 346 a 347–E.

O art. 346 sanciona a exploração ilegal dos recursos naturais, impondo prisão ou multa a quem – sem estar devidamente autorizado - explorar comercialmente os recursos naturais encontrados no mar territorial ou na plataforma marítima, assim como os rios, lagunas, etc.

O art. 347 sanciona os delitos praticados contra os recursos florestais com pena de prisão ou multa. O art. 347-A sanciona penalmente a contaminação do ar, solo ou sonora, por quem utiliza substâncias perigosas para o homem ou aos animais. Art. 347-B: impõe prisão ao diretor, administrador, gerente, titular ou beneficiário, que autorize alguma atividade comercial que contamine o ar, os solos ou as águas. Art. 347-C: indica as mesmas penas de prisão ou multa ao funcionário público que aprove a instalação de uma exploração industrial. Art. 347 – D: sanciona as pessoas que exercem o corte ilegal de árvores.

Cabe destacar que, nos países da América Latina, a legislação florestal ocupa um capítulo especial, e a Guatemala não tem sido a exceção. A Lei Florestal<sup>46</sup> da Guatemala foi publicada após uma longa e complexa discussão, em 04 de dezembro de 1996, contemplando diversos crimes contra a floresta e o meio ambiente e sancionando administrativamente os seus praticantes.

---

<sup>45</sup> Art. 97 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA “O Estado, as municipalidades os habitantes do território nacional, estão obrigados a propiciar o desenvolvimento social, econômico e tecnológico que preverá a contaminação do ambiente e mantenha o equilíbrio ecológico. Se ditarão todas as normas necessárias para garantir a utilização e o aproveitamento da fauna, a flora, a terra e água, se realizem racionalmente, evitando depredação”

<sup>46</sup> Lei Florestal, Decreto no. 101-96 do Congresso da República Guatemalteca. Esta Lei está integrada por onze títulos que tratam, sucessivamente, as seguintes matérias: disposições gerais; órgão de direção e encarregado de aplicação da lei: conceições, bosques e sua proteção; aproveitamento, manejo e industrialização florestal; fomento de floresta, desenvolvimento rural das florestas; regime impositivo, controle e estatística; delitos e falta contra os recursos florestais; e disposições transitórias e derogatórias.

## Honduras:

Em Honduras, como lei base na proteção do direito ambiental, temos a “Lei Geral do Ambiente de Honduras” (1993), estabelecendo alguns princípios gerais e definindo os seus objetivos: a) regula a gestão ambiental desde o ponto de vista da sua organização administrativa, criando entre outras coisas, uma Secretaria de Estado no Despacho do Ambiente<sup>47</sup>; b) estabelece regras para a proteção do ambiente e o uso racional dos recursos naturais, assim como para os elementos ambientais distintos dos recursos naturais, incluindo regras especiais para a proteção do meio ambiente e c) tipificando os delitos ambientais e as infrações administrativas.

No final da década de 90, Honduras experimentou uma mudança muito importante em matéria penal para a regulamentação dos delitos ambientais, incorporando, em 08 de fevereiro de 1997, um capítulo sobre os delitos ambientais ao Código Penal (Decreto no. 1991–96). A despeito disto, pelo Decreto no. 59–67, de 10 de junho de 1997, derogou-se este capítulo.

## Salvador:

De conformidade com a Constituição da República, a proteção, a conservação e o melhoramento dos recursos naturais e o meio-ambiente devem ser objeto de legislação especial.

O texto constitucional, desta forma, remete-nos à Lei do Meio Ambiente do Salvador<sup>48</sup> (1998), a qual está dividida em 14 Títulos, que se agrupam em 3 partes. A parte I contém as disposições gerais e as regras sobre gestão do meio ambiente, incluindo os instrumentos de política do meio ambiente, a dimensão ambiental e a prevenção e controle da contaminação ambiental. A parte II ocupa-se das disposições sobre recursos naturais renováveis, os ecossistemas e os recursos naturais não renováveis. Finalmente, a parte III está destinada à responsabilidade administrativa, civil e penal, incluindo os procedimentos das mesmas.

A mencionada legislação, em seu artigo 105, estipula a responsabilidade penal: “como consequência da infração às disposições estabelecidas na presente lei, incorrendo em delito, será sancionado de conformidade com o estabelecido no Código Penal e, no seu artigo 106, determina a ação penal e a define como pública, correspondendo seu exercício à *Fiscalía General de la Republica*, sem prejuízo de que as pessoas naturais ou jurídicas possam exercer o seu direito de ação pessoal conforme previsto na presente lei e no Código Processual Penal”.

---

<sup>47</sup> Posteriormente suprimida por o Decreto número 218 – 96 que criou a Secretaria de Recursos Naturais ao Ambiente, com a Subsecretaria de Recursos Naturais e ambiente.

<sup>48</sup> Decreto 233. Assembléia Legislativa da República do Salvador.

Porém, o Código Penal da República do Salvador (Decreto no. 1030) destina o título X aos crimes relativos à ordenação do território, à proteção dos recursos naturais e ao meio ambiente, sancionando, em seu Capítulo I, com penas de um ano prisão ou dias multa aqueles que efetuarem construções não autorizadas (art. 253) ou funcionários públicos que outorgarem licenças contrárias às normas urbanísticas (art. 254).

O seu Capítulo II encontra-se destinado aos delitos relativos à natureza e ao meio ambiente, condenando com prisão as pessoas autoras de delitos de contaminação ambiental (art. 255), tanto agravada (art. 256), quanto culposa (art. 257). Assim como a pessoa que destrói, queima ou corta um bosque (art. 258), flora protegida (art. 259), fauna (art. 260) e fauna protegida (art. 261).

De sua parte, o art. 262 sanciona os funcionários públicos que omitam informações sobre algum delito ambiental.

### **Panamá:**

O Panamá não conta com uma norma constitucional que estabeleça o Direito dos cidadãos a um ambiente saudável<sup>49</sup>. Porém, o artigo 115 da Constituição Política estabelece o dever do Estado, assim como de todos os habitantes do território Panamenho, de proporcionar um desenvolvimento social e econômico que previna a contaminação do ambiente, mantendo o equilíbrio ecológico e evitando a destruição dos ecossistemas.

Assim, o artigo 116 do mesmo texto legal estipula a função do Estado de regulamentar, fiscalizar e aplicar oportunamente as medidas necessárias para garantir a utilização e o aproveitamento da fauna terrestre, fluvial e marinha, assim como os bosques, as terras e a água.

A norma base sobre a proteção do ambiente no Panamá é a Lei número 41<sup>50</sup>: Lei Geral do Ambiente, a qual está integrada por 131 artigos que regulam, de maneira sucessiva, temas tais como seus fins, a política nacional do ambiente, a organização administrativa do Estado para a legislação ambiental, os instrumentos para a gestão ambiental, a proteção da saúde e substâncias potencialmente perigosas, os recursos naturais, a responsabilidade ambiental, a investigação do delito ecológico, o órgão judicial e outras situações. Também encontramos diversos avanços nas políticas ambientais panamenhas na Lei Florestal (03 de fevereiro de 1994), na Lei 30 (30 de dezembro de 1995) e na Lei da Vida Silvestre (22 de setembro de 1996).

A legislação penal do Panamá estabelece direitos e responsabilidades em matéria ambiental, fixando a categorização da legitimação ativa em assuntos penais, civis e

---

<sup>49</sup> A norma constitucional existente no regime ecológico tem outra conotação.

<sup>50</sup> Lei 41 de Julho de 1998 – Gaceta oficial 23. 578 de 3 de Julho de 1998.

administrativas, no contexto jurídico nacional ou o princípio da Teoria dos Direitos Difusos, como meio idóneo para que a sociedade civil possa valer seus direitos. Estes princípios estão consagrados no artigo 111 da Lei 41 – a Lei Geral do Ambiente da República da República de Panamá.

Especificamente, a responsabilidade penal regula-se na Lei 24<sup>51</sup> (07 de junho de 1995), “pela qual se estabelece a legislação de vida silvestre na República de Panamá e ditam-se outras disposições”. Esta lei contempla multas e regulamenta violações com sanções de repressão da liberdade.

No entanto, no Projeto do novo Código Penal inclui-se um título denominado delito ecológico, o qual especificará os crimes e as penas aplicáveis.

### **Nicarágua:**

A legislação ambiental nicaragüense está composta por uma série de instrumentos de gestão tais como leis gerais, leis específicas, decretos presidenciais, decretos ministeriais, normas técnicas obrigatórias nicaragüenses e ordenanças municipais.

Na Constituição Política da República de Nicarágua, o art. 60 estabelece o ...”dever do Estado de garantir o direito de habitar em um ambiente saudável. É obrigação do Estado a preservação, a conservação e o resgate do meio ambiente e dos recursos naturais”.

A lei marco da Nicarágua é a Lei Geral do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais de Nicarágua (1997), tendo por objeto “estabelecer as normas para conservação, proteção, melhoramento e restauração do meio ambiente e os recursos naturais que o integram” (artigo 1º).

### **Costa Rica:**

Na última década, o desenvolvimento da legislação ambiental costarriquenha tem sido impressionante. Há duas reformas constitucionais – arts. 46 e 50 – de leis importantes: como a Orgânica do Ambiente, a de Biodiversidade, a de Conservação de Solos e as novas leis em matéria florestal e vida silvestre, sendo um dos denominadores comuns desta evolução o estabelecimento de limites ao direito de propriedade e à livre iniciativa econômica. Na Costa Rica, o direito de propriedade encontra-se reconhecido no art. 45 e no artigo 46, estabelecendo-se a liberdade de comércio ou livre iniciativa econômica, assim como a proteção da saúde, ambiente, seguridade e interesses econômicos, etc.

Ao lado destes artigos, na mesma Carta Magna, o artigo 50 estabelece o “direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado”, prevendo o dever do Estado de “garantir, defender e preservar este direito”.

---

<sup>51</sup> Lei 24 de 23 de Novembro de 1992 – Gaceta oficial 22.172 de 27 de Novembro de 1992.

Em geral, a Costa Rica possui 8 (oito) normativas específicas<sup>52</sup> em benefício da conservação do meio ambiente, assim como normativas gerais, na Constituição Política e nos Códigos Ambiental, Civil e Penal.

Depois da Conferência de 1992, continuou-se a tendência de estabelecer um marco jurídico para a política ambiental, diante da definição das leis gerais de princípios sobre a matéria, as quais deviam ser observadas nas atividades governamentais. No caso da Costa Rica, a lei básica ou marco para a proteção do meio ambiente é a Lei no. 7.554 – Lei Orgânica do Ambiente (1995), distribuindo seus 118 artigos permanentes em 22 Capítulos, os quais tratam de maneira sucessiva das seguintes matérias: a) disposições gerais da Lei; b) participação cidadã, educação e investigação ambientais; c) impacto ambiental, proteção e melhoramento do ambiente em assentamentos humanos; d) ordenamento territorial; e) áreas silvestre protegidas; f) recursos marinhos, costeiro e úmido; g) diversidade biológica; h) recurso florestal; i) ar, água e solo; j) recursos energéticos, contaminação e produção ecológica; l) organização administrativa, financiamento e sanções; m) Controlador do Ambiente; n) Tribunal Ambiental Administrativo; o) disposições finais.

Mas as novidades encontram-se na legislação setorial, onde os últimos desenvolvimentos mostram um propósito de adequação à legislação propriamente ambiental, precisamente em temas como a política nacional ambiental – Lei sobre a Biodiversidade de 1998.

Toda forma de reparação do dano ambiental deve corresponder aos princípios de prevenção, correção da fonte e do poluidor-pagador. No caso costarriquenho, encontramos no art. 99, inciso 'g' da Lei Orgânica do Meio Ambiente e no artigo 54 da Lei de Biodiversidade, a importância de restaurar o ambiente e sua biodiversidade no estado anterior à ocorrência do dano.

Em seu artigo 100, a Lei Orgânica do Ambiente 7.554 determina que a legislação penal, o Código Penal e as leis especiais estabelecerão as figuras delitivas correspondentes para a proteção do ambiente e da diversidade biológica. Tratando-se de delitos cometidos por funcionários públicos ou profissionais no exercício no seu cargo, a autoridade judicial poderá impor a pena de inabilitação especial por um máximo de 5 anos de acordo com os critérios gerais de imposição da pena.

No entanto, o artigo 30, inciso 'j' do Código Processual Penal prevê como causa de extinção da ação penal, a reparação integral do dano particular ou social causado pelo delito, sempre que seja aceito pela vítima e admitido pelo Ministério Público. Desta forma, a *restitutio in pristinum* deve ser sempre a primeira medida que se tem a procurar quando se produz o dano ambiental e unicamente quando tal reparação seja impossível realizar-se, seja pela irreversibilidade do dano ou pelo custo econômico desproporcionado, é que se recorrerá a ação penal.

---

<sup>52</sup> Lei orgânica do meio ambiente de Costa Rica; Lei de Biodiversidade; Lei Geral de água potável; Lei de água; Lei florestal; Regulamento para a regulação do uso racional da energia; regulamento de cessão de direitos e obrigações de contratos de exploração de hidrocarburos; e o Acordo de cooperação ambiental entre o Governo da República de Costa Rica e o Governo da Canadá.

Porém, o Código Penal Costarricense, em seus artigos do 257 a 262, sanciona com pena de prisão ou dias multa aquele destrua áreas ambientais protegidas e recursos naturais, contamine o ambiente, o ar, introduza ilegalmente substâncias tóxicas, assim como, qualquer delito contra a flora e a fauna silvestre.

Na Costa Rica, existe na atualidade o Projeto 14.899, que tem por objetivo buscar a interdição da impunidade por meio do fortalecimento e da especialização dos órgãos encarregados da justiça penal. Esta lei conhecerá de todos os delitos contemplados nas leis especiais encarregadas de normatizar os temas relacionados com o meio ambiente ou qualquer outro delito que possa prejudicar a flora, a fauna, a água e o solo. Esta possível jurisdição penal ambiental exercer-se-á em todos os juizados penais ambientais, incluindo os Tribunais Superiores.

Desta feita, percebemos que América Central, mesmo que seja um istmo com evidentes problemas sociais e econômicos, apresenta uma estrutura jurídica consciente das riquezas naturais que possui, estabelecendo sanções tanto administrativas, como civis e penais àqueles que não respeitam ativa ou passivamente à natureza.

## CONCLUSÃO

A título de conclusão, gostaríamos de trazer algumas reflexões do Prof. Gilberto Passos Freitas<sup>53</sup>, que nos explica grosso modo: “Para que a proteção do meio ambiente possa ser realmente eficiente devem os Estados limítrofes ou aqueles que por sua situação geográfica o exijam, estabelecer, como assinalado, programas de vigilância e controle e promover troca de informações, experiências e dados”.

No caso do Mercosul, a inexistência de um sistema judiciário, tem dificultado a aplicação das leis e de uma ação internacional na preservação dos ecossistemas que não podem ser tratados de acordo com divisas geográficas ou políticas, mas sim de forma integral sob pena de comprometimento das regras de proteção. Assim, propõe-se a criação de um Tribunal supranacional com Jurisdição Penal em todo o Mercosul para o julgamento de causas envolvendo os interesses dos países em nível público e privado.

Portanto, na Centro-América, observamos, no dia-a-dia, uma tendência a emissão de normas legais ambientais restritivas das atividades econômicas, mas, por outra parte, há uma corrente dirigida à desregulamentação e à facilitação das atividades empresariais e aos investimentos. O resultado é uma clara contradição, facilitando a evasão das normativas ambientais. Porém, a América Central aparece como um istmo consciente das crises geradas pelo predomínio de valores e práticas individualistas e agressivas para com o meio ambiente.

---

<sup>53</sup> PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *Mercosul e Meio Ambiente*, IN: *Direito Ambiental em evolução*, Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2002

Por isto, é de suma importância disponibilizar normativas e capacitar juízes formados em uma ética baseada na solidariedade e uma sensibilidade que lhes permitam tratar de uma forma adequada os problemas ambientais.

Em geral, no continente Americano, dever-se-ão adotar medidas aliadas a uma política comunitária do meio ambiente para um desenvolvimento direcionado não só a uma real melhoria da qualidade de vida, como para um maior crescimento econômico, uma vez que as sanções penais não resultam suficientes, nem compensatórias com os prováveis danos causados a natureza, os quais, na maioria dos casos, são irreversíveis.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO, João Marcello de, *Regionalização do direito penal no Mercosul (Contribuição para a História Jurídica do Mercosul)* In *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires, La Ley, 1997.
- ARAUJO, Nadia de. *Código do Mercosul – Tratados e legislação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- ATRI, Diana. *Harmonização e Integração em assuntos no meio ambiente no Mercosul (Harmonizacion e Integracion medioambiental em el Mercosur)* In revista de Derecho del Mercosur. Buenos Aires, La Ley, 1998
- BERTUCCI Rosana, CUNHA Eldis, CUNHA Tarciso, DEVIA Leila, FIGUEIRAS Marcos, RUIZ DIAZ Roberto, VIDAL PERERA Raquel, *Mercosur y Medio Ambiente*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996
- BERTUCCI SIQUEIRA, Rosana. “Instrumentos judiciais do cidadão em defesa do meio ambiente nos países do Mercosul” In *Revista de Direito Ambiental* N.4, São Paulo, 1998
- Bittencourt, Cezar Roberto. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, abril/98, n. 65, pág. 7.
- CAPPELLI, Silvia. Aulas proferidas na cadeira de direito ambiental dentro do curso preparatório à carreira do Ministério Público, Porto Alegre/RS, 2002
- CARO CORIA, Dino Carlos. “*Derecho Penal del ambiente. Delitos e Técnicas de Tipificação*” Parte Especial, pág. 1105 – 1006, décima sexta edição, Dikynson, Madrid, 1993.
- CASELL, Paulo Borba. *Código do Mercosul – Tratados e legislação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- Dotti, René Ariel, A responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas, *Revista de Ciências Criminais* n. 11, São Paulo, pág. 201

- HURTADO POZO, José. “Manual de Direito Penal”. Parte Geral, reimpressão da segunda edição, Eddili, Lima, 1987
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998
- MORATO LEITE, José Rubens. BUZAGLO DANTAS, Marcelo. *Os instrumentos de proteção ambiental e o mercosul*. In *Revista dos Tribunais*; São Paulo, 1996. V.725, P.39-48
- PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *Mercosul e Meio Ambiente* IN *Direito Ambiental em evolução*, Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2002.
- PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme. “Crimes ambientais e responsabilidade penal objetiva” IN: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=22&id=697>
- SHECARIA, Sérgio Salomão – Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999
- SCHEIBE, Virginia da Cunha. *Direito Ambiental no Mercosul*, palestra proferida no IV Congresso de Direito ambiental promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, 10.05.2001
- SILVA, Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis Especiais Anotadas*, 2da edição, editora Impresa, 2001
- SIRVINKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 1998, pp 22-23; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp 593-598
- SOUZA, João Ricardo Carvalho de. *Constituição Brasileira e Tribunal de Justiça do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001
- ZAVALA, Sheila Abed e FAELLA Ricardo Merlo. *Guia de derecho ambiental Del Paraguay*. Assunção: IDEA – Instituto de Derecho Ambiental, 1999.

# POPULAÇÕES INDÍGENAS E AS DISPOSIÇÕES CONSULTIVAS NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS DA NOVA ZELÂNDIA E DA PROVÍNCIA DE BRITISH COLUMBIA NO CANADÁ

---

João Daniel Macedo Sá<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O direito internacional incorporou modernos conceitos a respeito da proteção dos direitos humanos, que, inicialmente visavam proteger apenas indivíduos, mas gradualmente e com grande intensidade, começaram a conceber a existência de grupos e direitos coletivos:

A inter-relação entre direitos humanos e proteção ambiental é inegável. Direitos humanos dependem da proteção ambiental, e a proteção ambiental depende do exercício de direitos humanos existentes, como o direito à informação e o direito de participação política<sup>2</sup>.

Esses direitos devem ser efetivados no plano nacional, e também devem ser estendidos aos povos indígenas.

Entre as comunidades indígenas existe um forte senso de identidade, e uma ligação especial com a terra e o meio ambiente. Isto indica que o setor público deve focalizar maior atenção a questões que envolvem implementação política, fazendo cumprir a legislação ambiental e dando prioridade à defesa dos interesses da sociedade e dos povos indígenas.

O modelo no qual o direito ambiental vem se desenvolvendo está baseado num forte processo de participação pública. Podemos afirmar que grande parte dos países

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito, bolsista FIPSE/CAPES - Programa de Direito e Responsabilidade Ambiental (UFPA-BR/Pace University-EUA). Trabalho desenvolvido no curso de Direito Comparado do Professor Dr. Nicholas Robinson.

<sup>2</sup> KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*. 3ª ed. New York: Transnational Publishers, 2004. p. 726.

desenvolvidos e dos países em desenvolvimento possui dispositivos legislativos que afirmam esse processo<sup>3</sup>.

O processo de consulta constitui importante ferramenta, que, com o propósito de estabelecer uma política mais transparente, tem sido requerido antes e durante os processos de licenciamento ambiental.<sup>4</sup>

Apesar de estar contido em lei, o processo de consulta continua sendo desrespeitado diariamente. Não se sabe até que ponto a opinião pública deve ser levada em consideração durante os processo de tomada de decisão, e se questiona a legitimidade de um direito que garanta o acesso do público a essas informações. O assunto não será abordado neste trabalho, mas um dos objetivos do livre acesso às informações é explicar a lógica em que ocorre a política governamental, além de garantir a lisura do processo de tomada de decisões.

Em relação aos povos indígenas, a realização do processo de consulta constitui requisito importante para a afirmação dos direitos humanos. Esse processo visa a obtenção da autorização das comunidades para o acesso e exploração dos recursos naturais, ou mesmo para definição de atividades relacionadas à política governamental, tanto em suas terra, como em áreas limítrofes.

O direito à informação e o direito à participação política devem ocorrer nos processos diários de tomada de decisão, sempre que esses povos possam ser afetados por planos e ações do governo, tais como o desenvolvimento da agricultura, silvicultura, mineração, geração de energia hidrelétrica, proteção do meio ambiente, construção de infra-estrutura e projetos de assentamento, dentre outros.

Para determinarmos a eficácia do direito ambiental é necessário também que se efetue uma análise do papel delegado aos governos federal, estadual e municipal<sup>5</sup>. Esta diferenciação é importante para que se entenda o poder discricionário desses entes, a fim de que se saiba o papel que cada um pode cumprir.

Este trabalho faz uma análise comparativa sobre o processo de consulta das comunidades indígenas no Brasil, tomando como base o direito internacional e as experiências

---

<sup>3</sup> O Estudo de Impacto Ambiental é um bom exemplo que demonstra a necessidade da participação pública durante os processos de tomada de decisão. Entre os países que adotam esse procedimento de consulta popular estão Brasil, Estados Unidos, Nova Zelândia e quase todos os países do continente Europeu, dentre outros.

<sup>4</sup> O Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), recentemente lançou o Sistema de Informações sobre o Licenciamento Ambiental (SISLIC), que permitirá aos cidadãos o acesso *on line* aos processos de licenciamento sob avaliação do Ibama, garantindo mais agilidade, qualidade e transparência nos procedimentos. Disponível em: [[http://www.ibama.gov.br/novo\\_ibama/paginas/materia.php?id\\_arq=2057](http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/paginas/materia.php?id_arq=2057)]. Acesso em: 17 abril 2005.

<sup>5</sup> Neste trabalho, para manter a denominação original utilizada em outros países, as mesmas entidades também serão referidas como governos nacionais, provinciais ou regionais, e locais.

nacionais da Nova Zelândia e da Província de *British Columbia*, no Canadá. Foram analisadas também algumas decisões de tribunais que focaram suas atenções a problemas relacionados ao processo de consulta dos povos indígenas.

## 2. DIREITO INTERNACIONAL

Nas últimas décadas os direitos dos povos indígenas motivaram muitas discussões em fóruns internacionais. O resultado desse processo foi um corpo inovador de normas que refletem os anseios dos povos indígenas, e que propõem mudanças nas legislações de cada país.

No fim da década de 70, a agenda internacional de discussão sobre direitos humanos começou a buscar um melhor entendimento sobre as demandas e reivindicações de grupos identificados como “povos indígenas”<sup>6</sup>.

A categoria dos “povos indígenas” tem sido entendida como incluindo não apenas tribos, nações ou sociedades nativas das Américas, mas também outros grupos culturalmente diferenciados, tais como os *Maoris*, na Nova Zelândia, e as chamadas “Primeiras Nações”, no Canadá.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Populações Indígenas define povos indígenas como os “*descendentes dos originais habitantes dos territórios desde a colonização por estrangeiros*”<sup>7</sup>.

Como conseqüência desse processo, os direitos fundamentais dos povos indígenas ganharam maior reconhecimento do ponto de vista jurídico, e isso tem acontecido, de certa forma, num momento crucial da história, no qual questões ligadas à integridade territorial e soberania nacional têm sido reconsideradas e colocadas em cheque à luz de novos fatos na arena política global<sup>8</sup>.

Em 1989, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção 169 – Sobre os Povos Indígenas e Tribais. A Convenção incentiva os governos a “*consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Instituto Socioambiental, *International Rights*. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/internat.shtml]. Acesso em: 12 março 2005.

<sup>7</sup> SHELTON, Dina. *A Rights-Based Approach to Public Participation and Local Management of Natural Resources*, 227, nota de rodapé n. 8. Disponível em: [http://www.iges.or.jp/en/fc/phase1/3ws-26-dinah.pdf]. Acesso em: 20 abril 2005.

<sup>8</sup> Instituto Socioambiental, *International Rights*. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/internat.shtml]. Acesso em: 12 março 2005.

<sup>9</sup> Art. 6º, Convenção 169/OIT, de 1989. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/conv169.shtml]. Acesso em: 10 abril 2005.

A Convenção 169 também prevê que os direitos dos povos aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos:

Artigo 15, Item 2 - Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras, **os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados**, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades. (grifo nosso)<sup>10</sup>.

As Nações Unidas desenvolvem um importante papel na defesa dos direitos dos povos indígenas. A Agenda 21 é um dos mais importantes documentos a respeito deste tópico e contém seções específicas sobre os papéis dos governos e dos grupos sociais afetados em estabelecerem um diálogo no processo de tomada de decisões, diálogo esse, que leve em consideração a ligação especial destas comunidades com a terra e com o meio ambiente em que vivem<sup>11</sup>.

A Minuta de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Comissão de Direitos humanos) é outro importante documento que contém uma série de princípios afirmativos. Apesar da ausência de status legal, a Minuta é considerada fonte do direito internacional, que tende a comprometer os governos, na medida em que é adotada em consenso pelos países que fazem parte da Organização das Nações Unidas<sup>12</sup>. A Minuta afirma que:

Estados deverão adotar medidas efetivas, em consulta com povos indígenas envolvidos [...] <sup>13</sup>, povos indígenas têm o direito de participarem inteiramente, se assim escolherem, de todos os níveis do processo de tomada de decisão, em questões que possam afetar seus direitos [...] <sup>14</sup>, e o direito de requerer

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> A Agenda 21 foi produzida durante a Conferencia Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. O Capítulo 26 afirma que os povos indígenas precisam, *“em conformidade com a legislação nacional, de um maior controle sobre suas terras, manejo de seus próprios recursos e participação nas decisões relativas ao desenvolvimento que os afetem, inclusive, quando apropriado, participação no estabelecimento ou manejo de zonas protegidas”*(item 4). Disponível em: [[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/cap26.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap26.doc)]. Acesso em: 29 março 2005.

<sup>12</sup> Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, E/CN.4/Sub.2/1993/26 (8 de Junho de 1993) (elaborado por Chair-Rapporteur of the Working Group on Indigenous Populations).

<sup>13</sup> Art. 16, parte IV.

<sup>14</sup> Art. 19, parte V.

que os Estados obtenham seu prévio consentimento, livre e informado, sobre a aprovação de qualquer projeto afetando suas terras, territórios e outros recursos<sup>15</sup>.

O parágrafo 26, da Declaração de Joanesburgo em Desenvolvimento Sustentável, reafirma o princípio número 10 da Declaração do Rio<sup>16</sup>, quando reconhece que o “*desenvolvimento sustentável requer uma perspectiva a longo termo e com ampla participação baseada em formulações políticas, tomada de decisões e implementação em todos os níveis*”<sup>17</sup>.

O artigo 27 do Acordo Internacional em Direitos Políticos e Civis tem sido interpretado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas de uma ampla maneira, para abarcar direitos aos recursos naturais e à terra, afirmando que o gozo desses direitos pode justificar a adoção de medidas legais de proteção e medidas que assegurem a efetiva participação de membros das comunidades minoritárias nas decisões que os afetem<sup>18</sup>.

Ainda assim, pela fragilidade das relações em que o direito internacional subsiste, percebe-se que a proteção dos direitos dos povos indígenas é, em primeira instância, função dos países.

Isto posto, passaremos a discutir a implementação nacional e as provisões consultivas.

### 3. BRITISH COLUMBIA

Confederação de democracia parlamentar, atualmente o Canadá está dividido em 10 províncias e 3 territórios, tendo um sistema legal baseado no direito costumeiro inglês, exceto em *Quebec*, onde o sistema é baseado no modelo francês, de tradição romana.

A estrutura governamental administrativa é similar à do sistema brasileiro<sup>19</sup>, com os indígenas e as terras reservadas a eles também estando submetidos à exclusiva regulação federal<sup>20</sup>. Os governos locais são regulados pelas leis das províncias<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Art. 30, parte VI.

<sup>16</sup> O Princípio 10 afirma que: “*A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.*”

<sup>17</sup> Disponível em: [[http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/joanesburgo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/joanesburgo.doc)]. Acesso em: 20 março 2005.

<sup>18</sup> KISS & SHELTON. op. cit. p. 706. O Art. 27 afirma que “*nos Estados em que existem minorias étnicas, religiosas, e lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não deveram ter negados o direito, em conjunto com os outros membros de seus grupos, de gozar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, ou de falar sua própria língua.*”

<sup>19</sup> Canadá e Brasil estão baseados num sistema federativo de governo, o que significa que seus governos estão divididos entre autoridades nacionais, estaduais, e locais.

<sup>20</sup> Ato Constitucional de 1985, Seção 91 (24).

<sup>21</sup> Ato Constitucional de 1985, Seção 92 (8).

No Canadá, o Governo Federal buscou novas alternativas para lidar com os problemas dos povos indígenas e propôs a adoção de uma política voltada para o desenvolvimento sustentável, a ser construída com base num forte processo consultivo<sup>22</sup>. Esta abordagem foi determinada desde o reconhecimento de direitos aborígenes pela Constituição e devido à interpretação destes direitos pelas cortes superiores<sup>23</sup>.

A Seção 35(1)<sup>24</sup>, do Ato Constitucional de 1982, reconhece e afirma os direitos aborígenes existentes em tratados ratificados pelo o governo e pelos povos indígenas. Desde 1990 tem sido construída uma jurisprudência para a interpretação das garantias dos direitos aborígenes. A Suprema Corte do Canadá tem sido questionada quanto à natureza da proteção constitucional conferida pela Seção 35(1) e suas decisões sugerem que o processo de consulta dos povos indígenas é um potencial fator que pode levar ao infringimento desta norma<sup>25</sup>.

Os governos provinciais, locais, e o governo nacional têm fundamental interesse em estabelecer controle sobre o uso do solo, mas a terra é fonte de valores culturais e de subsistência para os índios<sup>26</sup>. Em consequência, muitas questões foram trazidas às cortes, desafiando garantias constitucionais e ventilando a possibilidade de o governo poder desconsiderar esses preceitos.

O caso *R. v. Sparrow*<sup>27</sup> foi um dos primeiros a requerer dos tribunais uma interpretação acerca do escopo da Seção 35(1), do Ato Constitucional de 1982. Em *Sparrow*, a Suprema Corte indicou que a obrigação fiduciária<sup>28</sup> existente entre a Coroa e os povos aborígenes, em termos de prioridade, requer que, normalmente, os interesses aborígenes sejam colocados em primeiro lugar. A justificativa para adoção de entendimento diverso irá depender “*de outras circunstâncias inquisitórias*”, e dentre outras situações, “*se o grupo em questão foi consultado em respeito as medidas de conservação propostas e implementadas*”<sup>29</sup>.

Em *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>30</sup>, decidido em 1997, a jurisprudência canadense já havia definido uma linha de raciocínio, como foi exposto pela Suprema Corte:

Primeiro, os interesses aborígenes nasceram desvinculados da ocupação ou uso específico da terra, e existiram por um longo e indefinido tempo, anterior à afirmação de soberania.

<sup>22</sup> Indian and Northern Affairs Canada. *INAC's Principles of SD*. Disponível em: [http://www.ainc-inac.gc.ca/sd/princ\_e.html]. Acesso em: 22 março 2005.

<sup>23</sup> TOTA, Katarzyna B. *Can place-based collaborative planning work between First Nations and Local Governments in Nova Scotia?*. Halifax, NS: Dalhousie University, 2002. p. 1.

<sup>24</sup> Constitution Act, 1982. s. 35(1): “*The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed*”. Disponível em: [http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex\_e.html]. Acesso em: 19 março 2005.

<sup>25</sup> MACKLEM, Patric. *Aboriginal Rights and State Obligation*. Alberta: Alberta L. Rev., Vol. 36, 1997. p. 112.

<sup>26</sup> TOTA. op. cit. p. 2.

<sup>27</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.R.C. 1075 (a partir de agora *Sparrow*).

<sup>28</sup> Dever fiduciário é a obrigação legal de uma parte em agir nos melhores interesses de outra parte.

<sup>29</sup> MACKLEM, op. cit. p. 119.

<sup>30</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.R.C. 1010. (a partir de agora *Delgamuukw*).

Segundo, os interesses aborígenes são comuns, consistindo de atividades de subsistência e não proprietárias. Terceiro, no direito comum, os direitos aborígenes existem por prazer da Coroa e podem ser extintos quando a intenção desta é clara e evidente. Este poder repousou com a Coroa Imperial durante o período colonial. Com a Confederação, a província obteve título à todas as terras da Coroa sujeitas aos “interesses” dos indígenas. Finalmente, a inextinguibilidade dos direitos aborígenes não é absoluta. As ações da Coroa e os direitos aborígenes podem, em circunstancias próprias, ser reconciliados. Falando de maneira geral, direitos aborígenes podem ser regulados pela Coroa apenas quando tal regulação operar para interferir nos direitos aborígenes com base em legítimos objetivos da Coroa, que podem honoravelmente ser justificáveis, sem a devida interferência de tais direitos. Além do mais, quando regular, o governo deve ser cuidadoso com o apropriado nível de prioridade que os direitos aborígenes têm em relação à competitivas atividades inconsistentes<sup>31</sup>.

O afastamento de direitos aborígenes deve necessariamente estar de acordo com objetivos legislativos que sejam substanciais, tais como o

desenvolvimento da agricultura, silvicultura, mineração, geração de energia hidroelétrica, desenvolvimento econômico dos interiores [...], proteção do meio ambiente e de espécies ameaçadas, construção de infra-estrutura e acomodação de populações externas para suportar esses objetivos<sup>32</sup>.

O caso *Delgamuukw* demonstra que o dever fiduciário pode ser determinado de uma maneira diferente da idéia de interesse prioritário. A Corte expôs que sempre existe um dever de consulta, mas os direitos aborígenes não são absolutos e podem ser afastados pelo governo. A natureza e o escopo do dever de consulta irão variar de acordo com as circunstancias<sup>33</sup>, e, como a Corte bem mencionou, este requisito “*pode ser satisfeito pelo envolvimento dos povos aborígenes nas decisões tomadas em respeito às suas terras*”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> Id. p. 1111.

<sup>33</sup> Id. p. 1113.

<sup>34</sup> Id.

Acordos contínuem sempre melhor solução que litigância. Em conseqüência disto, os governos locais e provinciais procuraram novas alternativas para resolver seus problemas com as comunidades indígenas<sup>35</sup>.

*British Columbia* é, das províncias canadenses, a que serve de melhor exemplo para ilustrar a peculiar relação estabelecida entre os governos locais e as comunidades originárias da região. Lá, os governos locais estão buscando levar em consideração diversos fatores durante o processo de tomada de decisão. Estes fatores envolvem estudos sobre a viabilidade econômica dos projetos, implicações sociais e culturais, e valores ambientais.

Em *British Columbia*, o contínuo desenvolvimento e expansão das cidades ocasionou um estreitamento das fronteiras que separam áreas urbanas de terras indígenas. Em conseqüência disso, as relações entre comunidades nativas e não-nativas tornou-se conflituosa. A proximidade das terras indígenas de áreas urbanas densamente povoadas levou os governos locais a estreitarem suas relações com essas comunidades indígenas.

As partes envolvidas definiram metas e passaram a negociar acordos e tratados, com a condição de elevarem a quantidade de terras sob o controle dos índios e de garantir o desenvolvimento econômico da região.

Antes de 1993, a União das Municipalidades de *British Columbia* (UBCM)<sup>36</sup> não reconhecia o papel dos governos locais na resolução dos conflitos com os índios. Esta reconhecia que haviam apenas três partes envolvidas nos processos de negociação: o Governo do Canadá, o Governo da Província de *British Columbia* e os Grupos Indígenas. Depois de muita pressão, o governo provincial assinou um Memorando de Entendimento, reconhecendo que os governos locais possuíam especial interesse nas negociações dos tratados, e que não poderiam ser tratados como terceira parte qualquer<sup>37</sup>.

Em 1994, a UMBC e a Província desenvolveram um Protocolo de Entendimento para representar os interesses dos governos locais no processo de negociação dos tratados, reconhecendo objetivos comuns na identificação de todos os interesses que poderiam ser afetados, e estabeleceu um compreensivo processo de consulta em cada área dos mesmos<sup>38</sup>.

Em 2003, um novo Memorando de Entendimento foi assinado. Este Memorando enfatiza a flexibilidade que os governos locais têm para participar dos processos de negociações dos tratados, e de uma forma adequada às circunstâncias da região. O documento também

---

<sup>35</sup> Cf. ADAMS, Peter. *Approaches and Options for Treaties in Urban area: A Discussion Paper*. Prepared for: Union of British Columbia Municipalities, Ministry of Aboriginal Affairs and the Ministry of Municipal Affairs (1999). Disponível em: [[http://www.mcaws.gov.bc.ca/lgd/gov\\_structure/first\\_nations/urban.pdf](http://www.mcaws.gov.bc.ca/lgd/gov_structure/first_nations/urban.pdf)]. Acesso em: 12 março 2005.

<sup>36</sup> *Union of British Columbia Municipalities*.

<sup>37</sup> CivicNet BC. *Local Government Involvement In Treaty Negotiations*. Disponível em: [<http://www.civicnet.bc.ca/siteengine/ActivePage.asp?PageID=8&bhpc=1>]. Acesso em: 12 março 2005.

<sup>38</sup> Id.

propõe diretivas sobre como o compartilhamento de dados e informações irá ocorrer, identificando os papéis e responsabilidades que cada parte deverá desenvolver.<sup>39</sup>

Podemos afirmar que hoje os governos locais estão usando os tratados de uma forma que equilibra os interesses de todas as partes. É um novo processo, que reflete ao mesmo tempo tanto as necessidades dos povos indígenas como da população canadense, e que tenta respeitar o uso tradicional da terra e dos recursos naturais.

#### 4. NOVA ZELÂNDIA

O sistema legal da Nova Zelândia está baseado no direito anglo-saxão, e o país possui legislação especial sobre uso da terra e Cortes especiais para os *Maoris*<sup>40</sup>. Atualmente o país está dividido em 13 regiões e os Atos Constitucionais representam as principais normas na hierarquia legislativa. Além dos Atos Constitucionais, o país possui outros documentos legais, aprovados tanto pelo Reino Unido como pelo parlamento neozelandês.

Como mencionado, o país possui um tribunal especial, chamado de “*Tribunal Waitangi*”, que foi estabelecido para julgar reivindicações dos *Maoris* contra a qualquer ato, política, ação ou omissão da Coroa que pudesse afetá-los de forma prejudicial. Muito embora suas decisões não tenham força impositiva sobre os atos do governo, o Tribunal se manifesta em muitas questões, e constitui uma espécie de órgão revisional<sup>41</sup>.

Antes das reformas administrativas, implementadas durante a década de 1980, as decisões do governo estavam extremamente centralizadas em nível nacional. Este modelo afetava o desempenho e autonomia dos governos locais e regionais, não apenas num âmbito geral, mas também nas questões ambientais<sup>42</sup>.

As discussões da década de oitenta focalizaram-se nesse modelo e levaram à criação de um novo programa de reformas nas esferas administrativa, econômica e social. Na área ambiental, as reformas levaram à reestruturação do governo em nível nacional e impuseram gradativa redefinição da jurisdição dos governos locais e regionais.

<sup>39</sup> O Memorando também explica como e quando os governos locais podem esperar assistência financeira. Este documento está disponível em: [[http://www.mcaaws.gov.bc.ca/lgd/gov\\_structure/first\\_nations](http://www.mcaaws.gov.bc.ca/lgd/gov_structure/first_nations)]. Acesso em: 12 março 2005.

<sup>40</sup> O povo *Maori* representa os originais habitantes da região onde hoje fica a Nova Zelândia. O povoamento do Pacífico ocorreu por meio de inúmeras “ondas” migratórias. Os Polinésios foram os primeiros povos do Pacífico ao Havaí, e ilhas do leste, até a Nova Zelândia, que foi um dos últimos lugares a ser povoado. Quem explica isso é a Professora Aroha Te Pareake Mead, da *Maori Business, Victoria Management School - Victoria University of Wellington*, na Nova Zelândia, e que contribuiu para a realização deste trabalho.

<sup>41</sup> O *Tribunal Waitangi* foi estabelecido pelo Ato sobre o *Tratado de Waitangi*, em 1975. Cf.: *Tribunal Waitangi*, disponível em: [<http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/>]. Acesso em: 16 março 2005.

<sup>42</sup> BURTON, Lloyd & COCKLIN, Chris, *Water Resource Management and Environmental policy Reform in New Zealand: Regionalism, Allocation, and Indigenous Relation.*, Colorado: Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y. - vol. 7, Winter, 1996. p. 85.

Adotado em 1991, o Ato sobre o Manejo dos Recursos Naturais (RMA)<sup>43</sup> é uma das mais recentes reformas implementadas na Nova Zelândia. Esta lei reflete a percepção de que deve haver uma descentralização da responsabilidade sobre o manejo dos recursos para os níveis regional e local<sup>44</sup>.

A linguagem do RMA incorpora inúmeros termos da língua *Maori*, e reconhece a tradicional relação desse povo com a terra, a água e demais recursos naturais. O Ato direciona as autoridades administrativas à especificamente levarem em consideração os princípios constantes no *Tratado de Waitangi*<sup>45</sup>.

O *Tratado de Waitangi* é um documento que foi assinado entre a Coroa Inglesa e os *Maoris* em 1840 e não possui nenhum status legal independente<sup>46</sup>. Até o presente momento, o tratado é referido separadamente em 35 Atos do Parlamento. A maioria dos estatutos não faz referência ao *Tratado de Waitangi*, e os que o fazem, estão relacionados ou com recursos naturais, ou legislação ambiental, ou a leis específicas que tratam dos direitos *Maoris*.<sup>47</sup>

É importante mencionar que antes do RMA:

a ausência de ratificação formal do Tratado de Waitangi pelo Parlamento encorajava uma linha de análise judicial que sustentava que o governo central da Nova Zelândia e jurisdições subordinadas não deveriam considerar-se legalmente atados ao Tratado, nos processos diários de tomada de decisões, exceto em instâncias em que eles fossem especificamente instruídos pelo Parlamento<sup>48</sup>.

Desse modo, a política governamental foi estabelecida em face do princípio de que os direitos existentes no *Tratado de Waitangi* não poderiam ser impostos pelos tribunais, exceto quando os mesmos fossem reconhecidos por lei<sup>49</sup>.

Após sua ratificação pelo Parlamento Neozelandês, a segunda parte da Seção 8, do RMA, tornou-se alvo de extensas considerações judiciais, não apenas porque teve o propósito

<sup>43</sup> *Resource Management Act 1991*, 32 R.S.N.Z.

<sup>44</sup> O RMA define os objetivos para o governo nacional na implementação de padrões nacionais específicos e transfere aos níveis locais e regionais a responsabilidade de implementar o Ato.

<sup>45</sup> RMA, Art. II, § 8.

<sup>46</sup> O texto do *Tratado de Waitangi* está disponível em: [http://www.treatyofwaitangi.govt.nz/treaty/translation.php]. Acesso em: 16 março 2005.

<sup>47</sup> State Services Commission. *The Treaty of Waitangi*. Disponível em: [http://www.treatyofwaitangi.govt.nz/treaty/principles.php]. Acesso em: 16 março 2005.

<sup>48</sup> BURTON & COCKLIN. op. cit., p. 93: quando referindo-se à decisão do Conselho sobre o caso *Te Heuheu Tukino v. Aotea Dist. Maori Land Bd*, [1941] N.Z.L.R. 590 (P.C.), decidido em 1941.

<sup>49</sup> *N.Z. Maori Council v. A-G*, [1992] 2 N.Z.L.R. 576, 603 (C.A.).

de proteger interesses *Maoris*, mas também porque este item expressamente reconhece o *Tratado de Waitangi*. O Ato direciona as autoridades locais e regionais a consultarem com os líderes de grupos *Maoris* sempre que estes possam ser afetados por planos e políticas do governo.

As decisões dos tribunais que se seguiram, focalizaram suas atenções na relação do governo com a população Maori, já que predominantemente, as instituições governamentais nos níveis local e regional, são lideradas por grupos não-*Maoris*, e conseqüentemente, estes são os que mais diretamente competem com os *Maoris* pelos benefícios econômicos da exploração da terra e dos recursos naturais<sup>50</sup>.

Num dos primeiros casos, em *Gill v. Rotorua Dist. Council*<sup>51</sup>, a Corte foi invocada a decidir se a Seção 8 do RMA<sup>52</sup> impunha à agencia municipal uma obrigação de consulta quando estivesse licenciando construções residenciais em zonas rurais. O Tribunal julgou que a consulta com o *tangata whenua* (que literalmente significa ‘povo da terra’ e é a expressão comumente utilizada para referir-se a comunidade de uma área específica) era necessária, pois esse era um dos princípios enumerados pelo Tratado de *Waitangi*. A Seção 8 do RMA impõe ao município uma obrigação de inquirição e não apenas de notificação do *tangata whenua*.<sup>53</sup>

Em *Haddon v. Auckland Resource Council*<sup>54</sup>, o Conselho de Recursos Naturais havia recomendado ao Ministro da Conservação que permitisse a extração de areia da costa de *North Auckland*. Neste caso, a Corte notou que o princípio consultivo aparentava não ter sido observado suficientemente antes do término do processo de autorização (licenciamento), dado o interesse *Maori* pela área. O processo de autorização tem inúmeras fases e a consulta com o *tangata whenua* tem que ser realizada nos primeiros estágios do processo, para que satisfaça esse princípio<sup>55</sup>.

Embora os casos acima citados demonstrem que o RMA explicitamente enfatiza a necessidade do processo de consulta com relevantes grupos Maoris, alguns casos decididos por um diferente juiz, em um posterior Tribunal, levaram a uma conclusão diferente<sup>56</sup>.

Em *Hanton v. Auckland City Council*<sup>57</sup>, o Tribunal distinguiu entre a explícita obrigação estatutária de consulta com o *tangata whenua*, quando os governos regionais e

<sup>50</sup> BURTON & COCKLIN. op. cit. p. 99.

<sup>51</sup> *Gill v. Rotorua Dist. Council* [1993] 2 N.Z.R.M.A. 604 (P.T.).

<sup>52</sup> Resource Management Act 1991, s. (8): “*In achieving the purpose of this Act, all persons exercising functions and powers under it, in relation to managing the use, development, and protection of natural and physical resources, shall take into account the principles of the Treaty of Waitangi (Te Tiriti o Waitangi)*”. Disponível em: [http://www.mfe.govt.nz/laws/rma/]. Acesso em: 18 março 2005.

<sup>53</sup> *Gill v. Rotorua Dist. Council* [1993] 2 N.Z.R.M.A. 604 (P.T.). p. 616.

<sup>54</sup> *Haddon v. Auckland Resource Council* [1994] NZRMA 49.

<sup>55</sup> Id.

<sup>56</sup> BURTON & COCKLIN. op. cit. p. 100.

<sup>57</sup> *Hanton v. Auckland City Council* [1994] NZRMA 289 (P.T.).

locais estiverem projetando planos e ações políticas, e a obrigação de consulta nos processos que envolvem a autorização para exploração de recursos naturais, indicando que no segundo caso não existiria uma obrigação explícita.

Em *Rural Management Ltd. v. Banks Peninsular Dist. Council*<sup>58</sup>, o Tribunal determinou que era obrigação do proponente do projeto, e não da autoridade governamental, identificar possíveis grupos afetados, ainda durante a fase licenciamento, e iniciar um processo de consulta com os mesmos.

Enquanto a abordagem do caso *Gill* identifica uma obrigação positiva de consulta por parte do Conselho Distrital, interpretação esta também adotada pela Suprema Corte no caso *Quarantine*<sup>59</sup>, e que deveria ter sido seguida por outras decisões, a abordagem do caso *Hanton* indica a imposição de algo menor que uma obrigação consultiva<sup>60</sup>.

O Tratado de Waitangi impõe uma proteção ativa dos interesses *Maoris*, e o princípio da consulta é apenas um dos relevantes aspectos do Tratado em face da Seção 8 do RMA. Constata-se que realmente existe um legítimo direito de consulta, e as matérias discutidas ao longo dos últimos anos são inteiramente procedimentais, envolvendo questões tais como prazos e forma de consulta, além da identificação dos grupos que devem ser consultados<sup>61</sup>.

A Nova Zelândia encontra-se num estágio em que a população e o governo reconhecem a importância que o ambiente representa para o povo *Maori*. O desafio atual é tentar acomodar outros valores, tais como a utilização eficiente dos recursos naturais, de uma maneira que realce e fortaleça o manejo sustentável. Apenas trabalhando em conjunto, essas pessoas poderão obter benefícios mútuos e apaziguar os conflitos.

## 5. BRASIL

O Brasil é um país de tradição romano civilista, e que tem na Constituição da República de 1988 seu mais importante documento legislativo. A CF delegou à União competência exclusiva para regular a matéria indígena<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> *Rural Management Ltd. v. Banks Peninsular Dist. Council* [1994] NZRMA 412 (P.T.)

<sup>59</sup> *Quarantine Waste (NZ) Ltd. v. Waste Resources Ltd.*, [1994] NZRMA 529 (H.C.). Este caso envolveu uma Ação de Revisão Judicial de uma decisão do Conselho da Cidade de Manukau que autorizava que o processo de licenciamento para uso do solo ocorresse sem consulta.

<sup>60</sup> BEVERLEY. op. cit. p. 136. É importante notar que o caso *Hanton* foi decidido antes do caso *Quarantine*.

<sup>61</sup> Id. p. 100.

<sup>62</sup> Art. 22, XIV, CF. O Art. 49, XVI, da CF, atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.

No Brasil, as condições e o contexto são, de alguma forma, diferentes dos países analisados anteriormente. Segundo as leis brasileiras, os Índigenas eram considerados relativamente incapazes, o que significava que os mesmos possuíam limitações no exercício dos seus direitos civis.

Este princípio foi estabelecido no antigo Código Civil Brasileiro de 1916, sendo adotado ao tempo da promulgação do Estatuto do Índio (Lei Federal n. 6.001/73).

Nós podemos afirmar que o princípio da consulta, em alguma instância, ficava diminuído no Brasil, pois as comunidades indígenas eram tutoradas pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que é um ente estatal. Mas com o advento da Constituição de 1988, a capacidade jurídica dos índios passou a ser rediscutida.

A CF garantiu aos Índios o direito ingressar em juízo na defesa de seus interesses e também delegou expressamente ao Ministério Público Federal (MPF) legitimidade para intervir em defesa dos interesses indígenas<sup>63</sup>.

O Novo Código Civil Brasileiro, de 2002, alterou o artigo que trata do exercício dos direitos civis, e determinou no parágrafo único do Art. 4º, que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Só que desde àquela época ainda não foi aprovada nenhuma lei sobre o assunto, o que gera ainda mais debate.

Apesar de ter a responsabilidade de proteger e garantir os direitos dos povos indígenas no Brasil, a FUNAI não possui uma específica obrigação de consulta perante essas comunidades. Teoricamente, não existiria obrigatoriedade de consulta pelo fato de que a legislação especial ainda não foi aprovada, o que deixa a situação dos indígenas pendente. A FUNAI foi criada para proteger os interesses indígenas até que os mesmos fossem integrados à sociedade<sup>64</sup>. Essa realidade não existe mais, e somente com a edição da legislação especial, saberemos como ficará regulamentada essa questão.

Podemos notar que tanto o Canadá quanto a Nova Zelândia possuem dispositivos afirmando que os povos indígenas devem ser consultados de alguma forma, antes ou durante a implementação de projetos que possam causar significativas mudanças nos seus territórios e áreas circunvizinhas.

Analisando essa questão sob outro aspecto, nota-se que no Brasil, também existe um poderoso dispositivo que reflete essa política de proteção dos povos indígenas, e que pode ser interpretado de forma extensiva para limitar a discricionariedade da FUNAI e demais órgãos que possam exercer competência sobre a matéria. A Magna Carta não apenas

---

<sup>63</sup> Art. 232 c/c Art. 129,V, CF.

<sup>64</sup> Atualmente existe um concernimento de que o Estatuto do Índio estaria em violenta divergência aos princípios da CF, pois esta não fala sobre integração nacional das comunidades e, ao contrário, assegura a elas o direito de serem diferentes do resto da nação (Art. 231, CF).

tem um capítulo inteiro dedicado aos Indígenas, como possui um específico parágrafo, no Art. 231, enfatizando a necessidade de consulta:

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas**, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (grifo nosso)<sup>65</sup>.

Em 2001, o Ministério Público Federal (MPF) postulou provimento liminar nos autos da Ação Civil Pública 2001.39.005867-6, objetivando a sustação da elaboração do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) para a implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, localizada no Rio Xingu, o Estado do Pará<sup>66</sup>.

O MPF sustentou que a CF requer a autorização do Congresso Nacional para qualquer projeto intencionado a explorar potenciais energéticos pelo aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. O MPF desafiou o projeto porque a usina hidrelétrica, caso construída no Rio Xingu, que corta terras indígenas, iria inundar aproximadamente 200 km<sup>2</sup> de área, influenciando no volume de água do rio, e afetando as reservas indígenas.

O TRF da 1ª Região concedeu o provimento liminar, mas o réu requereu efeito suspensivo da decisão para poder permitir a continuidade dos estudos de impacto ambiental para a elaboração do EIA/RIMA e interpôs agravo regimental contra a decisão indeferitória do efeito suspensivo.

A decisão que se seguiu, foi proferida nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.  
 PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.  
 DECISÃO CONCESSIVA DE PROVIMENTO LIMINAR.  
 AGRAVO DE INSTRUMENTO: REEXAME DOS  
 PRESSUPOSTOS DA LIMINAR. AGRAVO  
 REGIMENTAL: NÃO-CABIMENTO. CONSTRUÇÃO  
 DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO  
 DA UNIÃO E QUE ATRAVESSA ÁREAS DE TERRAS  
 INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E  
 RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL.  
 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: COMPETÊNCIA DO

<sup>65</sup> Art. 231, § 3º, CF.

<sup>66</sup> Ação Civil Pública n.2001.39.00.005867-6 – 5ª. Vara Federal - TRF 1ª. Reg – Juiz Silvio Coimbra Mourthe.

IBAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: REQUISITOS (ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93). APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS EM TERRAS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.”

1. Não cabe agravo regimental da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento (artigo 293, § 3º, do RI/TRF - 1ª Região) 2. O objeto do agravo de instrumento, interposto contra decisão concessiva de provimento liminar, cinge-se ao reexame dos pressupostos para a sua concessão: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

3. É imprescindível a intervenção do IBAMA nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).

4. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.

5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.

6. Agravo regimental não-conhecido.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Em seu voto, o Exmo. Sr. Juiz Alexandre Vasconcelos sustentou que o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetuado com a prévia autorização do Congresso Nacional, no termos do Art. 231, § 3º, da CF, e essa autorização deve anteceder inclusive aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndio indevido do dinheiro público<sup>67</sup>.

Como mencionado acima, projetos que podem afetar terras indígenas devem ser licenciados pela agência ambiental federal, no caso o IBAMA. Atualmente, no Brasil é o proponente do projeto quem deve identificar possíveis comunidades afetadas.

---

<sup>67</sup> *Agravo de Instrumento* 2001.01.00.030607-5/PA – 6ª. T.- TRF 1ª. Reg.– j. 17.09.2001 – rel. convocado Juiz Alexandre Vasconcelos. Voto fls. 5/6.

Posteriormente, este deve comunicar o IBAMA, que irá contactar a FUNAI. A FUNAI, por sua vez, consulta as comunidades afetadas e emite um parecer<sup>68</sup>.

A Medida Provisória n. 2.186, de 23 de agosto de 2001, que regula o acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional, também requer o prévio consentimento dos povos indígenas. Este texto legal contém dispositivos que expressamente requerem o prévio consentimento do Congresso Nacional, após a aprovação das comunidades envolvidas<sup>69</sup>.

A MP 2.186 visa proteger o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais, e afirma que o governo reconhece os direitos dessas comunidades em decidir sobre o uso desse conhecimento. Isso inclui a realização de testes, pesquisas, ou a exploração<sup>70</sup>. O mais importante é que esse processo de consulta deve ser prévio e informado<sup>71</sup>.

No Brasil, o Governo Federal não autoriza os governos municipais a estabelecerem acordos com os povos indígenas localizados em suas regiões. O motivo dessa restrição parece ser uma preocupação do Governo de que essas entidades careçam de infra-estrutura e treinamento, não estando por isso preparadas para lidar com as comunidades indígenas. Outro fator, ao que nos parece, é o fato de ser o ente municipal o agente responsável pelo micro zoneamento de sua área, podendo por isso, representar o maior perigo aos grupos indígenas. Muitas vezes, é a atuação do Município que determina a distribuição espacial da população, e a exploração dos recursos naturais.

Em 1991 um novo Estatuto do Índio foi proposto, e foi aprovado por uma comissão especial da Câmara dos Deputados em 1994<sup>72</sup>. O novo Estatuto adapta a legislação à Constituição de 1988, pois o índio passa a ser apenas assistido pelo Estado. Entretanto, o trâmite deste projeto de lei foi paralisado e até hoje, algumas propostas, inclusive por parte do governo, estão sendo examinadas pelo Congresso, mas não existe nenhuma certeza quanto à aprovação do novo Estatuto das Sociedades Indígenas<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> A Coordenação Geral do Patrimônio Indígena e do Meio Ambiente (CGPIMA) é o setor responsável, dentro da FUNAI, pela elaboração dos pareceres. Para maiores informações, disponível em: [http://www.funai.gov.br/quem/endereco/fone/cgpima2.htm]. Acesso em: 05 abril 2005.

<sup>69</sup> Art. 16, § 9, MP 2.186.

<sup>70</sup> Arts. 8º e 9º, MP 2.186.

<sup>71</sup> Art. 11, IV e Art. 14, I, MP 2.186.

<sup>72</sup> Projeto de Lei n. 2057/1991, de autoria do à época então, Deputado Aloísio Mercadante-PT/SP.

<sup>73</sup> Na última consulta, datada de 09 de abril de 2005, verificou-se que o Projeto foi encaminhado à Coordenação de Comissões Permanentes (CCP) em 14 de março de 2005, para republicação, em virtude de incorreções.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observância das normas de direito internacional depende da atuação dos países, pois ainda não existe um efetivo mecanismo que imponha cumprimento das mesmas. No tocante às populações indígenas, não existe nenhum tratado específico, existem apenas acordos. Desse modo, para alcançarmos a proteção desses povos, essa efetivação deve ser estabelecida pelas legislações nacionais de cada país.

Em todos os países analisados, constatamos que existem legislações que incorporam conceitos a respeito da proteção dos direitos dos povos indígenas. Os povos indígenas possuem um direito à terra que lhes é inato, e a realização do processo de consulta reflete a inter-relação dos direitos humanos com a proteção ambiental.

Podemos concluir que o processo de consulta deve ser mais que apenas mera consulta. Deve ser realizado de uma forma efetiva, que não viole os direitos que esses povos herdaram, de viver nesses locais.

Sozinho, o desenvolvimento econômico pode levar a um incontrolado processo de exploração dos recursos naturais. Este sistema deve ser balanceado, baseando-se tanto em políticas de conservação, como na descentralização governamental.

Olhando para o caso de *British Columbia*, podemos observar que os governos provinciais que negociam em nome dos governos locais podem não endereçar adequadamente as questões sobre o uso do solo e expansão urbana. Podemos também notar que em *British Columbia* existe um esforço de se cumprir com o processo de consulta, e os governos locais foram chamados à mesa de negociação, e ao menos então tentando estabelecer um processo de diálogo.

Da mesma maneira, na Nova Zelândia, a atual situação em que se encontram os *Maoris*, e sua participação no processo político de tomada de decisões, reflete uma evolução do conceito. Os *Maoris* têm sido chamados a efetivamente participarem dos procedimentos de que envolvem a utilização de recursos naturais em suas terras ou áreas de interesse dos mesmos.

Em ambos os casos, o processo histórico levou à realização de acordos entre as comunidades e os governos locais. O papel dos governos nacionais continua sendo o de estabelecer normas nacionais uniformes. E o processo de descentralização tem estendido maior autonomia aos governos locais, que arcam com o ônus de implementar essas políticas.

Por isso, cremos que a inclusão dos povos indígenas e dos governos locais no processo de tomada de decisão do Governo Brasileiro pode melhorar esse sistema, ao mesmo tempo em que possibilitaria o desenvolvimento econômico local e ajudaria a implementar uma política mais equitativa.

Sabemos que na maioria das vezes, os poderes locais têm interesses divergentes aos interesses indígenas, e por isso seria importante que fosse estabelecido um sistema formal e

bem definido, que permitisse à ambas as partes exporem suas idéias e defenderem seus interesses. Como resultado, seriam produzidos documentos formais vinculativos.

Vale ressaltar que o sistema que o Governo Brasileiro vem adotando para a demarcação das Terras Indígenas é apenas um dos muitos pontos controvertidos que poderia ser trazido às mesas de negociação. Apenas com diálogo será possível evitar o aumento desses conflitos. Do contrário, as áreas indígenas provavelmente continuarão sendo invadidas, e os recursos naturais explorados de forma ilegal, com a aquiescência, ou poderíamos dizer, “condescendência” dos governos locais.

A Constituição Brasileira faz específica menção ao princípio da consulta dos povos indígenas. Mesmo sendo considerada uma importante provisão, deve ser dito que anterior a autorização do Congresso Nacional, é necessária a consulta das possíveis comunidades afetadas.

O Governo Brasileiro deve rediscutir o papel dos municípios, na busca de estreitar as relações entre os governos locais e os povos indígenas. Poderia ser estabelecido um processo de diálogo, mas essa questão demandará tempo e envolve conflitos de competência. Certo é que essa aproximação poderia levar à concretização de futuros acordos e gerar uma política mais condescendente com o manejo dos recursos.

É importante que se avalie a forma e o grau de consulta com o governo na projeção de planos, políticas e respostas a esses requerimentos de consulta em projetos.

E também é importante que se avalie a capacidade indígena para significativamente entender e participar em procedimentos de licenciamento, dada a complexidade que certos projetos e dado o poder de convencimento dos proponentes em aprovarem os requerimentos. Pode ser difícil para as comunidades para entenderem os impactos que os projetos podem acarretar e isso acaba prejudicando o próprio processo.

O processo de licenciamento ambiental é apenas um dos aspectos que deveria envolver a consulta das comunidades indígenas, pois existem outros fatores. Devemos respeito aos povos indígenas, às suas terras, e aos seus costumes. Se o “branco” não demonstra respeito pelo índio, o índio não tem porque respeitar o “branco”. E se o Estado, que é o ente que foi criado para estabelecer as leis e resolver os conflitos em benefício do bem comum e do povo, não estiver presente, retornaremos ao estado em que o homem buscava o direito pelo exercício de suas próprias razões.

O atual governo parece estar buscando o direito de participação de todos, como podemos perceber pelas palavras da Ministra Marina Silva:

A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre

materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos<sup>74</sup>.

## 7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. O processo de consulta está previsto na CF, e é requisito obrigatório, devendo ser estabelecido até mesmo antes da autorização do Congresso nacional.

2. A CF é a lei maior da nação, então o requisito do art. 231, § 3º, pode ser interpretado de maneira extensiva para obrigar a FUNAI e demais órgãos administrativos a observarem o dispositivo, devendo o processo de consulta ser realizado em todo e qualquer tipo de ação que afete as comunidades indígenas.

3. Constitui alternativa positiva o processo de descentralização política, com gradativo aumento de participação dos governos locais (municípios) no processo de negociação com as comunidades indígenas, principalmente nas áreas onde a distância que separa as terras indígenas dos centros urbanos é cada vez menor.

4. A negociação de tratados entre governos locais e os povos indígenas é uma alternativa viável e tem demonstrado resultados positivos na Nova Zelândia e no Canadá. No Brasil, os tratados podem ser utilizados como alternativa para regiões em que ainda não foram criadas e demarcadas terras indígenas, ou para as regiões que, mesmo com a demarcação, ainda apresentam graves conflitos.

---

<sup>74</sup> Disponível em: [[http://www.mma.gov.br/index.cfm?id\\_estrutura=18](http://www.mma.gov.br/index.cfm?id_estrutura=18)]. Acesso em: 12 abril 2005.



## AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL: O AQUÍFERO GUARANI

---

**Manuel Martin Pino Estrada\***

INTRODUÇÃO. 1. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. 1.1 Definição e enquadramento jurídico das águas subterrâneas. 1.2. Legislação. 1.3. Vantagens. 1.4. Definição e enquadramento jurídico das águas minerais. 1.5. Definição e enquadramento jurídico da água potável. 1. 6. Definição e enquadramento jurídico de bacia hidrográfica. 1.7. Prescrição de crime ao meio ambiente. 2. USO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. 2.1. A outorga. 2.2. Procedimentos adotados pelo Departamento de Recursos Hídricos para a outorga de águas subterrâneas no Estado do Rio Grande do Sul. 2.3. A concessão de lavra de água mineral e a sua comercialização 3. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E O AQUÍFERO GUARANI. 3.1. Origem e descrição do Aquífero Guarani. 3.2. O Aquífero Guarani no Estado do Rio Grande do Sul 3.3. O Aquífero Guarani no âmbito internacional: o Tratado da Bacia do Prata. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

### INTRODUÇÃO

As águas subterrâneas sempre foram utilizadas como fonte de abastecimento das populações de regiões áridas e semi-áridas, desde os primórdios das civilizações antigas, estima-se que as escavações realizadas para a extração de água subterrânea para consumo humano datam de pelo menos 8000 anos A.C. A perfuração de poços, utilizando-se de varas de bambu, por exemplo, iniciou-se na China por volta de 5000 A.C e no Brasil, a utilização das águas subterrâneas ocorre desde o período colonial, podendo ser atestada pelos “cacimbões” existentes nos fortes militares, conventos, igrejas e outras construções dessa época. Atualmente, o Estado de São Paulo é o estado brasileiro que mais se utiliza deste recurso ambiental e de maneira genérica as águas subterrâneas são utilizadas para o abastecimento de grande maioria da população rural, de 90% das indústrias e de 65% da população urbana.

---

\* Mestrando em Direito Privado

Entre os motivos que explicam e crescente utilização das águas subterrâneas encontra-se a necessidade de mitigar racionamentos ou rodízios do sistema de abastecimento, como também a busca de soluções econômicas para o uso da água<sup>1</sup>.

## I. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

### 1. Enquadramento jurídico das águas subterrâneas

Conforme o Inciso I do artigo 1º da Resolução CNRH 15, de 11.01.2001 são: “aquelas que correm naturalmente ou artificialmente no subsolo”.

A Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente 4/2000, no artigo 2º, Inciso II são: “águas que transitam no subsolo infiltradas na zona de saturação e suscetíveis de extração e utilização”.

Segundo o dicionário de Hidrologia de Mário Gonçalves “são águas que atingem a superfície do solo a partir das precipitações, retidas nas depressões do terreno, ou escoando superficialmente ao longo dos talwegues, podendo infiltrar-se por efeito das forças de gravidade e de capilaridade. Suprimento de água doce sobre a superfície da terra, em um aquífero ou no solo, que forma um reservatório natural para o uso do homem. Água que preenche totalmente os poros e fraturas que ocorrem sob a superfície do solo. Corrente líquida subterrânea que corre dos poros ou fraturas de uma camada de rocha ou solo”<sup>2</sup>.

### 1.2. Legislação.

Art. 26 CF/88: “Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obra da União;”

Acabaram-se, pois, com a Constituição Federal de 1988 as águas particulares ou comuns, previstas no Código Civil e no Código das Águas, visto que a Constituição passou a considerar bens dos Estados as águas caracterizadas no artigo 26 e o respectivo inciso I acima transcritos da Carta Magna, ressalvadas as decorrentes de obra da União. Ainda passaram para a União, os rios e lagos internacionais ou que banhem mais de um Estado (art. 26, III).

---

<sup>1</sup> FEDELI, Cláudia Cecília. Responsabilidade Penal por contaminação de águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, n° 34.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Mário Jorge de Souza. Glossário de Hidrologia. Salvador – BA, Gráfica Santa Helena, 2002.

- Lei n.º 6.134, de 2.06.88, do Estado de São Paulo, dispondo sobre a preservação dos depósitos naturais de águas subterrâneas do Estado.

- Decreto 32.955/91, do Estado de São Paulo, atribuindo à CETESB prevenir e controlar a poluição das águas subterrâneas.

- Lei n.º 9.433, de 08.01.97, art. 49, dispondo que constitui infração iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alteração no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes e, perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização.

Na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Processo RESP 588022/SC; Recurso Especial 2003/0159754-5, tendo como Relator o Ministro José Delgado, encontra-se o seguinte:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do manguê nessa região.

5. Recursos especiais improvidos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> www.stj.gov.br

## Domínio das águas subterrâneas:

Há muitas controvérsias no que concerne à competência para legislar sobre as águas subterrâneas e seus respectivos domínios. Segundo consta em publicação do Ministério do Meio Ambiente dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, para divulgação da Lei n.º 9.433/97, destacamos o seguinte: “No caso das águas subterrâneas, os aquíferos, entendidos como estruturas que retêm águas infiltradas, podem ter prolongamentos além das fronteiras estaduais, passando portanto a ser de domínio federal. Essas águas, assim podem ser federais ou estaduais, diferente do que se popularizou como titularidade dos Estados. A caracterização vai depender das direções dos fluxos subterrâneos e das águas de recarga (alimentação) e se as obras para sua captação foram contratadas pelo poder público federal (...)”.

### 1.3. Vantagens:

Podemos elencar muitas vantagens da utilização das águas subterrâneas, dentre as quais:

- A captação apresenta baixos custos se **comparados** com os das águas superficiais por exigir menos construções;
- Maior facilidade de exploração, podendo ser ter sua prospecção mais popularizada;
- Menor impacto ambiental, desde que os poços sejam feitos com a devida outorga da autoridade administrativa, seguindo-se corretamente todos os trâmites técnicos exigidos;
- Apresentam bom nível de potabilidade, ou seja é de boa qualidade para o consumo humano;
- As águas subterrâneas por estarem em locais sem contato direto com as nossas atividades são mais protegidas dos agentes poluidores;

As águas subterrâneas são atualmente a fonte de abastecimento preferida. Elas apresentam maior facilidade de exploração, baixo custo e boa qualidade. Situam-se nos aquíferos, que podem ser considerados como o solo, rocha ou sedimento permeável, capaz de armazenar água subterrânea. O Brasil é rico em lençóis freáticos e, por isso, tem crescido muito a perfuração de poços artesianos.

Apesar da importância, as águas subterrâneas não vêm sendo objeto de regulamentação. Segundo o art.26, incisos I, elas se incluem entre os bens dos Estados. Suscita dúvida a quem pertencem essas águas quando se estendem pelo território de mais de um Estado, como por exemplo, o aquífero de Botucatu, que abrange os Estados de São Paulo e do Paraná. Todavia, ao meu ver, não é possível concluir que tal circunstância torne as águas subterrâneas bem da União, pois inexistente qualquer dispositivo na Carta Magna que disponha de tal forma. E não é possível falar-se em analogia com a situação das águas superficiais, ou seja, os rios que dividem ou atravessam dois ou mais Estados.

Portanto, referido bem econômico é mesmo do Estado em que se localiza. O órgão estadual gestor das águas é que deverá fornecer a outorga a quem pretender utilizá-las. Da mesma forma, deverá zelar para que a qualidade do líquido seja preservada pois, como alerta Daniela Caride, muitos poços estão poluindo lençóis subterrâneos. E estes demoram alguns milhares de anos para serem despoluídos. Os mananciais não são como os rios, que em 15 a 20 dias se renovam .

Ensina Dorothy C.P. Casarini que são fontes de elevado potencial poluidor para solos e águas subterrâneas os lançamentos e irrigação de efluentes líquidos das atividades industriais químicas, petroquímicas, metalúrgica, usinas de açúcar, destilarias de álcool, cítricas, curtumes, matadouros, frigoríficos e laticínios, beneficiamento de látex, assim como o armazenamento e destinação inadequadas de resíduos sólidos industriais classe I, das atividades metalúrgica, mecânica e curtume e classe II .

O problema não fica apenas na poluição. O ato de perfurar poços artesianos sem a outorga da autoridade administrativa também traz conseqüências perigosas. Sabidamente, há um limite para que se adote tal proceder. Quando ele não é observado, podem ocorrer conseqüências iguais às da Cidade do México, onde o solo está afundando e o metrô, rodovias, edifícios, sofrem rachaduras decorrentes da instabilidade .

Aí está mais uma matéria a exigir educação ambiental ou mesmo ação efetiva do Estado. Em São Paulo o Decreto no 32.955, de 1991, atribui à CETESB prevenir e controlar a poluição das águas subterrâneas. Pernambuco, Ceará e Rio Grande do Norte já possuem legislação a respeito. Nos demais Estados a matéria está sendo objeto de estudos e, presume-se, em breve tempo a preservação será mais efetiva<sup>4</sup>.

#### 1.4. Definição e enquadramento jurídico das águas minerais

Conforme o artigo 1º do Decreto Lei 7.841 de 8.8.1945 (Código das Águas Minerais) são: “aquelas provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que possuam composição química ou propriedades físicas ou físico-químicas distintas das águas comuns, com característica que lhes confirmam uma ação medicamentosa”.

As águas minerais, embora sejam subterrâneas, são tratadas em separado esquivando-se da categoria de bens dos Estados. Elas são classificadas como recursos minerais, dentre os quais o único renovável e fazem parte dos bens da União. Aliás, a Constituição Federal de 1988 fez uma distinção entre águas subterrâneas e recursos minerais do subsolo e atribuir a competência legislativa à União em matéria de jazidas, minas, outros minerais e metalurgia (artigos 20 e 22, Inciso XII da Constituição Federal de 1988).

---

<sup>4</sup> SILVA, Solange Teles da. Aspectos Jurídicos das águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, n° 32.

Água que contém sais minerais, em solução, gases, em quantidade acima do normal, e substâncias especiais, em quantidades relativamente consideráveis, que se acredita, serem boas à saúde. Toda água natural à qual é atribuída uma propriedade terapêutica qualquer, relacionada às substâncias que contém em solução, ou certas características físico-químicas.

### 1.5. Definição de água potável

Segundo o artigo 3º do Código das Águas Minerais de 1945 são: “as águas de composição normal, provenientes de fontes naturais ou de fontes artificialmente captadas que preencham tão somente as condições de potabilidade para a região”.

### Definição de aquífero

Segundo o Inciso III do artigo 1º da Resolução do CNRH 15, de 11.01.2001 é: “o corpo hidrogeológico com capacidade de acumular e transmitir águas através dos seus poros, fissuras ou espaços resultantes da dissolução e carreamento de materiais rochosos”.

Aquífero é a água subterrânea estabelecida em uma formação suficientemente porosa (camada ou estrato) de rocha permeável, areia ou cascalho, capaz de armazenar e fornecer quantidades significativas de água. Toda formação geológica capaz de armazenar e transmitir água em quantidades apreciáveis, que possua permeabilidade suficiente para permitir que esta água possa movimentar e posteriormente ser utilizada pelo homem.

Em termos leigos o aquífero é a rocha que possui porosidade e permeabilidade, acumulando água.

A extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo está sujeita à outorga pelo Poder Público (art. 12, Inc. II, da Lei 9.433/97), ainda, esta lei não previu que será necessária a outorga para a recarga artificial dos aquíferos.

### 1.6. Definição de bacia hidrográfica

O artigo 20 da Lei 8.171/91, que dispõe sobre princípios de Política Agrícola, definiu a bacia hidrográfica como unidade básica de planejamento do uso, da conservação e da recuperação dos recursos naturais. A Lei 9.433/97 elegeu a bacia hidrográfica como unidade territorial para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (artigo 1º, Inciso V). Na verdade, a legislação não definiu o que é uma bacia hidrográfica, portanto deve-se ir aos conceitos técnicos. A bacia hidrográfica é o conjunto de terras drenadas por um rio principal e seus afluentes, enquanto que a bacia hidrogeológica constitui a unidade geológica dotada de pelo menos um aquífero, de extensão significativa, integrando esta as águas subterrâneas.

E a bacia hidrográfica é a área total dos fluxos de água e dos recursos hídricos superficiais e subsuperficiais que participam de uma bacia hidrográfica.

### 1.7. Prescrição de crime ao meio ambiente

A ação para reparação do dano ao meio ambiente não está sujeita a prazo prescricional. Se a prescrição fulmina o direito de ação por inércia no tempo do seu titular, não seria concebível sua aplicação em tema de direito ambiental, que se caracteriza, entre outras coisas, por apresentar titularidade difusa. Ademais, como as condutas lesivas ao meio ambiente se protraem no tempo, seria impossível determinar-se o marco inicial da contagem do prazo prescricional.

No máximo, poder-se-ia admitir a prescrição de direitos individuais homogêneos (patrimônio privado ou a saúde das pessoas), a se operar no prazo de 20 anos, nos termos da lei civil.

Nem a cessação da atividade danosa é motivo suficiente para afastar a tese da imprescritibilidade. Isso porque a redução ou eliminação da ação degradadora não evita que seus efeitos perdurem, protraindo-se no tempo, indefinidamente, o que torna difícil - senão impossível - a fixação de um marco inicial para fins de prescrição.

Note-se, a propósito, as observações de Ricardo Kochinski e Darlan Rodrigues Bittencourt:

Por outro lado, o tempo que dura a inércia não pode, tampouco, ser revelado, pois o dano ambiental pode ter amplitude tal, que venha a repercutir não só nas gerações atuais como nas futuras. Restaria severamente prejudicada a proteção constitucional das gerações futuras a um meio ambiente equilibrado, se fosse admitida a idéia de prescrição. O dano ambiental, é sabido, não se manifesta necessariamente logo após o acontecimento do sinistro. As relações jurídicas do direito ambiental flutuam em espaço e tempo diversos das relações individuais<sup>5</sup>.

## 2. USO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

### 2.1. Outorga

O Ministério do Meio Ambiente: “outorga é ato administrativo de autorização, mediante o qual o Poder Público outorgante faculta ao outorgado o direito de uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato.”(Instrução Normativa N°4, 2000)

---

<sup>5</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. Sistema Jurídico Brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, n° 23.

Visto que expresso na Lei 9433/97, a outorga se faz imprescindível para uma exploração ordenada dos recursos hídricos. Entretanto, por ser de competência concorrente, ainda não se definiu totalmente a quem cabe outorgar, além do problema de que os aquíferos não respeitam os limites políticos e um estudo em conjunto entre os diversos Estados, a Federação e ainda Territórios Internacionais (quando for o caso) terá uma eficácia imensamente maior.

Ainda temos que, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos estabelece os critérios gerais de outorga e decide em última instância os processos de conflitos de uso, enquanto os comitês de bacias têm que estabelecer as prioridades de uso na aprovação do plano e submeter ao CNRH proposta de enquadramento via agência de água. Os comitês deverão também estabelecer os volumes considerados insignificantes nos usos, acumulações, derivações, captações e lançamentos, para dispensa de outorga.

Entretanto, esses comitês ainda não estão sendo devidamente atuantes em muitas regiões brasileiras e, por isso, a cada dia faz-se mais urgente um empenho maior por conta dos órgãos competentes, tanto para legislar, como para executar essas normas que deverão ser explícitas em suas restrições e conteúdos.

Em recente estudo, que resultou em sua Dissertação de Mestrado no Instituto de Geociências da Universidade de São Paulo, Francis Priscilla Vargas Hager resume as questões referentes à outorga que aqui novamente são expostas.

### **Independem de Outorga:**

- o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populares, distribuídos no meio rural;
- as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;
- as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

### **Estão Sujeitos à Outorga:**

- derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
- extração de água de aquífero para consumo final ou insumo de processo produtivo;
- lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
- aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
- outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água;

### **Objetivos da Outorga:**

- assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

### **Suspensão Parcial ou Total , nos casos:**

- não cumprimento, pelo outorgado, dos termos da outorga;
- ausência de uso por 3 anos consecutivos;
- necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas;
- necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental;
- necessidade de atender usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se dispunha de outras fontes alternativas;
- necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo d'água.

### **Importante:**

A outorga implica em direito de uso do recurso hídrico e não de alienação. As águas são inalienáveis.

Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso respeitando-se a classe em que o corpo de água estiver enquadrado; e quando for o caso, manutenção de condição ao transporte aquaviário.

Toda outorga deverá preservar o uso múltiplo dos recursos hídricos.

A outorga dar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

Ainda em sua Dissertação, Francis Hager acrescenta:

“A discussão da questão da outorga tende a crescer ainda mais. Pelos diplomas legais a União tem competência para dar outorga somente para uso de águas em rios de seu domínio. As águas subterrâneas foram afastadas da questão nacional, num primeiro momento, em face da Constituição que declara as águas subterrâneas como de domínio dos estados. Só que não foram levados em consideração alguns pontos como a indissociabilidade do ciclo hidrológico - águas superficiais-subterrâneas e que os aquíferos não têm limites de bacias, estados e/ou países. Sem esquecer que pelo Código de Mineração, águas subterrâneas com determinados parâmetros físico-químicos são de domínio da União, pois que são considerados recursos minerais.”

A Lei 9.433/97 – Lei dos Recursos Hídricos – em seu artigo 1º expressamente declara que a água é bem de domínio público. O uso dos recursos hídricos sujeita-se a **outorga**, ou seja, a uma licença concedida pelo órgão administrativo competente.

Sendo o referido bem econômico realmente do Estado em que se localiza, como expresso está em nossa Lei Maior, o órgão estadual gestor das águas é que deverá fornecer a outorga a quem pretender utilizá-las, bem como deverá zelar pela qualidade do líquido. Veja-se o que alerta Daniela Caride : “muitos poços estão poluindo lençóis subterrâneos. E estes demoram alguns milhares de anos para serem despoluídos. Os mananciais não são como os rios, que em 15 a 20 anos se renovam.” (Daniela Caride, 1998, pg 6).

Desta forma, os antigos proprietários de poços, lagos ou qualquer outro corpo de água devem se adequar ao novo regramento constitucional e legislativo passando à condição de meros detentores dos direitos de uso dos recursos hídricos, assim mesmo, desde que obtenham necessária outorga prevista na Lei 9.433/97.

Além do risco de poluição, a perfuração de poços artesianos sem a outorga da autoridade administrativa e sem o devido estudo de adequação ao tipo de solo e à região em questão, corre-se o risco de se obter várias outras graves conseqüências como a instabilidade do solo. Foi o que aconteceu na Cidade do México, onde o solo está afundando e o metrô, rodovias, edifícios, sofreram rachaduras, segundo o que nos informa a edição de 14.11.1999, p.6, do Jornal Zero Hora. Entretanto, ainda que em zona rural, essa questão não deixa de ser inquietante.

Há também um outro caso a se considerar que, apesar de acontecer em menor escala é imensamente preocupante. Diz respeito à situação que ocorre com poços localizados em áreas “invadidas” por lagos oriundos de barragens. Manter isolado o aquífero das águas superficiais do lago e assim, proteger as águas subterrâneas da poluição a que estão sujeitas mais facilmente as águas superficiais é de extrema importância. Principalmente nesses casos, onde o contato entre as águas é muito mais fácil de ocorrer e imperceptível a olhos nus.

Em alguns Estados brasileiros a questão das águas subterrâneas já vem sendo tratada, como em São Paulo, Pernambuco, Ceará e Rio Grande do Norte que já legislaram a respeito.

Ana Cláudia Bento Graf sustenta que, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se à edição de normas gerais, cabendo aos Estados a competência para legislar complementar e supletivamente.”(Ana Cláudia Bento Graf, 2000, pg 59)

Lei 7661/88, Art.5º, §2º - “Havendo conflito normativo entre as várias esferas políticas ambiental entre os diferentes entes federados, deve prevalecer aquele que melhor defenda o direito fundamental tutelado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Vejamos alguns pontos importantes da Lei 9433/97 – Lei de Recursos Hídricos.

“Art.5º - São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

II - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

Art.9º - O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, visa a:

II - diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes;

Art.12 - Estão sujeitos à outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos dos recursos hídricos:

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

Art.14 - A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

Art.16 – Toda outorga de direito de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a 35 anos, renovável.

Art.18 – A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de uso.

Art.49 – Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:

I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;

II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes.

(...)

V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização.

Visto isso, há que se salientar que estamos num período transitório, onde a lei federal, com seu poder genérico, ainda não encontrou suplementação em normas mais específicas, estaduais e municipais, em todo o território brasileiro. Entretanto, a regulamentação do setor hídrico torna-se a cada dia mais imprescindível, haja vista que, se para as águas subterrâneas não for dado tratamento adequado pensando-se nas condições futuras e não atuais, pode-se correr o risco de ter a água subterrânea alijada do processo integrado e sujeitando-se à degradação, muito mais do que ocorre atualmente<sup>6</sup>.

## **2.2. Procedimentos adotados pelo Departamento de Recursos Hídricos para a outorga de águas subterrâneas no Estado do Rio Grande do Sul**

O Departamento de Recursos Hídricos tem por competência a outorga de direito de uso dos recursos hídricos, conforme o Artigo 11 da Lei Estadual nº 10.350/94, como importante instrumento na gestão do Sistema Estadual de Recursos Hídricos no Estado do Rio Grande do Sul. A outorga prevista nos Artigos 29 a 31 da Lei Estadual nº 10.350/

---

<sup>6</sup> [www.sema.rs.gov.br](http://www.sema.rs.gov.br)

94 foi regulamentada pelos Decretos Estaduais nº 37.033/1996 e nº 42.047/2002. Este último regulamenta disposições relativas ao gerenciamento e à conservação das águas subterrâneas e dos aquíferos no Estado do Rio Grande do Sul, e institui, entre outras, a figura da autorização prévia para construção de poços tubulares, em observância ao inciso III do Artigo 35 da Lei 10.350/1994.

Para o estabelecimento de parâmetros técnicos necessários às análises das solicitações de autorização prévia, de outorga de uso e de regularização dos poços já construídos, em atendimento ao artigo 7º do Decreto Estadual nº 37.033/96, foi criado um grupo de trabalho, coordenado pelo Departamento de Recursos Hídricos da Secretaria Estadual de Meio Ambiente – DRH/SEMA, do qual participaram técnicos de diversas entidades como: Associação Brasileira de Águas Subterrâneas - ABAS, Associação Brasileira de Recursos Hídricos – ABRH, Associação Gaúcha de Engenharia de Minas – AGEM, Associação dos Perfuradores de Poços Artesianos do Rio Grande do Sul - APERS, Associação Profissional Sul Brasileira de Geologia – APSG, Câmara de Geologia e Engenharia de Minas do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CEGEM/CREA, Companhia Pesquisa e de Recursos Minerais - CPRM, Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, Departamento Municipal de Água e Esgoto - DMAE, Fórum Gaúcho de Comitês de Bacias Hidrográficas, Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, Instituto de Geociências da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – IG/UFRGS, Programa de Açudes e Poços da Secretaria de Obras do Estado - PAP/SOPS e Divisão de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde – SES. A partir dos trabalhos deste grupo, foram elaborados modelos de requerimentos e termos de referência visando a orientação das informações e documentos a serem apresentados ao DRH, para diferentes situações de autorização prévia e de outorga do direito de uso das águas subterrâneas<sup>7</sup>.

Sob a égide da legislação vigente, as seguintes etapas devem ser seguidas para obtenção da outorga de direito de uso de recursos hídricos subterrâneas:

1. Na primeira etapa, deverá ser formulado requerimento de **autorização prévia** para construção de poço tubular, via protocolo, ao Diretor do Departamento de Recursos Hídricos da Secretaria de Meio Ambiente do Estado, assinado pelo proprietário do imóvel, onde será construído o poço ou seu representante legal, anexando todas as informações técnicas exigidas pelo DRH, conforme **termos de referência**;

2. Na segunda etapa, após concedida a respectiva autorização para construção e executada a obra, o usuário apresentará os resultados dos dados gerados durante e após a construção do poço, conforme termo de referência do DRH, para que possa ser analisado o processo de **outorga do direito de uso das águas subterrâneas**;

---

<sup>7</sup> RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Bacia Hidrográfica do Rio Uruguai., 2002.

3. No caso de poços já existentes, o usuário deverá requerer **regularização da construção e outorga de direito de uso**, apresentando juntamente a esse requerimento as informações e documentos exigidos pelo DRH.

4. Após concedida a autorização prévia e executada a construção do poço, bastará acrescentar a documentação que é exigida pelo DRH para que o processo de outorga do uso tenha continuidade.

As solicitações de outorga de direito de uso das águas subterrâneas, onde haja rede pública de abastecimento, serão concedidas observando-se as restrições impostas pelo Decreto Estadual nº 23.430/1974, que regulamenta a Lei nº 6.503/1972.

Todos os poços que venham a ser construídos deverão ser cadastrados no DRH e ter autorização prévia para sua construção, mesmo aqueles que possam ser enquadrados no disposto no artigo 31 da Lei nº 10.350/1994, regulamentado pela Resolução 01/1997 do Conselho Estadual de Recursos Hídricos ou no parágrafo 1º do artigo 19 do Decreto Estadual 42.047/2002 (dispensa de outorga).

Os procedimentos e as exigências para diferentes requerimentos, foram sistematizados em três divisões de usuários conforme os volumes de água captados em m<sup>3</sup>/dia:

- Usuários que pretendem consumir, ou que já consomem, menos do que 25 m<sup>3</sup>/dia;
- Usuários que pretendem consumir, ou que já consomem, entre 25 m<sup>3</sup>/dia e 250 m<sup>3</sup>/dia;
- Usuários que pretendem consumir, ou que já consomem, mais do que 250 m<sup>3</sup>/dia.

**Obs:** O DRH poderá, em qualquer tempo, se entender necessário à análise dos projetos, solicitar informações complementares ou adicionais às que estão pré-estabelecidas nos termos de referência<sup>8</sup>.

### 2.3. A concessão de lavra de água mineral e sua comercialização

A concessão de lavra é feita no caso de águas minerais, pois a água mineral é um bem mineral e portanto é um bem da União Federal, diferente das águas subterrâneas que pertencem a cada Estado. A concessão é para no máximo 50 hectares de terreno e requerido no DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral mediante os seus respectivos distritos 25 distritos, localizados nos 25 Estados Brasileiros, no caso do Distrito Federal não tem distrito, pois aqui fica a sede central do respectivo departamento.

Conforme o Código de Mineração – Decreto-Lei nº 227 de 27 de fevereiro de 1967, aprovado pelo Decreto 62.934, DE 2 DE JULHO DE 1968, existe uma série de passos para a concessão de lavra:

---

<sup>8</sup> [www.sema.rs.gov.br](http://www.sema.rs.gov.br)

– Requerimento de pesquisa de uma área de no máximo 50 hectares, pode requerer mais;

– Alvará de Pesquisa de no máximo 2 anos;

– É realizada uma pesquisa, analisando a água para saber se é mineral ou não, além de análise hidrogeológico, geológico, etc, da área em questão e a definição da área de proteção onde far-se-á um poço;

– Apresenta-se o relatório da pesquisa pro Departamento Nacional de Produção Mineral do respectivo distrito para análise;

– Publicação do relatório no Diário Oficial da União, apartir desta tem-se um ano para requerer a concessão da lavra;

– O requerimento é direcionado para o Ministro de Energia e Minas, junto com o Plano de Aproveitamento Econômico, onde é colocado a viabilidade técnica e econômica, além de como serão feitas as instalações;

– O requerimento vai primeiro para o Protocolo do DNPM do Estado onde deseja-se fazer o projeto, depois este irá para a Equipe de Outorga e Cadastro Mineiro, onde, aprovado irá para o DNPM de Brasília que será analisado e aprovado novamente;

– Existe o licenciamento ambiental, feito pela FEPAM – Fundação Estadual de Proteção Ambiental que pode ser protocolado depois do requerimento;

– Após esta última fase o relatório aprovando a concessão de lavra é mandado para o Ministro de Energia e Minas que não o analisará, simplesmente o passará para o Secretário de Minas e Metalurgia que assinará a Portaria de Concessão de Lavra<sup>9</sup>.

### 3. AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E O AQUÍFERO GUARANI

#### 3.1. Origem e descrição do Aquífero Guarani

Nem toda a água da terra está nos rios, lagos, mares e oceanos. Uma parte encontra-se no subsolo. Quando a chuva cai, uma parte infiltra-se pelo solo, pelas rochas permeáveis, por fendas e fratura, podendo chegar a grandes profundidades no interior da crosta terrestre. Quando encontra uma rocha porosa, esta água acumula-se, formando-se o que se denomina aquífero.

Há mais de 170 milhões de anos atrás formou-se no centro-sul e sul do País, assim como em algumas áreas da Argentina, Uruguai e Paraguai, um extenso deserto dominado por areias. Este deserto foi posteriormente recoberto por sucessivos derrames de lavas, em um dos mais impressionantes fenômenos vulcânicos que a Terra já deve ter assistido. O empilhamento destas lavas e o seu resfriamento originaram o Planalto Meridional ou Planalto da Serra Geral, sobre o qual se estende o rio Uruguai e seus afluentes.

---

<sup>9</sup> [www.dnpm.gov.br](http://www.dnpm.gov.br)

As areias dos desertos transformaram-se, ao longo do tempo, em rochas denominadas “arenitos”, também conhecidas como “pedra grês”. A sua boa permeabilidade e porosidade permitiram o acúmulo de água, transformando estas rochas em um dos maiores reservatórios de água doce subterrânea da Terra, denominado Aquífero Guarani.

O nome Aquífero Guarani foi dado pelo geólogo uruguaio Danilo Anton, em memória do povo indígena da região abrangida por este grande reservatório de água subterrânea. O aquífero constitui uma importante reserva estratégica para o abastecimento de água da população, para a irrigação, lazer e para o desenvolvimento econômico da região onde ele ocorre. Estende-se pelo subsolo da Argentina, Uruguai, Paraguai e por sete estados brasileiros. Grande parte da bacia do rio Uruguai situa-se sobre este aquífero<sup>10</sup>.

O rio Uruguai nasce da junção do rio Pelotas e Canoas na divisa do Estado do Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Da quantidade de água doce disponível na Terra, 98,8% constituem águas subterrâneas. Aproximadamente metade dos depósitos de água subterrânea não pode ser utilizada, porque localizada a mais de 800m de profundidade. Os aquíferos podem ter centenas de metros de espessura e milhares de quilômetros quadrados de extensão, e sua realimentação processa-se tal como a das águas superficiais, pelo recebimento das águas da chuva, neves e geadas.

Nas últimas décadas tem se verificado a tendência de captação de água subterrânea para abastecimento público e de particulares, através de poços artesianos, também bastante utilizados em condomínios e propriedades rurais, dentre outros casos, o que é preocupante, haja vista o risco de poluição dos aquíferos, as conseqüências desconhecidas de uma utilização em larga escala, a par da inexistência de um controle eficaz da contaminação a que estão sujeitos.

As águas subterrâneas são atualmente a fonte de abastecimento preferida. Elas apresentam maior facilidade de exploração, baixo custo e boa qualidade. Situam-se nos aquíferos, que podem ser considerados como o solo, rocha ou sedimento permeável, capaz de armazenar água subterrânea. O Brasil é rico em lençóis freáticos e, por isso, tem crescido muito a perfuração de poços artesianos.

O risco de poluição das águas subterrâneas é imenso tendo em vista o incalculável potencial dessas águas, como bem podemos verificar no que segue:

Especialistas têm se dedicado a estudar e recuperar um dos maiores reservatórios de águas subterrâneas do mundo, o aquífero Guarani, também conhecido como Botucatu, que está sofrendo as conseqüências da poluição e da perfuração desordenada. Sua área abrange os

---

<sup>10</sup> RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Projeto Aquífero Guarani. Gráfica Editora Palloti, 2002.

territórios do Uruguai, Paraguai, Argentina e Brasil, onde passa pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul. Este aquífero tem uma área de aproximadamente 1,2 milhão de quilômetros quadrados, suficiente para atender a demanda de uma população de 360 milhões de pessoas ou a população do Brasil por 3.500 anos. Para recuperar e administrar de forma integrada o potencial desta fonte de água potável, é preciso realizar um gerenciamento conjunto, que ultrapassa fronteiras estaduais e nacionais.” (texto extraído da Gazeta do Povo, Curitiba, 01.02.00 – Denis Paro “Ação conjunta une Uruguai, Paraguai, Argentina e Brasil: países discutem forma de recuperar o aquífero Guarani”)

Assim, com o crescimento da demanda que se verifica a olhos nus, ações que visem a proteção das águas subterrâneas fazem-se necessárias, merecendo um tratamento diferenciado, podendo-se dizer até que em caráter de urgência.

O aquífero se constitui pelo preenchimento de espaços nas rochas (poros e fissuras), convencionalmente denominadas Guarani. As rochas do Guarani constituem-se de um pacote de camadas arenosas depositadas na bacia geológica do Paraná, entre 245 e 144 milhões de atrás. A espessura das camadas varia de 50 a 800 metros, estando situadas em profundidades que podem atingir até 1800 metros. Em decorrência do gradiente geotérmico, as águas do aquífero podem atingir temperaturas relativamente elevadas, em geral entre 50 e 85°C.

O aquífero Guarani tem 1,2 milhão de quilômetros quadrados, plano de proteção ambiental do aquífero Guarani, o maior reservatório de águas subterrâneas do mundo, foi lançado nesta quarta-feira, 16 de setembro em Ribeirão Preto (SP) com o objetivo de prevenir a contaminação, controlar a extração de água e criar um banco de dados comum.

O projeto, que envolve o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai, durará quatro anos e terá financiamento de US\$ 26,7 milhões do Fundo para o Meio Ambiente Mundial e de outras entidades internacionais.

A Organização dos Estados Americanos é a agência executora do plano, e o Banco Mundial participa como órgão implementador dos recursos. Da área total do reservatório, 71% está no Brasil, 19% na Argentina, 6% no Paraguai e 4% no Uruguai.

A água do reservatório tem sido usada nesses países para fins diversos, como abastecimento público e industrial, irrigação, calefação e recreação.

Em razão do uso crescente, os países decidiram fechar um acordo para manejar o recurso de forma adequada, sem causar prejuízo ao abastecimento.

Com o lançamento do projeto e a realização de um seminário sobre o aquífero Guarani, queremos conscientizar a sociedade da importância desse reservatório, que é usado por oito Estados brasileiros’, diz Ana Luiza Sabóia, coordenadora nacional do projeto.

Para o secretário-geral do projeto Aquífero Guarani, Luiz Amore, os países podem economizar muito se cuidarem da preservação ambiental do reservatório antes que ele seja degradado.

A degradação irá custar muito caro. Nos EUA, milhões de dólares foram gastos após a contaminação do solo com produtos químicos.

Uma das preocupações debatidas no seminário diz respeito aos cuidados a serem tomados nas áreas de recarga do aquífero - regiões em que a chamada lâmina de água está mais próxima da superfície. Nesses locais, a taxa de ocupação do solo tem de ser pequena.

Além do planejamento urbano, pode haver contaminação do solo por meio de agrotóxicos e poluentes de indústrias.

Ribeirão foi escolhida para o lançamento porque tem grande área de recarga, 100% de seu abastecimento vem do aquífero e a região tem estudos sobre o reservatório. Cravinhos, Serrana, Jardinópolis, Altinópolis e Sertãozinho também estão incluídas nos estudos. (Folha de SP, 18/9)

Após diversas contribuições da comunidade técnico-científica dos quatro países envolvidos na elaboração do Projeto de Proteção Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani, a figura ao lado apresenta o mapa esquemático do Sistema Aquífero Guarani que foi aprovado pelo Conselho Superior de Preparação do Projeto - CSPP (que conta com representantes da Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai - Fundo para o Meio Ambiente Mundial/Banco Mundial - Organização dos Estados Americanos).

O Sistema Aquífero Guarani é definido no mapa de forma inovadora, ressaltando aspectos fundamentais relacionados à gestão dos recursos hídricos e do meio ambiente, por meio da definição das áreas potenciais de recarga indireta (amarelo), direta (verde) e de descarga das águas do aquífero (marrom). As áreas de recarga direta são aquelas em que as águas se infiltram diretamente pelos afloramentos do Guarani e pelas fissuras das rochas sobrejacentes; as áreas de recarga indireta são aquelas de onde as águas são drenadas para o aquífero a partir da drenagem superficial e do fluxo subterrâneo indireto; finalmente, as áreas de descarga são aquelas por onde as águas emergem do Sistema Aquífero Guarani, alimentando rios ou são exploradas através de poços artesianos. As áreas que aparecem em branco referem-se à bacia de drenagem do rio da Prata cujas águas não integram o Sistema Aquífero Guarani.

A figura mostra que o Aquífero Guarani não coincide exatamente com a bacia hidrográfica do rio da Prata nos territórios da Argentina, Brasil e Uruguai. A bacia geológica à qual pertence o aquífero Guarani extrapola os limites da bacia hidrográfica do rio da Prata em pelo menos duas extensas regiões no Brasil: uma faixa ao norte do Porto Alegre-RS (bacia atlântica do rio Jacuá) e outra na região do alto rio Araguaia. Na Argentina e no Paraguai os limites do aquífero ainda não estão completamente delineados, tampouco se as áreas de descarga assinaladas estão efetivamente relacionadas ao Guarani. Dúvidas importantes, que ainda não estão esclarecidas nas fontes de dados compilados, deverão ser motivo de estudos mais aprofundados durante a execução do Projeto. Afinal, o Guarani é uma unidade hidrogeológica específica, cujo início do processo de formação está distante no passado geológico, há algumas centenas de milhões de anos<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> [www.ana.gov.br/guarani](http://www.ana.gov.br/guarani)

### 3.2. Aquífero Guarani no Estado do Rio Grande do Sul

O aquífero Guarani no Estado do Rio Grande do Sul é alimentado pela Bacia Hidrográfica do rio Uruguai que está situada na região norte, nordeste, leste e sudoeste do Estado, sendo banhada pelo seu rio principal e afluentes, formando novas bacias, compreendendo aproximadamente 4 milhões de habitantes.

O rio Uruguai é formado pelos rios Pelotas e Peixe, que ao juntar-se na cidade de Marcelino Ramos o formam e vai percorrendo até a foz do rio da Prata.

A Região Hidrográfica do Uruguai apresenta grande importância para o país em função das atividades agro-industriais desenvolvidas e do seu potencial hidroelétrico. Juntamente com as regiões hidrográficas do Paraná e Paraguai ela forma a grande região hidrográfica do Prata.

A Região Hidrográfica possui em território brasileiro uma área de 174.612 de quilômetros quadrados. A área total da Bacia do Rio Uruguai é de 385.000 quilômetros quadrados, sendo que 45% está situada em território nacional, ou seja, uma área aproximadamente de 177.000 km<sup>2</sup>, compreendendo 46.000 km<sup>2</sup> ou 27% do Estado de Santa Catarina e 130.000 km<sup>2</sup> ou 73% do Estado do Rio Grande do Sul.

A população da Região Hidrográfica do Uruguai, em 2000 era estimada em 3.834.654 habitantes (2,3% da população do país), com maior concentração nas unidades hidrográficas Chapecó (11,7%), Canoas (11,6%), Ibicuí (10,9%) e Turvo (10,5%). A população urbana representa 68,4 % da população total. A densidade demográfica é de 22,0 hab/km<sup>2</sup>, enquanto a média do Brasil é 19,8% hab/km<sup>2</sup>. A região possui um total de 230 municípios, estando em eles no Rio Grande do Sul: Santa Rosa, Bom Jesus, São José dos Ausentes, São Borja, Alegrete, Uruguiana, Frederico Westphalen, Santo Ângelo, Cruz Alta, Erechim, Passo Fundo, Vacaria, Ijuí, Lagoa Vermelha, etc.

O Decreto Estadual nº 42.400, de 21 de agosto de 2003 cria o Programa para o Desenvolvimento Sustentável da Bacia Hidrográfica do rio Uruguai – PRO – RIO URUGUAI – AQUÍFERO GUARANI, define a estrutura institucional para sua implementação, com o objetivo de criar, na abrangência da Bacia Hidrográfica do rio Uruguai, condições necessárias ao desenvolvimento dos seus recursos naturais, promovendo a recuperação da qualidade ambiental das áreas urbanas e rurais, e o manejo ambiental auto-sustentável da produção industrial, agrícola, pecuária e florestal<sup>12</sup>.

### 3.3. O Aquífero Guarani no âmbito internacional: o Tratado da Bacia do Prata

O Tratado da Bacia do Prata de 23 de abril de 1969, assinado em Brasília, entrando em vigor no Brasil em 14 de agosto de 1970, tendo como signatários os países da Argentina,

---

<sup>12</sup> RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Legislação de Recursos Hídricos, 2001.

Brasil, Uruguai, Paraguai e a Bolívia, tendo como objetivos a preservação da vida animal e vegetal, cooperação mútua sobre educação, saúde e luta contra as doenças, conhecimento integral da Bacia e o aproveitamento múltiplo e eqüitativo dos cursos d'água.

O Brasil é banhado pela segunda maior Bacia Hidrográfica do mundo. Seus três principais rios são o Paraná, Paraguai e o Uruguai que formam o Rio do Prata, ao se encontrarem em território argentino. A Bacia do rio Paraná apresenta o maior potencial hidrelétrico instalado do país, além de trechos importantes para a navegação, com destaque para a hidrovía do Tietê. Bacia do Paraguai, que atravessa o Pantanal Mato-grossense, é amplamente navegável. Já a Bacia do Uruguai, com pequeno potencial hidrelétrico e pouco trechos navegáveis, tem importância econômica apenas regional. Em virtude da abundância e diversidade de peixes, a pesca sempre foi uma atividade economicamente e tradicional no Pantanal.

O rio Paraná, principal formador da Bacia do Prata, é o décimo maior do mundo em descarga, e o quarto em área de drenagem, drenando todo o centro-sul da América do Sul, desde as encostas dos Andes até a Serra do Mar, nas proximidades da costa atlântica. A poluição orgânica e inorgânica (efluentes industriais e agrotóxicos) e a eliminação da mata ciliar também contribuem para elevar o nível de degradação da qualidade da água de grandes extensões dos principais afluentes do trecho superior do rio Paraná, tornando-o imprópria para o uso do homem e para a vida aquática.

O rios que formam a Bacia do Prata são:

Rio Uruguai; Rio Paraguai; Rio Iguaçú; Rio Paraná; Rio Tietê; Rio Paranapanema; Rio Grande; Rio Parnaíba; Rio Taquari e o Rio Sepotuba.

Em 28 de janeiro de 1980 foi promulgado o Decreto 84.438 sobre o Acordo sobre Imunidades, Isenções e Privilégios do Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata no Território dos Países Membros<sup>13</sup>.

## CONCLUSÕES

As águas subterrâneas são de vários tipos, como as águas minerais, não minerais, que precisam de concessão de lavra e de outorga respectivamente para serem exploradas, e por estarem no subsolo são de propriedade da União e não do proprietário de um terreno que por baixo deste esteja passando um tipo destas águas, como é o que acontece no Estados Unidos, portanto, um empresa que comprar muitas terras não está apropriando-se de águas subterrâneas conforme o pensamento jurídico deste país da América do Norte, simplesmente estará comprando grama, como se fosse criador de gado.

No futuro, se não houver uma conscientização da comunidade civil e dos governos de todo o mundo haverá uma escassez da água, tornando-a o “petróleo azul”, que poderia

---

<sup>13</sup> RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Projeto Aquífero Guarani. Gráfica Editora Palloti, 2002

ser motivo até de guerras por causa deste líquido precioso, tão necessário para a vida no nosso planeta, que atualmente encontra-se nas mãos dos países chamados do terceiro mundo, mas também não se pode falar de um direito universal à água, pois se os países do primeiro mundo estivessem com ele, com certeza não estariam falando deste direito, exemplos históricos e atuais podem ser encontrados na História Universal.

Sobre o Aquífero Guarani, este deve de ser protegido de exploração de empresas estrangeiras, se bem na realidade é o contrário, governos o estão entregando sem considerar Estudos de Impacto Ambiental, isso encontra-se nos jornais, mas ainda bem que estão havendo protestos pelo país todo, já no Mercosul o avance prático é praticamente nulo, nem no Tratado da Bacia do Prata acham-se avanços, o que deveria preocupar mais aos governos.

## BIBLIOGRAFIA

FEDELI, Cláudia Cecília. Responsabilidade Penal por contaminação de águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, n° 34.

FERNANDES, Marilsa Patrício. As águas do Mercosul. In Revista Carta Internacional. São Paulo, NUPRI/USP – Núcleo de Pesquisas em Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, fevereiro de 2001, n° 96.

FREITAS, Vladimir Passos de. Sistema Jurídico Brasileiro de controle da poluição das águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, n° 23.

GONÇALVES, Mário Jorge de Souza. Glossário de Hidrologia. Salvador – BA, Gráfica Santa Helena, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 11ª Edição, São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Legislação de Recursos Hídricos, 2001.

RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Projeto Aquífero Guarani. Gráfica Editora Palloti, 2002.

RIO GRANDE DO SUL, Secretaria do Meio Ambiente. Bacia Hidrográfica do Rio Uruguai., 2002.

SILVA, Solange Teles da. Aspectos Jurídicos das águas subterrâneas. In Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, n° 32.

[www.ana.gov.br/guarani](http://www.ana.gov.br/guarani)

[www.aquiferoguarani.ufsc.br](http://www.aquiferoguarani.ufsc.br)

[www.dnpm.gov.br](http://www.dnpm.gov.br)

[www.sema.rs.gov.br](http://www.sema.rs.gov.br)

[www.sops.rs.gov.br](http://www.sops.rs.gov.br)

[www.ramsar.org/cop7\\_doc\\_20.2\\_s.htm](http://www.ramsar.org/cop7_doc_20.2_s.htm)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

## APLICAÇÃO ATUAL DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

---

Marcos Homrich Hickmann

### 1. INTRODUÇÃO

A julgar pelas convenções internacionais existentes em matéria ambiental, muito estaria sendo feito nesse âmbito para evitarem-se impactos negativos sobre o ambiente e para minimizar ou reparar os que eventualmente cheguem a ocorrer. Não bastassem os acordos internacionais diretamente voltados à proteção ambiental e à reparação de danos, muitos tratados cujo objetivo principal é outro também incluem uma referência em algum artigo ou considerando a respeito da consciência dos Estados-Partes acerca dos problemas ambientais e do seu desejo de contribuir para evitá-los.

Uma atitude que tem sido reiteradamente prevista é a precaução. É verdade que, nas primeiras convenções internacionais em matéria ambiental, ela surgiu de forma rarefeita, pouco objetiva<sup>1</sup>. Já em desenvolvimentos mais recentes do direito internacional ambiental, ela tem sido mencionada como “princípio”, e seu conteúdo tem sido mais objetivamente definido, embora ainda com algumas imprecisões<sup>2</sup>.

Na verdade, essas imprecisões relativas são até importantes, pois permitem que a jurisprudência internacional molde a precaução à vista de elementos concretos, ao invés de se cristalizar um conceito pensado em abstrato, que poderia restar ineficaz. Justamente, este trabalho visa a identificar o tratamento atual do princípio da precaução nos tribunais internacionais, pois é sua aplicação prática, e não sua simples menção num tratado internacional que conta para a proteção do meio ambiente. Foram selecionados, então, alguns casos recentes apreciados pela Corte Internacional de Justiça, pelo Órgão de Solução de Disputas da Organização Mundial do Comércio, pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar e pelos tribunais arbitrais *ad hoc* do Mercosul.

---

<sup>1</sup> Exemplo é o “princípio” 2 da Declaração de Estocolmo de 1972.

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, o Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992. Nota-se, pois, a presença de expressões que devem ser precisadas num momento posterior, como “dentro de suas possibilidades”, “impacto significativo” etc.

## 2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

### 2.1. Corte Internacional de Justiça

Tomaremos, aqui, como exemplo do *approach* da Corte Internacional de Justiça ao princípio da precaução, o caso do diferendo entre a Hungria e a Eslováquia (acórdão de 25.09.1997) emergente de um tratado entre esses dois Estados de 1977, relativo ao aproveitamento do Rio Danúbio, que lhes serve de fronteira por alguma extensão.

Em 16 de setembro de 1977, a República Popular Húngara e a República Socialista Tchecoslovaca firmaram um tratado relativo à construção e ao funcionamento do sistema de eclusas de Gabčíkovo-Nagymaros, instrumento que entrou em vigor em 30 de junho do ano seguinte. Destinava-se à valorização e à exploração dos recursos naturais da região entre Bratislava (na Tchecoslováquia) e Budapeste (na Hungria), especialmente aqueles recursos hídricos (bacia do Danúbio), para energia, transporte e agricultura. Para tanto, previa-se a construção, como investimento conjunto, de um sistema de barragem e eclusas ao longo dos aproximadamente 200 quilômetros de extensão dessa parte do Danúbio. Os principais objetivos eram a geração de hidreletricidade, o melhoramento da navegabilidade naquele trecho e a proteção das regiões ribeirinhas contra inundações. Além disso, as partes colocariam o tratado em prática de maneira que não se comprometesse a qualidade das águas do rio.

Um acordo de assistência mútua de 16.09.1977 fixava o calendário para a execução das obras e modificava em parte a repartição dos trabalhos do tratado original. Os trabalhos começaram em 1978. Por iniciativa da Hungria, as partes acordaram, por dois protocolos firmados em 10.10.1983, atrasar os trabalhos e postergar o início da operação das centrais em quatro anos. Mais tarde, um protocolo de 06.02.1989 emendando o acordo de assistência mútua aceleraria o projeto novamente, em quinze meses, devendo o conjunto estar funcionando em 1994.

Entretanto, em função de pesadas críticas suscitadas na Hungria, o governo deste país, em 13.05.1989, suspendeu os trabalhos em Nagymaros até a conclusão de diversos estudos que as autoridades conduziram até 31.07.1989, prazo estendido, em 21.07.1989, para 31.10.1989. Ao mesmo tempo (21.07), suspenderam-se os trabalhos em Dunakiliti também. Finalmente, em 27.10.1989, a Hungria decidiu abandonar as obras em Nagymaros e manter o “*statu quo*” em Dunakiliti.

Nesse período, as partes travaram negociações. A Tchecoslováquia também empreendeu estudos que originaram possibilidades de soluções alternativas. A que ficou conhecida como “*variante C*” implicava entre outros, o desvio unilateral do Danúbio pela Tchecoslováquia no seu território, uns 10km antes de Dunakiliti, a construção de uma barragem a Cunovo, uma eclusa de navegação auxiliar e duas hidrelétricas (uma no afluente Moson, outro no leito original do Danúbio).

Em 23.07.1991, o governo Eslovaco decidiu começar em setembro do mesmo ano as obras para pôr em funcionamento o projeto de Gacíkovo graças à solução provisória (“variante C”), decisão ratificada pelo governo federal tchecoslovaco em 25 de julho. Os trabalhos da variante C começaram em novembro. As negociações entre Hungria e Eslováquia desenrolaram-se sem acordo. Em 19.05.1992, a Hungria comunicou ao governo tchecoslovaco, a contar de 25.05.1992, a terminação do tratado de 1977. Em 15.10.1992, a Tchecoslováquia iniciou os trabalhos para o fechamento do Danúbio e, desde 23.10.1992, procedeu à barragem do rio.

A Comissão das Comunidades Europeias ofereceu-se para mediar o conflito e, numa reunião das partes e da Comissão, em Londres, em 28.10.1992, as partes assumiram compromissos transitórios, incluindo que sua divergência seria submetida à CIJ, que uma missão tripartite analisaria a variante C até 31.10.1992 e que um grupo tripartite de expertos independentes proporria medidas de urgência a serem tomadas.

Em 01.01.1993, a Eslováquia tornou-se um Estado independente. Em 07.04.1993, ela e a Hungria firmaram o compromisso para submeter à CIJ o diferendo relativo ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros. Pelo compromisso, as partes acordaram, enquanto tardasse a decisão definitiva da Corte, aplicar um regime temporário de gestão das águas do rio, regime cuja colocação em prática foi problemática. A barragem de Cunovo rapidamente levou a uma significativa redução da vazão e do nível no leito original após a barragem, bem como nos “braços” secundários do rio. Em 26.08.1993, os Estados acordaram na criação de um grupo tripartite (um experto nomeado por cada um, mais três nomeados pela Comissão das Comunidades Europeias) para estudar os efeitos dessa redução e as medidas corretivas já tomadas, bem como para formular medidas apropriadas.

Em 01.12.1993, os expertos nomeados pela Comissão recomendaram a adoção de diversas medidas para remediar temporariamente a situação, mas não houve acordo entre as partes sobre essas recomendações.. Depois de longas negociações, concluíram, em 19.04.1995, um acordo sobre medidas técnicas temporárias e as vazões do Danúbio e de seu “braço” Moson, acordo que teria fim quatorze dias após o pronunciamento definitivo da Corte.

Eis o caso. A primeira questão submetida pelas partes à Corte era sobre o direito da Hungria de suspender e, depois, abandonar o projeto.

O cerne da razão de decidir da CIJ parece ter sido por ela resumido no ponto 39 do acórdão, em que ela registrou que as partes não contestavam que tanto o tratado de 1977 quanto o acordo de assistência mútua de 1977 e o protocolo de 1989 tinham sido validamente concluídos e estavam em pleno vigor durante o desenrolar de todos aqueles fatos que opuseram os dois Estados. A Corte acrescentou que as partes não contestavam que esses instrumentos, por mais flexíveis que fossem, não admitiam a possibilidade de os signatários suspenderem ou abandonarem unilateralmente os trabalhos ali previstos, muito menos executá-los conforme a um calendário que não tinha sido acertado de comum acordo entre as partes.

O argumento principal da Hungria era um “estado de necessidade ecológica”, do qual a Corte foi inteiramente esclarecida, tanto que o descreveu com detalhe (ponto 40 do acórdão), inclusive com menção aos estudos científicos juntados ao processo, comprovando o “estado de necessidade ecológica”. Basicamente, a Hungria alegava que o regime previsto de utilização da barragem de Gabčíkovo para geração de eletricidade provocaria constantes mudanças na vazão e nos níveis do rio Danúbio e de seus “braços”, ameaçando as espécies aquáticas. Essas variações também punham em risco, somadas a fatores como erosão e possível eutrofização decorrentes do mesmo regime, a qualidade das águas e a alimentação dos reservatórios subterrâneos, pois o Danúbio deixaria de funcionar como seu alimentador para ser seu dreno.

Quanto a Nagymaros, a barragem tornaria a água lodosa, comprometendo sua qualidade e o abastecimento baseado na captação nas margens. A operação da central hidrelétrica, também em “regime de ponta”, ameaçaria, como em Gabčíkovo, as espécies aquáticas, por engendrar variações diárias significativas nos níveis da água. Ainda, haveria erosão do leito após a barragem, ao longo da ilha fluvial de Szentendre, fazendo baixar o nível das águas nesse trecho e diminuindo a produtividade dos poços de captação nas margens, com prejuízo para o abastecimento de Budapest.

A Hungria ainda argumentou que a Tchecoslováquia teria violado o tratado de 1977, especialmente as obrigações dos arts. 15 e 19, de zelar pela proteção da qualidade das águas e da natureza, ao insistir na continuação do projeto, sobretudo em Nagymaros, sem atentar para os perigos ecológicos que se evidenciavam. Os estudos sobre o potencial impacto ambiental do projeto incumbiam à Tchecoslováquia, mas a Hungria anotou que eles não foram conduzidos de maneira adequada. Finalmente, a Hungria observou que esse fator não estava sendo aventado para justificar seu abandono do projeto (pela quebra prévia do tratado pela outra parte), mas como mais um determinante do estado de necessidade ecológica.

Por sua vez, a Eslováquia, contrariamente à Hungria, afirmou a necessidade de se apreciar a suspensão e o abandono da execução de uma obrigação convencional dentro da moldura do direito dos tratados, mesmo porque a Convenção de Viena de 1969 só compilava o direito internacional costumeiro já existente. Ademais, após sua entrada em vigor, a Hungria ratificou sua participação no projeto pelo protocolo de 1989, que fazia parte de uma teia de tratados interligados, inclusive o tratado de 1977.

Sobre o estado de necessidade, a Eslováquia negou que pudesse ser um motivo para a suspensão de uma obrigação convencional, acrescentando que a “necessidade ecológica” ou o “risco ecológico”, no âmbito da responsabilidade de Estados, não funcionariam como excludente da ilicitude de um ato. De qualquer forma, a Hungria teria exagerado na previsão de impactos negativos para o ambiente (por exemplo, a situação de operação do sistema descrita pela Hungria só ocorreria em casos excepcionais), além de que, ainda que se verificassem, poderiam ser remediados em grande extensão.

A Eslováquia negou, ainda, que tivesse descumprido as obrigações de proteção da natureza e da qualidade das águas dos artigos 19 e 15, respectivamente, do tratado de 1977, salientando que a avaliação dos possíveis efeitos não lhe incumbiam exclusivamente, senão às duas partes, conforme o território em que se dariam as obras. Finalmente, sublinhou que a Hungria procedeu unilateralmente ao suspender e ao abandonar os trabalhos sem antes recorrer aos mecanismos de solução de controvérsias previstos no artigo 27 do tratado de 1977.

Seguindo seu entendimento anterior nessa matéria, a Corte confirmou que várias das disposições da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969 só codificavam o direito costumeiro já existente, como as relativas à extinção e à suspensão (art. 60 e 62). E não havia dúvidas de que, de qualquer forma, a Convenção se aplicava ao protocolo de 06.02.1989 entre as partes, pois aí já estava em vigor. De qualquer forma, a Hungria consideraria o Tratado de 1977 válido e em vigor, tanto que, em maio de 1992, comunicou sua terminação.

A Corte distinguiu os campos de aplicação do direito dos tratados e da responsabilidade de Estados, dizendo que o primeiro (codificado na Convenção de Viena de 1969) trata apenas das possibilidades lícitas de terminação dos tratados, as ilícitas entrando na questão da responsabilidade. Para a Corte, era fato que, apesar dos argumentos da Hungria, o efeito prático de seu ato foi tornar impossível a realização do projeto como inicialmente previsto, e que era expressamente qualificado de “único e indivisível”. Assim, caso se verificasse o alegado estado de necessidade, ele só liberaria a Hungria da responsabilidade por descumprimento ilícito do tratado, mas não teria o condão de simplesmente desvinculá-la das obrigações decorrentes do tratado, nem significaria, por si só, que ela tenha agido conforme a essas obrigações, e tampouco a isentaria de reparar eventuais prejuízos à Tchecoslováquia.

Então, a Corte passou a apreciar a existência ou não de um estado de necessidade à luz do artigo 33<sup>3</sup> do projeto da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade internacional de Estados, que as partes elegeram como critério.

---

<sup>3</sup> “Artigo 33. Estado de necessidade

1. O estado de necessidade não pode ser invocado por um Estado como uma causa de exclusão da ilicitude de um fato desse Estado não conforme a uma de suas obrigações internacionais, a menos que:
  - a) esse fato tenha constituído o único meio de resguardar um interesse essencial do dito Estado contra um perigo grave e iminente; e que
  - b) esse fato não tenha ameaçado gravemente um interesse essencial do Estado a respeito do qual a obrigação existia.
2. Em qualquer caso, o estado de necessidade não pode ser invocado por um Estado como causa de exclusão de ilicitude
  - a) se a obrigação internacional à qual o fato do Estado não é conforme decorre de uma norma imperativa do direito internacional geral; ou
  - b) se a obrigação internacional à qual o fato do Estado não é conforme é prevista por um tratado que, explícita ou implicitamente, exclui a possibilidade de invocar o estado de necessidade no que respeita a essa obrigação; ou
  - c) se o Estado em questão contribuiu à superveniência do estado de necessidade.” (Anuário da Comissão do Direito Internacional, 1980, vol. II, segunda parte, p. 33, em tradução livre)

Quanto à existência de um interesse essencial, a Corte referiu a opinião da própria Comissão do Direito Internacional, no sentido de que essa noção não deveria ser reduzida apenas à “existência”, devendo-se admitir que se refira também a um perigo grave à conservação do ambiente no território de um Estado. A Comissão também tinha anotado que só recentemente, nas últimas décadas (antes de 1980), o equilíbrio ecológico veio a ser considerado como um “interesse essencial” de todos os Estados. Sobre o tema, a Corte lembrou seu próprio entendimento, numa opinião consultativa de 1996 (“Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares”), de que existe uma obrigação geral dos Estados de garantir que as atividades exercidas no território sob sua jurisdição respeitem o ambiente nos outros Estados ou nas zonas em que nenhum Estado tem jurisdição, e que essa obrigação geral faz parte do direito internacional ambiental.

Todavia, quanto às dúvidas da Hungria sobre os riscos representados pelo projeto, que a levaram a suspender e, depois, a abandonar a sua execução, a Corte anotou que, por mais sérias que fossem, não eram capazes de estabelecer, por si só, a existência objetiva de um perigo como elemento constitutivo do estado de necessidade. A Corte reconheceu que “perigo” envolve a noção de “risco”, aí diferindo do prejuízo materializado; mas a mera apreensão a respeito de um perigo, sem a verificação da real existência desse perigo, não era suficiente para caracterizar o estado de necessidade. A esse entendimento contribuiria o requisito de que o perigo seja grave e iminente, o que é bem diferente de “eventualidade” (não excluída a possibilidade de enquadrar como iminente um perigo remoto no futuro, desde que certo e inevitável).

No entendimento da Corte, a Hungria não teria provado que o perigo alegado era real, grave e iminente, e que apenas as medidas que tomou eram capazes de evitá-lo. Referindo-se aos perigos descritos pela Hungria quanto ao setor de Nagymaros, a Corte afirmou que, embora eles pudessem vir a materializar-se, não eram iminentes no momento em que a Hungria decidiu suspender as obras, pois dependeriam da forma de exploração da hidrelétrica e das eclusas, o que ainda estava por ser definido no futuro.

Quanto ao aprofundamento do leito do rio depois de Nagymaros, a Corte observou que o alegado perigo para a alimentação de água de Budapest já se materializara antes de 1980, visto que a Hungria já tinha aprofundado o leito na região da ilha de Szentendre para retirar material de construção; então o perigo não decorria apenas do tratado de 1977. Ademais, a Hungria tinha à disposição outros meios de contornar esses problemas que não pelo abandono do tratado, como, por exemplo, depositar cascalho regularmente no leito do rio; quanto ao abastecimento de água, bastava tratá-la adequadamente, ainda que essa fosse uma alternativa mais dispendiosa.

Também as preocupações da Hungria com relação ao setor de Gabcíkovo a Corte afirmou referirem-se ao longo prazo e, mais importante, serem incertas. A Corte transcreveu trechos do relatório do comitê da Academia das Ciências da Hungria (23.06.1989), que afirmou expressamente não haver certeza sobre os efeitos ambientais do projeto, devendo-se proceder a estudos que levariam bastante tempo. Além disso, a própria Hungria se

comprometera, no início de junho de 1989, a continuar os trabalhos em Gabčíkovo, tudo isso denotando que não se esperavam efeitos graves para o ambiente, muito menos iminentes. Outrossim, também ali a Corte considerava a Hungria em condições de adotar outras medidas para prevenir efeitos negativos, ao invés de simplesmente abandonar o projeto, pois ela poderia controlar o fluxo das águas na parte das obras que ficariam em território húngaro.

A Corte anotou que, embora os objetivos principais do tratado de 1977 fossem a produção de eletricidade, o melhoramento da navegação no Danúbio e a proteção contra as inundações, a necessidade de proteger o ambiente não escapara às partes, como demonstravam os art. 15, 19 e 20.

O estado de necessidade não poderia ser invocado pela Hungria para liberar-se de suas obrigações também pelo fato de ela mesma ter contribuído para sua ocorrência, ao propor a aceleração dos trabalhos em 1989, quando os conhecimentos científicos já estavam mais evoluídos que em 1983, quando solicitara o retardamento do projeto (por razões econômicas mas, subsidiariamente, ecológicas).

Em consequência, afirmou a Corte, não havia necessidade de observar se a atitude da Hungria violara um interesse essencial da Tchecoslováquia, nem se a Tchecoslováquia descumprira suas obrigações de proteger a natureza inscritas no tratado de 1977 (art. 15 e 19) contribuindo para o alegado estado de necessidade, nem se a Hungria violara o art. 27 do tratado, sobre a necessidade de procurar os meios ali indicados para a solução de conflitos ao invés de proceder à adoção unilateral de medidas. Ou seja, todos esses argumentos foram sumariamente deixados à margem do julgamento, prejudicados em função do posicionamento adotado pela Corte nas outras questões.

A segunda questão submetida à Corte era se a Tchecoslováquia tinha o direito de colocar em prática a “variante C”.

Pela “variante C”, a construção da barragem propriamente dita começou em 23.10.1992 e continuou entre 24 e 27.10.1992. Entre outras obras, de 80% a 90% das águas do Danúbio foram dirigidas para o canal de alimentação da central hidrelétrica de Gabčíkovo

A Corte reconheceu que a, se a Tchecoslováquia considerava a atitude da Hungria como ilícita, poderia tê-la invocado para pôr fim ao tratado, mas isso não a conduziria a seu objetivo, que era a exploração do complexo Gabčíkovo-Nagyymaros conforme previsto naquele tratado. A Eslováquia ainda justificou a variante C com o “princípio de aplicação por aproximação”. No entanto, a Corte, observando que, pelo tratado de 1977, o sistema era uno e indivisível e destinava-se ao aproveitamento conjunto dos recursos, a variante C, apesar da semelhança exterior com o projeto inicial, era juridicamente contrária a ele, porque unilateral. Além disso, a concordância da Hungria, dentro do projeto, com o desvio do Danúbio, só era válida para a sua execução de comum acordo entre as partes, mas não para um desvio (de 80% a 90%) no âmbito de um projeto unilateral, considerando tratar-se de um rio internacional e, mais que isso, de fronteira entre os dois países.

Quanto à necessidade, pelo direito internacional, de o Estado lesado procurar atenuar seus prejuízos, levantada pela Eslováquia sob a justificativa de que, nada tendo feito nesse sentido, não poderia, depois, reclamar indenização, a Corte contrapôs o fato de que essa situação não justifica a prática de um ato ilícito (como a variante C).

Já para admitir-se a solução da Tchecoslováquia como “contra-medida”, assim liberando-a de ilicitude, ela deveria atender a determinados requisitos, e a Corte, aceitando o argumento da Hungria, considerou que ela não atendia, pelo menos, ao da proporcionalidade. Por isso, não havia sequer necessidade de avaliar outros requisitos, como o de que a “contra-medida” tenha por fim incitar o Estado a cumprir suas obrigações, pois isso exigiria que a “contra-medida” fosse reversível, o que não era o caso.

Em conclusão, a Tchecoslováquia só estava autorizada a recorrer à variante C enquanto ela importava apenas obras que não dependiam da anuência da Hungria; porém, já não tinha o direito de colocá-la em operação a partir de outubro de 1992, passando por cima de interesses e dos direitos da Hungria sobre o Danúbio. Vale dizer, foi só ao desviar de fato as águas do Danúbio para o canal de derivação, em outubro de 1992, que ela violou o tratado de 1977.

A terceira questão submetida à Corte era sobre os efeitos da comunicação, pela Hungria, da terminação do tratado.

Foram mencionados, no acórdão, todos os argumentos da Hungria para justificar a decisão de denunciar o tratado de 1977, inclusive o aparecimento de novas normas de direito internacional ambiental, aí compreendida a necessidade de proteção da biodiversidade (decorrente da Declaração do Rio de 1992) e o princípio da precaução; a Hungria relevava também a transformação de um tratado em princípio atento à proteção ambiental (art. 15, 19 e 20) em “portador de catástrofes ecológicas”. A Corte tampouco ignorava as recentes recomendações do desenvolvimento sustentável. Não obstante, pautou sua decisão tão-somente pelo direito dos tratados, conforme a Convenção de Viena de 1969, e observou também que os desenvolvimentos do direito ambiental não teriam inserido normas *jus cogens* no âmbito internacional, que pudessem prevalecer sobre o tratado preexistente.

Não havendo no Tratado de 1977 a previsão de hipóteses de sua finalização, a Corte entendeu que só de comum acordo poderiam as partes dar fim ao tratado (ainda que houvesse motivos para justificar a suspensão temporária, enquanto perdurasse o estado de necessidade, por exemplo), pois o projeto inicial era de um sistema único e de gestão conjunta. De qualquer forma, para a terminação do tratado, não era relevante a alteração das condições políticas, porque não constituíam o objeto do tratado inicial. Quanto à redução da rentabilidade esperada do investimento, em extensão cada vez maior, não ser tão grande, na opinião da Corte, a ponto de justificar o abandono do tratado. Quanto aos “novos desenvolvimentos da ciência no campo da proteção ambiental”, os art. 15, 19 e 20 do tratado de 1977, concebidos numa perspectiva de evolução, permitia às partes atender a essas novas exigências de ordem ambiental, conciliando-as com os interesses econômicos, sem alterar profundamente o acordo.

A propósito, a Corte recapitulou sua própria posição, manifestada na opinião consultativa sobre a “Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares”, de 1996, no sentido de que “o ambiente não é uma abstração, mas o próprio espaço onde vivem os seres humanos e de que depende a qualidade de suas vida e saúde, inclusive para as gerações futuras” (ponto 112 do acórdão). Nessa mesma linha, a Corte expressou sua convicção na necessidade de avaliarem-se continuamente os riscos ecológicos, até porque cada vez mais reiterada no âmbito internacional desde a conclusão do tratado de 1977 entre Hungria e Tchecoslováquia, tornando seus art. 15, 19 e 20, por isso, ainda mais pertinentes.

Em que pese a todas essas manifestações de ciência das recentes, mas importantes e cada vez mais fortes exigências de ordem ambiental, a Corte achou por bem não criar um precedente de exceção à regra *pacta sunt servanda* para admitir a terminação unilateral de um tratado com base apenas em violações recíprocas.

Considerando isso tudo, bem como a obrigação dos Estados, inscrita no direito dos tratados, de dar execução aos tratados de boa fé, a comunicação, pela Hungria, em 19.05.1992, da terminação do tratado, a contar de 25.05.1992 (portanto apenas seis dias depois), não podia ter o condão de colocar-lhe fim verdadeiramente, até porque em nenhuma dessas datas a Tchecoslováquia teria violado o tratado (como visto, a Corte entendeu que a violação pela Tchecoslováquia só ocorreu no momento em que desviou as águas do Danúbio, em outubro daquele ano), ou seja, não havia possível prejuízo para a Hungria. Mas a Corte fez questão de observar que, por seu comportamento até então, a Hungria perdera o direito de pôr fim ao tratado, ainda que a Tchecoslováquia tivesse já violado uma disposição essencial para a realização do objetivo do tratado.

Quanto às indenizações a que fariam jus as partes, a Corte observou que, tendo ambas agido com violação do direito internacional, causando-se prejuízos mutuamente, ambas mereciam indenização pelos respectivos danos. Não fora pedido à Corte que determinasse os montantes, senão apenas que estabelecesse o que deveria ser considerado para a liquidação num momento posterior ao acórdão. Assim, a Corte referiu particularmente os prejuízos da Hungria na exploração dos recursos hídricos, por ter a Tchecoslováquia desviado quase todo o fluxo original para o canal de derivação conducente à hidrelétrica; referiu também os prejuízos da Tchecoslováquia com o abandono, pela Hungria, dos trabalhos em Nagymaros e Dunakiliti, já que isso causou atraso na conclusão da central de Gabčíkovo e mudanças no seu funcionamento. Porém, embora merecendo ambas as partes indenização, a Corte sugeriu o concerto entre elas para o aproveitamento conjunto do complexo que foi, afinal, construído, e a renúncia às respectivas reparações, ressalvado a acerto de contas das obras levadas a cabo.

É importante anotar que a Hungria, por sua parte, tinha relevado prejuízos de suma importância do ponto de vista ecológico: à fauna, à flora, aos solos, ao subsolo, ao lençol freático e ao aquífero, entre outros (ponto 127). Já a Eslováquia demandava reparação, entre outros, dos custos com que arcou sozinha no setor de Gabčíkovo, na manutenção da navegabilidade do Danúbio até que estivesse funcionando um novo canal e na execução da

variante C; das perdas no setor de Nagymaros com relação à navegação e à proteção contra inundações; e da perda de produção de energia (ponto 129).

Mas a Corte observou que a variante C já estava operacional havia quase cinco anos, não havendo motivo para demolir o complexo; por outro lado, o setor de Nagymaros não avançara, e nada recomendava mudança ali, em vista da falta de acordo entre as partes. Ou seja, quanto a Gabčíkovo, a Corte preferiu dar guarida ao fato consumado, o que é perigoso como precedente (apesar de não ser o primeiro exemplo), porque pode estimular atos extremamente temerários tanto com relação ao ambiente como em outros campos. Por outro lado, a Corte foi ponderada ao notar que a manutenção daquela situação, com um futuro acordo sobre a gestão do sistema e do aproveitamento dos recursos, bem como a devida repartição dos custos, poderia levar à consecução dos objetivos do tratado de 1977, inclusive a proteção do ambiente e da qualidade das águas (pontos 133 a 137).

Sobre o futuro do projeto, a Corte apenas disse incumbir às partes entrarem em acordo com relação a sua continuidade ou não e, em caso afirmativo, à gestão dos recursos. No que tange à necessidade de proteção da natureza e da qualidade das águas, a Corte limitou-se a observar que seria bom levar em conta as implicações do projeto sobre o ambiente, até em função da obrigação inscrita no próprio tratado, em seus art. 15 e 19. Ficou registrada a ciência quanto ao caráter frequentemente irreversível dos danos ambientais e quanto aos limites dos mecanismos de reparação. A Corte não deixou de anotar também que várias exigências ambientais tinham sido enunciados em diversos instrumentos internacionais ao longo das últimas décadas, e que o conceito de desenvolvimento “durável” (sustentável) resumia a necessidade de conciliar desenvolvimento econômico com a proteção da natureza.

A contribuição básica da Corte é a recomendação de retorno ao regime inicialmente previsto no tratado de 1977 e protocolos (visto que concluía que ele permanecia em vigor), com as devidas adaptações à situação atual, considerando o que fora realmente executado. Porém em conclusão, a Corte devolveu às partes o problema que elas lhe haviam proposto; as partes é que deveriam encontrar uma solução para o futuro do projeto, à luz da necessidade de proteger o ambiente, a qualidade das águas etc. Quanto à Corte, ela só levou em consideração o direito dos tratados, reduzindo seu trabalho a uma simples subsunção, sem nada avançar sobre a precaução ou outras questões de proteção ambiental.

Em princípio, seria até desejável deixar que as partes decidissem de comum acordo sobre a posição a adotar com relação àquele empreendimento, pois eram seus interesses que estavam em jogo, num dissídio fruto de um tratado concluído apenas entre elas. No entanto, verificado que as partes já haviam chegado a um impasse que praticamente impossibilitava qualquer avanço nas negociações diplomáticas, a Corte perdeu deliberadamente a oportunidade de desenvolver as normas de direito internacional ambiental, em particular a precaução.

Ao desautorizar a Hungria a invocar o estado de necessidade (ecológica) por ter ela mesma contribuído à sua superveniência, a Corte não deu importância a que o fato de ter agido errado no passado não deve condenar um Estado a continuar prejudicando o ambiente,

ainda mais quando esse Estado já percebeu o perigo dessa conduta. Em várias passagens, Corte recomendou, direta ou indiretamente, a conclusão das obras, apesar dos riscos alegados pela Hungria. A proposta seria justificada pela possibilidade de se dar às instalações um uso que atendesse às necessidades de ordem ambiental. Entretanto, se a Corte mesma propugna que se evite o desperdício do investimento já realizado (com as obras iniciadas), não é razoável esperar que os interessados realizem dispêndios ainda maiores para concluir o projeto e, ao final, não lhe dêem a destinação inicialmente prevista, pois, nesse caso, todo o investimento teria sido inútil.

Outra sugestão da Corte era a adoção de medidas posteriores para contornar o impacto já causado, como o indefinidamente repetido depósito de cascalho no fundo do rio para minimizar a erosão e o tratamento “adequado” da água depois de comprometida sua qualidade, ainda que essas medidas fossem mais dispendiosas que a prevenção. Esse posicionamento é totalmente contrário ao princípio amplamente aceito em direito internacional ambiental de que é mais barato prevenir que reparar o dano ecológico.

Essas propostas da Corte decorrem certamente da sua insistência em aplicar apenas o direito dos tratados, posição que ela não esconde em nenhum momento. O fundamento para preterir as normas de direito internacional ambiental é que elas ainda não constituiriam *jus cogens*. Ora, normas assim só podem cristalizar-se como costumeiras se lhes for dado trânsito; senão, continuarão sem força imperativa, pois não é só o tempo de existência de uma norma que lhe confere essa força.

## 2.2. Organização Mundial do Comércio

Dois casos de reclamações apreciadas no âmbito da Organização Mundial do Comércio merecem referência para os fins deste trabalho: o dos padrões dos Estados Unidos para gasolina reformulada e convencional e o das restrições das Comunidades Européias à importação de carne produzida com hormônios de crescimento. As reclamações voltam-se contra medidas destinadas à proteção da saúde e do ambiente, reputadas como barreiras ao comércio mundial.

### *O caso dos padrões para gasolina reformulada e convencional*

No relatório WT/DS2/AB/R (29.04.1996), o Órgão de Apelação da OMC apreciou a apelo dos Estados Unidos contra as conclusões (29.01.1996) do Painel estabelecido para solucionar litígio em torno da regulamentação da gasolina adotada por aquele país. A disputa começou por iniciativa da Venezuela, em 23.01.1995, posteriormente acompanhada pelo Brasil. Também figuraram como terceiros interessados as Comunidades Européias e a Noruega.

O Clean Air Act (CAA) dos Estados Unidos data de 1963, mas foi em 1990 que o Congresso determinou que a agência americana de proteção ambiental, a EPA (Environmental Protection Agency), adotasse regulamentos para melhorar a qualidade do ar nas áreas mais poluídas, por meio da redução da emissão de poluentes por veículos. Assim, a EPA instituiu

as Regras para Combustíveis e Aditivos – Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional, que constituem a Parte 80 do Título 40 do Código de Regulamentações Federais (Code of Federal Regulations).

Previu-se que só gasolina reformulada poderia ser consumida nas áreas que enfrentaram os níveis mais críticos de poluição no período 1987-1989; no restante do país, poderia ser comercializada a gasolina comum. A gasolina reformulada deveria atender a padrões rígidos, enunciados no CAA, a fim de garantir sua limpeza. Simultaneamente, a gasolina convencional deveria permanecer no mesmo nível de limpeza de 1990, impedindo que produtores, refinarias e importadores colocassem na gasolina convencional os elementos proibidos para a reformulada.

Para a gasolina convencional, permitiram-se padrões individuais, conforme os dados da gasolina refinada, misturada ou importada em 1990. Já para as empresas que tivessem operado por menos de seis meses em 1990 ou que começassem a operar ainda depois, bem como para os importadores que também eram refinarias no estrangeiro e que, até aquele ano, importavam de sua refinaria menos de 75% da gasolina que comercializavam nos Estados Unidos, estabelecia-se um padrão geral mais restritivo.

Com relação à gasolina de nova fórmula, de 1995 até 1998, os padrões seriam estabelecidos a partir das bases individuais (“modelo simples”), mas os importadores ficariam sujeitos a um critério conforme aquele padrão geral mais restritivo. Em 1998, entraria em vigor o “modelo complexo”, em que deixariam de valer os padrões individuais, devendo todas as empresas atender ao mesmo nível de exigências.

Em maio de 1994, a EPA propôs que se admitissem padrões individuais também para importadores a que, até então, não eram aplicáveis. Essa hipótese envolvia uma investigação prévia da procedência da gasolina, com critérios mais rigorosos que os exigidos na determinação dos padrões individuais das empresas que trabalhavam com gasolina nacional. Todavia, em setembro daquele ano, o Congresso negou fundos à EPA para implementar essa proposta. Continuaram em vigor, então, as determinações anteriores.

O Paineil referente às reclamações de Venezuela e Brasil contra a lei da gasolina americana concluiu, entre outros, que a gasolina importada e a nacional eram produtos similares, portanto não se justificando a imposição de regras menos favoráveis à importada, já que isso feria o art. III:4 do GATT 1994 (“Acordo”, “Acordo Geral”). Desse modo, embora reconhecendo que o “ar puro” é um recurso natural esgotável, conforme o art. XX, “g” do Acordo, esse dispositivo não justificava as medidas incompatíveis com o art. III:4.

A propósito, o art. XX, “g”, do GATT 1994 autoriza medidas relativas à conservação dos recursos naturais não renováveis, se também são aplicadas restrições à produção ou ao consumo nacionais. Pelo *caput* desse artigo, o Acordo não deve impedir a adoção de tais medidas por um Estado-Parte, desde que elas não sejam aplicadas de maneira a consituir uma discriminação arbitrária ou injustificável entre países em que as mesmas condições estão presentes, nem uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Na tentativa de reverter as conclusões do Painel, de maneira a enquadrar no art. XX, “g”, o tratamento menos favorável conferido ao produto importado, os Estados Unidos repisaram a suposta dificuldade de se determinar a procedência da gasolina estrangeira e sua observância dos requisitos aplicados à gasolina americana.

No entanto, o Órgão de Apelação fez eco à constatação do Painel no sentido de que, embora pudesse ser realmente difícil constatar a origem e a qualidade da gasolina importada, não se justificava a restrição do uso, pelos produtores estrangeiros, dos mesmos critérios dos nacionais americanos para a determinação dos padrões individuais. Afinal, a determinação da origem e do preenchimento de determinadas condições é prática corrente com relação a outros produtos. É certo que a cooperação dos países exportadores interessados se faria necessária, mas os Estados Unidos não demonstraram que Venezuela ou Brasil houvessem negado sua colaboração.

Outra falha dos Estados Unidos consistiu em não avaliar os custos e dificuldades dos exportadores para adaptarem-se aos novos critérios, tendo em conta que um de seus argumentos para assegurar tratamento mais benéfico à gasolina americana eram justamente os custos que uma adequação imediata demandaria, sendo necessárias mudanças em quase todas as refinarias americanas.

A conclusão do Órgão de Apelação, enfim, foi no sentido de que, embora a regulamentação da gasolina instituída no âmbito do Clean Air Act pudesse ser considerada uma exceção prevista no art. XX, “g”, do GATT 1994 (diferentemente da posição do Painel a esse respeito), ela não encontrava respaldo dentro do conjunto daquele artigo, pois constituía uma discriminação injustificável e uma restrição disfarçada ao comércio internacional, o que o *caput* do art. XX não permite. Ou seja, o efeito prático das constatações do Painel não foi alterado, qual seja, a recomendação de que o Órgão de Solução de Disputas determinasse aos Estados Unidos a adequação da sua lei da gasolina ao disposto no art. III:4 do GATT 1994 (mesmo tratamento para produtos similares nacionais e importados).

Mas o Órgão de Apelação fez questão de enunciar as implicações que essa decisão *não* tinha. Nesse sentido, afirmou que os Estados-Partes podem, sim, tomar as medidas que julgarem necessárias para combater a poluição atmosférica e o ambiente em geral. Aliás, no preâmbulo do Tratado da OMC e na Decisão sobre o Comércio e o Meio Ambiente (adotada no Comitê de negociações comerciais em Marrakesh, em 14.04.1994), foi expressamente reconhecida a importância de coordenar as políticas comerciais e ambientais. A única limitação à autonomia dos Estados para estabelecer regras de proteção ambiental, inclusive sobre as relações entre ambiente e comércio, é a necessidade de respeitar as regras do GATT.

No caso “Padrões para gasolina reformulada e convencional”, não há como saber se a verdadeira intenção dos Estados Unidos com os padrões mais exigentes para a gasolina estrangeira era beneficiar o produto nacional. O que foi constatado no âmbito da OMC é, simplesmente, que a regulamentação teve esse efeito na prática.

Talvez se justificasse, pela ótica da precaução, o receio dos Estados Unidos quanto às dificuldades na determinação da qualidade da gasolina importada, que poderiam minar o projeto de despoluição do ar. Com efeito, não havendo como determinar com certeza a adequação de alguma gasolina aos padrões definidos para assegurar a melhoria da qualidade do ar, a precaução não impede (e, antes, recomenda) a adoção de medidas que impeçam um impacto negativo maior sobre o ambiente; no caso, a rejeição da gasolina de qualidade obscura. Porém, a OMC decidiu conforme os fins a que se destina, ou seja, o levantamento de toda atitude restritiva ao comércio internacional.

*O caso das restrições das Comunidades Européias à importação de carne produzida com hormônios de crescimento*

O caso “Hormônios” (WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R) consistiu na reclamação de Estados Unidos e Canadá, perante o Órgão de Solução de Disputas da OMC, contra a restrição das Comunidades Européias à colocação no mercado interno e à importação de carne e de produtos derivados de carne de terceiros países que empregassem determinados hormônios de crescimento.<sup>4</sup> Para as Comunidades, seu posicionamento estaria respaldado pela Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement – SPS), considerando o caráter cancerígeno dos hormônios indicados nas suas Diretivas.

Figurando no tratado que estabeleceu a Organização Mundial do Comércio, o SPS Agreement, que entrou em vigor em 01.01.1995, faz parte, junto como outros acordos, da Acta Final da rodada Uruguai do GATT, concluída em 15.04.1994, em Marrakesh.

O painel sobre a reclamação dos Estados Unidos foi estabelecido pelo Órgão de Solução de Disputas em 20.05.1996; o painel sobre a reclamação do Canadá, em 16.10.1996. Os relatórios desses painéis circularam entre os membros da Organização em 18.08.1997. Entre 24.09.1997 e 20.10.1997, as Comunidades Européias, Estados Unidos, Canadá e terceiros países (Austrália, Nova Zelândia e Noruega) apresentaram recursos.

No âmbito do Órgão de Solução de Disputas, em suma, foram atendidas as pretensões de Estados Unidos e Canadá quase na íntegra, com o argumento de que o SPS Agreement só autorizava a adoção de medidas assim com base em evidência científica. Questionou-se justamente a suficiência das provas apresentadas pelas Comunidades Européias. No máximo, admitia-se que os dados apresentados permitiam concluir que hormônios de crescimento, *genericamente falando, podem causar câncer*, mas não que os exatos hormônios empregados por Estados Unidos e Canadá apresentavam a mesma característica, pois não teriam sido objeto de análise pelas Comunidades. Já os exportadores alegavam deterem estudos comprovando a não-periculosidade de seus hormônios (apesar das infrutíferas instâncias das Comunidades para que se lhes mostrassem esses estudos).

<sup>4</sup> Diretivas do Conselho da então Comunidade Econômica Européia números 81/602/CEE (31.07.1981), 88/146/CEE (07.03.1988) e 88/299/CEE (17.05.1988), substituídas, em 1996, pela Diretiva 96/22/EC da Comunidade Européia (29.04.1996).

Perante o Órgão de Apelação, releva que as Comunidades requeriam a adequação da decisão com o princípio da precaução, insculpido no art. 5.7 do SPS Agreement, que autoriza a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias para proteção da saúde e da vida ainda na ausência de evidência científica, embora provisoriamente.

Em seu relatório (concluído em 05.01.1998 e circulado entre os membros da Organização em 16.01.1998), o Órgão de Apelação expressamente recusou-se a determinar a posição hierárquica do princípio da precaução. Observando que ainda muito se discute em torno de seu *status*, e reconhecendo que alguns sustentam a existência de um princípio de direito internacional *ambiental* costumeiro, afirmou que só dificilmente se poderia admiti-la como um princípio *geral* de direito internacional costumeiro. Considerou, assim, não dever manifestar-se sobre o *status* de um tal princípio (embora notando que se trata de uma questão importante), pois ele não poderia, por si só, excluir a aplicação dos princípios *normais* (de direito internacional costumeiro *geral*) na interpretação de tratados.

Vale frisar que o Órgão de Apelação da OMC admitiu também expressamente a importância de se determinar a posição do princípio da precaução no *ranking* das normas de direito internacional, e não deixou de registrar que o via inscrito no SPS Agreement, nomeadamente no sexto parágrafo do preâmbulo e nos artigos 3.3 e 5.7.

O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, em suma, garante aos signatários a adoção de medidas dessa ordem para a proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal, conforme o seu art. 2.1 (o art. 2 é intitulado “Direitos e Obrigações Básicos”), desde que não constituam medidas disfarçadas tendentes a restringir o comércio internacional (art. 2.3). Mas o art. 2.2 ainda impõe a limitação de que as medidas devem ser tomadas apenas na medida mínima necessária para a proteção da saúde e da vida, e sempre com base em evidências científicas.

É muito restrita, portanto, a possibilidade de adoção de medidas assim. Mas o próprio art. 2.2 abre uma exceção para o art. 5.7, que autoriza a adoção de medidas mesmo sem evidência científica suficiente, porém apenas provisoriamente, e sempre com base na informação pertinente disponível. O Estado que adotar medidas nessas circunstâncias deve providenciar na busca de mais informações e revisar suas medidas dentro de um período de tempo razoável.

Aí é que a precaução está mais patente, pois os demais dispositivos autorizando medidas sanitárias e fitossanitárias são bastante restritivos. Embora esteja presente a preocupação com a proteção da saúde e da vida, exige-se sempre uma justificativa científica, como o art. 3.3, ao autorizar que um Estado estabeleça padrões de segurança mais elevados que outros. Sobretudo, além de basearem-se em certeza científica, esses padrões devem estar em consonância com o objetivo principal de minimizar os impactos negativos no comércio (não no ambiente), conforme o art. 5.4. Ou seja, os membros não são obrigados a mudar os níveis de proteção que entendem adequados (sexto parágrafo do preâmbulo), desde que não representem entrave ao comércio internacional e decorram de evidências científicas.

De fato, o acordo sobre medidas sanitárias e fitossanitárias desenvolve o art. XX do GATT, que já previa a possibilidade de os membros atuarem sobre o comércio a fim de proteger a saúde e a vida humana, animal e vegetal, desde que, assim agindo, não estabelecessem medidas protecionistas disfarçadas. Portanto, o SPS Agreement não tem como objetivo principal a proteção da saúde e da vida, senão apenas coibir a adoção de medidas protecionistas para os produtos e produtores nacionais sob a justificativa daquela proteção.

Por isso, previsivelmente, são bastante limitadas as situações em que o SPS Agreement autoriza a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias. Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que a recomendação de precaução está presente, sobretudo no art. 5.7, como o próprio Órgão de Apelação notou. O Órgão também admitiu o argumento das Comunidades Européias no sentido de que aquele dispositivo não exaure a relevância do princípio da precaução.

Então, ainda quando não fosse por um imperativo autônomo de direito internacional ambiental, o Órgão de Apelação da OMC poderia ter adotado uma atitude de precaução porque ela está, sim, prevista no próprio SPS Agreement, aliás como o Órgão de Apelação mesmo notou. A importância da questão ambiental tampouco lhe passou despercebida. Porém, como esperado, a decisão foi coerente com o objetivo principal do SPS Agreement e da OMC, que é, afinal, levantar os entraves ao comércio internacional.

A solução, portanto, foi similar àquela encontrada no caso dos padrões para gasolina reformulada e convencional. Todavia, ali, como visto, a tese dos Estados Unidos fundava-se apenas no GATT, que autoriza medidas de proteção à saúde e ao ambiente como exceção, e desde que não representem empecilhos ao comércio. Já aqui, embora as mesmas restrições se imponham para a adoção de medidas sanitárias e fitossanitárias, o art. 5.7 do SPS Agreement as flexibilizava, em nome da precaução, para admitir essas medidas mesmo na ausência de certeza científica sobre os impactos ambientais negativos que se quer evitar.

É claro que essa regra não serve para se deixar de observar as demais disposições do SPS Agreement ou do GATT, mas a solução do caso *Hormônios* perdeu de vista que as medidas de proteção ambiental, no âmbito dos acordos da OMC, sempre devem redundar em restrição ao comércio, exatamente para evitar os efeitos ambientalmente negativos que se atribui ao produto em questão. A exceção contida no art. 5.7 do SPS Agreement não deveria poder ser excepcionada pela própria regra à qual esse artigo faz exceção.

### 2.3. Tribunal Internacional para o Direito do Mar

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS – International Tribunal for the Law of the Sea) é um mecanismo de solução de controvérsias previsto no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS – United Nations Convention on the Law of the Sea), de 10.12.1982 (aberta para adesões, em vigor desde 16.11.1994). No caso *Bluefin Tuna*, narrado a seguir, essa Corte deu um passo importante

para o avanço da precaução, especialmente para a conservação e o aproveitamento de pescados, mas com reflexos também para o meio ambiente em geral.

Percebendo o decréscimo da população de determinada espécie de atum, Austrália, Nova Zelândia e Japão, que têm nesse pescado importante atividade econômica, resolveram repor os estoques naturais. Para tanto, instituíram entre si um sistema de quotas voluntárias de pesca a partir de 1985. No entanto, esse sistema verificou-se insuficiente, e os Estados adotaram uma convenção para a proteção desse atum (Convention for the Conservation of the Southern Bluefin Tuna, maio de 1993, entrando em vigor em 20.05.1994).

O atum da espécie *Thunnus maccoyii* (Southern Bluefin Tuna – SBT), foi historicamente alvo de uma atividade pesqueira (por métodos como linha comprida de pesca pontilhada de anzóis ou redes envolvendo cardumes inteiros, por exemplo) que levou a essa diminuição da biomassa. Além disso, o atum, cujo único local conhecido de reprodução é o Oceano Índico, ao sul de Java, na Indonésia, só se reproduz a partir de oito anos de idade, porém era pescado comercialmente já com dois ou três anos.

Assim, a convenção entre Austrália, Nova Zelândia e Japão constituiu um importante passo para o gerenciamento do atum, sobre o qual um dos maiores problemas era justamente a incerteza sobre a biomassa. Um dos aspectos mais significativos do tratado foi o estabelecimento de uma Comissão (Commission for the Conservation of the Southern Bluefin Tuna – CCSBT), auxiliada por um Comitê Científico consultativo. No seio da Comissão, as partes, com votos de peso igual, estabeleciam a quantidade total de pesca permitida (Total Allowable Catch – TAC) e a quantidade anual de cada Estado (alocação nacional), entre outras medidas.

Tanto a utilização ótima atual (no presente) do atum quanto sua conservação são objetivos da Convenção entre os três Estados. Contudo, visto que as decisões no âmbito da Comissão devem ser adotadas por unanimidade, com o Japão enfatizando a exploração e Austrália e Nova Zelândia, a conservação do atum, surgiram divergências sobre a quantidade total permitida (TAC) e a alocação nacional.

Num primeiro momento, as partes haviam concordado com o empreendimento de um esforço para, até 2020, repor os estoques aos níveis de 1980, para tanto comprometendo-se, entre outros, a restringir as quotas de pesca desde 1989, evitar a pesca de indivíduos muito jovens ou nas zonas de reprodução, desenvolver técnicas para reduzir a captura não intencional de albatroz, desenvolver programas de monitoramento e coleta de dados, bem como intensificar a pesquisa sobre o atum. Apesar disso, divergências sobre se o estoque estava ou não sendo repostado impediu um acordo sobre o quantidade total para 1998, pois Austrália e Nova Zelândia opunham-se ao desejo do Japão de aumentá-la.

Mantida a quantidade total permitida, o Japão decidiu empreender unilateralmente um programa de pesca experimental (Experimental Fishing Program – EFP), com a justificativa de tentar resolver a incerteza sobre a avaliação que se tinha do estoque do atum, mas esse programa exigia pesca adicional, além da quota nacional. Conquanto favoráveis, em

princípio, a estudos desse tipo, Austrália e Nova Zelândia não concordaram com a implementação do projeto japonês nesses termos, fora da moldura estabelecida no âmbito da Comissão e com aumento, na prática, da quota nacional daquele país.

Sem possibilidade de uma solução negociada entre as partes, e sem acordo entre as partes sobre o mecanismo de resolução de conflitos ao qual submeter a questão, Austrália e Nova Zelândia decidiram levá-la a arbitragem. Isso é autorizado no anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) para esse caso de falta de concordância quanto ao procedimento de solução de conflitos dentro da moldura do art. 287 UNCLOS (por vezes referida como “arbitragem compulsória”)<sup>5</sup>. Pendendo, porém, a constituição do tribunal arbitral, o art. 290(5) UNCLOS autoriza a solicitação de medidas provisionais ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS).

Assim, Austrália e Nova Zelândia protocolaram, em 30.07.1999, um requerimento de medidas provisionais contra o Japão. Alegando que o programa de pesca experimental redundava numa violação dos obrigações de conservar o atum, oferecendo um risco de dano irreversível à biomassa da espécie, requereram, entre outros, a imediata cessação desse programa e o desconto da quantidade assim pescada até então da alocação anual nacional japonesa. Também foi pedido que o Tribunal ordenasse às partes agir em consonância com o princípio da precaução até a decisão final na disputa, abstendo-se de qualquer ato tendente a agravar a situação e dificultar a resolução.

O Japão respondeu, em 09.08.1999, questionando a competência do Tribunal, asseverando que, em todo caso, não poderia outorgar medidas provisionais. Mas acrescentou que seu programa não representava risco de dano irreparável para a população do atum e que a situação não era de urgência, até porque Austrália e Nova Zelândia poderiam ser futuramente compensadas, se assim decidisse o órgão de arbitragem, com a redução da quota nacional do Japão pela quantidade pescada no programa experimental. E requereu medidas provisionais por seu turno (para o caso de o Tribunal julgar-se competente), para que aqueles dois países retomassem as negociações para alcançar-se consenso sobre a quantidade total de pesca permitida (TAC) e sobre a continuação do programa experimental de forma conjunta.

Em 27.08.1999, considerando-se competente, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), na parte relativa à solução de conflitos, o Tribunal baixou uma ordem com medidas provisionais para enquanto não se estabelecesse o órgão arbitral, incluindo: que as partes, salvo acordo em sentido diverso, retomassem as últimas quotas de pesca estabelecidas, e que, na fixação das quotas para 1999 e 2000, fosse contada a quantidade capturada no programa de pesca experimental; que, sem unanimidade entre elas, as partes não desenvolvessem programas experimentais envolvendo a pesca de mais atum,

---

<sup>5</sup> Cfe. SCHIFFMAN, Howard S. *The Southern Bluefin Tuna Case: ITLOS hears its first fishery dispute*. In: *Journal of International Wildlife Law and Policy*, 1999, 2(3), disponível em [www.jiwlw.com](http://www.jiwlw.com), p. 6, nota de rodapé n° 55.

a não ser que as quantidades assim pescadas contassem para a alocação nacional anual; que as partes retomassem negociações para o gerenciamento do atum e empreendessem esforços para sua conservação e exploração ótima.

Foi a segunda disputa a passar pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS), mas a primeira a envolver uma questão de pesca e a permitir-lhe determinar medidas provisionais.

A decisão da Austrália e da Nova Zelândia de requisitar medidas provisionais ao Tribunal Internacional para o Direito do Mar enquanto não se instalasse a arbitragem de sua disputa com o Japão foi uma demonstração de confiança nesse órgão,<sup>6</sup> o que só faz aumentar a importância de seu papel no desenvolvimento do direito internacional. Essa importância evidencia-se especialmente quando se recorda que, pelo menos no que respeita a suas decisões provisionais, suas determinações têm força vinculante, como se conclui do art. 290(6) UNCLOS, que determina que as partes devem adequar-se (“shall comply”) às medidas provisionais prescritas pelo ITLOS<sup>7</sup> (o modal “shall” é forte, antes impondo uma obrigação firme que fazendo uma recomendação, caso de “should”).<sup>8</sup>

No caso *Bluefin Tuna*, as medidas provisionais adotadas pelo ITLOS indicam uma recomendação de mudança de atitude frente aos imperativos de ordem ambiental, especialmente nas questões sobre que ainda não há certeza científica quanto aos impactos ecológicos. O concernimento do Tribunal com a questão ambiental ficou claro na declaração do juiz Laing, segundo o qual o Tribunal adotava uma “aproximação precautiva” (“precautionary approach”), assim evitando falar em “princípio da precaução” e enfrentar a discussão sobre se um tal princípio já era reconhecido no direito costumeiro, ao mesmo tempo em que colocava a decisão do Tribunal a salvo, pelo menos, da crítica de pouca flexibilidade.<sup>9</sup>

De toda sorte, ficou clara a recomendação do Tribunal aos Estados no sentido de procurar sempre agir na base do consenso e evitar medidas unilaterais, sobretudo quando a precaução se recomenda.

## 2.4. Mercosul

No âmbito do Mercosul, os tribunais *ad hoc* para solução de conflitos depararam-se, até o moment, com dois casos que poderiam suscitar implicações ambientais: o caso dos pneumáticos remoldados provenientes do Uruguai e o dos produtos fitossanitários provenientes da Argentina.

---

<sup>6</sup> Cfe. SCHIFFMAN, *op. cit.*, p. 15.

<sup>7</sup> Art. 290(6) UNCLOS: “The parties to the dispute shall comply with the provisional measures prescribed under this article”.

<sup>8</sup> Cfe. SCHIFFMAN, *op. cit.*, p. 10.

<sup>9</sup> Cfe. SCHIFFMAN, *op. cit.*, p. 11.

*VI Laudo Arbitral – Proibição de importação de pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai (09.01.2002)*

O VI Laudo Arbitral foi concluído na controvérsia surgida da reclamação do Uruguai contra a proibição brasileira (pela Portaria nº 8/00 da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – SECEX) da importação de pneumáticos recauchutados e usados.

Para o Uruguai, a proibição imposta a pneumáticos recauchutados estendia aquela já existente para produtos usados, configurando uma restrição injustificada ao comércio regional. Em resposta, o Brasil sustentou o caráter meramente interpretativo da cláusula que abrangeu expressamente os produtos remoldados, já incluídos na legislação anterior entre os usados, porém não de forma explícita, o que levava indevidamente à não-observância da restrição para os remoldados.

O Brasil não invocou a proteção ambiental como fundamento para a alteração da legislação sobre importação de pneumáticos reconicionados. A única questão relacionada com o ambiente que veio à luz no VI Laudo Arbitral foi a Resolução nº 258/99 do CONAMA, órgão ambiental brasileiro. Para o Uruguai, essa resolução permitia a importação, além de pneus usados, de pneus provenientes de várias formas de reconicionamento. O Brasil contestou esse argumento dizendo que o CONAMA sequer teria competência para atuar no comércio, destinando-se a dita resolução apenas à proteção ambiental, determinando a finalização adequada de pneus inservíveis, não importante a forma como tivessem entrado no país; esta, a entrada dos pneus no país, seria regulada pelos órgãos de comércio.

A decisão do Tribunal foi pela procedência da reclamação do Uruguai, devendo o Brasil adequar sua legislação interna de maneira a permitir a importação de pneus remoldados originários dos países do bloco.

Observa-se, portanto, que a controvérsia, no âmbito do Mercosul, resolveu-se pelo viés do comércio, e não da proteção ambiental. Entretanto, é válido mencionar que a nova legislação brasileira, destinada a acatar a decisão do Tribunal *ad hoc* emissor do VI Laudo Arbitral (Portaria SECEX nº 2/02 e Decreto nº 4.592/03, que alterou o Decreto nº 3.179/99), foi objeto de discussão nos tribunais internos, agora pelo viés ambiental.

Na Ação Civil Pública nº 2003.71.00.033004-2 (6ª Vara Federal de Porto Alegre), por exemplo, o Ministério Público asseverou que a permissão de importação dos pneus recauchutados ia contra o princípio da precaução, por não haver estudo de impacto ambiental sobre os riscos ambientais desses produtos. O MP recordou a vedação, contida no Tratado de Montevidéu (1980), de medida de ordem econômica incompatível com a proteção da saúde humana e do meio ambiente. Já na decisão sobre o pedido de liminar, a juíza entendeu por bem evitar o prejuízo à integração no Mercosul que a cassação do novo regramento poderia representar. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

No Mandado de Segurança nº 2003.5101020151-7 (24ª Vara Federal do Rio de Janeiro), uma empresa atacava o ato da autoridade de comércio exterior consistente na não-emissão de licenças para importação de pneus recauchutados. Tanto o juiz de primeira instância quanto o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e o Superior Tribunal de Justiça deram razão à empresa, considerando o Decreto nº 4.592/03 e o VI Laudo Arbitral do Mercosul, bem como o preenchimento, pela impetrante, da exigência da Resolução nº 258/99 do CONAMA (dar finalização ambientalmente adequada a pneus inservíveis para importar quantidade proporcional de pneus remoldados).

Vale dizer, no caso dos pneus remoldados, no âmbito do Mercosul, perante o Tribunal *ad hoc*, a precaução sequer entrou em pauta. Já no judiciário brasileiro, a precaução foi ventilada, porém não encontrou respaldo. Não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que a simples permissão de importação de pneus recauchutados, por si só, não representa um risco ambiental. Os possíveis impactos dependem da finalização que se der aos produtos, e os pneus novos, depois de usados, não estão a salvo de produzirem os mesmos impactos.

#### *VII Laudo Arbitral – Obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro (19.04.2002)*

O VII Laudo Arbitral do Mercosul foi produzido pelo Tribunal *ad hoc* instaurado para apreciar a reclamação da Argentina contra o Brasil, por não ter este último incorporado uma série de decisões do Mercosul tendentes a harmonizar as legislações dos Estados-Membros sobre produtos fitossanitários (Resoluções GMC nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98). A omissão do Brasil estaria impedindo a vigência da normativa Mercosul, que depende da internalização por todos os Membros. Conseqüentemente, restringia a entrada de produtos argentinos no país.

Com efeito, a legislação brasileiro subordina a produção, a comercialização e o consumo de agrotóxicos à sua compatibilidade com diretivas das autoridades da saúde, do ambiente e da agricultura (Lei nº 7.802/89, art. 3º). Além disso, o registro de novos produtos só deve ser permitido se seus efeitos tóxicos sobre a saúde humana e o meio ambiente forem comprovadamente iguais ou menores que os dos produtos já existentes (Decreto nº 4.074/02, art. 20); outra exigência é que o Brasil disponha de métodos para desativação dos componentes do agrotóxico, de modo a evitar que os resíduos ponham em risco a saúde ou o ambiente (Lei nº 7.802/89, art. 3º, § 6º).

Em resposta à reclamação da Argentina, o Brasil sustentou que a obrigação de incorporar a normativa Mercosul não tinha prazo para concretizar-se, na ausência de uma disposição assim nos Tratados. O Tribunal acabou rejeitando esse argumento ao entender que, apesar da inexistência de uma data limite, a incorporação deveria ocorrer num prazo *razoável*, lapso já ultrapassado pela omissão brasileira.

O Brasil também lembrou que, pelo seu art. 1º, o Tratado de Assunção não veda a adoção de medidas unilaterais para a realização de objetivos de políticas públicas de proteção da saúde, do meio ambiente e da segurança da população, e a legislação brasileira sobre

fitossanitários, embora apontada como restritiva pela Argentina, não era discriminatória, pois aplicada tanto aos produtos nacionais quanto aos importados. Na mesma linha, lembrou-se que o art. 50 do Tratado de Montevideu de 1980, do qual fazem parte os dois Estados implicados, previa que as disposições ali contidas não deveriam obstar à adoção de medidas destinadas à “proteção da vida e da saúde das pessoas, animais e vegetais” (item “d”), entre outros.

A propósito de normas ambientais e de sua harmonização no Mercosul, vale mencionar a sugestão de Aurélio Virgílio Veiga Rios de adoção do critério mais rígido possível, pois tanto um nivelamento pelo mínimo quanto pela média seriam indesejáveis, considerando que o Brasil tem a legislação mais avançada nesse campo.<sup>10</sup> Realmente, o nivelamento pelo mínimo representaria um retrocesso para os Estados-Partes dotados de legislação mais desenvolvida; a exigência de um padrão pela média teria o mesmo problema, e acrescentaria a dificuldade de os Estados com legislação menos protetiva para se ajustarem. Então, sendo necessária, de qualquer forma, a provação desse ajustamento, mais vale adotar o critério mais elevado.

Contudo, o fato é que o Tribunal entendeu que a invocação genérica da possibilidade de produtos fitossanitários causarem dano à saúde não era suficiente para restringir sua comercialização. Afinal, o Brasil não teria feito prova dessa potencialidade danosa (vale dizer, o Tribunal atribuiu ao Brasil o *onus probandi*). O Tribunal admitiu que, num caso concreto, verificada a possibilidade de um determinado produto prejudicar a saúde ou a vida humana, animal ou vegetal, poderia ser restringido esse produto, mas não toda a categoria de fitossanitários.

A lição a tirar desses dois casos do Mercosul é a de que a precaução foi mal empregada ali, pois, no máximo, foram feitas alegações genéricas de que os produtos objetos das controvérsias poderiam causar dano à saúde. Não havia prova alguma de uma possibilidade mais concreta de um ou outro produto determinado terem efeitos negativos do ponto de vista da saúde humana e do ambiente. É verdade que o princípio da precaução determina, entre outros, a inversão do ônus da prova.<sup>11</sup> Porém, faz-se necessário algum indicativo dos efeitos nefastos de um produto que se queira restringir, ou, a se admitir aquelas alegações mais vagas, nenhuma tecnologia ou produto novo teria aval para ser desenvolvido, pois não há como prever todos os seus efeitos ambientais futuros.

---

<sup>10</sup> RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. *O Mercosul, os agrotóxicos e princípio da precaução*, In: Revista de Direito Difusos, vol. 13, junho/2002, p. 1682-1683.

<sup>11</sup> RIOS, *op. cit.*, p. 1685.

### 3. CONCLUSÕES

É possível identificar, na aplicação do princípio da precaução, uma concepção forte e uma concepção fraca.<sup>12</sup> A forte exige, para a liberação de uma atividade, produto ou tecnologia, certeza de que não produzirá efeitos (nocivos) além dos esperados.<sup>13</sup> Mas essa tendência não deve ser exagerada, pois uma interpretação literal do dispositivo da Carta Mundial sobre a Natureza de 1982, segundo o qual “sempre que efeitos potenciais adversos não forem plenamente conhecidos, as atividades não podem ocorrer”, conduziria a que nenhuma nova tecnologia, atividade ou produto atende à precaução.<sup>14</sup>

A fraca, na avaliação da oportunidade de uma tecnologia ou da instalação de um empreendimento, leva em conta os riscos, os custos, os benefícios, numa perspectiva antropocêntrica (não ecocêntrica) moderada (“responsável”), ou seja, estende a (im)previsibilidade de impacto ambiental até limites razoáveis, temperados, entre outros, pelo retorno social esperado.<sup>15</sup>

Haveria, ainda, de um ângulo mais pessimista, uma concepção “fraquíssima”: a precaução seria uma recomendação não vinculante para os Estados, permitindo um enfoque mais permissivo do uso dos recursos naturais, priorizando o “desenvolvimento” sobre a conservação ambiental, qualidade de vida, preservação da biodiversidade etc. Esse ponto de vista também assume esta terceira concepção como a que tem sido a mais adotada na prática internacional.<sup>16</sup>

De fato, o que se tem visto na prática internacional quanto à precaução é, acima de tudo, uma hesitação em aplicá-la por não se ter certeza de que ela se tenha cristalizado no direito costumeiro internacional. Por isso, na dúvida sobre esse ponto, e sendo a precaução inconciliável com outras regras de direito internacional em casos concretos, é comum preterir-la em favor de regras já tradicionais. Do ponto estritamente técnico, parece acertada essa posição. O problema é que, se não se dá trânsito à precaução, e às normas de direito internacional ambiental em geral, colocando-as em prática, jamais elas poderão disputar uma hierarquia superior a outras normas internacionais.

Contudo, os casos analisados permitem entrever diferentes aproximações ao princípio da precaução. A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Gabcíkovo-*

---

<sup>12</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado*. In: Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 59.

<sup>13</sup> SAMPAIO, *op. cit.*, p. 60; TINKER, Catherine. *State responsibility and the precautionary principle*. In: FREESTONE, David e HEY, Ellen (eds.). *The Precautionary Principle and International Law – The challenge of implementation*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1996. p. 56.

<sup>14</sup> SAMPAIO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>15</sup> SAMPAIO, *op. cit.*, p. 62.

<sup>16</sup> TINKER, *op. cit.*, p. 56-57.

Nagymaros, entre Hungria e Eslováquia, parece ter sido bem simplificadora: apesar de ter plena ciência dos riscos ambientais envolvidos, a Corte preferiu sustentar a primazia da máxima *pacta sunt servanda* em direito internacional, passando por cima dos recentes desenvolvimentos do direito internacional ambiental, inclusive com desprezo da constatação de que os custos de reparação dos prejuízos ambientais seriam mais elevados que os de prevenção.

Já no caso do Mercosul sobre pneumáticos, como visto, a questão da precaução não foi questionada no seio do Tribunal *ad hoc*, senão apenas nos tribunais internos brasileiros. Por outro lado, no caso dos produtos fitossanitários, foi invocada a necessidade de proteger, em nome da precaução, a saúde humana e o meio ambiente. Nos dois casos, contudo, não houve maior preocupação dos interessados em comprovar que os riscos alegados poderiam realmente materializar-se. Assim, os tribunais internos e o Tribunal *ad hoc* não tiveram maiores dificuldades em descartar a justificativa da precaução. Afinal, ela não requer uma demonstração absoluta da atualidade dos riscos, mas, ao menos, indicativos sérios de sua possibilidade.

Quer dizer, nesses casos, não foi o órgão jurisdicional que promoveu um potencial prejuízo ao ambiente, desconsiderando indevidamente o argumento da precaução, senão as partes nas controvérsias, que não o manusearam como desejável (Brasil no âmbito do Mercosul, Ministério Público nos tribunais internos). Na verdade, no caso dos fitossanitários, o Tribunal não pôde senão reconhecer a atitude brasileira como restritiva do comércio regional. Os princípios da precaução e da prevenção devem orientar o registro e o licenciamento ambiental de produtos como os agrotóxicos,<sup>17</sup> por exemplo, mas cumpriria ao Brasil, no âmbito da precaução mesma, empreender ou aprofundar as pesquisas sobre os efeitos negativos dos produtos sobre que havia essa dúvida para justificar seu banimento.

Por seu turno, a Organização Mundial do Comércio teve de enfrentar argumentos sérios em favor da proteção da saúde e da vida humana, animal e vegetal, e adotou uma posição compatível com os fins para que foi criada, vale dizer, a liberalização do comércio mundial. No caso dos padrões para gasolina reformulada e convencional, pode-se dizer que houve uma falha dos Estados Unidos ao discriminar o produto importado em benefício do nacional. Talvez a recomendação seja de que os exportadores também pudessem usar os critérios mais benéficos (apesar das dificuldades aí implicadas para a determinação da qualidade de seu produto), pois o beneficiado seria o ambiente se não tivesse havido meio de contestar a lei da gasolina americana.

Ainda no âmbito da OMC, o caso Hormônios foi resolvido com uma argumentação na mesma linha do anterior, em princípio coerente com os fins e objetivos da Organização. No entanto, é forçoso reconhecer que, nesse caso, a precaução foi aventada com base no

---

<sup>17</sup> RIOS, *op. cit.*, p. 1691.

próprio SPS Agreement. Além de autorizar medidas sanitárias e fitossanitárias dentro das mesmas balizas do GATT, o Acordo vai mais adiante, permitindo a adoção de medidas mesmo sem a comprovação científica dos riscos que se pretende evitar, embora temporariamente. Ora, como exceção, essa regra não deveria ser bloqueada pela própria regra geral, como foi o caso.

Finalmente, no caso *Bluefin Tuna*, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar outorgou medidas provisionais com uma percepção ponderada da precaução, determinando a cessação do programa japonês que implicava o aumento de sua quota de pescado, com possível prejuízo para a biomassa. Ao mesmo tempo, recomendou o aprofundamento de estudos sobre a espécie de atum em questão, com a ressalva de que, até que se alcançassem dados conclusivos, não se aumentasse a quantidade total permitida de pesca, garantindo a preservação do atum nos níveis populacionais em que se encontrava até ali.

Esta última decisão indica uma mudança positiva na concepção da precaução e das normas de direito internacional ambiental. Espera-se que constitua verdadeiramente um marco para as próximas decisões, em âmbito global, sobre problemas relacionados à preservação do ambiente e da saúde humana. No entanto, fica a lição do caso sobre produtos fitossanitários no Mercosul: apenas alegar genericamente a necessidade de precaução não contribui para o desenvolvimento da proteção ambiental.



## ARBITRAGEM E O DIREITO COMUNITÁRIO: CONFLITOS SOBRE RECURSOS NATURAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL\*

---

Mauricio Alexandre Kuntzler

### INTRODUÇÃO

No âmbito do direito internacional destacaremos a estrutura jurídica na Resolução de Controvérsias da OMC, da União Européia, do Nafta e do Mercosul. Estas três últimas são organizações que compõem regiões de cooperação internacional, se intercomunicam através de tratados acordos e por tratados bilaterais entre organizações internacionais e Estados estando condizentes com seus ordenamentos internos e tratados constitutivos. A profundidade da cooperação econômica faz diferenciar organizações regionais de cooperação econômica (integração comercial e aduaneira entre os Estados membros com vistas ao fortalecimento econômico e redução das assimetrias entre os Estados) e organizações regionais de integração. O Nafta e o Mercosul são organizações internacionais de caráter intergovernamental compostas de Estados soberanos e coordenados, tendo representatividade em todos os atos decisórios das organizações sendo mediata a eficácia destas, pois sua execução é efetuada pelos Estados para possuir efeitos na ordem jurídica interna.

A união européia é uma organização internacional de caráter intracomunitário onde os Estados componentes cedem uma parte de sua soberania em proveito da organização, compondo-se a supranacionalidade<sup>1</sup>. (sentenças do TJCE, caso Costa/Enel, 1964 e caso Simmenthal, 1978) Caracteriza esta pelo fato dos integrantes dos órgãos decisórios comunitários, que atuam no interesse da Comunidade, não representarem interesses dos governos de seus Estados de Origem e pela eficácia das decisões ser imediata não necessitando ser internalizadas por qualquer ato interno dos Estados para que produzam efeitos em sua

---

\* Trabalho apresentado na Disciplina DIRP 131- Direito Internacional Ambiental e Direito Internacional Privado.

<sup>1</sup> Martín, Arcelci Mangas. *Instituciones y Derecho de la Unión Européa*. Madrid: Tecnos, 2002. P. 414 à 421.

ordem jurídica interna, mesmo que contraditória a esta. Além de possuir uma norma comum para toda a comunidade a sua interpretação e aplicação é uniformizada pelo TJCE e TPI (Tratado de Nice – altera o art.225 do TCE) de forma que todos os Tribunais nacionais de forma vinculante de a mesma incidência do TCE por toda a extensão do comunidade . O TJCE possui a competência contenciosa e consultiva com capacidade de decidir sob o mecanismo de prejudicialidade (teenvio prejudicial) sendo um dos instrumentos desta uniformização do Direito Comunitário. O art.234 do TCE obriga a todos os tribunais dos estados membros, como órgão de última instância judicial ou de sentenças que não caiba mais recurso, a remeter questão de Direito suscitada, havendo dúvida razoável, que dependa da interpretação do TCE ou de atos adotados pelas instituições da comunidade incluindo-se a validade destes atos segundo o Direito originário. Aspectos materiais da causa em questão, ou seja, a decisão do mérito pertence somente a jurisdição nacional não sendo objeto de análise dos tribunais comunitários.

O trabalho visa verificar no primeiro capítulo como os conflitos entre Estados nas diferentes organizações são postos à resolução e como o direito comunitário e o direito da cooperação de blocos econômicos regionais se fundamentam diante de seus princípios embaixadores de seus tratados constitutivos. Com o problema se verificará qual o direito que terá primazia na aplicação ao caso concreto, o direito comunitário, o de integração ou o direito internacional correspondente. Analisaremos no segundo capítulo a responsabilidade ambiental no âmbito da proposta de diretiva da comissão da união européia e como o bem ambiental vem sendo tratado no âmbito do Mercosul, tendo assim evidenciado os diferentes estágios e caminhos trilhados pelas organizações regionais perante o bem ambiental.

## **I. A RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS REGIONAIS E NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

O Tribunal de Haia em 1960, no assunto das concessões Mavrommatis em Palestina, definiu a controvérsia internacional como um desacordo entre dois sujeitos sobre um ponto de Direito ou de fato, conformando uma oposição de teses jurídicas ou de interesses. Com a evolução e criação de novas Organizações Internacionais houve um incremento da morfologia de soluções de controvérsias. A evolução desta matéria trouxe o enfoque na prevenção do litígio.

As Organizações Internacionais de Cooperação e Integração Econômicas buscam, nas controvérsias entre os Estados Partes, atender os interesses destes identificando suas responsabilidades, mas sobretudo atender os interesses da Organização Internacional. Esta tarefa é dificultada quando o Direito institucional da Organização Regional de Cooperação permite ao Estado levar sua controvérsia a uma Organização Universal, portanto sob outro ordenamento jurídico do qual gerou o conflito entre os Estados.

A arbitragem internacional, como meio legal de solução de controvérsias entre sujeitos internacionais, é um órgão unipessoal ou colegiado a que as partes se submetem por acordo estando obrigadas ao cumprimento da decisão fundamentada no Direito Internacional. Os Estados em litígio, sob a arbitragem, podem ser signatários de um acordo internacional em que haja a cláusula compromissória com obrigação de recorrer a arbitragem para a resolução de suas controvérsias, ou são partes de um Tratado de Arbitragem (Mercosul). Devem as partes se submeterem ao compromisso arbitral, que designa o direito aplicável e o procedimento a seguir, considerando-se como fonte jurídica que indica o objeto da controvérsia e as competências dos árbitros. Podem as partes acordarem no compromisso arbitral, se assim o Tratado respectivo permitir, que a controvérsia será decidida por base da equidade tornando-se um juízo mais político que jurídico.

A supranacionalidade na União Européia condiciona e é característica do sistema jurisdicional comunitário, pois há uma ordem jurídica própria independente e hierarquicamente superior aos sistemas jurídicos nacionais. Há um poder político externo superior aos Estados e a aplicabilidade imediata do Direito Comunitário (postura monista nas relações de Direito Comunitário e Direito nacionais). A jurisprudência do TJCE consolida estes preceitos da integração européia. Casos como o Costa/ ENEL e Simmenthal II evidenciam a primazia do Direito Comunitário permitindo ao juízo nacional tornar inaplicáveis as normas conflitantes do Direito interno diante das provisões do direito comunitário. Para isto não é necessário aguardar o afastamento prévio das normas inválidas pelo órgão competente nacional sendo que o juízo nacional deverá aplicar normas comunitárias caso incidam sobre o conflito (efeito direto)<sup>2</sup>. Os Estados membros se submetem a responsabilização, pelos atos ou omissões de seus órgãos representativos, em indenizar os danos causados pela não cumprimento da norma comunitária.

### **a. Conflitos entre Estados na OMC, UE, NAFTA, MERCOSUL**

No Direito Internacional Econômico não se aplica a norma consuetudinária de direito internacional (séc. XVII) do esgotamento dos recursos internos na ordem jurídica do Estado reclamado (evitar a ingerência internacional, responsabilidade internacional, na medida de ser possível a busca da solução interna no Estado reclamado), podendo assim, como exemplo na OMC, o reclamante dispor dos órgãos de revisão da organização para apresentação da reclamação sem a exigência especificada.

Na rodada Uruguai, em 1986, surgiu a reforma do sistema de resolução de conflitos no GATT e já no âmbito da OMC surge o ESC- Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias- como um sistema quase judicial (painel

---

<sup>2</sup> Dias, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1997. P. 111 à 119.

estabelecido ad hoc unilateralmente onde as partes são ouvidas podendo recorrer da decisão a um órgão de apelação) criado pelo OSC (composto por representantes dos membros do OMC) independente dos demais órgãos e exclusivo para este fim.

Os princípios fundamentais da OMC são o da Nação mais favorecida – qualquer vantagem concedida a um parceiro comercial estende-se aos demais membros da OMC, e o Tratamento Nacional – um Membro da OMC não pode discriminar produtos importados de outros membros da organização concedendo o mesmo tratamento jurídico dos produtores nacionais. (medidas indistintamente aplicáveis)

A OMC não é uma instância supranacional e não oportuniza um recurso a decisões nacionais em caráter prejudicial, portanto a decisão de seus órgãos não terão aplicabilidade direta (efeito direto) nos Estados integrantes e não é obrigatória, mas por haver uma maior adensamento de juridicidade, no que concerne a resolução de controvérsias, permite a ação de compensação e retaliações pelo Estado que teve êxito em sua reclamação perante o OSC.

Na OMC não há regra de prevenção de foro, podendo ocorrer situações complexas por esta ausência de norma de competência, caso haja duplicidade de reclamações a diferentes organizações internacionais segundo mecanismos diferenciados de solução de controvérsias. No Mercosul há previsão legal no Protocolo de Olivos que prevê preventivo o foro segundo a escolha do reclamante. No entanto antes da edição do protocolo de Olivos não havia previsão legal sobre norma de competência. Situação complexa ocorreu com o litígio entre Brasil e Argentina na aplicação de medidas antidumping desta nas exportações brasileiras de frango. Pelo julgamento do tribunal arbitral do Mercosul (protocolo de Brasília) a medida foi considerada legal. No entanto o Brasil, após a decisão do laudo arbitral, interpos reclamação na OMC revertendo a decisão, pela incompatibilidade entre a medida argentina e o acordo antidumping

A diferença no aspecto da implementação das decisões dos órgãos de soluções de controvérsias do Mercosul, Nafta e OMC, está em que, no âmbito do Mercosul, as decisões são obrigatórias (art. 26 e 27 do Protocolo de Olivos) atribuída efeitos de coisa julgada.

O sistema de resoluções de controvérsias do Nafta (Organização internacional regional de cooperação econômica exclusiva, não se pensou em uma comunidade política) possui a arbitragem entre Estados membros e a arbitragem específica para o conflito entre o estado Membro e o Investidor admitindo-se a compensação por perdas monetárias e a execução da decisão do painel por tribunais nacionais de execução sob a Convenção de Nova York ou Interamericana. Faculta aos Estados utilizarem o sistema do Nafta ou da OMC para resolverem seus conflitos. No que tange ao meio ambiente não é facultado a escolha seguindo o procedimento constante no Nafta. O painel pode valer-se de especialistas para a elaboração de parecer técnico. Em matéria referente a medidas anti-dumping e direitos compensatórios a decisão do painel binacional de revisão será vinculativa aos Estados.

O caráter intergovernamental do Mercosul impossibilita a criação de um Tribunal de Justiça supranacional. O Conselho do Mercado Comum não assentou politicamente nesta direção e por outro lado necessário se faz mudanças constitucionais no Brasil e no Uruguai

(falta de delegação de competências para órgãos legiferantes e jurisdicionais). Com o protocolo de Olivos se instituiu o recurso de revisão ao Tribunal Permanente de Revisão. As controvérsias que surjam entre os Estados-partes serão decididas a base do Direto Primário, o Direto Derivado e princípios do direito internacional. O objeto da controvérsia deverá ser fixado na etapa das negociações diplomáticas não podendo ser modificado posteriormente pelas partes.

O Estado-parte poderá interpor reclamação perante outro órgão de resolução de controvérsias do que aquele instituído ad hoc no plano do Mercosul. Poderá demandar perante o OSC da OMC ou utilizar outro foro contido em determina acordo econômico bilateral ou regional onde façam parte os integrantes do Mercosul. Neste caso porém, uma vez iniciado o procedimento de reclamação sob determinado mecanismo de solução de controvérsias, não haverá mais a possibilidade de se utilizar de outro mecanismo, sob o mesmo objeto, composto em outro acordo. No caso de o OSC da OMC ser escolhido pelo demandante para a resolução de conflitos do âmbito do Mercosul, a atuação do Grupo Especial e o OAp será restrita ao âmbito da legalidade da medida analisada sob a ótica das leis multilaterais da Organização, não se manifestando sobre a legalidade sob as normas vigentes no âmbito do Mercosul.

O Protocolo de Olivos permitiu ao Tribunal Arbitral Ad Hoc, por solicitação da parte interessada, sob a possível ocorrência de danos graves e irreparáveis, ditar medidas provisórias para prevenir prejuízos. Permitiu também, ao Conselho do Mercado Comum, estabelecer procedimento especiais para casos de urgência com intuito de não causar danos graves as partes.

A inovação oportunizada pelo protocolo de Olivos é a competência ao Tribunal em decidir diretamente sob casos onde fracassaram as negociações diretas atuando como instância única. Terá também competência para responder às opiniões consultivas formuladas pelos órgãos do Mercosul, Estados-partes e seus Tribunais Superiores de Justiça, tendo que esta opção deva ser regulamentada pelo Conselho Mercado Comum estabelecendo o procedimento. Não terá efeito vinculante o parecer.

No direito comunitário europeu a norma comunitária e o regulamento devem ter aplicabilidade imediata no Direito nacional e passível de ser invocada por pessoas privadas nas jurisdições nacionais ainda que não internalizadas (aplicabilidade direta) quando são formuladas sem reservas, sejam auto-suficientes e juridicamente perfeitas, e não necessitam de qualquer ação dos Estados membros ou da Comissão para a sua execução. O regulamento, por sua própria natureza (art.249 TCE), possui as características elencadas acima. A diretiva, se também possuir caráter “self-executing” e que o prazo para sua transposição pelo Estado membro tenha se esgotado, é diretamente aplicável no Direito Nacional.<sup>3</sup> A decisão, por sua

---

Idem. P.120. O autor faz referência a Rui Manuel Moura Ramos “*Das Comunidades à União Européia*” p.227, para citar o Acórdão *Francovich* do TJCE, que precisa caber aos Estados membros indenizar aos particulares pelos prejuízos causados devido a não transposição de diretiva que reconheça direitos e tenham nexos de causalidade com o danos sofridos.

vez, quando dirigida ao Estado membro e atender os mesmos requisitos para a aplicabilidade direta da diretiva, terá os mesmos efeitos. A decisão quando individualizada e dirigida ao particular possui também efeito direto. Não havendo a aplicabilidade direta pelo juízo nacional da norma comunitária deverá o agente privado dirigir-se a Comissão das Comunidades e convencê-la a iniciar uma ação por incumprimento do Tratado contra o Estado responsável pela violação de seus direitos, isto na qualidade de guardião da legalidade comunitária.

O TJCE tem a função de interpretar o Direito Comunitário como um todo e a função do controle de sua aplicação. Interpreta o Direito derivado conforme o Direito Primário assegurando a capacidade de ação dos órgãos comunitários e a unidade sistêmica do ordenamento jurídico comunitário sendo elemento chave na concretização dos objetivos do TCE. Atua sobre litígios entre as instituições comunitárias, entre os Estados Membros, entre os Estados membros e as instituições comunitárias e entre as pessoas privadas e os Estados ou instituições comunitárias. (recurso por ilegalidade que deriva o recurso de anulação, art.230TCE e recurso por omissão art.232TCE). Sua atuação é através de consultas jurídicas vinculantes sobre Acordos que a EU celebra com Países terceiros ou Organizações Internacionais e na própria interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

O Tribunal de Primeira Instância surge do Ato Único Europeu de 1988, por decisão do Conselho, atuando na mesma função do Tribunal de Justiça, órgão garantidor de interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

### **b. A Natureza da OMC e da EU, o Efeito Direto e Controle Prévio dos Acordos Internacionais**

É previsto no art. 300, n. 6 do TCE, o controle preventivo exercido pelo TJCE de constitucionalidade dos possíveis atos internacionais da Comunidade em referência das disposições do direito material, à competência, ao procedimento ou a organização institucional da Comunidade, utilizando-se para isto de pareceres vinculantes, anteriores aos atos ou mesmo posteriores a eles. Para que o acordo se efetive, em caso de parecer contrário, deverá haver uma prévia revisão do Tratado comunitário e ratificado pelos estados membros.

A posição formal hierárquica dos acordos situa-se entre o Direito Comunitário primário e o Direito Comunitário secundário.

Após a edição do acordo poderá o TJCE anulá-lo pelo recurso interposto pelo Estado membro interessado, contestando sua legalidade perante o Direito Comunitário. Esta decisão porém terá somente validade para a Comunidade Européia e não para o Direito Internacional. Neste sentido, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Organizações Internacionais e Estados ou entre Organizações Internacionais entre si (arts. 28 e 46- 1986), caberá a responsabilidade internacional a Comunidade Européia que tornou internamente sem efeito o Tratado celebrado.

O TJCE pronunciou-se na sentença “Kupferberg” de 1982 que nos acordos internacionais,

“os efeitos... não podem ser examinadas abstraindo-se a origem internacional destas disposições..., de acordo com os princípios de Direito Internacional as instituições comunitárias são livres para decidir... os efeitos que as disposições do acordo devam produzir no ordenamento interno das partes contratantes.”<sup>4</sup>

Mas caso no acordo não exista esta previsão quanto aos efeitos das disposições, caberá analisar, quanto as suas características do acordo, **a sua natureza**, e se contém obrigação clara, precisa e incondicionada não necessitando de ato posterior para a execução da medida (self-executing). Portanto, nesta situação, os particulares dos Estados membros podem invocar as disposições do acordo perante os Tribunais nacionais.

Mesmo que a Comunidade Européia seja composta por membros fundadores da OMC o TJCE nega a aplicabilidade direta dos acordos GATT e posteriormente da OMC não fundamentando o direito de ação de particulares contra órgãos comunitários. Conforme decisão do Conselho a natureza do acordo que instituiu a OMC não pode ser invocado diretamente nos tribunais da Comunidade e dos Estados-membros, pois o GATT e posteriormente a OMC baseia-se **no princípio das negociações realizadas numa base de reciprocidade e de vantagens mútuas** diferenciando da Comunidade, sendo que acordos com esta pode possuir assimetria de obrigações.

“...a posição do Tribunal é de que os acordos OMC não visam criar direitos a particulares, mas limitam-se a regular as relações entre Estados e Organizações econômicas regionais com base em negociações que assentam no princípio da reciprocidade.”<sup>5</sup>

No caso Portugal contra Conselho, 1999, objeto Decisão 96/386/CE, reafirma que o acordo da OMC e seus anexos não configuram, em princípio, entre as normas tomadas em conta pelo Tribunal de Justiça para fiscalizar a legalidade dos atos das instituições comunitárias. O Tribunal declara que só caberia fiscalização dos atos comunitários com referência as disposições da OMC se a violação fosse reconhecida pelos órgãos da OMC e que a Comunidade tivesse comprometido a executar as recomendações e decisões do Órgão de Resolução de Controvérsias.

<sup>4</sup> KIOR Adriana Dreyzian, PIMENTEL Luís Otávio, KEGEL Patrícia Luiza, BARRA Welber. *Solução de Controvérsia – OMC, União Européia e Mercosul*. Konrad-Adenauer-Stiftung, RJ, 2004, p.124

<sup>5</sup> Idem, p. 126

## Análise do caso Biret, sentença do TJCE de Setembro de 2003

Em 1996 o Conselho adotou a Diretiva 96/22/CE proibindo a utilização de certas concentrações de substâncias com efeitos hormonais e de substâncias beta-agonísticas em produção animal, e a importação de produtos com tais concentrações de substâncias. Em 1998 o OSC da OMC declarou o regime comunitário incompatível com o acordo SFS (Acordos relacionados à aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias) e concedeu prazo à Comunidade para executar sua decisão. Em 2000 a Biret Internacional SA ingressou ação contra o Conselho (art.235 e 288 TCE) requerendo o ressarcimento do dano causado pela manutenção da Diretiva 96/22 e portando a proibição de importação de carnes e derivados com hormônios dos EUA. O TPI e o TJCE julgaram improcedente a ação e reiteraram suas posições de que os acordos da OMC quanto às decisões de seu OSC são baseados em negociações que assentam no princípio da reciprocidade, ou seja, a não execução de uma decisão do OSC é considerada como sendo uma opção de política comercial e não de opção jurídica<sup>6</sup>. Assim não produzem efeitos intracomunitários, pois a decisão do OSC não é um parâmetro válido para verificar a legalidade dos atos comunitários e a Comunidade em nenhum momento assumiu o compromisso de dar execução as obrigações decorrentes da decisão da OSC.

A apresentação destes casos referenciais se destina a visualizar que na União Européia a política ambiental empregada desde a Ato Único Europeu de 1986 juntamente com **princípio embaixador da solidariedade** possibilita ao direito comunitário ser referência exclusiva para as decisões do TJCE referente a matéria ambiental não sendo contaminado por disposições internacionais, no qual não se adere por acordo, contrárias as suas normas do direito originário e derivado. O Mercosul ao alcançar o seu objetivo de mercado comum dentro das evoluções necessárias, com política e legislações ambientais próprias, poderá não somente proteger o bem ambiental por exceção conforme disposto no art. 2º, letra b do Anexo I do seu tratado constitutivo. O Nafta por sua vez não tem a pretensão de obter um mercado comum a não ser uma zona de livre circulação de mercadorias e a harmonização de legislação ambiental pretendida entre os Estados membros se destina principalmente a não ocorrência de discriminação de produtos importados diante dos nacionais e não propriamente uma proteção ambiental efetiva.

## II . A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A responsabilidade ambiental, no Direito brasileiro estabelecida pela Lei 6938/81, se consubstancia pela obrigação do poluidor de indenizar e reparar os danos produzidos ao ambiente e ao terceiro independente de culpa. É a responsabilidade estrita instituída no Direito Ambiental. (art. 14). A doutrina especializada (José Rubens Morato Leite) atribui a inversão do ônus da prova, diante um processo que vise constituir a responsabilidade, pela

---

<sup>6</sup> Idem, p. 134

aplicação do princípio da precaução localizado na Constituição no art. 225, parágrafo 1º, inc. IV. No entanto, esta possibilidade legal da inversão do ônus da prova estaria restrita a atividades potencialmente causadora de significativos impactos ambientais a ser visualizado em um estudo prévio (EIA). Há no Direito do Consumidor um princípio geral da hipossuficiência atribuída ao consumidor, instituindo assim a possibilidade ao juiz inverter o ônus da prova. No direito ambiental temos a hipossuficiência geralmente atribuída a parte por não ter condições técnicas de comprovar o nexo de causalidade entre o dano e a atividade poluidora. Caberá ao agente, que possui as informações técnicas de seu empreendimento, de esclarecer em juízo não ter relação com o específico dano ambiental.<sup>7</sup>

A responsabilidade civil diante do bem ambiental deve ser visualizada ao interesse de todos e não pelo sistema clássico visando o indivíduo para sua indenização, pois este bem não é suscetível de apropriação exclusiva por ser de interesse público, de característica difusa e titularidade comunitária. Neste sentido a abrangência do instituto da responsabilidade ambiental deve possuir guardada a aplicação dos princípios da precaução, prevenção e do poluidor-pagador. A incidência dos princípios da precaução e prevenção está na devida distribuição do ônus da prova e celeridade processual (tutela inibitória, acesso a justiça), e no ressarcimento efetivo (evitar a fraude- problema de empresas satélites que não tenham recursos para reparar o dano) ao bem ambiental degradado justificado pela incidência do princípio da proporcionalidade de forma a inibir o agente a poluir o ambiente. O princípio do poluidor pagador perfaz o caminho do pagamento pelo agente da poluição causada, mas não se isenta com este ato a responsabilidade devida ao danos causados a biodiversidade e ao homem. O princípio é também utilizado diante das relações comerciais internacionais para que o exportador internalize os custos no preço do produto para a proteção ambiental como, por exemplo, em investimentos tecnológicos de mitigação do dano. A inserção dos custos ambientais ao preço não caracteriza o subsídio em uma concorrência desleal.

Em vista dos danos ambientais não estarem conscritos na sua dimensão ao território dos Estados deve-se haver uma ação conjunta dos Estados que compõe um bloco comercial de integração. Necessário será uma política ambiental comum e a construção na obtenção de uma harmonização legislativa ambiental com intuito de uma proteção efetiva e de evitar discriminação disfarçada de produtos importados frente aos nacionais em relação a proteção ambiental.

### **a. Aplicação da Responsabilidade Ambiental na UE – Diretivas e harmonização das legislações**

A União Européia possui um política comunitária ambiental que começou a se desenvolver desde que as razões de união dos Estados foram puramente econômica,

---

<sup>7</sup> Dallagnol Junior, Antônio Janyr. *Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios*. RT-788, 2001. Cita a Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas desenvolvida pelo Argentino- Jorge W. Peyrano)

maximizada em termos de eficiência de forma a julgar a proteção ambiental como diminuição de custos sociais de produção da empresa. O meio ambiente faz parte da análise econômica deixando de ser visto como uma externalidade. Foi na década de 60 que se instituiu a primeira diretiva ambiental, nº 67/548 – sobre Classificação, etiquetagem e embalagem de substâncias perigosas. Com o Ato Único Europeu, em 1986, se reconhece a competência comunitária na área ambiental lhe outorgando a base jurídica para exercer a política do meio ambiente.<sup>8</sup> Desde então muitas diretivas foram editadas para disciplinar temas ambientais com fundamento do então art. 100 (art.94 TCE) com objetivo de regular a matéria mínima e aproximar disposições legislativas e administrativas nacionais. (art.2 ação ambiental necessária para atingir o objetivo comunitário desejado, ou seja, de um desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas)

A natureza jurídica da diretiva é questionada em relação ao efeito que produz no ordenamento jurídico nacional dos Estados membros. Além da aplicabilidade direta (a incorporação da diretiva no direito interno dispensa qualquer ato de recepção do Estado) a diretiva tem a potencialidade de ter efeito direto, podendo ser invocada pelos particulares nos seus Estados membros diante do tribunal contra atos administrativos e legislativos contrários. Este entendimento foi construído pelos julgados do TJCE (caso Costa/Enel, 1964, Francovich/1991) já que o art. 249 do TCE só especifica o regulamento e a decisão como atos diretamente aplicáveis nos Estados membros. O TJCE dentre seus julgados estabelece condições para que a diretiva produza efeitos diretos: as disposições devem ser claras, precisas, completas e incondicionadas de forma que atribua direitos e obrigações, dispondo o seu conteúdo e o âmbito de alcance. A consequência desta interpretação é o aumento de efetividade do direito comunitário transpondo sua supremacia ao Estado membro e constituindo a determinadas diretivas o efeito direto vertical independentemente de qualquer ato legislativo regulamentar nacional no sentido de sua efetivação.

O Estado que não transpor a diretiva ambiental, por ser contrária ao direito nacional, sofrerá a sanção de indenizar os danos decorrentes desta não transposição aos particulares. Há o nexo de causalidade entre o dano sofrido dos particulares e a omissão do Estado do dever de transposição. Esta possibilidade poderá ser admissível e comprovada pelo reenvio prejudicial, instituto que permite ao indivíduo pedir que o órgão judiciário nacional (em caso de ser última instância o órgão terá a obrigação de fazê-lo) requeira ao TJCE que se pronuncie sobre determinada interpretação do tratado e sobre a validade dos atos adotados pelas instituições da Comunidade.

Para abordarmos da harmonização das legislações nacionais, o qual as diretivas se propõe, é necessário também fazer uma análise do art. 30 TCE que refere-se a possibilidade do Estado membro exercer seu direito de fazer atos contrários ao princípio da livre circulação

---

<sup>8</sup> Dias, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1997. P.98 à 103.

de mercadorias justificadas por razões de ordem pública (origem art. XX do GATT) . Se discute se as razões apresentadas no art. 30 são exaustivas (*numerus clausus*) ou se na medida da evolução dos problemas estatais poderia acrescentar outras exceções. Outra tema controverso é se as exigências imperativas estatais poderiam se encontrar também sob o marco do art.30, fazendo exceção ao art.28 ou se deveria atuar diretamente sob o conceito de medida de efeito equivalente para enquadrá-lo ou não ao previsto neste artigo. Com a evolução da jurisprudência do TJCE a Dra. *Nicole Vallotton* entendeu que tanto as exceções acrescidas às razões de ordem pública (proteção ao meio ambiente e ao consumidor) são incluídas no art. 30 como também as exigências imperativas estatais estaria sobre a sua configuração.

“... Según se desprende dela evolución jurisprudencial, el próprio TJCE de facto esta utilizando los mismos critérios para examinar las medidas en función de los objetivos del art. 36 o de los nuevos objetivos estatales considerados como exigências imperativas. En efecto, tales objetivos tienen el mismo origen, lamisma razón de ser y siguen los mismos criterios de aplicación.”<sup>9</sup>

O art. 30 do TCE poderá ser invocado para que o Estado-membro possa atuar subsidiariamente a diretiva e propor medidas mais restritivas que a disposição comunitária. Assim acontece com a Diretiva 88/407 que concerne os intercâmbios intracomunitários e as importações de espermas congelados de animais de espécie bovina. Esta diretiva é incompleta e permite aos Estados validamente invocar razões sanitárias para obstaculizar a livre circulação de espermas bovinos sempre que esta restrição guarde proporção com o objetivo perseguido e seja esta a opção mais adequada. Esta foi também a interpretação do TJCE, sob o envio do Tribunal Penal da Diiamarca, em relação ao assunto “*D. Bluhme ou abelha parda de Laeso, Apis mellifera mellifera*”<sup>10</sup> pois entendeu na sentença de 3 de Dezembro de 1998 a legitimidade do governo dinamarquês de instituir um Decreto provindo do Ministério de Agricultura proibindo a criação e importação de abelhas que não pertencem a subespécie *Apis mellifera mellifera* em Laeso e locais arredores. Justificou sua decisão pela incidência do então art. 30 do TCE em razão da proteção da biodiversidade garantindo a subsistência da abelha específica efetuando para isto a análise da necessidade e proporcionalidade da medida em relação ao seu objetivo, o qual entendeu apropriada.

O art. 94 especifica que o nível de proteção do meio ambiente ao mercado interior, proposto pela Comissão através de diretiva visando a harmonização de legislações, deverá ser elevado tendo em conta as novidades científicas. Caberá ao Estado membro notificar a

<sup>9</sup> Vallotton, Nicole Stoffel. *La Prohibición de Restricciones a la libre Circulación de Mercancías en la Comunidad Europea*. Madrid, Dykinson, 2000. P . 755

<sup>10</sup> Idem, p. 702 à 704.

Comissão das disposições nacionais mais restritivas relativas a proteção do meio ambiente ou outras razões de ordem pública mencionadas no art. 30, que deseja manter, a que pese as regras de harmonização. A Comissão analisará as disposições nacionais sob o critério de proporcionalidade e adequação de tais medidas de acordo com o fim pretendido. A decisão da Comissão é uma autorização que da efeito constitutivo e condição da aplicabilidade das disposições nacionais mais restritas. Por outro lado o art. 176, contido no Título do Meio Ambiente, permite a proteção ambiental mais restritiva pelo Estado membro do que disposições comunitárias tendo como obrigação somente a notificação à Comissão.

**A Comissão da União Européia instituiu o Livro Branco sobre responsabilidade ambiental**<sup>11</sup> com o objetivo de impor responsabilidades às partes cujas atividades contenham riscos de provocar danos ambientais significativos coordenado pelo princípio do poluidor – pagador. Não atuará sobre danos ambientais dispersos e difusos pela impossibilidade de correlacionar efeitos ambientais com as atividades de determinados agentes poluidores.

O objetivo primeiro da responsabilidade civil é que o causador do dano ambiental internalize os custos ambientais, pois os poluidores reduziram os danos ambientais até o ponto em que o custo marginal da sua atenuação seja superior à compensação que evitam pagar. Ocorrerá nesta medida que o empreendedor faça investimento em tecnologias para a prevenção dos riscos e de diminuição de dano ambiental (atuação do princípio da prevenção dentro de uma lógica do mercado).

Os regimes estatais da responsabilidade civil são apenas operacionais quanto aos danos à saúde humana ou ao patrimônio (danos tradicionais), e de zonas contaminadas-solo, águas superficiais e subterrâneas. Não o são aplicáveis aos recursos naturais. Há já no Direito Comunitário as Diretivas, “Aves” e “Habitats”, que designam zonas protegidas da rede Natura 2000 em área de até 10% do território comunitário havendo previsão a que os Estados membros apliquem a responsabilização pelos danos causados pelos poluidores. A aplicação da Diretiva de responsabilidade ambiental permitirá criar uma situação de igualdade nas condições de concorrência do mercado interno intracomunitário. Necessário se faz que todos os Estados membros abrangem a responsabilidade sobre os danos causados a biodiversidade para não infringir-se o princípio de igualdade no marco competitivo das empresas.

Poderá ocorrer que a área protegida sob a legislação da biodiversidade faça parte de uma zona contaminada. Neste caso ocorrerá dois danos ambientais a ser reparados. Primeiramente é feito a descontaminação da área e após deverá ocorrer a restauração dos recursos naturais.

---

<sup>11</sup> Visa melhorar a implementação dos princípios ambientais constantes no Tratado da CE. Apresentado pela Comissão em 2000 e motivada pela Resolução do Parlamento Europeu requerendo uma diretiva comunitária.

Propugna a Comissão que a Diretiva ambiental atue também sobre os danos(habitats, fauna selvagem e espécies de plantas) significativos (Diretiva Habitats) à biodiversidade. Incide a responsabilidade objetiva referente a atividades perigosas e responsabilidade subjetiva referente as atividades não perigosas, sendo que caso não seja comprovado a culpa do agente caberá ao Estado a responsabilidade de reparar os danos causados.

Há o instrumento de avaliação de danos a biodiversidade- Inventário de Recursos para Avaliação Ambiental utilizado quando os danos causados a biodiversidade são irreparáveis. Para a avaliação do dano utiliza-se a análise custo-benefício formulada pela função da utilização previsível dos recursos danificados sob o princípio da razoabilidade caso a caso, e os custos de restauração. Caso não seja possível a restauração deve-se basear-se a avaliação pelo custo de soluções alternativas visando a instalação de recursos naturais equivalentes.

O Livro Branco traz a preocupação quanto a responsabilidade pela limpeza de zonas contaminadas recair sobre empresas satélites de pequeno capital social integralizado (ocorre a delegação das atividades de produção arriscadas das empresas maiores) tornando-se insolvente caso ocorra danos em grande proporção. Há necessidade de as empresas se protegerem contra os riscos de responsabilidade civil por meio de seguros específicos para este fim de forma que haja para o sistema a segurança financeira exequível. A gama restrita das atividades perigosas e limitação aos danos significativos permitem contribuir para tornar os riscos suscitados calculáveis e assim maior transparência ao regime de responsabilidade. Nos EUA há a legislação federal criadora do Superfund (1980) para abranger a responsabilidade pela limpeza de zonas contaminadas por resíduos tóxicos. Tem o EPA (Environmental Protection Agency- Agência de Proteção do Ambiente) como administradora do superfund. Caso o responsável pela contaminação não promova a descontaminação o EPA pode se utilizar do dinheiro do fundo para promover a limpeza do solo tendo direito de ação regressiva. No Brasil há o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD, criado pela Lei 7347/85 e regulamentado pela Lei 9008/95.

A eficácia da responsabilidade pelos danos ambientais estará atrelada da capacidade das autoridades administrativas e dos juízos em resolver os processos de forma expedita e de adequados meios de acesso a justiça. (sistema judicial processual oferecer a tutela antecipada e tutela inibitória ressarcitória para fins de obrigação específica)

O regime comunitário, por motivos de segurança jurídica, funciona prospectivamente de forma que a responsabilidade civil instituída pela diretiva atuara somente sob danos ambientais ocorridos sob o âmbito de sua vigência, ou pelo prazo concedido para o Estado harmonizar sua legislação.

Haverá a divisão do ônus da prova e não a sua inversão no regime de responsabilidade ambiental.

Em princípio não se admite como causa de justificação os danos causados por emissões autorizadas das regulamentações comunitárias. Quando o operador provar que o dano ocorrido foi devido exclusivamente a emissões autorizados na licença de operação e

atuou de forma coerente para evitá-lo, o ressarcimento não será para ele total, cabendo a autoridade que concedeu a licença parte da compensação devida. Aplicação da equidade.

Em referência as empresas públicas e privadas não recairá a responsabilidade ambiental na pessoa gestora da empresa e sim na pessoa jurídica em si.

Há convenções e protocolos internacionais que tratam da responsabilidade ambiental. Convenções sobre danos causados por atividades nucleares, convenção sobre poluição marinha causada por hidrocarbonetos e convenções sobre danos causados pelo transporte marítimo de substâncias perigosas e tóxicas. Todas baseadas na responsabilidade objetiva mas limitadas no valor. Assim o regime comunitário em matéria de responsabilidade ambiental será um regime complementar para as áreas que já se encontram regidas pelo direito internacional.

A Comissão entende que os problemas transfronteiriços são resolvidos de modo mais eficaz a nível comunitário e não através de um regime exclusivamente transfronteiriço comunitário. Nesta situação não ocorreria a incidência do princípio de igualdade de tratamento já que há países europeus que não integram o dano a biodiversidade sob o regime da responsabilidade ambiental.

São duas as justificativas para a elaboração de uma diretiva sobre responsabilidade ambiental. A primeira é o âmbito que oferece a diretiva em relação aos danos a biodiversidade em harmonia para todos os Estados membros. A Segunda é a segurança jurídica proporcionada pela diretiva comunitária que é maior em relação a Convenção de Lugano, esta não exige a adoção de medidas de reparação e não dá critérios para avaliação do dano ambiental (é a Convenção do Conselho da Europa de 1993 da responsabilidade civil por danos ambientais ocasionados por atividades perigosas – âmbito aberto e vago na área da biotecnologia, substâncias perigosas e resíduos causando insegurança jurídica- alguns Estados membros não pretendem assiná-la como Dinamarca, Alemanha e Reino Unido) oferecendo regar e princípios ambientais em coordenação aos objetivos da Comunidade e como referência a novos integrantes possíveis a ingressar no UE.

A diretiva específica não propõe regular um segmento específico setorial (biotecnologia) pois não asseguraria um sistema coerente a aplicação igual dos princípios ambientais a atividades que são comparáveis na medida que apresentam riscos para o homem e ao ambiente. O melhor sucedido é a aplicação de um regime horizontal de responsabilidade ambiental e não setorial. A aplicação da diretiva pela Comissão e TJCE deve ser coerente em toda a Comunidade.

A diretiva se justifica pelo princípio da subsidiariedade em relação a lacuna existente em Estados membros que não disciplinaram a responsabilidade pelo dano a biodiversidade sendo base jurídica aos tribunais nacionais para aplicar seu preceito. No que se refere ao princípio da proporcionalidade cada Estado membro utilizará os instrumentos que possui a situações específicas para atingir os objetivos da diretiva e resultados que vislumbra. A diretiva atendendo estes princípios poderá ser um regime-quadro contendo requisitos mínimos essenciais a ser graduados com a experiência pela aplicação. (TJCE)

**A proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 01/2002<sup>12</sup> relativa à responsabilidade ambiental**, encaminhada pela comissão, determina, na exposição de motivos, em atenção aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade, que o Estados membros possam utilizar dispositivos institucionais e processuais concretos para se alcançarem os resultados prescritos pela diretiva.

A responsabilidade de reparação do dano ambiental compete ao Estado membro e ao agente causador do dano. Se o Estado promover a reparação, a autoridade competente, em conformidade com o princípio do poluidor pagador, deverá cobrar os custos de reparação dos operadores responsáveis.

O anexo I compõe-se de atividades integrantes da Diretiva potencialmente causadoras de dano ambiental. Operadores de atividades não incluídas no Anexo I pode ser responsável, ao abrigo da diretiva, pela reparação ao dano a biodiversidade se comprovar a sua culpa.

Há a responsabilidade do Estado pelo dano ambiental produzido pelo agente insolvente em restaurar o meio ambiente ou quando não seja possível visualizar o agente causador do dano.

A Diretiva não se aplica a danos ambientais que estiverem relacionados a autorização concedida pela autoridade competente ou emissões autorizadas por disposições legislativas. Neste caso o Estado-membro deverá garantir a reparação. Também não se aplica se o dano ambiental foi causado por emissões ou atividades não considerada prejudiciais pelos conhecimentos científicos na época da ação respectiva. Em relação aos danos ambientais causado por poluição de caráter difuso, sendo impossível estabelecer uma relação causa-efeito, a diretiva não terá incidência. (art.9) Caso a autoridade possa estabelecer com suficiente grau de probabilidade a identificação de diversos agentes causadores de determinado dano ambiental, caberá a ela designar o custo proporcional em termos de responsabilidade solidária. Caberá ao agente provar a parte do dano que lhe corresponde a sua atividade e suportar somente o custo relativo. (art. 11)

A prevenção será exercida pela diretiva quando proporcionar a efetiva reparação e quando o agente diante do caso concreto verificar que no seu empreendimento necessite medidas preventivas visando inibir possível risco de dano ambiental, ou mesmo quando seja exigido este conhecimento do agente. Caso não cumpra com esta obrigação de agir estará diante da responsabilidade por omissão tomando o Estado membro esta atitude preventiva. (art. 4º).

A prescrição de 5 anos do direito de ressarcimento do dano ambiental começa a contar a partir de qualquer medida efetuada pela autoridade relacionada a Diretiva em relação ao dano. (12º)

---

<sup>12</sup> A Comissão das Comunidades Europeias, após intenso debate, submete a proposta de um sistema comunitário global de prevenção e reparação dos danos ambientais ao órgãos responsáveis para analisá-la.

As pessoas afetadas pelo dano ambiental podem pedir a autoridade a intervenção sobre o dano, e sendo pré-requisito para interpor perante um tribunal o controle da legalidade das decisões, atos ou omissão da autoridade competente.

A presente Diretiva não impede os Estados-membros de manterem ou adotarem disposições mais rigorosas em relação a prevenção e à reparação de danos ambientais. (art.18)

A autoridade competente poderá verificar com certa plausibilidade e probabilidade que o dano ambiental foi causado por uma atividade específica depois da data de cumprimento da diretiva, ou seja, 30.06.2005. cabendo o ônus de prova do agente para verificar o contrário. (art.19).

### **b. A Realidade Ambiental no Mercosul e o laudo arbitral dos pneus recauchutados**

A proteção ambiental está prevista no Tratado de Assunção, tratado instituidor do Mercosul. No seu preâmbulo aborda a proteção ambiental prevendo sua preservação e como condição para o desenvolvimento econômico. Faz portanto parte integrante do Tratado e permite sua invocação quando não atendido este princípio jurídico. Em parte também há previsão da proteção ambiental no Anexo I do Tratado, art. 2º item “b” quando menciona que o Estado poderá efetuar medida que restrinja o comércio quando previstas situações do art. 50 do Tratado de Montevideu de 1980, medidas que protejam a saúde e vida das pessoas (forma indireta de proteção) e dos animais, e preservação dos vegetais.

O Tratado sobre Cooperação em Matéria Ambiental foi celebrado pelos quatro países integrantes do Mercosul em 1992 que prioriza a prevenção e informação sobre os danos ambientais em áreas transfronteiriças. O art. 4º criou uma Comissão de Cooperação em Matéria Ambiental com fins de harmonizar as legislações ambientais dos Estados partes.<sup>13</sup>

O Mercosul, enquanto fase de cooperação econômica, dispõe de um foro específico para discussão de questões envolvendo matéria ambiental. É o trabalho efetuado pelo REMA (Reunião Especializada de Meio Ambiente) que foi transformada no 6º Subgrupo de Trabalho de Meio Ambiente (SGT) cuja função é auxiliar ao Grupo Mercado Comum no objetivo de integração. O SGT-6 teve como atribuição analisar as restrições não-tarifárias relacionadas ao meio ambiente, competitividade e meio ambiente, gestão ambiental sistema de informação ambiental, certificação ambiental comum. Analisou também a legislação ambiental dos países membros com o fim de harmonizar as políticas ambientais e normas ambientais. Por via da Resolução GMC 10/94 foram aprovados as diretrizes básicas em matéria ambiental para se elaborarem um início de harmonização com o objetivo de estabelecer critérios, paradigmas permitindo aos Estados flexibilizar a incorporação desta futura norma

---

<sup>13</sup> Basso, Maristela. *Livre Circulação de Mercadorias e Proteção Ambiental no Mercosul*. In. Mercosul: Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997. P. 411.

obrigatória. No entanto apesar a haver previsão de harmonização das legislações nos tratados constituintes do Mercosul, na área ambiental não houve progresso.

Sem a devida harmonização legislativa os produtos do bloco continuarão a ser produzidos de acordo com as regulamentações de cada Estado membro, o que inibe o comércio e não protege devidamente o bem ambiental. (utiliza-se as razões de ordem pública como forma arbitrária, a competitividade não é igualitária e o bem ambiental em determinados Estados membros não é protegido). A harmonização da legislação ambiental deverá estar consubstanciada pelos princípios internacionais expressos na declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, em 1972, e na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992 sob qual se editou a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (princípio da precaução com menos requisitos para a sua aplicação).

Há um escalonamento de diretivas ambientais visando a harmonização legislativa. O primeiro passo será a edição, pelas instituições do Mercosul, de normativas ambientais visando regular a matéria. O segundo passo será a edição de diretiva pelo CMC regulando a responsabilidade ambiental com intuito de prevenção e reparação dos danos ambientais.

A consequência desta falta de regulamentação da matéria ambiental no Mercosul é vista no Órgão de Solução de Controvérsias pela não abordagem desta matéria nas controvérsias entre os Estados membros, ocasionando sérias prejuízos ao ambiente e por consequência a saúde humana. Houve a ocorrência de duas controvérsias importantes com reflexos ambientais: o VI laudo arbitral de 09.01.2002 sobre a proibição pelo Brasil de importação de pneumáticos remoldados procedente do Uruguai e o VII laudo arbitral de 14.11.2002 sobre obstáculos ao ingresso de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro. Comentarei o VI laudo arbitral.

**O VI laudo arbitral<sup>14</sup>** envolve no objeto da controvérsia a legislação ambiental brasileira. Necessário se faz comentá-la. A política nacional do meio ambiente foi estabelecida pela Lei 6938/81. O seu art. 3º conceitua o meio ambiente como conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas; e dano ambiental como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta e indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota, afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Institui o CONAMA como órgão consultivo e deliberativo para as políticas governamentais ambientais e entre outras funções estabelecer normas padrões compatíveis com o ambiente ecologicamente equilibrado.

---

<sup>14</sup> Tempesta, Guillermo. *Comentário al Sexto Laudo Arbitral Mercosur, el Derecho Internacional y el Estoppel. A Proposito del Laudo Arbitral sobre Prohibicion de Importacion de Neumaticos "Remoldeados"*. Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. 2002, n° 02, p. 141.

Dentre muitas resoluções do CONAMA, a nº 258 de 1999 trata da disposição adequada dos pneumáticos inservíveis por responsabilidade das empresas fabricantes e importadoras deste bem. Estabelece de forma progressiva o equilíbrio da disposição correspondentes dos pneus produzidos colocados no mercado e o passivo ambiental já existente com o objetivo de eliminá-lo. Estabelece também a obrigação dos fabricantes e importadores de efetuar a destinação final do bem de forma ambientalmente adequada não permitindo sua disposição em aterros sanitários, mar, rios e queima a céu aberto.

O Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, através da portaria nº 08/91 proibiu a importação de bens de consumo usados. A portaria nº 08/00 da SECEX do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior proibiu a emissão de licença para a importação de pneumáticos recauchutados e usados para consumo ou matéria-prima classificados na posição 40.12 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). Esta portaria foi objeto de contencioso entre Uruguai e Brasil. Após tentativas de negociação entre Uruguai e Brasil, inclusive com a intervenção sem sucesso do GMC, o Uruguai iniciou o procedimento arbitral contra o Brasil por este ter proibido a importação de pneumáticos recauchutados de países membros do Mercosul.

O ponto central da controvérsia do laudo arbitral era se nos bens usados disposto na descrição da portaria 08/91 da DECEX, art. 27, estava incluso os pneumáticos recauchutados. Em nenhum momento do desenrolar da controvérsia foi inserida a questão ambiental. O Tribunal Arbitral Ad Hoc decidiu pela incompatibilidade da normativa proveniente da portaria 08/00 da SECEX do Brasil com as normas do Mercosul, ou seja, medida de efeito equivalente a restrição do comércio recíproco.

O argumento uruguaio que teve mais importância ao julgamento foi a incidência do princípio do Estoppel, pois houve um tráfico comercial de importações pelo Brasil de pneumáticos recauchutados provenientes do Uruguai entre 1991 à 2000 criando uma situação jurídica de serem considerados atos lícitos entre as partes. Foi gerado uma expectativa legítima aos agentes uruguaiois em função da atuação dos órgãos públicos brasileiros em considerarem lícitas as importações dos pneus recauchutados (pareceres de aprovação da DILEG- Divisão da Legislação Nacional, da COANA- Coordenação Geral do Sistema Aduaneiro, Receita Federal e CONAMA. Houve criação de uma relação jurídica que por sua vez deriva obrigações em obediência ao princípio da boa fé.

Os princípios de Direito Internacional são fonte de interpretação jurídica e previsto no Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias no art. 19 e previsto também no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A partir da decisão do laudo arbitral houve a edição da portaria 02/02 do Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior autorizando o licenciamento de importação de pneumáticos remoldados procedentes dos Estados partes do Mercosul segundo normas técnicas para o produto do INMETRO. Houve portanto o acatamento pelo governo brasileiro da decisão ocorrida no laudo arbitral. Contudo a portaria está sendo contestada pelos Tribunais brasileiros diante das normas ambientais nacionais.

## CONCLUSÃO

A responsabilidade civil ambiental é instituto jurídico que visa restaurar o bem ambiental mas também atuar de forma inibitória prevenindo o acontecimento do dano ambiental. Esta duas perspectivas estão previstas na proposta de diretiva sobre responsabilidade ambiental formulada pela comissão das comunidades européias.

A previsão de diretrizes ambientais no Mercosul permite a harmonização das legislações nacionais sobre este bem de forma a proteger devidamente o meio ambiente não o utilizando como meio disfarçado de discriminação do comércio internacional dos Estados membros desta organização regional de cooperação econômica.

Assim como no Mercosul o Nafta também não contém normas ambientais regulando a matéria. Cada país aplica suas próprias regras devendo ser justas e imparciais não sendo mais restritivas que o necessário. Esta medida de não regulação é justificada pela necessidade que cada Estado membro tem de atuar conforme suas características específicas ambientais. (e podemos adicionar também conforme seu interesse e neste caso o bem ambiental não é visto como um patrimônio da humanidade).

A União Européia é o exemplo a ser seguido pela suas formulações de diretivas ambientais e pela disposições contidas no projeto de diretiva sobre responsabilidade ambiental. Tem-se o bem ambiental como patrimônio da humanidade imbuindo responsabilidades Estatais e de agentes nacionais na restauração do meio ambiente. Os tratados constitutivos no direito primário permitem aos Estados proteger o bem ambiental conforme as características de seu território mesmo que com estas medidas promovam a inibição da circulação de mercadorias.

O Mercosul tem um caminho árduo a percorrer no sentido de entender que parte de seus Estados membros devam ter ajuda financeira e tecnológica para se adequar a proteção ambiental previstas nas legislações brasileiras.

A legislação ambiental brasileira poderá ser exemplo para a harmonização das leis nacionais dos demais Estados, porém, como já mencionado, deverá este país contribuir para esta harmonização com ajuda tecnológica e profissional aos demais Estados.

A demora desta harmonização implica em prejuízo ambiental no âmbito do Mercosul pela degradação ambiental permitida e dificulta aos Estados comercializarem suas mercadorias de forma igualitária pela não internalização dos custos ambientais a fabricação do bem objeto de mercancia ou pela ocorrência de discriminação arbitrária disfarçada, já que a proteção do bem ambiental não é o resultado visado pelo Estado importador e sim a proteção da ineficiência empresarial da fabricação de produtos nacionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: Uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2000.
- BASSO, Maristela. Org. **Mercosul . Seus efeitos jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros**: Porto Alegre: Livraria Advogado,1997.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição Dinâmica dos ônus Probatórios. Revista Tribunais, Jun. 2001.
- DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. **Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo**. Coimbra: Universidade Coimbra. 1997.
- KLOR, Adriana Dreyzian, PIMENTEL, Luiz Otávio, KEGEL, Patricia Luíza, BARRA, Welber. **Soluções de Controvérsias. OMC, União Européia e Mercosul**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung,2004.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do indivíduo ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais.2000.
- LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária.2002.
- LIVRO BRANCO SOBRE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL. Bruxelas: Comissão das Comunidades Européias, 9.2.2000, COM.
- MARTÍN, Araceli Mangas, NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Tecnos, 2002.
- MAGARIÑOS, Gustavo. **Comércio e Integracion: mundo-continente-región**. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, Tomo I, 1994.
- SELMA, Maria Ferreira Lemes. **O Sistema de Solução de Controvérsias no “North American Free Trade Agreement” in Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? : a OMC e o Brasil/** Paulo Borba Casella, Araminta de Azevedo Mercadante coord.-S.P: LTr, 1998.
- TEMPESCA, Guilherme. **Comentario al Sexto Laudo Arbitral. Mercosur, el Derecho Internacional y el Estoppel: A Proposito del Laudo Arbitral sobre Prohibicion de Importacion de Neumaticos Remoldeados**. Revista de Derecho Internacional y del Mercosur. La Ley Ano 6, Nº2, 2002.
- THIEFFRY, Patrick. **Direito Europeu do Ambiente**. Lisboa: Editions Dalloz, Tradução Maria Fernanda Oliveira,1998.
- TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: **Tratados constitutivos de las comunidades europeas y otros actos básicos de derecho comunitario**, 7º ed. Madri: Tecnos.1999.
- VALLOTON, Nicole Stoffel. **La Prohibicion de restricciones a la libre circulación de mercancás en la comunidade europea**. Madri: Dykinson.2000.
- ZAELKE, Durwood, ORBUCH Paul, HOUSMANN Robert. **Comércio Internacional y Médio Ambiente. Derecho, Economia y Política**. Buenos Aires: Espacio Editorial, Trad. Eugenia Bec, 1995.

## THE COMMERCE POWER AS A SOURCE OF LAW: AN INTERSTATE COMMERCE BURDEN ON ENVIRONMENTAL LAW?

---

Miguel Augustin Kreling

### INTRODUCTION

One thing that strikes a novice in the study of American Environmental Law is that the whole federal legal system that seeks to protect the nation's environment is constitutionally rooted on that same regulatory power – the Commerce Power – that seeks to enhance the nation's economy.<sup>1</sup> The undisputed fact that environmental protection and economic expansion have hardly found advocates inclined to compromising in the political arena brings about an apparent paradox that is deeply felt in the innermost entrails of the American legal system. The Union's authority to protect the environment is recognized only to the extent that the environmental activity to be regulated affects commerce among States. It appears that while a traditional commonplace is that economic prosperity is inherently environmentally unfriendly, the federal environmental legal system is constitutionally predicted precisely on the opposite assumption – that commerce among States cannot be maintained and enhanced unless the environment is preserved. Indeed, under a broader perspective there is no doubt that the maintenance of the Earth's life supporting natural system is a precondition to the very continuance of human life and, a fortiori, of the general social welfare achievable through the unencumbered practice of commerce. However, under a more immediate perception – and one that is considerably more present in the political debate – it is accepted as a matter of fact, particularly under the scientific paradigm introduced by Lavoisier,<sup>2</sup> that no social wealth can be created and no economic undertaking can take place without exerting any effect on the ambient environment.

---

<sup>1</sup> My debts of gratitude to Professor Catherine Tinker for her guidance in writing this paper.

<sup>2</sup> Lavoisier is often quoted for saying that in nature “nothing is lost, nothing is created, everything is transformed”, as he referred to that matter is conserved through any chemical reaction, the weight of reagents equaling that of products.

The Commerce Power-based constitutional structure of federal Environmental Law places at the very cradle of the entire environment-protective framework – i.e. at the its constitutional source level – environment-versus-economy-like tensions, in such a manner that pro-development propositions can take the form of constitutional attacks on environment-oriented measures. Such structure raises<sup>3</sup> questions as to whether the constitutional forum is an apt one for the discussion of such tensions, whether the structure does not put the whole system under the mercy of changing political will to a counter-effective extent, whether it reasonably reconciles or unduly exacerbates such tensions and whether it does not subdue environmental values to the prevailing economic interests of the nation in such a way that a proper balance, instead of stricken, is easily tipped in the industry lobbyists' favor. Ultimately one could ask whether such a structure does not pose a limit to the development of environmental law in the sense that the state of the law tends not to accurately represent the democratic proclivities of the American people.

Issues as those involved in such inquiries are tentatively approached in this paper in a way that does not purport to be comprehensive neither novel. The paper deals generally with the Commerce Power and specifically with the federalist principle (Section 1), the Commerce Clause in the United States Constitution (Section 2), and the Supreme Court's interpretation of the Commerce Power through history (Section 3).

## 1. THE FEDERALIST SYSTEM: A DOUBLE SECURITY AGAINST TYRANNY

The protection of citizens' fundamental liberties against tyranny was a strong concern of the Founding Fathers of the American democracy and its Constitution's Framers. Accordingly, the exercise of the power delegated by the people to the Union was limited geographically, as the States surrendered only a portion of their original sovereignty, and structurally, as it was entrusted to three independent and coordinate branches. Madison explicated the Founders' design:<sup>4</sup>

“In a single republic, all the power surrendered by the people is submitted to the administration of a single government; and the usurpations are guarded against by a division of the government into distinct and separate departments. In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself.”

---

<sup>3</sup> At least from the viewpoint of a beginner in the studies of American Environmental Law or even of a beginner in the studies of American Law as well as social and political institutions, particularly of one having a Brazilian background as is the author's case.

<sup>4</sup> The Federalist No. 51, at 350-51 (J. Cooke ed. 1961).

A principle of division of power was thus embodied in the Constitution,<sup>5</sup> particularly in its provisions setting up the federalist system of government and the system of checks and balances,<sup>6</sup> as a “double security” intended to guard the people’s rights.<sup>7</sup> Justice O’Connor made the following remark:<sup>8</sup>

“Just as the separation and independence of the coordinate branches of the Federal Government serve to prevent the accumulation of excessive power in any one branch, a healthy balance of power between the States and the Federal Government will reduce the risk of tyranny and abuse from either front.”

This essay is primarily concerned with the federalist aspect. Advantages that the “federalist structure of joint sovereigns preserves to the people” were pointed out by Justice O’Connor:<sup>9</sup>

“It assures a decentralized government that will be more sensitive to the diverse needs of a heterogeneous society; it increases opportunity for citizen involvement in democratic processes; it allows for more innovation and experimentation in government; and it makes government more responsive by putting the States in competition for a mobile citizenry ... Perhaps the principal benefit of the federalist system is a check on abuses of government power... In the tension between federal and state power lies the promise of liberty.”

However persuasive the proposition in favor of a federalist system may have been, federalism in the United States “was born as a political compromise” – between the people’s attachment to their State and the convenience, demonstrated by the challenges experienced under the Confederation, of a stronger central government – “rather than as a theoretical ideal.”<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> The Constitution of the United States of America, written in 1787, ratified in 1788, and in operation since 1789, is the world’s longest surviving written charter of government.

<sup>6</sup> For instance, “Congress may pass laws but the President can veto them. The President can veto laws but Congress can override the veto with a 2/3 vote. The President and Congress may agree on a law but the Supreme Court can declare a law unconstitutional. The President can appoint Judges and other government officials but Senate must approve them. Supreme Court judges have life terms but they can be impeached.” [http://www.socialstudieshelp.com/Lesson\\_13\\_Notes.htm](http://www.socialstudieshelp.com/Lesson_13_Notes.htm)

<sup>7</sup> See Chief Justice Rehnquist in *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 (2000).

<sup>8</sup> *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 458 (1991).

<sup>9</sup> *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 458 (1991).

<sup>10</sup> Deborah J. Merritt, *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 COLUM. L. REV. 1, 3 (1988).

Federalism<sup>11</sup> basically consists of a “system of dual sovereignty”<sup>12</sup> that mandates a “balance of power between the States and the Federal Government”<sup>13</sup> and respects the portion of the States’ sovereignty which they enjoyed before and retained with their joining the Union.<sup>14</sup> Indeed, the Amendment X (of 1791) of the Constitution reads that “[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.” Consequently, the powers delegated to the Federal Government are limited to those expressly enumerated in the Constitution. As Madison put it, “[t]he powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite.”<sup>15</sup> Chief Justice Marshall artfully poetized the matter in *Marbury v. Madison*:<sup>16</sup>

“[The people’s] original and supreme will organizes the government, and assigns, to different departments, their respective powers. It may either stop here; or establish certain limits not to be transcended by those departments. The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written.”

## 2. THE COMMERCE POWER: A GOVERNMENT OF ENUMERATED POWERS

Although the principle that the federal government is one of enumerated powers and exercises only the powers constitutionally granted to it is plain and universally accepted, “the question respecting the extent of the powers actually granted, is perpetually arising, and will probably continue to arise, as long as our system shall exist”.<sup>17</sup> Furthermore, it is the

---

<sup>11</sup> Federalism, rather than an “invention” exclusively American, is a unique blend of “national systems – like the French – and confederate systems – like the ancient Greek and early modern Dutch”. Michael W. McConnell, *Federalism: Evaluating the Founders’ Design*, 54 U. CHI. L. REV. 1484, 1492 (1987).

<sup>12</sup> Justice O’Connor in *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 457 (1991).

<sup>13</sup> Justice Powell in *Atascadero State Hosp. v. Scanlon*, 473 U.S. 234, 242 (1985).

<sup>14</sup> “... [T]he people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence,” and . . . “without the States in union, there could be no such political body as the United States.” Not only, therefore, can there be no loss of separate and independent autonomy to the States, through their union under the Constitution, but it may be not unreasonably said that the preservation of the States, and the maintenance of their governments, are as much within the design and care of the Constitution as the preservation of the Union and the maintenance of the National government. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States.” Chief Justice Chase in *Tex. v. White*, 74 U.S. 700, 725 (1868) (quoting *Lane County v. Or.*, 74 U.S. 71).

<sup>15</sup> The Federalist No. 45, at 313 (J. Cooke ed. 1961).

<sup>16</sup> 5 U.S. 137, 176 (1803).

<sup>17</sup> Chief Justice Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 405 (1819).

“the province and duty of the judicial department to say what the law is”.<sup>18</sup> “The federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”,<sup>19</sup> and the Supreme Court is the ultimate interpreter<sup>20</sup> and expositor<sup>21</sup> of the text of the Constitution.

Among the federal government’s enumerated powers, the “Commerce Clause is one of the most prolific sources of national power”.<sup>22</sup> It reads that “[t]he Congress shall have Power to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.”<sup>23</sup> The essence of this paper’s discussion derives from the words “commerce among the States”; as simple as they look, an unadvised reader would not suspect the greatly expanded meaning Congress and the Supreme Court have given these words in order to establish and uphold federal authority to regulate many of this country’s most important activities. Perhaps through the judicial history of such clause one is even able to explore the peculiar nature of legal construction and constitutional interpretation – many times, a game consisting of straining words’ meanings at the pleasure of the political climate – particularly in light of a constitution whose language, in relevant part, has not changed for over two centuries, whereas humankind in the meantime of its operation has undergone the most radical life-changing transformations since it has appeared on Earth’s face and at the speediest pace ever. Undoubtedly, by observing the evolution of such clause’s constitutional interpretation one could even question the very nature of law and uncover behind its apparent veil of rationality a realm of inconsistency and arbitrariness that inescapably negates any pretense of (legal) scientificity; one could even ask herself whether such a law’s character does not merely mirror human beings’ unsettled and erratic disposition of spirit<sup>24</sup> and reflects the unavoidable hypocrisy of any appearance of self-confidence and resolve.

But let’s start with the plain language. What is commerce? Chief Justice Marshall, in *Gibbons v. Ogden*,<sup>25</sup> suggested that commerce is traffic and intercourse: “It describes the commercial intercourse between nations, and parts of nations, in all its branches, and is regulated by prescribing rules for carrying on that intercourse.” And what about “among states”; isn’t its

---

<sup>18</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

<sup>19</sup> *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 17 (1958).

<sup>20</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962).

<sup>21</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 (2000).

<sup>22</sup> *H. P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 534 (1949).

<sup>23</sup> Article 1, Section 8, Clause 3 of the U.S. Constitution.

<sup>24</sup> Perhaps in this sense no one has penetrated so deeply into the human soul and expressed its nature so dramatically as Shakespeare in *Macbeth*: “Tomorrow, and tomorrow, and tomorrow, creeps in this petty pace from day to day to the last syllable of recorded time, and all our yesterdays have lighted fools the way to dusty death. Out, out, brief candle! Life’s but a walking shadow, a poor player that struts and frets his hour upon the stage and then is heard no more: it is a tale told by an idiot, full of sound and fury, signifying nothing.” (Act V, Scene V, *Macbeth* speaks as he learns from Seyton that the queen, Lady Macbeth, has just been found dead within the castle).

<sup>25</sup> 22 U.S. 1, 190-91 (1824).

meaning so plain as to foil any intelligible elaboration on them? Apparently not! This is what Chief Justice Marshall had to say about those innocent words in that same judgment:<sup>26</sup>

“Comprehensive as the word “among” is, it may very properly be restricted to that commerce which concerns more States than one. The phrase is not one which would probably have been selected to indicate the completely interior traffic of a State, because it is not an apt phrase for that purpose; and the enumeration of the particular classes of commerce, to which the power was to be extended, would not have been made, had the intention been to extend the power to every description. The enumeration presupposes something not enumerated; and that something, if we regard the language or the subject of the sentence, must be the exclusively internal commerce of a State. The genius and character of the whole government seem to be, that its action is to be applied to all the external concerns of the nation, and to those internal concerns which affect the States generally; but not to those which are completely within a particular State, which do not affect other States, and with which it is not necessary to interfere, for the purpose of executing some of the general powers of the government. The completely internal commerce of a State, then, may be considered as reserved for the State itself.”<sup>27</sup>

In a later case – *The Daniel Ball*<sup>28</sup> – Justice Field stressed the same point:

“There is undoubtedly an internal commerce which is subject to the control of the States. The power delegated to Congress is limited to commerce “among the several States,” with foreign nations, and with the Indian tribes. This limitation necessarily excludes from Federal control all commerce not thus designated, and of course that commerce which is carried on entirely within the limits of a State, and does not extend to or affect other States.”

---

<sup>26</sup> *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 194-95 (1824).

<sup>27</sup> Chief Justice Marshall is said to have articulated in his opinion an organic theory of interstate commerce, pursuant to which the question is whether commerce affects more than one State, rather than a territorial one, where the question is whether commerce crosses a state line. The organic theory, though initially ignored by the Supreme Court, would be revisited and expanded as of the New Deal and onwards. JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, *CONSTITUTIONAL LAW IN A NUTSHELL* 69 (West, 5th ed. 2003).

<sup>28</sup> 77 U.S. 557, 564-65 (1870).

What has been stated so far seems to suffice as for one to perceive that the two crucial questions one has to ask to ascertain federal jurisdiction under the Commerce Clause is whether the would-be regulated activity is an activity in the nature of commerce and whether such activity is not so locally restricted to the domain of a single State as to prevent federal interference.

And finally what is the power originating from the Commerce Clause – the Commerce Power? Chief Justice Marshall went that far:<sup>29</sup>

“We are now arrived at the inquiry — What is this power? It is the power to regulate; that is, to prescribe the rule by which commerce is to be governed. This power, like all others vested in Congress, is complete in itself, may be exercised to its utmost extent, and acknowledges no limitations, other than are prescribed in the constitution. These are expressed in plain terms . . . If, as has always been understood, the sovereignty of Congress, though limited to specified objects, is plenary as to those objects, the power over commerce with foreign nations, and among the several States, is vested in Congress as absolutely as it would be in a single government, having in its constitution the same restrictions on the exercise of the power as are found in the constitution of the United States. The wisdom and the discretion of Congress, their identity with the people, and the influence which their constituents possess at elections, are, in this, as in many other instances, as that, for example, of declaring war, the sole restraints on which they have relied, to secure them from its abuse. They are the restraints on which the people must often rely solely, in all representative governments.”

Perhaps in this early decision the Supreme Court already acknowledged the magnitude such power could potentially come to reach, especially if aided by the creative minds of lawyers, as a source of federal power over the States. It may be that by the first time the profound warning made by Justice Kennedy in *United States v. Lopez*<sup>30</sup> – that “[i]n a sense any conduct in this interdependent world of ours has an ultimate commercial origin or consequence” – was, even if unconsciously, felt within the Supreme Court’s chambers, as it was grasped by the genius of Justice Marshall. However, in *United States v. Morrison*<sup>31</sup> Chief Justice Rehnquist reminded us that political accountability, while not a negligible

---

<sup>29</sup> *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 196-97 (1824).

<sup>30</sup> 514 U.S. 549, 580 (1995).

<sup>31</sup> 529 U.S. 598, 616 and 619 (2000).

restraint on congressional exercise of the Commerce Power, is a limit only “within that power’s outer bounds” and that “*Gibbons* did not remove from this Court the authority to define that boundary”, especially because “the Constitution cannot realistically be interpreted as granting the Federal Government an unlimited license to regulate”.

Moreover, the Supreme Court’s task of defining that boundary is not merely a matter of grammatical construction; to the contrary, it is primarily a matter of policy – a balancing exercise between the competing interests of a strong economic unit and the fear of “economic Balkanization”,<sup>32</sup> on the one hand, and of a federalist security against government’s abuse of power and the fear of tyranny, on the other – as Justice Jackson put it:<sup>33</sup>

“Perhaps even more than by interpretation of its written word, this Court has advanced the solidarity and prosperity of this Nation by the meaning it has given to these great silences of the Constitution.”

Finally, the Commerce Power cases have been analyzed under one of two contrasting inquiries that virtually mirror one another: an Act of Congress to survive a constitutionality attack must be either “authorized by one of the powers delegated to Congress in Article I of the Constitution”<sup>34</sup> or not evasive of “the province of the state sovereignty reserved by the Tenth Amendment”<sup>35</sup>. In the end, as just O’Connor said “just as a cup may be half empty or half full, it makes no difference whether one views the question . . . as one of ascertaining the limits of the power delegated to the Federal Government under the affirmative provisions of the Constitution or one of discerning the core of sovereignty retained by the States under the Tenth Amendment.”<sup>36</sup> The proposition that the powers which are not conferred to the Federal Government are indeed withheld by the States or that the States retain their pre-Union sovereignty “to the extent that the Constitution has not divested them of their original powers and transferred those powers to the Federal Government”<sup>37</sup> is a tautological truism reasonably inferable from the constitutional scheme and redundantly reaffirmed by

---

<sup>32</sup> *Hughes v. Oklahoma*, 441 U.S. 322, 325 (1979), Justice Brennan: “The few simple words of the Commerce Clause – “The Congress shall have Power ... To regulate Commerce ... among the several States ...” – reflected a central concern of the Framers that was an immediate reason for calling the Constitutional Convention: the conviction that in order to succeed, the new Union would have to avoid the tendencies toward economic Balkanization that had plagued relations among the Colonies and later among the States under the Articles of Confederation.”

<sup>33</sup> *H. P. Hood & Sons, Inc. v. Du Mond*, 336 U.S. 525, 535 (1949).

<sup>34</sup> See *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971); *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

<sup>35</sup> See *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985); *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918) (federal statute restricting the interstate shipping of goods produced by child labor was held unconstitutional as invasive of the reversed powers of the States). *Lane County v. Or.*, 74 U.S. 71 (1869); the Tenth Amendment.

<sup>36</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 155-57 (1992).

<sup>37</sup> *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528, 549 (1985), *per* Justice Blackmun.

the Tenth Amendment.<sup>38</sup> Ironically, while this proposition could not have been spelt out clearer by both the Tenth Amendment and the Supreme Court, it helps little as one attempts to draw the precise constitutional line between the federal and the state powers or to determine, primarily as a matter of degree, what specific powers or incidents thereof were actually granted or withheld and to what extent, notwithstanding the importance and delicacy of the matter (discussed at least as far back as 1816 in *Martin v. Hunter's Lessee*<sup>39</sup>).<sup>40</sup>

### 3. THE COMMERCE POWER IN HISTORICAL PERSPECTIVE: DEFYING OR REWRITING THE FEDERALIST SYSTEM?

Bearing in mind the political nature of constitutional interpretation, as alluded to in the preceding section, it should look natural that the Supreme Court's interpretation of the scope of the Commerce Clause has changed over time; indeed varying political circumstances – from the foundation of the Union and the late 19<sup>th</sup> century's industrialization to the Great Depression and the recent past – have legitimately warranted differing positions.

In the first century of the Republic,<sup>41</sup> the Commerce Clause served less as an affirmative ground on which Congress asserted jurisdiction than as a negative limit on the States' powers, every time its exercise amounted to a discrimination against or a burden on interstate commerce.<sup>42</sup> But the thriving economic conditions of the late 19<sup>th</sup> century prompted Congress to pass innovative legislation such as the Interstate Commerce Act of 1887<sup>43</sup>, the Sherman Anti-Trust Act of 1890<sup>44</sup>, and many others as from 1903. These statutes found a safe harbor – as against constitutionality attacks – on the Commerce Clause and drew Congress' attention to this clause's great potential as a source of federal power; thereafter, a new phase in the Supreme Court's Commerce Clause adjudication ensued.<sup>45</sup>

Initially, however, the Court refused to accord the Clause's words a scope greater than that warranted by their natural sense. In *Kidd v. Pearson*,<sup>46</sup> where an Iowa statute prohibited instate manufacture of intoxicating liquor<sup>47</sup> and did not exclude from the

<sup>38</sup> "The Tenth Amendment likewise restrains the power of Congress, but this limit is not derived from the text of the Tenth Amendment itself, which, as we have discussed, is essentially a tautology." *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 156-57 (1992), *per* Justice O'Connor.

<sup>39</sup> 14 U.S. 304.

<sup>40</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 155 (1992).

<sup>41</sup> The following historical account on how the Supreme Court has constructed the Commerce Clause over time is a summary of, and heavily based on, the one offered by Justice Jackson in *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

<sup>42</sup> *Veazie v. Moor*, 55 U.S. 568 (1852).

<sup>43</sup> 24 Stat. 379.

<sup>44</sup> 26 Stat. 209, as amended, 15 U.S.C. § 1 *et seq.*

<sup>45</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 121 (1942).

<sup>46</sup> 128 U.S. 1, 20-21 (1888).

<sup>47</sup> Except for mechanical, medicinal, culinary or sacramental purposes; *see* 128 U.S. 1, 15 (1888).

prohibition that portion of the production that was intended to be exported out state, it was held that the statute did not embody an attempt to unduly interfere with the regulation of interstate commerce and that its effect on interstate commerce was too indirect to warrant federal authority; furthermore, a staying distinction between manufacture and commerce – that influenced the Court’s position for many years – was drawn by Justice Lamar:

“No distinction is more popular to the common mind, or more clearly expressed in economic and political literature, than that between manufactures and commerce. Manufacture is transformation — the fashioning of raw materials into a change of form for use. The functions of commerce are different. The buying and selling and the transportation incidental thereto constitute commerce; and the regulation of commerce in the constitutional sense embraces the regulation at least of such transportation. The legal definition of the term, as given by this court in *County of Mobile v. Kimball*, 102 U.S. 691, 702, is as follows: “Commerce with foreign countries, and among the States, strictly considered, consists in intercourse and traffic, including in these terms navigation, and the transportation and transit of persons and property, as well as the purchase, sale, and exchange of commodities.” If it be held that the term includes the regulation of all such manufactures as are intended to be the subject of commercial transactions in the future, it is impossible to deny that it would also include all productive industries that contemplate the same thing. The result would be that Congress would be invested, to the exclusion of the States, with the power to regulate, not only manufactures, but also agriculture, horticulture, stock raising, domestic fisheries, mining – in short, every branch of human industry. For is there one of them that does not contemplate, more or less clearly, an interstate or foreign market? Does not the wheat grower of the Northwest, and the cotton planter of the South, plant, cultivate, and harvest his crop with an eye on the prices at Liverpool, New York, and Chicago? The power being vested in Congress and denied to the States, it would follow as an inevitable result that the duty would devolve on Congress to regulate all of these delicate, multiform, and vital interests – interests which in their nature are and must be, local in all the details of their successful management.”

In *United States v. E. C. Knight Co.*,<sup>48</sup> where the acquisition of the four Philadelphia sugar refineries by American Sugar Refining Company were alleged to constitute a combination in restraint of trade, a similar reasoning was given by Chief Justice Fuller: “An attempt to monopolize, or the actual monopoly of, the manufacture was [not] an attempt, whether executory or consummated, to monopolize commerce, even though, in order to dispose of the product, the instrumentality of commerce was necessarily invoked.” After all, “[c]ommerce succeeds to manufacture, and is not a part of it.”<sup>49</sup> These cases were followed by many others in which the Court found the challenged statutes exceeded Congress’ power under the Commerce Clause.<sup>50</sup>

Moreover, while what precedes commerce is beyond Congress’ reach, that which relates to it only indirectly also is. The employment of individuals by an intrastate business was held to be related only indirectly to interstate commerce in *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*<sup>51</sup>, where the Supreme Court struck down as unconstitutional regulations that fixed the hours and wages of “intrastate” employees. Indeed, as Chief Justice Hughes stated, “the distinction between direct and indirect effects of intrastate transactions upon interstate commerce must be recognized as a fundamental one, essential to the maintenance of our constitutional system. Otherwise, as we have said, there would be virtually no limit to the federal completely centralized government.”<sup>52</sup>

The tide, nevertheless, slowly began to change in 1914 with *Houston, E. & W. T. R. Co. v. United States*,<sup>53</sup> where the Interstate Commerce Commission ordered three railroad carriers not to discriminate against carriage as between Texas and Louisiana by means of charging rates higher than those generally charged for transportation within Texas. The Court upheld the Commission’s order and stated:<sup>54</sup>

“[Congress] authority, extending to these interstate carriers as instruments of interstate commerce, necessarily embraces the right to control their operations in all matters having such a *close and substantial relation to interstate traffic* that the control is essential or appropriate to the security of that traffic, to the efficiency of the interstate service, and to the maintenance of conditions under which interstate commerce may be conducted upon fair terms and without molestation or hindrance...

---

<sup>48</sup> 156 U.S. 1, 17 (1895).

<sup>49</sup> 156 U.S. 1, 12 (1895). See *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 304, *per* Justice Sutherland (“Mining brings the subject matter of commerce into existence. Commerce disposes of it”).

<sup>50</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 122 (1942).

<sup>51</sup> 295 U.S. 495 (1935).

<sup>52</sup> 295 U.S. 495, 548 (1935).

<sup>53</sup> 234 U.S. 342.

<sup>54</sup> *Per* Justice Hughes at 351-52.

Wherever the interstate and intrastate transactions of carriers are so related that the government of the one involves the control of the other, it is Congress, and not the State, that is entitled to prescribe the final and dominant rule, for otherwise Congress would be denied the exercise of its constitutional authority and the State, and not the Nation, would be supreme within the national field.” (emphasis added)

It appears that in Justice Hughes’ judgment in *Houston* the Court has taken its first effective step towards its modern construction of the Commerce Clause – the recognition that a “close and substantial relation to interstate traffic” is enough for an activity to be federally regulated under the Commerce Clause. Thus, “the mechanical application of legal formulas”,<sup>55</sup> such as manufacture-commerce and direct-indirect-effect dichotomies, gave way to an economic measure of substantial impact on interstate trade. Commerce among states was no longer a “technical legal conception”, tied to its grammatical meaning, but rather a “practical one, drawn from the course of business”,<sup>56</sup> particularly one that incorporates a considerable economic component.<sup>57</sup> Indeed, Chief Justice Stone in *United States v. Wrightwood Dairy Co.*<sup>58</sup> could not have put it more plainly:

“The commerce power is not confined in its exercise to the regulation of commerce among the states. It extends to those activities intrastate which so affect interstate commerce, or the exertion of the power of Congress over it, as to make regulation of them appropriate means to the attainment of a legitimate end, the effective execution of the granted power to regulate interstate commerce... [N]o form of state activity can constitutionally thwart the regulatory power granted by the commerce clause to Congress. Hence the reach of that power extends to those intrastate activities which in a substantial way interfere with or obstruct the exercise of the granted power.”

The main argument in favor of this broadened view appears to be that the power to govern interstate commerce would be unduly prostrated could it not reach those intrastate activities that ultimately amount to trade among the states, particularly because there seems to be no trade among states that cannot be at the same time trade within one state. The point was remarkably stressed by Chief Justice Hughes in *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*:<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 124 (1942).

<sup>56</sup> *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 398 (1905), *per* Justice Holmes.

<sup>57</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 124 (1942).

<sup>58</sup> 315 U.S. 110, 119 (1942).

<sup>59</sup> 301 U.S. 1, 37 (1937).

“Although activities may be intrastate in character when separately considered, if they have such a close and substantial relation to interstate commerce that their control is essential or appropriate to protect that commerce from burdens and obstructions, Congress cannot be denied the power to exercise that control. Undoubtedly, the scope of this power must be considered in the light of our dual system of government and may not be extended so as to embrace effects upon interstate commerce so indirect and remote that to embrace them, in view of our complex society, would effectually obliterate the distinction between what is national and what is local and create a completely centralized government. The question is necessarily one of degree.”

The decision in *United States v. Darby*<sup>60</sup> was predicted on the similar grounds:

“The power of Congress over interstate commerce is not confined to the regulation of commerce among the states. It extends to those activities intrastate which so affect interstate commerce or the exercise of the power of Congress over it as to make regulation of them appropriate means to the attainment of a legitimate end, the exercise of the granted power of Congress to regulate interstate commerce.”

Likewise in *United States v. Wrightwood Dairy Co.*<sup>61</sup>

“... [N]o form of state activity can constitutionally thwart the regulatory power granted by the commerce clause to Congress. Hence the reach of that power extends to those intrastate activities which in a substantial way interfere with or obstruct the exercise of the granted power.”

The practical effect of these decisions is that a given activity needs no longer be *commerce* – it can pretty much be anything – neither *among states* – it can be local – to be constitutionally subject to federal regulation, as long as “it exerts a substantial economic effect on interstate commerce”, even if such effect is indirect.<sup>62</sup>

Such an interpretation of the Commerce Clause was classically endorsed by the Supreme Court in *Wickard v. Filburn* – “perhaps the most far reaching example of Commerce Clause authority over intrastate activity”<sup>63</sup>. In that case, Mr. Filburn, a small farmer in Ohio,

<sup>60</sup> 312 U.S. 100, 119 (1941), *per* Justice Stone.

<sup>61</sup> 315 U.S. 110, 119 (1942), *per* Chief Justice Stone.

<sup>62</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 125 (1942).

<sup>63</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 560 (1995), *per* Chief Justice Rehnquist.

used to raise each year a small acreage of wheat for feeding the poultry and livestock on the farm, making flour for home consumption and selling out the remainder.<sup>64</sup> In July 1940, the Secretary of Agriculture allotted him, pursuant to the Agricultural Adjustment Act of 1938 (AAA),<sup>65</sup> a quota limiting his 1941 crop produce to an area of 11.1 acres and a normal yield of 20.1 bushels of wheat an acre. Mr. Filburn was given notice of such allotment twice, before sowing, in July 1940, and again before harvesting, in July 1941. Nevertheless, he cultivated 23 acres and exceeded his wheat quota by 239 bushels. Therefore, he was subjected to a marketing penalty of \$117.11, which he refused to pay under, among others, the allegation that the AAA was unconstitutional, since not warranted by the Commerce Clause.<sup>66</sup> The Court held that Congress had commerce power to regulate consumption of home-grown wheat because, even if the wheat produce is not sold out state or even in state, its production beyond the allotted quota, and consequently its consumption by the very farmer that grew it – supplying a need that otherwise probably would be supplied by purchasing wheat from other farmers – unduly abates demand for wheat available in the market, affecting negatively the commodity price nationwide. Furthermore, the Court found that that Mr. Filburn’s “own contribution to the demand for wheat may be trivial by itself is not enough to remove him from the scope of federal regulation where, as here, his contribution, taken together with that of many others similarly situated, is far from trivial”. Justice Jackson so reasoned.<sup>67</sup>

“It is well established by decisions of this Court that the power to regulate commerce includes the power to regulate the prices at which commodities in that commerce are dealt in and practices affecting such prices. One of the primary purposes of the Act in question was to increase the market price of wheat, and to that end to limit the volume thereof that could affect the market. It can hardly be denied that a factor of such volume and variability as home-consumed wheat would have a substantial influence on price and market conditions. This may arise because being in marketable condition such wheat overhangs the market and, if induced by rising prices, tends to flow into the market and check price increases. But if we assume that it is never marketed, it supplies a need of the man who grew it which would otherwise be

---

<sup>64</sup> Except for a portion that was kept for the following seeding.

<sup>65</sup> “The general scheme of the Agricultural Adjustment Act of 1938 as related to wheat [was] to control the volume moving in interstate and foreign commerce in order to avoid surpluses and shortages and the consequent abnormally low or high wheat prices and obstructions to commerce.” *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 115 (1942), *per* Justice Jackson.

<sup>66</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 114-15 (1942).

<sup>67</sup> *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 127-29 (1942).

reflected by purchases in the open market. Home-grown wheat in this sense competes with wheat in commerce. The stimulation of commerce is a use of the regulatory function quite as definitely as prohibitions or restrictions thereon. This record leaves us in no doubt that Congress may properly have considered that wheat consumed on the farm where grown, if wholly outside the scheme of regulation, would have a substantial effect in defeating and obstructing its purpose to stimulate trade therein at increased prices.” (emphasis added)

Even though it is clear that *Laughlin*, *Darby* and *Wickard* did not purport to foreclose the possibility of any limit as to the Commerce Power – as subsequent cases<sup>68</sup> persistently sought a “rational basis for concluding that an activity sufficiently effected interstate commerce”<sup>69</sup> – they effectively ended up expanding its scope in such a way as to relegate the limit question to a merely hypothetical level of inquiry. While conceptually no one would deny the necessity and appropriateness of a limit to congressional authority, whatever the limit may be, lest obliterate the very federalist constitutional element, in practice it became hard to devise circumstances in which the economic effect on interstate commerce of any activity – which Congress would ever be interested in regulating – would be more negligible than that traced out in *Wickard*. The question one could easily raise as against the thesis there advanced is, whereas individual activities, however localized and insignificant by themselves, when widely practiced across the nation come to exert in their aggregate a substantial economic effect on interstate commerce, whether Congress would be interested at all in regulating isolated and infrequent activities. It appears that the cumulative effect principle there adopted would place the limit to congressional power as far as where Congress would never dream of going. The bottom line then is that such limit, though theoretically existent,<sup>70</sup> would not in effect restrain Congress’ regulatory appetite to the slightest degree; such limit would be as useful as one prohibiting people from walking through stones. Such position could hardly rebut a characterization of hypocritical and platonic.<sup>71</sup> Perhaps Justice Douglas’s warning in his dissenting opinion in *Maryland v. Wirtz* was not completely devoid of reason if one focuses on how the *substantial effect* test has been applied in some instances rather than how it has been repeatedly phrased: “All activities affecting commerce, even in the minutest

---

<sup>68</sup> See *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.*, 452 U.S. 264, 276-280 (1981); *Perez v. United States*, 402 U.S. 146, 155-156 (1971); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 299-301 (1964); *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 252-253 (1964).

<sup>69</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 557 (1995), *per* Chief Justice Rehnquist.

<sup>70</sup> As alluded to in *Maryland v. Wirtz*, 392 U.S. 183, 196 (1968) (“This Court has always recognized that the power to regulate commerce, though broad indeed, has limits”).

<sup>71</sup> One commentator suggests that the constitutional doctrine inaugurated with *Laughlin* is self-contradictory and has paid lip service to the idea that Congress’ power is limited. Donald H. Regan, *How to Think about the Federal Commerce Power and Incidentally Rewrite United States v. Lopez*, 94 MICH. L. REV. 554 (1995).

degree, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, may be regulated and controlled by Congress. Commercial activity of every stripe may in some way interfere “with the [interstate] flow of merchandise” or interstate travel.”<sup>72</sup>

But behind such a change in doctrine lies, as usual, a change in policy, started much earlier by the political branches and now sanctioned by the judicial department. As a response to the deregulated climate charged with enabling the Great Depression, the New Deal was introduced and with it came a new regulatory paradigm that cleared the way to the emergence of the administrative state. A new set of historical circumstances also propped up that trend. Enterprises that one or two decades earlier conducted operations restricted to the local or regional level had expanded and now were national in scope.<sup>73</sup> Many of them purchased supply in one state, manufactured in another, and sold their products in a third. Accordingly, a considerably greater number of businesses were operating on a multi-state basis and thus were connecting intrastate markets and making them more interdependent. Finally, new economic and social conditions prompted a new ideology in the Supreme Court – one that was quick in charging the Court’s preceding position as one that artificially “constrained the authority of Congress to regulate interstate commerce.”<sup>74</sup>

Since *Wickard* took the last step in establishing the *substantial effect* test, there have been three distinguishable categories of activities that Congress has been authorized to regulate under the Commerce Power authority – activities (i) involving the channels of interstate commerce;<sup>75</sup> (ii) involving the instrumentalities of interstate commerce;<sup>76</sup> or (iii) having a substantial relation to interstate commerce.<sup>77</sup> Undoubtedly, it is the last category the one that has warranted the unprecedented expansion of federally regulated activities. However, it is not clear, as Chief Justice Rehnquist admitted in *Lopez v. United States*,<sup>78</sup> in the cases decided by the Supreme Court, how substantial – if substantial at all – the relation of an activity to interstate commerce has to be before it is regulable by Congress, although it definitely cannot be trivial.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> *Maryland v. Wirtz*, 392 U.S. 183, 204 (1968).

<sup>73</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 556 (1995).

<sup>74</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 556 (1995), *per* Chief Justice Rehnquist.

<sup>75</sup> *See, e.g., United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941); *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

<sup>76</sup> *See, e.g., Southern R. Co. v. United States*, 222 U.S. 20 (1911); *Houston, E. & W. T. R. Co. v. United States*, 234 U.S. 342 (1914); *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).

<sup>77</sup> *See, e.g., Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn., Inc.*, 452 U.S. 264 (1981) (intrastate coal mining); *Perez v. United States*, 402 U.S. 146, 155-156 (1971) (intrastate extortionate credit transactions); *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294, 299-301 (1964) (restaurants utilizing substantial interstate supplies); *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 252-253 (1964) (inns and hotels catering to interstate guests); *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942) (production and consumption of homegrown wheat); *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) (labor relations).

<sup>78</sup> 514 U.S. 549, 559 (1995).

<sup>79</sup> *Maryland v. Wirtz*, 392 U.S. 183, 196 (1968) *See generally United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558-60 (1995).

If *Wickard*, in 1942, started a long historical period during which no aspect of American life was sufficiently unrelated to interstate commerce to escape regulation by Congress, *United States v. Lopez*,<sup>80</sup> in 1995, for the first time since the New Deal held that the Commerce Power was inadequate to sustain a law<sup>81</sup> and reversed the preceding trend. Lopez, a senior student at Edison High School in San Antonio, Texas, was tipped off as carrying a concealed handgun (with five bullets) within school premises. He was then arrested, charged and indicted with knowing possession of a firearm at a school zone, in violation of § 922(q) of the Gun-Free School Zones Act of 1990 (GFSZA), a federal Act. His defense, on the basis of which his conviction was reversed in appeal, posited that the GFSZA was unconstitutional since beyond Congress' reach under the Commerce Clause.<sup>82</sup> The Supreme Court held 5-4 that:<sup>83</sup>

“Section 922(q) is a criminal statute that by its terms has nothing to do with “commerce” or any sort of economic enterprise, however broadly one might define those terms. Section 922(q) is not an essential part of a larger regulation of economic activity, in which the regulatory scheme could be undercut unless the intrastate activity were regulated. It cannot, therefore, be sustained under our cases upholding regulations of activities that arise out of or are connected with a commercial transaction, which viewed in the aggregate, substantially affects interstate commerce.”

The Court further held that § 922(q) had no jurisdictional element upon which to decide, on a case-by-case analysis, whether the firearm possession in question sufficiently affects interstate commerce to warrant federal outlawing. It referred to 18 U.S.C. § 1202(a) as an example of a provision that contains a jurisdictional element that limits its proscriptive reach to a discrete subset of firearm possessions that actually affect interstate commerce.<sup>84</sup> Finally, it held that the GFSZA legislative history included no findings as to support a legislative judgment that the regulated firearm possession had a substantial relation to interstate commerce – a relation that, if existed, was not visible to the naked eye.<sup>85</sup>

The Government's argument was twofold. First, it alleged that violent crimes, as those usually connected with firearm possession, bring about a substantial social cost, and that such cost, through the mechanism of insurance, spreads throughout the population; additionally, it argued that violent crimes generally discourage people from traveling to areas

---

<sup>80</sup> 514 U.S. 549 (1995).

<sup>81</sup> JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, CONSTITUTIONAL LAW IN A NUTSHELL 79 (West, 5th ed. 2003).

<sup>82</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 551-52 (1995).

<sup>83</sup> 514 U.S. 549, 561 (1995), *per* Chief Justice Rehnquist.

<sup>84</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 561-62 (1995).

<sup>85</sup> *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 562-63 (1995).

of the country that are perceived to be unsafe. Second, the Government alleged that “the presence of guns in schools poses a substantial threat to the educational process by threatening the learning environment. A handicapped educational process, in turn, will result in a less productive citizenry. That, in turn, would have an adverse effect on the Nation’s economic well-being”, substantially affecting interstate commerce.<sup>86</sup>

However creative and accurate – at least from a sociological perspective – the Government’s arguments might have been, the Court found it was unable to go along with them for consequentialist considerations. First, the Court found – and the Government’s counsel was not able to show otherwise – that if the Government’s “cost of crime” argument was accepted it would become hard to perceive a limitation to federal power. Second, as the “national productivity” argument was based on “inference upon inference”, and went through a long causal chain – (guns at school) – (violent crimes) – (handicapped education) – (less productive citizenry) – (economic well-being) – (interstate commerce) – its acceptance would require the acceptance, as regulable under the Commerce Clause, of all those sets of activities that made up its logical intermediary steps – including criminal law enforcement and education – some of which were traditionally understood as falling primarily within the States’ sovereignty. Further, the productive citizenry argument would make even family law – Isn’t an individual in a happy marriage more productive than another undergoing divorce? – subject to federal regulation.<sup>87</sup> It appeared to the Court that such implications would be incompatible with the standing constitutional structure.<sup>88</sup>

“To uphold the Government’s contentions here, we would have to pile inference upon inference in a manner that would bid fair to convert congressional authority under the Commerce Clause to a general police power of the sort retained by the States. Admittedly, some of our prior cases have taken long steps down that road, giving great deference to congressional action. The broad language in these opinions has suggested the possibility of additional expansion, but we decline here to proceed any further. To do so would require us to conclude that the Constitution’s enumeration of powers does not presuppose something not enumerated, cf. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 195 (1824), and that there never will be a distinction between what is truly national and what is truly local, cf. *Jones & Laughlin Steel*, 301 U.S. 1, 30 (1937). This we are unwilling to do.”

---

<sup>86</sup> United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 563-64 (1995).

<sup>87</sup> United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 564 (1995).

<sup>88</sup> United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 567-68 (1995).

If Congress' regulatory authority had any bounds, *Lopez* made them effective.<sup>89</sup> The enduring strength of *Lopez* and its historical significance as of closing up one era, marked by the New Deal and the expanding administrative state, and giving rise to a new one, sensitive to a revitalized conception of federalism, were shown in two cases adjudged in 2000 by the Supreme Court.

In *Jones v. United States*,<sup>90</sup> Jones tossed a Molotov cocktail through a window into a home, owned and occupied by his cousin, in Fort Wayne, Indiana. Jones was convicted of arson, a federal crime,<sup>91</sup> for damaging by means of fire any property used in commerce-affecting activity. The issue was whether arson of an owner-occupied private residence fell within the scope of the statute.<sup>92</sup> The Government argued that it did as the property was used in commerce-affecting activities in three ways: (i) as a collateral to secure a mortgage from an Oklahoma lender; (ii) to obtain a casualty insurance policy from a Wisconsin insurer; and (iii) to receive natural gas from sources outside Indiana.<sup>93</sup> The Court held:<sup>94</sup>

“Were we to adopt the Government’s expansive interpretation of § 844(i), hardly a building in the land would fall outside the federal statute’s domain. Practically every building in our cities, towns, and rural areas is constructed with supplies that have moved in interstate commerce, served by utilities that have an interstate connection, financed or insured by enterprises that do business across state lines, or bears some other trace of interstate commerce. See, e.g., *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742, 757 (1982) (observing that electric energy is consumed “in virtually every home” and that “no State relies solely on its own resources” to meet its inhabitants’ demand for the product). If such connections sufficed to trigger § 844(i), the statute’s limiting language, “used in” any commerce-affecting activity, would have no office.”<sup>95</sup>

In *United States v. Morrison*,<sup>96</sup> Brzonkala, enrolled at Virginia Polytechnic Institute, accused Morrison, a member of the varsity football team, of sexually assaulting her and

---

<sup>89</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 608 (2000).

<sup>90</sup> 529 U.S. 848.

<sup>91</sup> 18 U.S.C. § 844(i), transcribed in the text in relevant part only.

<sup>92</sup> *Jones v. United States*, 529 U.S. 848, 850-51 (2000).

<sup>93</sup> *Jones v. United States*, 529 U.S. 848, 855 (2000).

<sup>94</sup> *Jones v. United States*, 529 U.S. 848, 857 (2000), per Justice Ginsburg.

<sup>95</sup> By so restricting the scope of “property used in commerce-affecting activity”, the Court avoided a construction that would give rise to “grave and doubtful constitutional questions”, in light of the principle established in *United States ex rel. Attorney General v. Delaware & Hudson Co.*, 213 U.S. 366, 408 (1909).

<sup>96</sup> 529 U.S. 598 (2000).

brought a suit for a federal civil remedy under the Violence Against Women Act of 1994.<sup>97</sup> Brzonkala alleged that this attack caused her severe emotional distress and that she had to start taking prescribed antidepressant medication. Shortly after, she withdrew from the university. Although, she was held to have stated a claim upon which relief could be granted, the trial court struck down the provision she relied on as falling without Congress' regulatory authority under the Commerce Clause as interpreted in *Lopez*.<sup>98</sup> The United States intervened to defend its constitutionality and, supported by congressional findings,<sup>99</sup> argued that gender-motivated violence affected interstate commerce

“by deterring potential victims from traveling interstate, from engaging in employment in interstate business, and from transacting with business, and in places involved in interstate commerce; ... by diminishing national productivity, increasing medical and other costs, and decreasing the supply of and the demand for interstate products.”

The Court dismissed the Government's argument for gender-motivated violent crimes were not economic activity and held that “[w]hile we need not adopt a categorical rule against aggregating the effects of any noneconomic activity in order to decide these cases, thus far in our Nation's history our cases have upheld Commerce Clause regulation of intrastate activity only where that activity is economic in nature.”<sup>100</sup> The Court also went on to state what can be said to be the main rationale behind the current understanding that an effective limit to Congress' regulatory authority under the Commerce Clause is appropriate in a federalist system:<sup>101</sup>

“If accepted, petitioners' reasoning would allow Congress to regulate any crime as long as the nationwide, aggregated impact of that crime has substantial effects on employment, production, transit, or consumption. Indeed, if Congress may regulate gender-motivated violence, it would be able to regulate murder or any other type of violence since gender-motivated violence, as a subset of all violent crime, is certain to have lesser economic impacts than the larger class of which it is a part. Petitioners' reasoning, moreover, will not limit Congress to regulating violence but may, as we suggested in *Lopez*, be applied equally as well to family law and other areas of traditional state regulation since the aggregate effect of

---

<sup>97</sup> 42 U.S.C. § 13981 was designed offer a remedy against crimes of violence motivated by gender.

<sup>98</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 602-05 (2000).

<sup>99</sup> H. R. Conf. Rep. No. 103-711, at 385.

<sup>100</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 613 (2000).

<sup>101</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 615-16 (2000).

marriage, divorce, and childrearing on the national economy is undoubtedly significant... Under our written Constitution, however, the limitation of congressional authority is not solely a matter of legislative grace. As we have repeatedly noted, the Framers crafted the federal system of government so that the people's rights would be secured by the division of power. No doubt the political branches have a role in interpreting and applying the Constitution, but ever since *Marbury* this Court has remained the ultimate expositor of the constitutional text.”

As seen above, the interpretation of the Commerce Clause has evolved,<sup>102</sup> from a narrower construction, both closer to its grammatical and legal meaning and more loyal to the Framers' intent, to a broader one, highly elaborated and economicized, and arguably more suitable for the more interconnected and smaller world of ours. While the broadly-written constitutional text, in the relevant part, has not been altered over its 215 years of existence, the construction of its meaning has evolved, has been adapted by the Supreme Court – within the discretion the people as represented by the Framers appears to have left to it – as different historical circumstances arguably would have had the people and the Framers, with the same fundamental principals and ultimate ends in mind, written it at the present time. While amending the constitutional text in pace with history would have avoided strained and apparently illegitimate legal constructions, recurring amendments could have threatened the invaluable political stability secured by a prolonged exercise of farsighted and unselfish political self-restraint and carefully nurtured by a conservative and prudent judicial branch. Justice O'Connor associates constitutional law's evolution with the original constitutional framework's flexibility:<sup>103</sup>

“This framework has been sufficiently flexible over the past two centuries to allow for enormous changes in the nature of government. The Federal Government undertakes activities today that would have been unimaginable to the Framers in two senses; first, because the Framers would not have conceived that *any* government would conduct such activities; and second, because the Framers would not have believed that the *Federal* Government, rather than the States, would assume such responsibilities. Yet the powers conferred upon the Federal Government by the Constitution were phrased in language broad enough to allow for the expansion of the Federal Government's role.”

---

<sup>102</sup> *United States v. Morrison*, 529 U.S. 607 (2000).

<sup>103</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 157 (1992).

Undeniably, the Commerce Clause is an illustrative example of that more general trend of evolution.<sup>104</sup>

“The volume of interstate commerce and the range of commonly accepted objects of government regulation have, however, expanded considerably in the last 200 years, and the regulatory authority of Congress has expanded along with them. As interstate commerce has become ubiquitous, activities once considered purely local have come to have effects on the national economy, and have accordingly come within the scope of Congress’ commerce power. . . . The actual scope of the Federal Government’s authority with respect to the States has changed over the years, therefore, but the constitutional structure underlying and limiting that authority has not.”

Nevertheless, however interrelated our world is today that even the most local activity is not purely local and its economic repercussions may easily cross states’ boundaries, the principle of federalism as a double security – along with that of checks and balances – protective of individuals’ civil liberties as against tyranny cannot be overridden under the standing constitutional structure. A compromise between the competing interests of a strong economic unit and a government respectful of individuals’ freedom implies a limit to the highly inflated notion of commerce among states; a limit that since *Houston* in 1914 has no longer been inherent in the provision’s own words and that arguably since *Laughlin* in 1937 and *Wickard* in 1942 has been even absent from the modern construction of those words; a limit that, therefore, appears to derive instead and solely from outer, overarching constitutional principles such as federalism – as opposed to a unitary and centralized system of government; a limit that, though existent and forceful as recently shown in *Lopez*, *Jones* and *Morrison*, by virtue of its very nature does not seem sometimes to be determinable other than arbitrarily, with no objective criteria.<sup>105</sup> Unfortunately, an inevitable vice of standardless, subjective limits is their defenseless vulnerability as to the whims of the political climate. In the case of environmental legislation and their reach, it seems that purely developmental, anti-environmental interests could, in light of prejudicially slanted limits, be

---

<sup>104</sup> *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 158 (1992).

<sup>105</sup> Such arbitrariness may be expressed in other terms. For instance, one commentator suggests that *Lopez* sets a limit rather on the type of argument that the Government, either Congress in legislative findings or the Solicitor General in briefings before the Court, may advance in support of an Act of Congress’ constitutionality. Such argument, to be acceptable, must take the doctrine of enumerated powers seriously and recognize the possibility of some limits to Congress’ Commerce Power. Thus, as long as the Government’s attorneys observe *Lopez* recipe, the Court may not really care as to whether the Act under attack actually invades any remaining province of States’ exclusive sovereignty. Deborah J. Merritt, *Commerce!*, 94 MICH. L. REV. 674, 689-90 (1995).

inextricably disguised as pro-civil liberties, anti-tyrannical arguments that ultimately thwart the expansion and development of Environmental Law – perhaps even at the expense of individuals’ actual and full enjoyment of their remaining freedoms.

## CONCLUSION:

### **Can The Commerce Power Be a Burden on Environmental Law?**

Does the Commerce Power pose a limit to the development of Environmental Law? Two considerations appear to be necessary for one to understand the proper scope of this question. First, if the commerce power is the main source of federal environmental law in the United States, in what sense can it curb its development? In more dramatic words, if, under the standing constitutional paradigm, federal environmental law would not there be but for the commerce power, how can the commerce power be viewed as a hindrance against, as opposed to the very source of, environmental law? Indeed, if the question posed were understood in its literal meaning, it would simply not make sense. However, the meaning intended to be attached to it is another; a meaning that could perhaps be better expressed by the following formulation: If the Constitution was amended with an Environmental Clause, in addition to the Commerce Clause, would Congress’ authority to regulate the environment be enlarged, and if so, by how much? Or yet in a negative formulation: Is Congress’ authority to regulate the environment contracted, and if so by how much, by the fact that its source is the Commerce Clause as opposed to a hypothetical Environmental Clause? Second, one would ask what is meant by a “hindrance” to the development of environmental law. Here is suggested a political meaning to such word: There is a hindrance<sup>106</sup> to the development of environmental law every time the state of environmental protection as afforded by the legal system lags behind the one democratically desired by the people of the United States. In other words, the hindrance is determined by the existence of an environment-disfavoring discrepancy between the level of protection actually achieved in legal terms and that ultimately desired in political terms. Such a divergence could be attributed to an institutional inefficiency in democratic terms, which illegitimately would favor some interests to the detriment of others and effectuates a distortion in the institutional representation of the people’s political will. One of such institutional, political-representation-distorting inefficiencies could be the Commerce Clause functioning as an Environmental Clause. That is this paper’s hypothesis – to be confirmed or refuted as the research proposed proceeds.

An attempt to pursue the main question posed in this paper one should consider two distinct roles the Commerce Clause has played. On the one hand, the Commerce Clause has operated as an affirmative basis for Congress to legislate, giving rise to the affirmative

---

<sup>106</sup> Or “limit”, “restraint”, “encumbrance”, “curb”, however one want to call it.

commerce power; on the other hand, it has acted as a check on States' legislation that puts a burden on interstate commerce, constituting the negative commerce power. For federal environmental law to fall within Congress' constitutional regulatory authority, it must have a relation to interstate commerce substantial enough to satisfy the threshold set in *Lopez*. In contrast, for state environmental law not to intrude into Congress' monopolistic power over interstate commerce, it cannot amount to a discrimination against interstate commerce. In a simplistic formulation, one could say that federal environmental legislation is unconstitutional unless it affects interstate commerce, whereas state environmental legislation is unconstitutional unless it *does not* affect interstate commerce; or even more plainly, one could say that what is required of federal law – that it affects interstate commerce – is forbidden to state law. However, such proposition may be inaccurate to the extent that the effect on interstate commerce that is required for federal law may be, at least theoretically, different in nature from that that is forbidden to state law; for one could argue that even Congress would not be constitutionally empowered to pass legislation that unreasonably discriminates against one state in favor of another in interstate commerce.

Further, notwithstanding the effects' different nature qualification just made, one could think that a constitutional interpretation of the federalist system that divides the power to regulate the environment in such way that federal and state legislations do not clash or overlap, as the one referred to above, works generally to the advantage of environmental protection. Nevertheless, one would have to concede that, if that proposition is true, it may be refuted in some cases. For instance, with respect to land and water, Supreme Court cases may have indicated that the regulation of land and water resources may not have a relation to interstate commerce sufficiently substantial to warrant federal authority and, at the same time, it may effect too restrictive a burden on interstate commerce to warrant state authority. The bottom line, in cases as such, would be that neither Congress nor the States may enjoy regulatory authority over natural resources.<sup>107</sup> If such federalist division of powers was intended to serve a cooperative federalism, in this particular case at least it has turned out to serve a self-destructive federalism.

---

<sup>107</sup> Christine A. Klein, *The Environmental Commerce Clause*, 27 HARV. ENVTL. L. REV. 1, 1-5 (2003).

## BIBLIOGRAPHY

### Articles

Klein, Christine A., *The Environmental Commerce Clause*, 27 HARV. ENVTL. L. REV. 1 (2003).

McConnell, Michael W., *Federalism: Evaluating the Founders' Design*, 54 U. CHI. L. REV. 1484 (1987).

Merrit, Deborah J., *Commerce!*, 94 MICH. L. REV. 674 (1995).

Merrit, Deborah J., *The Guarantee Clause and State Autonomy: Federalism for a Third Century*, 88 COLUM. L. REV. 1 (1988).

Regan, Donald H., *How to Think about the Federal Commerce Power and Incidentally Rewrite United States v. Lopez*, 94 MICH. L. REV. 554 (1995).

### Books

BARRON, JEROME A. & DIENES, C. THOMAS, *CONSTITUTIONAL LAW IN A NUTSHELL* 79 (West, 5th ed. 2003).

COOKE, JACOB E., *THE FEDERALIST* (Wesleyan ed. 1961).

### Websites

<http://www.lexis.com/research>

<http://web2.westlaw.com/Welcome/LawSchool>



## DIREITO AMBIENTAL E COMÉRCIO INTERNACIONAL: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO

---

Raul Loureiro Queiroz<sup>1</sup>

Introdução. I. O Direito Ambiental e sua relação com o comércio internacional; A) O comércio internacional e sua lógica de funcionamento; B) O livre comércio e as políticas de preservação do meio ambiente: uma convivência conflitante. II. O princípio da precaução e sua interpretação no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC); A) Os princípios norteadores do Direito Ambiental: o princípio da Precaução; B) O princípio da Precaução e sua aplicação na resolução de controvérsias na OMC; B.1) A OMC: histórico e forma de solução de controvérsias; B.2) A aplicação do princípio da precaução na OMC. Conclusão. Bibliografia.

### INTRODUÇÃO

O atual desenvolvimento dos mecanismos do comércio global ultrapassa, em muito, a velocidade com que novos tratados são firmados sobre o tema, transformando o atual estágio do fenômeno da globalização em um processo cuja dinâmica não mais se mede em anos, mas, por vezes, até em instantes. Dentro desse prisma, o debate acerca do comércio internacional é de tal amplitude que envolve não só a ciência do Direito mas também a Economia e a Política entre outras. Na própria ciência do Direito, diversos ramos ocupam-se em estudar esta matéria e suas implicações, mesmo que ainda não diretamente, com o que podemos afirmar que há sem dúvida, que a estreita relação entre as Ciências do Direito e da Economia tende a um aprofundamento cada vez maior<sup>2</sup>. Esta amplitude, todavia, não

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

<sup>2</sup> Nesse sentido as palavras de LOBO TORRES: "Intuitivo que assumindo a Economia a postura de ciência valorativa, teria que se abrir a pesquisa interdisciplinar e se relacionar mais estreitamente com o direito, até como consequência da superação da dicotomia antes existente no plano objetivo entre Direito e Economia ou da consideração daquele como superestrutura desta. É assunto dos nossos dias o estudo da Teoria Econômica do Direito, que desborda o método e o objeto da Teoria Jurídica da Economia.". in TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

decorre única e exclusivamente do aspecto econômico, eis que isso implica, obviamente, em reflexos sobre a atividade privada entre particulares e também, em diversas ocasiões, em uma verdadeira questão de Estado, o que traduz sua utilização em verdadeira atividade multidisciplinar entre ciências<sup>3</sup>. Decorre, também, do fato de que o crescimento das atividades produtivas implica na utilização em escalas cada vez maiores de mão de obra (e, portanto, tendo implicação até na livre circulação de pessoas no globo) e também de recursos naturais, o que, em muitas vezes, ocorre sem maiores critérios ou preocupações com as conseqüências, surgindo, assim, a ingerência da atividade de comércio global em outro ramo do Direito que não o do Direito Internacional ou do Direito Econômico: o campo do Direito Ambiental.

O Direito Ambiental é, talvez, o campo de aplicação do Direito Internacional que de forma mais rápida tem se aperfeiçoado e experimentado mudanças. De maneira simultânea seu espaço no debate jurídico amplia-se com a mesma rapidez, especialmente no âmbito do Direito Internacional. Os instrumentos de *soft law* normalmente associados a este ramo da ciência do Direito não mais são vistos como mera peça de retórica, mas sim como ferramentas de reconhecida efetividade<sup>4</sup>.

O primeiro obstáculo para uma maior interação entre os temas do meio ambiente e do comércio global está na crescente primazia do ponto de vista econômico sobre a questão envolvendo o tema do comércio especificamente. A visão puramente econômica acerca do comércio internacional, restringe a preocupação com o meio ambiente a um segundo plano de tal forma que esse acaba por se constituir em um entrave, um obstáculo. A visão de sob a ótica dita 'de mercado' busca tão somente a maximização sem uma preocupação maior com as conseqüências advindas das atividades produtivas. A nós pode parecer óbvio que os recursos naturais de nosso planeta possuem limites e que estamos nos aproximando perigosamente de seu esgotamento. Todavia, para fazer justiça aos argumentos econômicos, devemos também compreender que os interesses privados também possuem fundamentos sociais. Como justificar a uma colônia de pescadores que há séculos sobrevive da prática de pesca de atuns que eles terão de modificar sua atividade em razão de outras espécies afetadas? Sem ajuda governamental para que se busque uma atividade alternativa para essas pessoas, será que não os estaríamos condenando à fome e à miséria? E se houver essa opção de redirecionamento da atividade com interferência estatal haverá orçamento para tanto sem comprometer outras áreas sensíveis? Mais: estarão os próprios pescadores em condições de uma reeducação no curto espaço de tempo que talvez a medida exija? Essas questões não são de simples resolução, e respondê-las pode ser mais complexo do que se imagina.

---

<sup>3</sup> "The goal of Law and Economics analysis is to identify the legal implications of this maximizing behavior, both in and out markets and other institutions." In: DUNOFF, Jeffrey L. TRACHTMAN, Joel P. The Law and Economics of Humanitarian Law Violations and Internal Conflict. American Journal of International Law. Vol. 93. April 1999. Cambridge: Cambridge University Press. P. 395.

<sup>4</sup> "Environmental law has been recognised as one of the most effective tools to translate key global environmental goals and principles into action." HANNAM, Ian e BOER, Ben. Land Degradation and International Environmental Law. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: IMESP 2000. P. 39.

Todavia, não dar resposta alguma não é a saída, significaria apenas postergar a análise de um problema que está diante de nossos olhos a todo momento. O Direito Ambiental não é um simples conjunto de princípios morais elaborados por uns poucos que, de repente, resolvem levantar uma bandeira em defesa do meio ambiente, mas sim um ramo do Direito, com objeto bem definido e a preocupação de, dentro do debate jurídico, garantir à humanidade as necessárias condições para um desenvolvimento e crescimento permanentes, respeitando a natureza e os princípios gerais do Direito. Daí porque a importância de que se busque a implementação de seus princípios internacionalmente reconhecidos junto à atividade comercial mundial, uma vez que é nesse contexto que tem surgido as maiores discussões sobre os limites do desenvolvimento e dos processos de integração e concorrência entre indivíduos, empresas e até Nações.

O objetivo desse estudo é examinar no âmbito da maior organização internacional com finalidade de regular o comércio internacional, a Organização Mundial de Comércio (OMC), a aplicação de um dos mais controvertidos princípios do Direito Ambiental Internacional: o princípio da precaução (*precautionary principle*) cujo alcance e conteúdo não são objeto de consenso tanto entre doutrinadores como nos principais organismos internacionais. A partir de um exame acerca dos fundamentos do comércio internacional e da OMC, será feita a análise da definição do referido princípio e de sua interpretação corrente nas controvérsias de comércio internacional, para que se possa ao final refletir acerca das perspectivas de sua utilização como forma de racionalizar o comércio mundial e sua complexa relação com a defesa do meio ambiente.

## I. O DIREITO AMBIENTAL E SUA RELAÇÃO COM O COMÉRCIO INTERNACIONAL

### A. O comércio internacional e sua lógica de funcionamento

O comércio internacional, e aqui o assunto será tratado excetuando-se o comércio de serviços, envolve, principalmente, a atividade de compra e venda de mercadorias além das fronteiras nacionais. Nesse aspecto supranacional é que está a grande diferença da atividade comercial pura e simples: a existência de agentes econômicos em diferentes países. Quando se fala de comércio internacional, não é viável pensar na aplicação das teorias econômica e jurídica da mesma forma que é pensado no âmbito interno de um determinado país<sup>5</sup>. Os interesses e implicações são de tal forma distintos que o debate ocorre em ramos diversos do debate interno em todas as ciências envolvidas, mormente o Direito e a Economia.

---

<sup>5</sup> “Regulating the economy in the international arena obviously differs from regulating a domestic economy, and issues which may be relevant in the international context may not necessarily apply at the domestic level”. KWAKWA, Edward. *Regulating the International Economy. The role of law in international politics: essays in international relations and international law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 245.

Segundo WATHEN pode-se, para fins didáticos, proceder na análise do mesmo pode ser feita sob três diferentes enfoques: protecionismo, livre comércio e comércio regulado<sup>6</sup>.

O protecionismo corresponde à proteção das indústrias nacionais da competição estrangeira. Foi a prática usual das nações até a primeira parte do século XX. Entretanto, o colapso econômico de 1929 que foi um dos fatores que levou à humanidade à Segunda Guerra Mundial praticamente esgotou a pura e simples utilização dessa prática sem maiores conseqüências<sup>7</sup>. A forma mais usual de protecionismo é a utilização de tarifas diferenciadas de importação visando dificultar o ingresso dos produtos concorrentes estrangeiros no mercado interno. Outra forma está em arbitrar cotas de importação de produtos, restringindo a quantidade de produtos estrangeiros que ingressam no país. O problema da utilização dessa prática consiste na utilização de idênticas represálias pelas outras nações e o que gera alto custo interno na tentativa de um auto-abastecimento que, invariavelmente, eleva os custos dos produtos para os cidadãos ou mesmo os deixa sem suprimentos daquilo que o país não tem condições de produzir internamente.

O livre comércio internacional, por sua vez, traduz-se no intercâmbio entre compradores e vendedores de diferentes países com pouca ou nenhuma interferência de seus governos. O conceito nuclear sob o qual se desenvolve a teoria do livre comércio é a *teoria das vantagens comparativas*. Por essa teoria, uma nação exporta aquilo em que é mais competitiva e importa o que não consegue produzir com menor custo. Exemplo: o Brasil, pela extensão e características, possui grande atividade agropecuária. Já o Japão, não dispõe dessas mesmas condições. Em contrapartida, a nação japonesa possui um parque tecnológico altamente desenvolvido em relação ao nosso. Assim, nada mais natural que exportemos os produtos agrícolas que os japoneses precisam, em troca da importação de eletroeletrônicos a um custo mais baixo do que seria sua produção no Brasil, inclusive com possibilidade de utilização de melhor tecnologia. Sua aplicação sem critérios, todavia, pode conduzir a uma desigualdade comercial, seja pelo atraso do desenvolvimento de um parque tecnológico brasileiro, seja porque o produto japonês possui um alto valor agregado em comparação ao brasileiro, portanto as importações japonesas resultariam em desequilíbrio da nossa balança comercial.

Por derradeiro o comércio regulado corresponde a uma tentativa de equilíbrio entre os dois conceitos anteriores, cujo objetivo está justamente em evitar o fechamento ao comércio externo que advém no caso do protecionismo, mas sem deixar a indústria do país vulnerável como ocorre na utilização total dos ditames do livre comércio.

O estágio atual da teoria econômica está em propagar o livre comércio como a melhor forma de integração econômica internacional e promoção do desenvolvimento das

---

<sup>6</sup> WATHEN, Tom. Um guia para el comercio internacional y el medio ambiente. Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.

<sup>7</sup> Segundo o historiador E. J. HOBSBAWN: "Em suma, o mundo da segunda metade do século XX é incompreensível se não entendermos o impacto do colapso econômico". In HOBSBAWN, Eric J. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914/1991. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. P. 91.

nações. O problema decorre do ideal não atingido do crescimento global equitativo, pois continuam a existir nações muito mais desenvolvidas do que outras cujo processo de crescimento foi por vezes até prejudicado pela adoção indiscriminada da visão de liberalização total de seus mercados. Isso decorre não apenas da impossibilidade dos países em desenvolvimento de acompanhar o ritmo de crescimento das nações mais desenvolvidas, mas também de que estas nem sempre agem da forma que apregoam quando se trata da abertura de seus próprios mercados internos<sup>8</sup>.

Como se esse impasse no debate econômico não bastasse, surge aqui a complexa questão do *crescimento sustentável*, isso é, de forma a preservar os recursos naturais para sua posterior utilização e garantir a qualidade de vida para as futuras gerações. Não basta que apenas pensemos em promover o comércio com a utilização daquilo que os países tem de melhor, mas também na implicação do consumo de recursos naturais para atingir esse fim, sob pena de esgotar-se a prática comercial ou causar danos irreversíveis não só ao meio ambiente, mas à própria economia de uma Nação. É esse aspecto que conduz a pauta da complexa relação entre a proteção do meio ambiente e a utilização das teorias econômicas.

## B. O livre comércio e as políticas de preservação do meio ambiente: uma convivência conflitante

Em suas declarações, os economistas exaltam os benefícios globais do livre comércio e do crescimento econômico. Entretanto os prejuízos ambientais que podem decorrer desse incremento econômico são relegados ao conceito de *externalidades*, isso é custos não internalizados na produção e comercialização mundial de bens. O problema não é só no fato de que essas ditas externalidades são inúmeras e podem ter graves conseqüências, mas também que elas não reconhecem fronteiras nacionais e os seus prejuízos podem atingir até aqueles que não participaram da relação comercial<sup>9</sup>. Choca ainda mais o fato de que, embora as nações declarem abertamente que a preservação ambiental é uma meta a ser alcançada, muitas deixam de adotar os mesmos parâmetros de proteção reconhecidos internacionalmente sempre que observam que a preservação pode acabar conduzindo a um

---

<sup>8</sup> Acerca do assunto as palavras do prêmio Nobel de Economia do ano de 2001, J. STIGLITZ: “O fato de a liberalização do comércio, na maior parte das vezes, não corresponder às promessas feitas – ao contrário, simplesmente gerar desemprego – é o que suscita oposição tão intensa. Mas a hipocrisia daqueles que insistem em tal liberalização – e a maneira como têm feito isso – tem, sem dúvida nenhuma, intensificado as hostilidades em relação ao assunto. O Ocidente forçou a liberalização do comércio para os produtos que exportava mas, ao mesmo tempo, continuou a proteger aqueles setores nos quais a concorrência dos países em desenvolvimento poderia representar uma ameaça à sua economia.” In SITGLITZ, Joseph. A globalização e seus malefícios. São Paulo: Futura. 2002. P. 93.

<sup>9</sup> BACUS, Max. La política ambiental y los acuerdos sobre comércio: el nuevo nexu. Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995. P. 327.

reflexo negativo em sua balança comercial. Todos reconhecem a necessidade da proteção ambiental nos dias de hoje. Contudo, nem todos estão dispostos a impor barreiras ao comércio mundial em troca da preservação do meio ambiente, o que cria um potencial conflito que requer a imediata atuação do Direito Internacional como um todo.<sup>10</sup>

Bem evidenciando a ambigüidade de sentimentos que permeia o debate, JOHN H. JACKSON salienta que duas correntes são observadas sobre o assunto<sup>11</sup>. A primeira reconhece a importância suprema da preservação do meio ambiente mesmo que a consequência seja a adoção de medidas restritivas ao comércio internacional. A segunda corrente afirma que a liberalização do comércio mundial é forma de promoção de bem-estar econômico e redução de desigualdades, portanto qualquer medida que se coloque contrária a isso estará sabotando o objetivo proposto. Evidencia-se que as duas propostas traduzem objetivos políticos bastante discrepantes, mas ambos de grande importância, colocando as autoridades em um dilema nem sempre de fácil resolução. O primeiro grande obstáculo está justamente nas duas correntes supramencionadas. Em geral os grupos que defendem uma ou outra proposta costumam ser hostis aos pontos de vista de seus oponentes. Os economistas e especialistas em política comercial não aceitam os argumentos dos ambientalistas, os quais acabam tendo a mesma postura. Em geral, são exatamente as diferentes visões econômicas e principalmente políticas sobre o tema que acabam conduzindo ao desacordo, quando a única forma de resolver o impasse está exatamente na cooperação e ajuda mútua entre os dois grupos antagônicos.

A busca da sintonia entre a política comercial e o meio ambiente é o desafio para o Direito Ambiental Internacional. Não basta mais somente que haja crescimento, mas, como referido anteriormente, que esse ocorra de forma sustentada. A análise das relações internacionais nos mostra que as Nações são cautelosas na adoção de medidas que possam ter impacto sobre a economia. Todavia, a chave para resolver o impasse está justamente em pensar na questão de aceitar ou não um tratado sobre o assunto pensando a preservação do meio ambiente como parte de um processo estratégico de promoção da própria economia e dos interesses comerciais presentes e futuros<sup>12</sup>. O processo de globalização necessita de desenvolvimento conjunto, pois, do contrário, estará conduzindo a uma concorrência onde nações e indivíduos estarão indo na direção inversa de seus objetivos<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> BACUS, Max. Ob. cit. p. 327.

<sup>11</sup> JACKSON, John H. Las normas del comercio mundial y las políticas ambientales ¿congruencia o conflicto? Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995. P. 277.

<sup>12</sup> HANNAM, Ian e BOER, Ben. Ob. cit. p. 39.

<sup>13</sup> “La mundialización está causando estragos en muchas sociedades y contribuyendo muy poco a la erradicación de la pobreza.” Organização Mundial para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE). La mano visible: asumir la responsabilidad por el desarrollo social. Informe da OCDE para Genebra 2000. P. 2.

## II. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO (OMC)

### A. Os princípios norteadores do Direito Ambiental: o princípio da Precaução

O Direito Ambiental é norteado por uma série de princípios cujos objetivos podem ser resumidos em dois conceitos básicos: preservação ambiental e busca do desenvolvimento sustentável ou sustentado<sup>14</sup>. A preocupação com o meio ambiente em âmbito global ganhou corpo a partir da década de 1970, quando o tema deixou as mesas dos pensadores ambientalistas e ganhou corpo nos debates diplomáticos, especialmente na Organização das Nações Unidas (ONU) através da Conferência realizada em 1972 em Estocolmo na Suécia. A Declaração de Estocolmo, resultado final mais marcante do evento, até hoje influencia os instrumentos de Direito Ambiental existentes, tendo em vista o compromisso assumido pelos representantes de 113 países de buscarem formas de trabalharem de maneira conjunta para a preservação e melhoria do ambiente em que vivemos.

Após Estocolmo, o segundo momento marcante da história recente do Direito Ambiental deu-se com a Conferência das Nações Unidas para o Meio-Ambiente e o Desenvolvimento (UNCED), também conhecida como RIO 92, uma vez que foi realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro. Nessa ocasião, não só foram reafirmados os propósitos da Conferência de Estocolmo, como estabelecidas as metas do compromisso de uma parceria global: a criação de novos níveis de cooperação envolvendo Nações soberanas e a sociedade<sup>15</sup>.

Atualmente, não há fonte de princípios norteadores do Direito Ambiental mais atualizada do que a *Draft International Covenant on Environment and Development of the International Union for Conservation of Nature and natural resources* (IUCN), daqui para diante denominado *Draft Covenant* ou simplesmente *Draft*. Na Introdução à sua primeira edição o *Draft* afirma seus objetivos, explicitando, entre outras intenções, as de prover de suporte legal a integração dos conceitos de meio ambiente e desenvolvimento, desenvolver uma lista de princípios fundamentais objetivando um código de conduta e consolidar em único texto legal os muitos princípios de *'soft law'* sobre os temas de meio ambiente e desenvolvimento.

É interessante observar que, embora a denominação de princípios seja tão largamente utilizada de forma equivocada em nossa doutrina para definir aquilo que às vezes são regras de conduta (que não se confundem com princípios, como bem observa o Professor HUMBERTO AVILA, eis que estes últimos não determinam diretamente a conduta, mas

---

<sup>14</sup> Esses objetivos são bem evidenciados no art. 1º do *Draft International Covenant on Environment and Development of the International Union for Conservation of Nature and natural resources* (IUCN) que assim dispõe: "The objective of this covenant is to achieve environmental conservation as an indispensable component of sustainable development, through established rights and obligations"

<sup>15</sup> HANNAM, Ian e BOER, Ben. Ob. cit. p. 39.

sim estabelecem fins relevantes<sup>16</sup>), os dez primeiros artigos são, efetivamente principiológicos, criando verdadeiras *linhas mestras* para a condução da atividade dos profissionais do campo do Direito Ambiental. Não há dúvidas sobre esse caráter uma vez que as premissas constantes nos primeiros artigos do *Draft* é de justamente enunciar os aspectos relevantes para a tomada de decisões no âmbito do Direito Ambiental ou para a formulação de tratados, não tendo a pretensão de esgotar o tema ou mesmo de terem aplicação imediata sem que possam ser por outros princípios de igual valor complementados para que justamente se alcance a finalidade almejada<sup>17</sup>.

Dentre esses princípios, ao ser estabelecida uma relação entre diretrizes do Direito Ambiental e o Comércio Internacional, destaca-se por algumas características peculiares e pela amplitude de adoção de medidas que sua utilização enseja, aquele que está insculpido no art. 7º do *Draft*: o princípio da precaução (*precautionary principle*). Segundo o texto do *Draft*, o princípio da precaução estabelece a necessidade de tomar as ações apropriadas para antecipar, prevenir e monitorar os riscos de potenciais danos sérios ou irreversíveis decorrentes de atividades diversas, mesmo que sem certeza científica<sup>18</sup>. A dimensão e o campo de aplicação já estão evidenciados na sua definição: derivado do princípio do artigo anterior (princípio da prevenção), ele pressupõe a necessidade de se agir quando houver evidências de atividades potencialmente nocivas, ainda que haja falta de certeza científica. O conceito prescinde da prova efetiva de que os danos ocorrerão, bastando a prova da potencialidade dos mesmos. Claro, o padrão desta prova deve ser criterioso, não se pode pura e simplesmente afirmar que há um perigo eminente ao meio ambiente, deve haver o que o *Draft* chama de “evidência convincente”. A premissa é atacar exatamente o risco potencial, antecipando danos sérios ou mesmo irremediáveis. A intensidade da ação depende da magnitude do risco, ainda assim, é indiscutível o potencial de ação que dito princípio oferece, pois permite a adoção de medidas mesmo sem a absoluta certeza de que esse dano irá efetivamente acontecer.

O princípio da precaução aparece em diversos instrumentos de soft law da atualidade, assim como em tratados internacionais. Segundo CATHERINE TINKER o princípio pode tanto ser definido como uma variante do princípio legal de origem germânica de ação de precaução (*Vorsorgeprinzip*), como um conjunto de approaches regulatórios adotados pelos governos para a sua adoção<sup>19</sup>. A mesma opinião é compartilhada por outros doutrinadores, que vem sua origem como a resposta à necessidade de uma ação mais imediata, em determinadas condições, para que ocorresse uma efetiva proteção do meio ambiente<sup>20</sup>. A

<sup>16</sup> AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros. 2004. 4ª ed. Pp. 55.

<sup>17</sup> AVILA, Humberto. Ob. cit. Pp. 68-69.

<sup>18</sup> Draft International Covenant on Environment and Development, art. 7º “Precaution requires taking appropriate action to anticipate, prevent and monitor the risks of potentially serious or irreversible damage from human activities, even without scientific certainty.”

<sup>19</sup> TINKER, Catherine. State Responsibility and the Precautionary Principle. The Precautionary Principle and International Law. Hague: Kluwer Law International. 1996. Pp. 55.

<sup>20</sup> KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. Manual of European Environmental Law. Cambridge: Grotuis Publications Limited. 1993. Pp. 37-38.

primeira menção ao princípio de forma concreta, pode ser considerada a 1ª Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte(1987) embora, além da definição constante no Draft, a outra referência mais importante acerca da sua utilização está presente na declaração resultante da RIO 92.<sup>21</sup> O *precautionary principle*, portanto, baseia-se na idéia de salvaguarda, isso é, na noção de que, em caso de dúvida, há de prevalecer a preservação da saúde e do meio ambiente, ainda que inexista comprovação científica absoluta do dano potencial que se vislumbra, justificando sua potencialidade, por si só, a adoção de medidas com vistas a evitar sua ocorrência.

Embora haja uma evidente correlação com o princípio da *prevenção*, é preciso distingui-los. A opinião corrente na doutrina do Direito Ambiental é de que a prevenção implica uma avaliação de riscos para evitar danos e uma ação efetiva baseada no conhecimento existente, portanto, na presença de evidências científicas concretas<sup>22</sup>. Assim, podemos fazer a distinção entre os princípios da seguinte forma: em se havendo certeza sobre determinado fenômeno e das suas conseqüências, todavia não são desejadas ou não são convenientes suas conseqüências, isso é, seja por razão dos danos, seja por razões econômicas ou mesmo práticas, não é razoável aguardar o evento, estamos diante de uma situação de *prevenção*. A *precaução*, em contrapartida, advém da adoção de medidas mesmo quando o risco é ainda desconhecido no todo ou em grande parte, e sua mensurabilidade ou demonstração não é cientificamente comprovada de forma absoluta, ou seja falta a *certeza*<sup>23</sup>. O reconhecimento internacional do princípio da precaução é de tal magnitude que o mesmo foi incluído no documento que consolidou a criação da União Européia, o Tratado de Maastrich de 1993, em seu art. 130. Com isso ele deixa de ser um simples instrumento de *soft law*, passando a ser considerado como verdadeira regra de Direito Costumeiro na Corte Européia de Justiça<sup>24</sup>. Isso não impede a mensuração necessária que sua utilização e interpretação requerem diante do caso concreto, mas traduz uma força normativa muito grande para sua aplicação.

## B. O princípio da Precaução e sua aplicação na resolução de controvérsias na OMC

### B.1. A OMC: histórico e forma de solução de controvérsias

A Organização Mundial de Comércio (OMC), organismo internacional por excelência imbuído de fiscalizar as relações comerciais internacionais, foi definida em texto de acordo

<sup>21</sup> Declaração RIO 92. Princípio 2 “Com a finalidade de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser aplicado pelos Estados de acordo com suas capacidades, Onde houver ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, a falta de absoluta certeza científica não deve ser usada como razão para adiar medidas efetivas para prevenir a degradação ambiental”.

<sup>22</sup> KISS, Alexandre e SHELTON, Dinah. Ob. cit. P. 37.

<sup>23</sup> CRETELLA NETO, Jose. Direito Processual na Organização Mundial de Comércio – OMC. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. Pp. 225-227.

<sup>24</sup> CRETELLA NETO, Jose. Ob. cit. P. 234.

específico na Rodada Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio), amplo foro de negociações resultante das discussões ocorridas na Conferência de Bretton-Woods de 1944, cuja finalidade era a reconstrução da ordem financeira, econômica e política do mundo com o fim da 2ª Guerra Mundial. Em Bretton-Woods, o objetivo era a criação de três organizações intergovernamentais: o Fundo Monetário Internacional (FMI) o Banco Mundial (BIRD) e a Organização Internacional do Comércio (OIC). A ausência de consenso acerca desta última instituição, em particular a oposição do Congresso dos Estados Unidos da América do Norte à outorgar uma maior liberdade a um organismo internacional acerca de questões que afetam a economia interna, acabaram por impedir a criação deste organismo. Com isso, foi possível apenas a celebração de um tratado em Genebra, em 1947, o qual correspondeu a criação do GATT.

O GATT materializou-se em encontros, denominados Rodadas de negociação ou simplesmente Rodadas, onde se discutiam alternativas e soluções visando a redução de barreiras tarifárias. A ausência de uma definição mais clara da abrangência do próprio GATT e de um acordo acerca da forma de solução de controvérsias, acabava por impor limites ao alcance das deliberações, afastando deste um aspecto mais jurídico das reivindicações, e relegando-o a um encontro diplomático negocial.

A mais ambiciosa de suas rodadas foi exatamente a última: a Rodada Uruguai, que, iniciada em 1986 e programada para durar não mais de três anos, acabou durando até 1994, tendo estabelecido, entre outros pontos, o estabelecimento do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), a garantia da propriedade intelectual (tópico especialmente relevante para os países mais desenvolvidos) através do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPs) e, em especial, a criação da Organização Mundial de Comércio (OMC), cujo funcionamento iniciou-se em 1º/01/1995.

Com a criação da OMC, a dinâmica do comércio internacional saía do protocolo de intenções diplomáticas, que por maiores que fossem os debates muitas vezes não geravam resultados concretos, e se ingressava em uma nova fase da liberação do comércio: a criação de um órgão dotado de poderes e a existência de um foro adequado para solução de controvérsias. A criação de um mecanismo para a resolução de controvérsias no comércio internacional (tema de extrema sensibilidade na agenda de todas as nações envolvidas no comércio mundial ante as múltiplas possibilidades de desequilíbrio interno das contas e crises sociais que podem ser causados por alterações na Balança de Pagamentos ou enxurrada de produtos estrangeiros), foi o grande resultado da chamada Rodada Uruguai<sup>25</sup>.

A criação da OMC incluiu também o estabelecimento do seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), um sistema decisório de maior eficácia que o concebido no GATT, onde somente o consenso, inclusive do Estado que fosse vencido na demanda, permitia a

---

<sup>25</sup> HOWSE, Robert. *The Legitimacy of the World Trade Organization. The legitimacy of international organizations*. Tokyo: United Nations University Press. 2001. P. 358.

implementação da decisão. Em primeiro lugar, o OSC é resultado de um tratado internacional que gerou obrigação dos signatários de respeitar a decisão, exigindo-se a regra do consenso (não só de um único Estado, mas de todos) somente para a rejeição de um relatório no Conselho da OMC. Em segundo lugar, foi estabelecido um Entendimento relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, com artigos claros sobre a condução e funcionamento dos trabalhos e o alcance das decisões e possibilidade de recurso.

A estrutura do OSC contempla a unificação de procedimentos para solução das controvérsias independente da matéria em debate, e a estipulação de prazos para a constituição e funcionamento dos painéis e para a apresentação de defesa formal por parte do Estado demandado, cabendo, inclusive, apelação. O Órgão de Apelação da OMC exerce verdadeiro controle jurídico sobre o processo dos painéis que ocorrem quando do funcionamento do Órgão de Solução de Controvérsias<sup>26</sup>. A apelação tem, principalmente, o escopo de evitar a mera alegação de uma decisão “injusta” no caso em tela, seja por desconsiderar um argumento seja em decorrência de pretensa má interpretação. Todavia, importa salientar que o Órgão de Apelação deverá restringir sua apreciação às questões de direito ou interpretações judiciais.

A OMC possui, ainda, uma característica peculiar fundamental como Organização Internacional, que é a possibilidade de impor sanção efetiva pelo descumprimento de suas normas (atípico no Direito Internacional eis que essa alternativa é normalmente rechaçada pelos Estados sob a alegação de ferir sua soberania). A sanção econômico-comercial da OMC implica em autorização de retaliações e de suspensão de benefícios assentidos previamente no órgão entre seus membros. Isso requer da OMC uma legitimidade de absoluta relevância, pois há uma completa mudança acerca da percepção corrente da soberania das nações, permitindo-se não uma restrição a esta, mas sim uma efetividade de medidas pelas demais quando sentirem-se prejudicadas e assim foi reconhecido como resultado da disputa que tomar lugar no painel correspondente do Órgão de Solução de Controvérsias.

Essa característica é, sem dúvida, o motivo pelo qual a demanda pelo Organismo de Solução de Controvérsias seja muito maior que de qualquer outro tribunal ou foro permanente internacional, inclusive a Corte Internacional de Justiça (CIJ), que recebeu, em 30 anos de existência (desconsiderando-se o período anterior da Corte Internacional Permanente de Justiça) 93 casos até o ano 2000, enquanto a OMC, entre 1955 e 2000, teve submetidos 183 casos à sua apreciação<sup>27</sup>. Obviamente não é imperativo o ingresso da discussão no OSC. Importa lembrar, contudo, que As partes sempre poderão, mesmo estando a debater o caso no âmbito da OMC, recorrer aos meios diplomáticos tradicionais para a solução de controvérsias como os bons ofícios, a conciliação a mediação e a arbitragem. É essa maior efetividade da OMC para a resolução de conflitos que faz com que se procure a análise da possibilidade ou não de aplicação de um princípio ambiental em seu âmbito.

---

<sup>26</sup> HOWSE, Robert. Ob. cit. P. 359.

<sup>27</sup> Dados disponíveis em <http://www.un.org> e <http://www.wto.org> acesso em 20 de abril de 2005.

## B.2. A aplicação do princípio da precaução na OMC.

O princípio da precaução não é universalmente aceito como regra do Direito Internacional, especialmente no âmbito da OMC. A possibilidade de divergência de interpretação do *alcance* do princípio advém diretamente da diferença entre princípios e regras aludida anteriormente. Os países da União Européia já de longa data o adotam como verdadeira *norma* de Direito Internacional, entendendo que se trata de regra costumeira diretamente aplicável, o que é feito com base na sua inclusão do Tratado constitutivo da União Européia<sup>28</sup>. Com outro ponto de vista sobre o assunto, os E.E.U.U. e o Canadá manifestam no âmbito da OMC que o referido princípio possui exatamente isso: caráter principiológico, portanto dotado de caráter indicativo, destinado a dar orientação para decisões, não sendo auto aplicável<sup>29</sup>.

O artigo XX do GATT, antecessor da OMC, já oferecia a possibilidade de aplicação do princípio da precaução ao dispor em seu art. XX:

*“... measures not applied in a member which would constitute a menas of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a distinguished restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health.”*

Perceba-se que, na aparência, o GATT possibilitava uma utilização abrangente do princípio da precaução. Na prática, todavia, as coisas se mostraram bastante diferentes. Ainda no âmbito do GATT, foi celebrado o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*SPS agreement*). Este acordo visava, em tese, estabelecer regras para a adoção de medidas fitossanitárias ou sanitárias passíveis de utilização na autorizar restrição de comércio, sob a forma de proibição de venda de produtos ou retirada destes do mercado, quando na existência de avaliação prévia sob efeitos danosos à saúde. Entretanto, o SPS foi redigido de forma a *permitir* a circulação dessas mercadorias, exceto no caso de certeza científica, portanto colocando-se em *oposição* ao princípio da precaução, uma vez que esse possui como seu grande trunfo a possibilidade da incerteza, enquanto o SPS exige a certeza científica para que haja a possibilidade de utilização de barreiras ao comércio.

Ainda assim, um dos artigos do *SPS agreement*, o art. 5º, causou controvérsia entre os membros da OMC, que discutiam acerca da melhor forma de interpretação do mesmo. O referido artigo foi redigido com a intenção de fornecer as bases para a avaliação dos riscos potenciais que pudessem ser objeto de alguma imposição de medida sanitária ou

<sup>28</sup> Tratado de Maastrich, art. 130.

<sup>29</sup> CRETELLA NETO, Josec. Ob. cit. Pp. 234.

fitossanitária que impedisse o livre comércio sob a alegação de danos em potencial Estes riscos, segundo a redação do artigo devem levar em consideração a evidência científica disponível e os padrões estabelecidos pela comunidade científica internacional, os processos e métodos de testes e amostragens que levaram à conclusão e as condições ambientais e ecológicas dos envolvidos, entre outros fatores<sup>30</sup>.

Um caso bastante célebre e cuja decisão e fundamentos norteiam o debate sobre a possibilidade de aplicação do princípio da precaução na OMC até os dias de hoje foi o caso WT/DS26 EC – *Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by the United States*, referido a partir de agora como simplesmente *Hormones*. Esse caso, basicamente, diz respeito ao seguinte: trata-se de Recurso cuja decisão final data de 1998, dirigido ao Órgão de apelação da OMC interposto pelos reclamantes (E.E.U.U. e Canadá) e também pela parte reclamada (a, então, Comunidade Européia), atacando decisão de controvérsia em que a interpretação dada a alguns artigos do *SPS Agreement*, não foi considerada adequada. Esta decisão era decorrente de Reclamações dos E.E.U.U. e do Canadá contra medidas restritivas de importação de carne por parte da Comunidade Européia sob a alegação de não aceitar carne em que os animais haviam sido submetidos a tratamento com hormônios, justamente em decorrência do princípio da Precaução, alegando, em síntese, a ausência de evidências científicas que comprovassem que aquela carne não traria prejuízos à saúde. Os painéis de ambas as disputas foram, em geral, desfavoráveis a Comunidade Européia, sob a alegação de que as medidas adotadas por esta última deveriam estar de acordo com as obrigações constantes do *SPS agreement*, devidamente acompanhadas de evidências científicas concretas, sem as quais haveria tão somente restrição ao comércio internacional, uma vez que não se dispunha de padrões (*standards*) reconhecidos por todos acerca da possibilidade ou não de utilização de hormônios nos animais. Todos recorreram com vistas a que fosse estabelecido, então, o padrão de interpretação das regras do *SPS agreement*, em especial do art. 5º, item 7, não só para o caso concreto como para evitar discussões futuras<sup>31</sup>.

A decisão final do órgão de apelações da OMC, nesse caso foi de que o princípio da precaução, por se tratar somente de um princípio, não poderia se sobrepor ao disposto no *SPS agreement*, uma vez que seria, no entendimento do Órgão de Apelação, ainda matéria de debate no próprio Direito Ambiental Internacional, afirmando que “*The status of the precautionary principle in international law continues to be the subject of debate among academics, law practitioners, regulators and judges. The precautionary principle is regarded*

---

<sup>30</sup> SPS agreement, art. 5º.

<sup>31</sup> SPS agreement, art. 5.7. “In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time”

*by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear*<sup>32</sup>. Interessante observar, como alguns articulistas também já o fizeram, que em parte, foi deixada uma margem para aplicação do princípio da precaução, aceitando-se que exista alguma compatibilidade entre a avaliação de risco e as medidas regulatórias domésticas de competência de cada país em caso como o sob análise do Órgão de Apelação<sup>33</sup>.

A avaliação dos riscos foi considerada insuficiente, por não haver a chancela de algum organismo científico, na verdade um afastamento da verdadeira e precisa aplicação do princípio, pois é a incerteza que o diferencia dos demais<sup>34</sup>. Houve, é verdade, uma possibilidade de discussão do princípio da precaução para que fossem impostas barreiras ao

De qualquer maneira, houve admissão da pertinência da invocação do princípio da precaução, tendo sido feita ressalva, entretanto da ausência da certeza, O que o tornou emblemático, pois, a partir de então, foi o único caso em que a argumentação do membro que pretendia com base no princípio da precaução foi aceita, uma vez que deixou claro que se houvesse uma prova científica mais contundente, ainda que não absoluta, poderia a Comunidade Europeia ter obtido êxito em seu propósito. Contudo, uma vez em casos seguintes (*v.g. WT/DS 76 Japan – Measures Affecting Agricultural Products*), não houve sequer o acolhimento da argumentação japonesa que invocou o mesmo princípio, mostrando que o caso *Hormones* não se transformou em adoção de uma posição clara e bem definida da OMC acerca da aceitação do princípio da *precaução*, como justificativa para imposição de restrições ao comércio internacional (embora tanto no Direito Ambiental como no Direito do Consumidor haja larga utilização do mesmo). Para que tenhamos uma posição definitiva sobre o princípio no âmbito da OMC, será necessária uma controvérsia em que haja demonstração praticamente inequívoca dos riscos, o que, em verdade, nos remeteria ao outro princípio: o da prevenção. Estaríamos, na verdade, não incorporando o princípio da precaução, mas sim o adotando em conjunto com o outro supracitado princípio, o que fugiria do debate acerca da aceitação do princípio da precaução dentro da OMC ou não. Ainda assim somente o tempo poderá dizer a evolução sobre o assunto, uma vez que ainda não há marco regulatório que não o SPS, cuja aplicação conjunta com o princípio da precaução prescinde de uma aceitação de uma prevalência do interesse social sobre os interesses comerciais que não é a finalidade para a qual foi constituída a OMC.

---

<sup>32</sup> Apelação WT/DS26/AB/R: EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones). Genebra: 1997. Disponível em <<http://www.wto.com>> acesso em 15.05.2005.

<sup>33</sup> HOWSE, Robert. Ob. cit. P. 393.

<sup>34</sup> Apelação WT/DS26/AB/R: (Hormones). Ob. cit. p. 87.

## CONCLUSÃO

O Direito Ambiental está na sua fase de pleno amadurecimento, tendo reconhecimento como um dos mais importantes campos do Direito Internacional. O sucesso de iniciativas como a Conferência das Nações Unidas para o Meio-Ambiente e o Desenvolvimento (UNCED), a maior reunião de Chefes de Estado desde o fim da 2ª Guerra Mundial, demonstra que a preocupação com o meio ambiente é global e não mais uma utopia de uns poucos. Todavia, entre o discurso e a prática há um distanciamento, demonstrado ao longo desse breve estudo que implica nas conseqüências da adoção de políticas ambientais em detrimento de outros setores sensíveis da sociedade. É nesse prisma que se insere a relação entre o comércio internacional e os princípios de Direito Ambiental. O princípio da precaução, que foi mais detalhadamente discorrido, implica, muitas vezes, na adoção de medidas que implicam restrições ao ideal econômico de livre comércio entre nações, com uma aplicação equilibrada da teoria das vantagens comparativas e uma promoção crescente de desenvolvimento em escala mundial. Dito princípio visa garantir a qualidade de vida da humanidade, mesmo que para isso precisemos tomar medidas que nem sempre são clara e precisamente justificáveis pela ciência, baseando-se em um certo empirismo. Para aqueles que se filiam à corrente que acreditam que o livre comércio é a melhor forma de se proporcionar desenvolvimento, com argumentos bastante sólidos, é difícil aceitar que um ideal de preservação possa impor obstáculos a esse pensamento de liberdade comercial.

Todavia, a existência de restrições ao livre comércio é justamente a ausência do correto funcionamento desse, e da impossibilidade de cumprimento das promessas que seus defensores manifestam, seja por falta de um verdadeiro crescimento conjunto, seja pela ausência de equilíbrio na abertura dos mercados<sup>35</sup>. Aliado a isso, temos a velha questão que nos coloca diante do impasse dos escassos recursos naturais e da forma predatória que são consumidos pela humanidade, tornando verdadeiros os temores de um futuro colapso de nosso ecossistema. Ora, se o quadro é tão decepcionante, o que se poderá fazer?

Na verdade, a resposta está na harmonização entre o livre comércio e a proteção do meio ambiente. É preciso parar de pensar nestes como campos estanques, mas sim compreendê-los como uma forma integrada de aplicação de regras e princípios de forma a realmente atingir todos os objetivos que ambos os lados da moeda explicitados por JOHN JACKSON pretendem alcançar<sup>36</sup>. A hostilidade é resultante da falta de interatividade, se ambos os grupos perceberem que a assistência e a cooperação mútuas poderão levar ao seus objetivos políticos, estaremos ingressando em uma nova fase desse debate<sup>37</sup>. Attingir uma harmonia e uma maior sintonia no que diz respeito ao Comércio Internacional não é tarefa

---

<sup>35</sup> STIGLITZ, Joseph. Ob. cit. p. 94.

<sup>36</sup> JACKSON, John H. Ob. cit. P. 277.

<sup>37</sup> JACKSON, John H. Ob. cit. P. 278.

tão simples assim. A própria palavra *harmonização* implicaria, inicialmente, na adoção de marcos regulatórios que obedecem a um mesmo padrão, sob pena de inviabilizar que esses ideais saiam do campo das idéias e possam ser aplicados na prática<sup>38</sup>. Por óbvio, é sabido que a realidade não permite pensar em uma mudança tão drástica. Por isso mesmo, não á mudança política extrema que se deve buscar, mas sim, uma *convergência* de linhas políticas para que a aproximação resulte na adoção de uma linha que permita a promoção do comércio sem a degradação do meio ambiente.

É aqui que se abre, no prisma atual, o campo para a utilização dos princípios ambientais no âmbito da Organização Mundial de Comércio. Não é factível pensar que a preservação do meio ambiente irá se tornar o centro do debate em um organismo internacional que já possui desde sua criação uma preocupação primordial (promoção comercial) e está fundamentado em três pilares: livre comércio, livre concorrência e não discriminação, com o intuito de buscar a regulação e ampliação das trocas internacionais<sup>39</sup>. Entretanto, para chegarmos até a OMC foram necessários quase cinqüenta anos de existência de um acordo anterior (GATT), o que nos leva a pensar que talvez a questão ambiental não tenha esse tempo todo. Logo, é preciso buscar um local adequado para debater o assunto através dos mecanismos disponíveis. A conscientização da necessidade do livre comércio mundial – e não há dúvida de sua importância e relevância – não implica no abandono de outras preocupações: basta uma atuação conjunta de interesses. O papel do Direito nesse problema, está em coordenar a aplicação simultânea dos princípios e regras do Direito Internacional como forma de garantir que sejam respeitados os direitos de todas as partes envolvidas. A aplicação de um princípio não exclui o outro: a fixação de *standards* é que conduzirá a formação de precedentes que estabeleçam a necessária segurança jurídica que todos esperam, inclusive aqueles que possuem uma natural tendência para um ou outro lado, eis que a insegurança seguramente não é objetivo das partes, mas sim a aplicação do Direito como regulador de relações e conflitos.

---

<sup>38</sup> CHARNOWITZ, Steve. Armonización ambiental y política comercial. **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995. P. 339.

<sup>39</sup> CRETELLA NETO, Jose. Ob. cit.. Pp. 1.

## BIBLIOGRAFIA

- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros. 2004. 4ª ed.
- BACUS, Max. La política ambiental y los acuerdos sobre comércio: el nuevo nexo. **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.
- CHARNOWITZ, Steve. Armonización ambiental y política comercial. **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.
- CRETELLA NETO, Jose. **Direito Processual na Organização Mundial de Comércio – OMC**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.
- DUNOFF, Jeffrey L. TRACHTMAN, Joel P. The Law and Economics of Humanitarian Law Violations and Internal Conflict. **American Journal of International Law**. Vol. 93. April 1999. Cambridge: Cambridge University Press.
- HANNAM, Ian. BOER, Ben. Land Degradation and International Environmental Law. **Anais do 4º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: IMESP 2000.
- HOBBSAWN, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914/1991**. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.
- HOWSE, Robert. The Legitimacy of the World Trade Organization. **The legitimacy of international organizations**. Tokyo: United Nations University Press. 2001.
- INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES (IUCN). **Draft International Covenant on Environment and Development**. Cambridge: Third edition. 2004.
- JACKSON, John H. Las normas de comercio mundial y las políticas ambientales ¿congruencia o conflicto? **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.
- KISS, Alexandre. The rights and Interests os Future Generations and the Precautionary Principle. **The Precautionary Principle and International Law**. Haia: Kluwer Law International. 1996.
- \_\_\_\_\_. SHELTON, Dinah. **Manual of European Environmental Law**. Cambridge: Grotuis Publications Limited. 1993.
- KWAKWA, Edward. Regulating the International Economy. **The role of law in international politics: essays in international relations and international law**. Oxford: Oxford University Press. 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS (OCDE). **La mano visible: asumir la responsabilidad por el desarrollo social**. Informativo da OCDE: Genebra: 2000.

REPETTO, Robert. Complementaridades entre libre comercio internacional y políticas ambientales. **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.

SITGLITZ, Joseph. **A globalização e seus malefícios**. São Paulo: Futura. 2002.

TINKER, Catherine. State Responsibility and the Precautionary Principle. **The Precautionary Principle and International Law**. Haia: Kluwer Law International. 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WATHEN, Tom. Um guia para el comercio internacional y el medio ambiente. **Comercio Internacional y Medio Ambiente: Derecho, Economía y Política**. Buenos Aires: Espaço Editorial. 1995.

# DOWN THE DRAIN: A COMPARISON OF THE IMPACT ON BIODIVERSITY OF GROUNDWATER LAW IN TEXAS AND RIO GRANDE DO SUL

---

Shaun S. Schottmiller

## I. INTRODUCTION

The starting point for this project is the bifurcated system of water management in the United States, specifically Texas, which treats surface water and groundwater under different regimes. This bifurcation is not present in Brazil and the state of Rio Grande do Sul due to a federally recognized unit of administration that encompasses the entire hydrological basin, rather than administering rivers, swamps, and aquifers separately. While much debate has focused on the takings aspect of a change in groundwater law, little debate has focused on the affects on biodiversity that would occur from a change in groundwater law. Increasingly science has shown that water, in all its forms, is interconnected in such a manner that only through a unified, integrated, approached, taking into account the entire hydrological cycle, can we achieve effective water management and environmental protection.

The note proceeds as follows. Section II provides a hydrological primer to provide the necessary scientific context through which the legal discussion will proceed. Section III discusses the varying surface water regimes in the United States. Section IV details four of the broad families of groundwater regimes in the United States, while Section V focuses specifically on the groundwater regime in Texas. Section VI analyzes the special case of the Edwards Aquifer in Texas. Section VII examines the shortcomings of the Federal Endangered Species Act, as it is the preferred tool for limiting groundwater extraction in Texas. Section VIII discusses Texas Senate Bill 1 and the attempt to redesign of Texas water law in 1999. From section IX the discussion switches to Brazil and the constitutionalization of Brazilian environmental law as a framework for understanding the water regime. Section X introduces groundwater law in Brazil generally, while section XI focuses specifically on the groundwater laws of Rio Grande do Sul.

## II. HYDROGEOLOGY PRIMER

In order to understand how Texas groundwater law fails to adequately protect biodiversity, we must understand the interaction between groundwater and biodiversity. I divide this section into three parts. First, I will present a short overview of the hydrologic cycle. Next, I will briefly discuss the two basic pathways in which groundwater and surface water interact. Finally, I will discuss how biodiversity is affected by these interactions.

### A. The Hydrologic Cycle and Groundwater

The hydrologic cycle describes the continuous flow of water in its various forms – liquid, solid, gas, and vapor – from atmosphere to ground to ocean. Water evaporates off the oceans and is moved by winds over land. As the moisture level in the air increases, the vapor become precipitation and falls to the ground. Some of the water on the ground will evaporate and some of the water will remain on the Earth. Plants will take some of the water. Some of the water returns to the oceans through rivers and streams. Finally, some of the water seeps into the ground. This seepage of water into the ground is called recharge. It is through this recharge that aquifers are replenished.

The amount of recharge that reaches the aquifer is dependent upon the geological formation surrounding the aquifer.<sup>1</sup> The more permeable the layer of rock that is above the aquifer, the more it will be able to recharge. Impermeable rock will result in zero recharge for the aquifer, thus water extraction will completely empty the aquifer.

### B. Groundwater-Surface Water Connections

The term groundwater includes all water located below the surface.<sup>2</sup> An aquifer is defined as “as subsurface waterbearing geological formation from which significant quantities of water may be extracted.”<sup>3</sup> The terms groundwater and aquifer are often used interchangeably, and I will do so in this article. There are two general ways in which groundwater can affect surface water.<sup>4</sup> The aquifer can feed the stream, a gaining stream (Figure 1a), or the aquifer can

---

<sup>1</sup> See Gabriel Eckstein and Yoram Eckstein, A Hydrogeological Approach to Transboundary Ground Water Resources and International Law, 19 Am. U. Int'l. L. Rev. 201, 211-217 (2003) for a more detailed discussion of the geology of aquifers.

<sup>2</sup> Specifically groundwater only refers to the water found in saturated zones of geological formations [see Ralph C. Heath, Basic Ground-Water Hydrology, U.S. Geological Survey Water-Supply Paper 2220, 4 (1987)]. Under Texas law, groundwater is defined as “water percolating below the surface of the Earth.” [Tex. Water Code Ann. § 36.001(5) (Vernon Supp. IA 2002)].

<sup>3</sup> Robert Hayton and Albert Utton, *Transboundary Groundwaters: The Bellagio Draft Treaty*, 29 Natural Resources Journal, 677, 678 (1989).

<sup>4</sup> Surface water refers to water above ground, such as streams, lakes, wetlands, bays and oceans. (see Thomas C. Winter, Judson W. Harvey, O. Lehn Franke, and William M. Alley, Ground Water and Surface Water: A Single Resource, U.S. Geological Survey Circular 1139, 2 (1998).

be fed by the stream, a losing stream (figure 1b).<sup>5</sup> When surface water and groundwater are connected, extraction of groundwater can have serious consequences on the surface water. If a stream is feeding the aquifer, pumping will result in an increased flow from the surface water to the aquifer, thus lower in the surface water level.<sup>6</sup> If an aquifer is feeding the surface water some of the water that would have been discharged into the surface body will be captured, likewise diminishing the surface water level.<sup>7</sup> As discussed above, the permeability of the rock that overlies the aquifer will affect the connectedness of the groundwater and the surface water.

The plight of the Santa Cruz River presents a vivid example of the interconnectedness of groundwater and surface water.<sup>8</sup> The Santa Cruz River nurtured what was once fertile land for the Hohokam, the Tohono O'odham, and Spanish missionaries. Eventually, the city of Tucson was established on the Santa Cruz. As Tucson grew in the 1900s, groundwater pumping increased. Quickly, groundwater pumping outpaced recharge. Recharge from rain and snow that fell on nearby mountains added about 140,000 acre-feet per year (afy) to the underlying aquifer.<sup>9</sup> As the population of Tucson grew from 1940 to 2000, groundwater extraction accelerated from 50,000 afy to 330,000 afy.<sup>10</sup> The Santa Cruz has run dry as the aquifer no longer contains enough water to feed it.

### C. Groundwater Affecting Biodiversity

Biodiversity and groundwater interact both on and below the surface. A number of ecosystems rely on groundwater. Geology and other factors determine the reliance an ecosystem has on groundwater, but the groundwater does supply minerals as well as moisture to the ecosystem.<sup>11</sup> Ecosystems in arid climates, such as West Texas, often are more reliant on groundwater than those in climates where freshwater is more pervasive.<sup>12</sup> There are a number of types of groundwater dependent ecosystems.

Groundwater can feed into surface bodies, such as wetlands, and, together with surface water, create an ecosystem of its own.<sup>13</sup> While differentiating between groundwater and surface water may be difficult, these ecosystems the groundwater component is still crucial to the functioning of the ecosystem.

---

<sup>5</sup> *Id.* at 9.

<sup>6</sup> *Id.* at 14.

<sup>7</sup> *Id.* at 14.

<sup>8</sup> See Robert Glennon, *Water Follies: Groundwater Pumping and the Fate of America's Fresh Waters*, 35-50 (2002). Glennon's book has numerous examples of the effects of groundwater extraction on a variety of surface water bodies.

<sup>9</sup> *Id.* at 45.

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> Friends of the Earth, *Groundwater Dependent Eco-Systems* (May 28, 1999), available at Nature Conservation Council of New South Wales, <http://www.nccnsw.org.au/water/projects/Groundwater/water.html> (last accessed February 24, 2004).

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> *Id.*

Groundwater is also an important component in riparian and terrestrial vegetation ecosystems.<sup>14</sup> Although these ecosystems are mainly dependent upon surface waters, during times of drought, these ecosystems need to access aquifers for fresh water.<sup>15</sup> Declining water tables, primarily through groundwater extraction, can be particularly devastating on these ecosystems, causing dehydration or water-logging through changes in water salinity.<sup>16</sup> In the case of the Santa Cruz River, the “draining” of the river resulted in the disappearance of riparian cottonwood, willow, and mesquite trees as well as the disappearance of deer, coyotes, javelinas, mountain lions, raccoons, foxes, rabbits, and squirrels, all of which relied on the Santa Cruz as a source of water.<sup>17</sup>

The hyporheic zone is a fluctuating zone between the surface water and the deeper groundwater.<sup>18</sup> This zone provides habitat for many invertebrates as groundwater supplies nutrients and surface water provides dissolved oxygen.<sup>19</sup> This ecosystem is particularly vulnerable as groundwater contamination and extraction as well as surface water pollution can disrupt its equilibrium.<sup>20</sup>

Additionally, ecosystems can solely exist within in aquifer. Hypogean ecosystems, as they are called, are quite interesting due to the lack of light in the habitat and their vulnerability to human induced change.<sup>21</sup> The Edwards Aquifer represents a notable example of this type of ecosystem with the Texas blind salamander, the fountain darter and other species.

### III. SURFACE WATER LAW IN THE UNITED STATES AND TEXAS

In order to understand how law in the United States, and Texas in particular, fails to adequately address the interconnectedness of groundwater and surface water, we must understand how each of these areas of law function. This section addresses surface water law, while the next section addresses groundwater law.

The ownership of surface water in the United States is governed at the state level. There are two main regimes that determine who owns what water: riparianism and prior appropriation.<sup>22</sup> Generally, Eastern states adhere to the riparian regime while Western states

---

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> Glennon, *supra* note 8, at 48-49.

<sup>18</sup> Friends of the Earth, *supra* note 11.

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> Many states have adopted a “mixed” system which incorporates aspects of both riparianism and prior appropriation. These mixed systems typically protect minimal (domestic use) riparian rights and apply priority of appropriation for the remainder of water in the stream.

(those west of the hundredth meridian) adhere to the prior appropriation regime.<sup>23</sup> In this section I provide an overview of the two regimes that govern surface water in the United States, followed by a brief discussion of Texas surface water law in particular.

## A. Riparianism

Riparianism was imported to the early United States from English common law. The English law relied on the natural flow doctrine which allowed each riparian to receive the flow of the stream “undiminished as to quality or quantity” and to seek redress even in the absence of a harm.<sup>24</sup> Additionally, riparians were limited to on-tract uses only. This model worked well in the pre-industrial era, but as industries began to rely on water to power mills, the natural flow doctrine was seen as impeding growth.

American courts in the early nineteenth century began to chip away at the natural flow doctrine in order to promote industrialization. In *Tyler v. Wilkinson*, the circuit court for the district of Rhode Island rejected the right of riparianism to receive the natural flow of the stream without diminution.<sup>25</sup> This right was seen as a brake on development as it effectively banned all diversions from the stream. The same year, the Supreme Court of Vermont dealt another blow to the natural flow doctrine in the United States.<sup>26</sup> In a dispute over the installation of a new mill upstream from a mill already in operation, the court stated that strict adherence to the natural flow doctrine would allow the first miller on a stream to control the flow of the entire stream, thus inhibiting production.<sup>27</sup>

The limitation on undiminished water quality was also whittled away by early court decisions. In *Snow v. Parsons*, the Vermont Supreme court eschewed the strict water quality standard of the natural flow doctrine for a reasonableness standard.<sup>28</sup> In *Snow*, a tannery was charged with diminishing the quality of a stream. The court stated that the relevant test is “[i]f it essentially impairs the use below, then it is unreasonable and unlawful, unless it is a thing altogether indispensable to any beneficial use to every point of the stream.”<sup>29</sup> The Pennsylvania Supreme Court summed up the judicial mindset during the industrial period by stating that “[t]he law should be adjusted to the exigencies of the great industrial interests of the Commonwealth...The proprietors of large and useful interests should not be hampered or hindered for frivolous or trifling causes.”<sup>30</sup>

---

<sup>23</sup> Joseph L. Sax, Barton H. Thompson, Jr., John D. Leshy, and Robert H. Abrams, *Legal Control of Water Resources: Cases and Materials* 4-5, 20 (3d ed. 2000).

<sup>24</sup> Sax et al, *supra* note 23, at 22.

<sup>25</sup> 24 F. Cas. 472 (C.C.R.I. 1827).

<sup>26</sup> *Martin v. Bigelow*, 2 Aik. 184 (Vt. 1827).

<sup>27</sup> *Id.* at 475.

<sup>28</sup> 28 Vt. 459 (1856)

<sup>29</sup> *Id.* at 462.

<sup>30</sup> *Sanderson v. Pennsylvania Coal Co.*, 86 Pa. 401, 408 (1878).

Modern riparian doctrine generally relies on the Restatement (Second) of Torts. Section 850 states that “[a] riparian proprietor is subject to liability for making an unreasonable use of the water. . . . that causes harm to another riparian proprietor’s reasonable use of water.”<sup>31</sup> Reasonable use is determined by a number of factors that include: the purpose of the use; the economic value of the use; the social value of the use; and the extent and amount of harm it causes.<sup>32</sup> Riparianism has evolved into a general regime of correlative rights.

## B. Prior Appropriation

The Prior appropriation doctrine originated in the western half of the United States. Prior appropriation is premised on the “first in time, first in right” concept.<sup>33</sup> There are four elements in acquiring an appropriative right, (1) there must be unappropriated water in a (2) natural stream, and the appropriator must (3) divert this water and (4) put it to beneficial use.<sup>34</sup> The first element simply requires that the appropriator is not taking water on which another party has a claim. The second element, a natural stream, is defined as:

A stream of water flowing in a definite channel, having a bed and sides or banks, and discharging itself into some other stream or body of water. The flow of water need not be constant, but must be more than mere surface drainage occasioned by extraordinary causes; there must be substantial indications of the existence of a stream, which is ordinarily a moving body of water.<sup>35</sup>

The definition of a natural stream really only excludes groundwater and seepage or springs. The third element, diversion, can be physical diversion of water from the stream via a ditch, but many courts do not require physical diversion, simply using the water from the stream can be a “diversion.”<sup>36</sup>

The fourth element, beneficial use, has been the object of much debate in prior appropriation states. Most states have codified the definition of “beneficial use.”<sup>37</sup> Texas defines beneficial use as:

---

<sup>31</sup> Restatement (Second) of Torts § 850 (1979).

<sup>32</sup> Restatement (Second) of Torts § 850A (1979).

<sup>33</sup> See A. Dan Tarlock, *Prior Appropriation: Rule, Principle, or Rhetoric?*, 76 N. Dak. L. Rev. 881 (2000) for an review of and issues related to Prior Appropriation doctrine.

<sup>34</sup> Sax, et al., *supra* note 23, at 111-2.

<sup>35</sup> *Hutchinson v. Watson Slough Ditch Co.*, 16 Idaho 484, 488 (1909).

<sup>36</sup> See *State v. Morros*, 766 P.2d 263 (Nev. 1988) and *Steptoe Live Stock Co. v. Gulley*, 53 Nev. 163 (1931).

<sup>37</sup> See Janet C. Neuman, *Symposium on Water Law: Beneficial Use, Waste, and Forfeiture: The Inefficient Search for Efficiency in Western Water Law*, 28 *Envtl. L. Rev.* 919, fn1 (1998).

“the amount of water which is economically necessary for a purpose authorized by this chapter, when reasonable intelligence and reasonable diligence are used in applying the water to that purpose and shall include conserved water.”<sup>38</sup>

The California Water Code, on the other hand, devotes a large portion in defining what actions and what considerations may be included in a “beneficial use” determination: instream use; public interest; water transfers.<sup>39</sup> Generally, beneficial use includes domestic uses as well as agrarian and industrial without excessive waste.

Prior appropriation systems in most states are currently administered by a permit system. State statutes set out the requirements for obtaining a permit. These statutes typically require an application for the permit<sup>40</sup>, notice of the application to potentially interested parties<sup>41</sup>, and the possibility of a hearing if there is a protest<sup>42</sup>. Permits will specify the date of the appropriation, the amount to be appropriated and when it can be appropriated.

### C. Surface Water Law in Texas

In 1889<sup>43</sup>, 1895<sup>44</sup>, and 1913<sup>45</sup>, the Texas Legislature adopted the prior appropriation system for Texas. Although these laws brought the prior appropriation doctrine to Texas, they did not abolish preexisting riparian rights; they simply made all future water rights contingent on prior appropriation through the permitting process.<sup>46</sup> The Texas Water Code states that an application for a water permit may be granted if there is (1) unappropriated water<sup>47</sup>, (2) the proposed appropriation is for beneficial use,<sup>48</sup> does not impair existing water rights or riparian rights,<sup>49</sup> is not detrimental to the public welfare,<sup>50</sup> considers the effects on bays, estuaries, instream use, water quality, groundwater, and fish and wildlife habitats,<sup>51</sup> is consistent with state and regional water plans,<sup>52</sup> and (4) reasonable diligence will be exercised to reduce waste and achieve conservation.<sup>53</sup>

<sup>38</sup> Texas Water Code § 11.002(6).

<sup>39</sup> California Water Code §§ 1240-1244.

<sup>40</sup> i.e., California Water Code, Ch. 2.

<sup>41</sup> i.e., California Water Code, Ch. 3.

<sup>42</sup> i.e., California Water Code, Ch. 4 and Ch. 5.

<sup>43</sup> Act approved Mar. 19, 1889, 21st Leg. R. S., ch. 88 § 1-17, 1889 Tex. Gen. Laws 100.

<sup>44</sup> Act approved Mar. 21, 1895, 24th Leg. R. S., ch. 21 § 1, 1895 Tex. Gen. Laws 21.

<sup>45</sup> The Burges-Glasscock Act, Act of April 9, 1913, 33d Leg., R. S., ch 171, 1913 Tex. Gen. Laws 258.

<sup>46</sup> Frank Skillern, *Texas Water Law*, 37-8 (1993).

<sup>47</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(2).

<sup>48</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(3)(A).

<sup>49</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(3)(B).

<sup>50</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(3)(C).

<sup>51</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(3)(D).

<sup>52</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(3)(E).

<sup>53</sup> Texas Water Code § 11.134(b)(4).

Here we see that surface water use in Texas addresses a number of issues both economic (waste) and environmental (fish and wildlife). The permit processes even addresses the possible effects of surface water appropriations on groundwater. We will see that Texas groundwater law does not incorporate these same considerations.

#### IV. GROUND WATER LAW IN THE UNITED STATES

While surface water is generally governed by two regimes, groundwater regimes in the United States generally are governed by one of five regimes: American reasonable use, correlative rights, Restatement (Second) of Torts reasonable use, prior appropriation, and absolute ownership (or rule of capture). American reasonable use doctrine places only two limitations on groundwater use: the water must be put to a reasonable use and the use must be in the overlying tract.<sup>54</sup> The Supreme Court of Pennsylvania sums up the basic tenet of American reasonable use by stating that a property owner “may not concentrate...waters and convey them off his land if the springs or wells of another are impaired.”<sup>55</sup>

Correlative rights doctrine, as the name implies, entails a sharing of water between the owners of the land overlying the groundwater supply. Parties wishing to use the water off-tract have their rights subjugated to any on-tract users; thus, off-tract use is only permitted if there is “surplus” water (defined as recharge less current withdrawals).<sup>56</sup> In *Katz v. Walkinshaw*, the California Supreme Court concluded that the doctrine of correlative rights was superior to that of absolute ownership because it provided greater incentive for investment.<sup>57</sup> Overlying owners wishing to use water on their land should each be given a “fair and just proportion” of the water if there is insufficient water for all.<sup>58</sup>

The Restatement (Second) of Torts, although a liability rule, acts as a rule of allocation by holding a groundwater extractor liable for unreasonable harm to others.<sup>59</sup> Section 858 of the Restatement lays out the liability for ground water usage.<sup>60</sup> A landowner who extracts groundwater is not liable for harm to another unless the pumping lowers the water table or water pressure,<sup>61</sup> exceeds the pumper’s reasonable share of the groundwater,<sup>62</sup> or has a direct effect upon a watercourse or lake and unreasonably causes harm to a person entitled to use that watercourse or lake.<sup>63</sup> Unlike the American reasonable use doctrine and

---

<sup>54</sup> Sax et al., *supra* note 23, at 364.

<sup>55</sup> *Rothrauff v. Sinking Spring Water Co.*, 339 Pa. 129, 134 (1940).

<sup>56</sup> Sax et al., *supra* note 23, at 364.

<sup>57</sup> 141 Cal. 116, 133 (1903).

<sup>58</sup> *Id.* at 136.

<sup>59</sup> Sax et al., *supra* note 23, at 365.

<sup>60</sup> Restatement (Second) of Torts § 858 (1979).

<sup>61</sup> *Id.* at § 858(1)(a).

<sup>62</sup> *Id.* at § 858(1)(b).

<sup>63</sup> *Id.* at § 858(1)(c).

<sup>64</sup> *Hinton v. Little*, 50 Idaho 371 (1931).

the correlative rights doctrine, the Restatement does not limit usage to on-tract or even favor on-tract usage. It does, though, incorporate liability that could be utilized as a cause of action to protect biodiversity. If the groundwater pumping significantly and unreasonably affects a stream or lake, then an action can be brought, but this action must be brought on behalf of someone who has a right to use that stream or lake. This presents a hurdle for the use of liability under the Restatement to protect biodiversity, but it provides more of an opportunity to do so than the above mentioned regimes.

Prior appropriation for groundwater functions similarly to prior appropriation for surface water. It is premised on the “first in time, first in right” adage. The Supreme Court of Idaho was the first to adopt the regime for groundwater in 1931.<sup>64</sup> Although the groundwater doctrine operates in many ways like it does for surface water, there are a few different issues when groundwater is addressed. One important one involves the speed of groundwater flow. Groundwater flows much slower than surface water, so the effects of “junior” appropriators on “senior’s” rights may not be felt for many months or even years. In this case it is difficult for the senior to halt the junior’s pumping so that the senior can be guaranteed his share of the water. This doctrine does not address the effects on biodiversity of pumping. It simply is designed to allocate water between pumpers.

The final regime, absolute ownership, or rule of capture, is only practiced in Texas. As such it is addressed in the following section.

## V. TEXAS GROUNDWATER LAW

To extract groundwater Texas only requires an individual own the surface property and own a well on the property. Once these two conditions have been met, the individual may extract an unlimited amount of groundwater. The Texas Rule of Capture has been much maligned,<sup>65</sup> but the courts have been reluctant to alter the one-hundred-year-old rule, preferring to shift that task to the Legislature.

### A. Development of the Rule of Capture

In 1904, the Texas Supreme imported the English common law rule of absolute domain to Texas.<sup>66</sup> Absolute dominion allows the surface owner to extract the groundwater

---

<sup>65</sup> See Stephanie E. Hayes Lusk, *Texas Groundwater: Reconciling the Rule of Capture with Environmental and Community Demands*, 30 St. Mary’s L.J. 305 (1998); Eric Opiela, *The Rule of Capture in Texas: An Outdated Principle Beyond Its Time*, 6 U. Denv. Water L. Rev. 87 (2002); Robert R.M. Verchick, *Dust Bowl Blues: Saving and Sharing the Ogallala Aquifer*, 14 J. Envtl. L & Litig. 13, 21 (1999).

<sup>66</sup> *Houston & T.C. Ry. Co. v. East*, 81 S.W. 279 (Tex. 1904) (adopting *Acton v. Blundell*, 152 Eng. Rep. 1223 (Ex. 1843)).

<sup>67</sup> See *id.*

under the property regardless of the effects on neighboring properties, provided the surface owner did not do so in waste or out of malice.<sup>67</sup> The court based its rationale on the conjecture that the movements of groundwater “are so secret, occult, and concealed that an attempt to administer any set of legal rules in respect to them would be involved in hopeless uncertainty, and would, therefore, be practically impossible.”<sup>68</sup> *East* continues to form the basis of groundwater in Texas even though, as shown above, science has greatly expanded our knowledge of groundwater and its role in the hydrologic cycle.

Shortly after the *East* decision, Texans understood the ill affects on water management that could follow from the rule of capture.<sup>69</sup> In response, the Texas Legislature adopted the Conservation Amendment to the Texas Constitution in 1917.<sup>70</sup> The Amendment gave the Legislature the authority to pass laws creating conservation districts and water regulations to protect the water resources in the state.<sup>71</sup> Although given the power to regulate groundwater extraction, the Legislature failed to take any action in the following decades.

In 1949, The Legislature adopted the Texas Underground Water Conservation Act which codified the Rule of Capture.<sup>72</sup> The Act recognizes that “[t]he ownership and rights of the owner of the land, his lessees and assigns, in underground water.”<sup>73</sup> The Act does not address the issue of groundwater management or conservation.

Following the floods and droughts of the 1950s, the Legislature enacted the 1967 Water Rights Adjudication Act.<sup>74</sup> The Act allows the state to regulate surface waters when necessary, but leaves groundwater outside the scope of the Act. Once again, the Legislature failed to address the incompatibility of the rule of capture with water conservation.

The courts and the Legislature have placed some restrictions on the ability of land owners to extract groundwater, but these limitations are slight and often difficult to prove. One limitation is that a land owner cannot extract water with malice in order to injure a neighbor. Malice is difficult to prove and has not been an issue in a Texas groundwater case.<sup>75</sup> Waste, though, is a more often cited limitation on the rule of capture. In *City of Corpus Christi v. City of Pleasanton*, the Texas Supreme Court narrowed the scope of this limitation.<sup>76</sup> The city of Corpus Christi’s extraction of water from an artesian well and

<sup>68</sup> *Id.* at 280 (quoting *Frazier v. Brown*, 12 Ohio St. 294, 311 (1861)).

<sup>69</sup> See TEX. CONST. art. XVI, § 59 interp. commentary (Vernon 1993).

<sup>70</sup> TEX. CONST. art. XVI, § 59.

<sup>71</sup> TEX. CONST. art. XVI, § 59(b).

<sup>72</sup> Texas Water Code Act Amending Chapter 25, ch. 306, 1, 1949 Tex. Gen. Laws 559 (recodified in TEX. WATER CODE ANN. § 36.002).

<sup>73</sup> *Id.*, 1, 3c(D).

<sup>74</sup> Act of April 13, 1967, 60th Leg., R.S. ch. 45, 1967 Tex. Gen. Laws 86 (Vernon) (codified as TEX. WATER CODE ANN. § 11.301-.341).

<sup>75</sup> See Opiela, *supra* note 65, at 101.

<sup>76</sup> 154 Tex. 289 (1955).

<sup>77</sup> *Id.* at 294.

<sup>78</sup> *Id.* at 298.

transportation of the water along a surface watercourse was upheld. The court held that the waste limitation only pertained to use of the water, not transport of the water.<sup>77</sup> Under this definition, dissenting Justice Griffin argues, the loss of 9,999,999 gallons is permitted, so long as one gallon is put to lawful use.<sup>78</sup>

The Supreme Court stripped away some of the rule of capture in *Friendswood Development Co. v. Smith-Southwest Industries, Inc.*<sup>79</sup> Due to subsidence problems along the Texas coast, the Legislature established the Harris-Galveston Coastal Subsidence District (HGCSD) to oversee groundwater removal. Friendswood Development sued Smith-Southwest Industries claiming subsidence caused by defendant's groundwater pumping. The court held that the injury occurred before the establishment of the HGCSD, thus no relief was granted to Friendswood Development.<sup>80</sup> At the time of the injury, the law allowed land owners to extract groundwater without liability to neighboring land owners.<sup>81</sup> After the opinion becomes final, the court adds, "if the landowner's manner of withdrawing ground water from his land is negligent...and such conduct is a proximate cause of the subsidence of the land of others, he will be liable for the consequences of his conduct."<sup>82</sup> The court, thus, adds negligence to the short list of limitations on the rule of capture.

## B. Deference to Legislature

Increasingly the scientific community has shown that groundwater and surface water can, and often are, linked, such that actions affecting one source may be felt by the other.<sup>83</sup> The courts have recognized this fact, but still refuse to alter the present rule of capture. Instead, the courts punt, stating that the issue is one for Legislative authority, not judicial authority. In *Pecos County Water Control & Improvement District No. 1 v. Williams*, we see an early argument based on the groundwater-surface water connection.<sup>84</sup> The county sued to enjoin Williams from pumping groundwater from his property. The county based its argument on the detriment effect the pumping would have on Comanche Springs. The El Paso Court of Civil Appeals was not persuaded by the evidence of a connection between Williams' pumping of groundwater and the spring's water level.<sup>85</sup> The court, thus, held for Williams upholding the Rule of Capture.

---

<sup>79</sup> 276 S.W.2d 21 (Tex. 1978).

<sup>80</sup> *Friendswood*, 276 S.W.2d at 22.

<sup>81</sup> *Id.* at 27.

<sup>82</sup> *Id.* at 30.

<sup>83</sup> See II. Hydrogeology Primer above.

<sup>84</sup> 271 S.W.2d 503 (Tex. Civ. App. – El Paso 1954, writ ref'd n.r.e.).

<sup>85</sup> *Id.* at 508.

<sup>86</sup> *Beckendorff v. Harris Galveston Coastal Subsidence District*, 558 S.W.2d 75 (Tex. Civ. App.—Houston [14th Dist.] 1977, writ ref'd n.r.e.).

<sup>87</sup> *Id.* at 81.

As mentioned above, the HGCSD was recreated to address the subsidence problem that groundwater extraction was causing along the Texas coast. In 1977 residents filed suit claiming that the Act establishing the HGCSD was unconstitutional.<sup>86</sup> The appeals court upheld the constitutionality of the Act and stated that any action to eliminate a “perceived evil” should be taken by the Legislature.<sup>87</sup>

In *Denis v. Kickapoo Land Co.*, The Austin Court of Appeals ruled for a land owner who was extracting groundwater before it reached Kickapoo Springs.<sup>88</sup> Kickapoo Springs, in turn, fed Kickapoo Creek. The court reasserted the right of the land owner to his groundwater, even though the water would eventually feed a creek. Faced with yet another instance of the absolute groundwater rights detrimentally affecting surface waters and, in turn, downstream users, the court refused to alter the basic rule.

Recently, the Texas Supreme Court once again upheld the rule of capture and inferred that the legislature needed to take action. In *Sipriano v. Great Springs Waters of America, Inc. a/k/a Ozarka Natural Spring Water Co.*, the plaintiffs sued Ozarka for damages after their wells ran dry.<sup>89</sup> Ozarka had been pumping 90,000 gallons per day, seven days a week from land neighboring the plaintiffs.<sup>90</sup> The court reasoned that the people of Texas had the ability to alter groundwater rules through the democratic process, as they recently did with Senate Bill 1 (see below), and until it was apparent that this legislative action was ineffective, water-use regulation should not be governed by “judicial fiat.”<sup>91</sup>

## VI. EDWARDS AQUIFER: ENVIRONMENTAL MANAGEMENT OF GROUNDWATER FOR ENVIRONMENTAL PURPOSES

We have seen how the Texas courts generally have been reluctant to reconcile the scientific evidence of groundwater-surface water linkage with the rule of capture. One area in which the courts have addressed this issue is with respect to the Endangered Species Act (ESA) and the Edwards Aquifer (Aquifer).<sup>92</sup> The Aquifer is a large groundwater formation in south-central Texas that is source for all of San Antonio’s drinking water. The Aquifer

---

<sup>88</sup> 771 S.W.2d 235 (Tex. App.—Austin 1989, pet. denied).

<sup>89</sup> 1 SW3d 75 (Tex. 1999).

<sup>90</sup> *Id.* at 75.

<sup>91</sup> *Id.* at 80.

<sup>92</sup> See Todd H. Votteler, *The Little Fish That Roared: The Endangered Species Act, State Groundwater Law, and Private Property Rights Collide over the Texas Edwards Aquifer*, 28 *Envtl. L.* 845 (1998) for a more in depth account of this topic.

<sup>93</sup> San Marcos/Comal Recovery Team, U.S. Fish & Wildlife Serv., San Marcos and Comal Springs and Associated Aquatic Ecosystems (Revised) Recovery Plan 6 (1996).

<sup>94</sup> No. MO-91-CA-069, 1993 WL 151353, at \*1 (W.D. Texas, Feb. 1, 1993).

<sup>95</sup> *Id.* at \*19.

feeds both Comal Springs and San Marcos Springs, home to two of the richest aquatic ecosystems in terms of organism diversity.<sup>93</sup> This Aquifer has become the frontline of the debate about groundwater rights and environmental management in Texas.

### A. Sierra Club v. Lujan

In *Sierra Club v. Lujan*, the Sierra Club and other plaintiffs sued to enjoin the Secretary of the Interior and the United States Fish and Wildlife Service (USFWS) from pumping from the Aquifer under certain conditions and to implement a recover plan for the numerous endangered species within the Aquifer.<sup>94</sup> The court ruled in favor of the plaintiffs, finding that the USFWS failed to establish minimum springflow requirements to protect the endangered species in the Aquifer.<sup>95</sup> The court called upon the Texas legislature to establish an adequate state plan before Federal intervention to protect the endangered species.<sup>96</sup>

The Texas legislature subsequently enacted Senate Bill 1477 establishing the Edwards Aquifer Authority (EAA).<sup>97</sup> The purpose of the EAA is to “ensure that...the continuous minimum springflows of the Comal Springs and the San Marcos Springs are maintained to protect endangered and threatened species to the extent required by federal law.”<sup>98</sup> In 1996, after three years of litigation and revised plans, the USFWS finally published an acceptable recovery plan.

### B. Bragg v. Edwards Aquifer Authority

In *Bragg v. Edwards Aquifer Authority*, the Texas Supreme Court limited the rule of capture slightly.<sup>99</sup> The court extended the notion of the waste exception on the rule of capture by holding that the “[a]uthority to prevent waste...refers...to the broader concept of preventing waste by conserving, protecting, and preserving the aquifer through the Legislature’s designated permit system.”<sup>100</sup> In *Bragg*, the plaintiffs sought permits to withdraw groundwater in order to irrigate commercial pecan orchards. The EAA’s general manager recommended denying the permit for one well because no water had been withdrawn during the historical use period and recommended a smaller allotment of water for the other well.<sup>101</sup> The EAA’s authority was upheld in this case allowing for limitations on the rule of capture within the area affecting the Edwards Aquifer.

---

<sup>96</sup> *Id.* at \*29-30.

<sup>97</sup> S. 1477, 73d Leg., Reg. Sess. (Tex. 1993).

<sup>98</sup> Ch 621, 1995 Tex. Gen. Laws 1.14(h).

<sup>99</sup> 71 S.W.3d 729 (Tex. 2002).

<sup>100</sup> *Id.* at 736; Tex Gov’t Code 2007.003(b)(11)(C) (Vernon 2000).

<sup>101</sup> *Bragg*, 71 S.W.3d at 732.

## VII. SHORTCOMINGS OF THE ENDANGERED SPECIES ACT

The Endangered Species Act has been the major tool by which the rule of capture has been limited, but it is not sufficient if we are to protect the ecosystems that rely on groundwater. The shortcomings of the ESA have been well documented.<sup>102</sup> The purpose of the ESA is to protect specific species that are near extinction.<sup>103</sup> This purpose highlights the first shortcoming of the ESA, threshold qualification. The ESA defines an endangered species as “any species which is in danger of extinction throughout all or a significant portion of its range.”<sup>104</sup> A threatened species is defined as “any species which is likely to become an endangered species within the foreseeable future throughout all or a significant portion of its range.”<sup>105</sup> These definitions create a dangerously high threshold of endangerment before action can be taken. By the time a species “qualifies” for endangered species status, it may be too late for recovery.<sup>106</sup>

A second shortcoming of the ESA is the focus itself of the ESA: species. This focus is faulty for a number of reasons. The interdependent nature of species dictates that successful recovery is better achieved at the ecosystem level than at the species level.<sup>107</sup> Change is a natural part of the environment and species need to be able to adapt to the changes in their communities through these interdependencies.<sup>108</sup> Further, focusing on species is more costly than focusing on broader categories of flora and fauna or on ecosystems as a whole.<sup>109</sup>

The interdependence argument forms the basis for why species level management is often ineffective and inefficient. A recent example highlights this point. Off the Aleutian Island of Alaska, sea otters populations have been decimated.<sup>110</sup> The otters eat sea urchins,

<sup>102</sup> See John Charles Kunich, *Preserving the Womb of the Unknown Species with Hotspots Legislation*, 52 *Hastings L.J.* 1149 (2001) (from which much of this section comes), Daniel J. Rohlf, *Six Biological Reasons Why the Endangered Species Act Doesn't Work – And What to Do About It*, 5 *Conservation Biology* 273 (Sept. 1991); *But see also* Oliver A. Houck, *On the Law of Biodiversity and Ecosystem Management*, 81 *Minn. L. Rev.* 869 (1997) (arguing that the ESA has been effective).

<sup>103</sup> The Preamble of the ESA states that “[t]he purposes of this Act are to provide a means whereby the ecosystems upon which endangered species and threatened species depend may be conserved, to provide a program for the conservation of such endangered species and threatened species, and to take such steps as may be appropriate to achieve the purposes of the treaties and conventions set forth in subsection (a) of this section.” 16 U.S.C. § 1531(b) (2000).

<sup>104</sup> 16 U.S.C. § 1532(6).

<sup>105</sup> 16 U.S.C. § 1532(20).

<sup>106</sup> The problems that a species as well as those trying to save the species must overcome once it has reached this threshold include loss of genetic diversity, usually depleted habitat, risk of extinction through random chance or natural disaster, as well as larger costs to nurse a small group back to a viable population.

<sup>107</sup> Mark L. Shaffer, *Minimum Population Sizes for Species Conservation*, 31 *Bioscience* 131 (1981).

<sup>108</sup> Jeffrey A. McNeely et al., *Conserving the World's Biological Diversity*, 57 (1990).

<sup>109</sup> J. Michael Schott et al., *Species Richness: A Geographic Approach to Protecting Future Biological Diversity*, 37 *Bioscience* 782, 783 (1987).

<sup>110</sup> See “Alaska Sea Otters’ Disappearance a Mystery,” [www.cnn.com/2004/TECH/science/02/04/otter.mystery.reut/](http://www.cnn.com/2004/TECH/science/02/04/otter.mystery.reut/) (last accessed February 22, 2004).

which eat kelp. Without otters to eat to control the urchin population, the local kelp forests are being decimated. One possible theory to explain the fall in otter populations is that orcas are feeding on otters since their normal prey, other whales, sea lions, and harbor seals, have seen reduced populations. Protecting one species at a time here, say sea lions, does not confront the main issue: scarcity of prey for orcas. In order to protect the biodiversity off the Aleutian Islands, a broader approach to the marine ecosystem is needed.

An additional problem with the ESA is the lack of a priority system for species protection. The ESA allows for “consideration of the economic impact” when designating critical habitat,<sup>111</sup> but not for determining which species should be listed as endangered or threatened.<sup>112</sup> There are many considerations one could have in constructing a priority system. A priority system, though, does entail problems.

The first is how to construct the schemes. Priority could be based on helping the most endangered species. This scheme, though, would be fraught with problems as many of these species may be past the point of revitalization given the ESA’s threshold requirements. Priority could be based on “value” or “importance,” but this system, too has problems. Since we only have identified a portion of world’s species, it is incredibly unlikely that we even know of the potential benefits (genetically, medicinally, etc.) that can be derived from many species. What is important today may not be important tomorrow; further, technology may make species X infinitely important tomorrow, when it has little value today.

Second, many priority systems entail an anthropocentric approach to protection and conservation. Priority schemes that focus on “value” or “charismatic megafauna”<sup>113</sup> focus on the human perception of species protection without much regard for the “ecosystemic” perception of species protection. Priority systems may entail problems, but without any ranking system, the ESA is even less effective and focused.

An additional shortcoming of the ESA is its lack of emphasis on multiple population maintenance. Multiple populations increase the likelihood for species survival by reducing catastrophic risk and increasing genetic diversity, and thus adaptation. The ESA defines “species” as “any subspecies of fish or wildlife or plants, and any distinct population segment of any species of vertebrate fish or wildlife which interbreeds when mature.”<sup>114</sup> This is the only mention of different populations of species. Multiple populations are crucial to the long term survival of many species. By the time a species is listed it could have one population of limited numbers or multiple populations with unviable numbers. In either case, the ultimate survival of the species is greatly imperiled.

---

<sup>111</sup> 16 U.S.C. 1533(b)(2).

<sup>112</sup> 16 U.S.C. 1533(b)(1)(A).

<sup>113</sup> Rohlf, *supra* note 102, at 275.

<sup>114</sup> 16 U.S.C. § 1532(16).

## VIII. SENATE BILL 1 AND GROUNDWATER CONSERVATION DISTRICTS

On June 1, 1997, the Texas legislature enacted Senate Bill 1 (SB1).<sup>115</sup> In SB1, the legislature overhauled state water law and policy, but failed to adequately address the rule of capture or the effects on environmental concerns of groundwater management. SB1 does recognize the interconnectedness of surface water and groundwater and requires that decisions on permits take into account the effects on groundwater and groundwater recharge.<sup>116</sup> But this provision addresses surface water rights and their affects on groundwater, not the effects of groundwater rights on surface waters.

In addressing the rule of capture, Senator Brown states that “groundwater management is best accomplished through locally-elected, locally-controlled groundwater conservation districts, thus providing that any modification or limitation on the rule of capture will be made by local groundwater districts.”<sup>117</sup> The legislature sees these Groundwater Conservation Districts (GCD) as the preferred method of groundwater management.<sup>118</sup> The legislature created GCDs for the “conservation, preservation, protection, recharging, and prevention of waste of groundwater” in Texas.<sup>119</sup> The GCDs are authorized to promulgate rules that may limit groundwater rights.<sup>120</sup> Individuals seeking to alter the size of a well or well pump or to operate a new well, must obtain a permit from the district.<sup>121</sup> Among the issues the GCD must consider when evaluating a permit to drill a well or alter a well is “whether the proposed use of water unreasonably affects existing groundwater and *surface water* resources.”<sup>122</sup> By explicitly including the groundwater-surface water connection in the permit decision-making scheme, the legislature, even if only slightly, signaled that the end of the rule of capture may be neigh, but little action has been taken to further curtail the regime.

As argued above, groundwater extraction can have far reaching consequences. A GCD may be able to regulate groundwater if its jurisdiction encompasses the entire groundwater area, but for aquifers, like the Ogallala, that stretch across many states, the incentives for the local GMD to manage that aquifer are drastically different. SB1 does not adequately address the rule of capture, does not adequately take into account the environmental ramifications of GMD decisions, and does not adequately deal with transboundary groundwater issues.

---

<sup>115</sup> Act of June 1, 1997 [S.B. 1], 75th Leg., R.S., ch 1010, 1997 Tex. Gen. Laws 3610 (codified at Tex. Health & Safety Code §§ 341.0315, .0351-.0356, .0485,.049, Tex Tax Code § ; See Senator J.E. “Buster” Brown, *Senate Bill 1: We’ve Never Changed Texas Water Law This Way Before*, 28 St. B. Tex. Envtd. L.J. 152 (1998).

<sup>116</sup> Tex. Water Code Ann. §§ 11.134(b)(3)(D), 11.151.

<sup>117</sup> Brown, *supra* note 115, at 157 (referring to Tex. Water Code Ann. § 36.0015).

<sup>118</sup> Tex. Water Code Ann. § 36.0015.

<sup>119</sup> *Id.*

<sup>120</sup> Tex. Water Code Ann. § 36.002

<sup>121</sup> Tex. Water Code Ann. § 36.113(a) and Tex. Water Code Ann. §36.115(a).

<sup>122</sup> Tex. Water Code Ann. § 36.113(d)(2) (emphasis added).

## IX. THE CONSTITUTIONALIZATION OF ENVIRONMENTAL LAW IN BRAZIL

One of the striking differences between American environmental law and Brazilian environmental law is the built in environmental guarantees in the Brazilian constitution. The constitutionalization of environmental protection is a phenomenon common to many countries who wrote their constitutions subsequent to the environmental movement of the 1970s, including Greece, Portugal, Spain, and Brazil.<sup>123</sup> The fact that environmental concerns are enunciated in the constitution effects the legal development of a country in two important and related ways. First, a constitution provides the general lens through which all other laws must be seen. Subsequent laws must be interpreted in light of the highest law of the land, the constitution, thus all laws must concord with the fundamentals established in the constitution. Second, the constitution reflects the country's concerns and shapes national dialogue. Censorship and the need for a free exchange of ideas was a main concern of the framers of the American Constitution; thus, freedom of speech attained a primary role in the Constitution. More than two hundred years later, debates over educational material, artwork, media relations, and many other issues are constructed within the realm of freedom of speech.

The Brazilian Constitution sets forth a number of environmental rights as well as distributes competencies to different levels of government. Article 225 sets forth the basic right to a clean environment:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>124</sup>

Beyond this basic right, the Constitution establishes a number of rights that are not specific to environmental protection, but can be invoked to protect individuals from environmental damage:<sup>125</sup> right to life,<sup>126</sup> right to health,<sup>127</sup> right to property,<sup>128</sup> right to information,<sup>129</sup> rights of indigenous peoples,<sup>130</sup> and the right to public civil action.<sup>131</sup>

<sup>123</sup> Antônio Herman V. Benjamin, *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*, Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFGRS, vol. II, núm V (2004), 94, 99.

<sup>124</sup> Constituição Federal, art. 225, *caput*.

<sup>125</sup> Benjamin, *supra* note 124, at 103 (making distinction between explicit and implicit environmental rights).

<sup>126</sup> Constituição Federal, art 5, *caput*.

<sup>127</sup> *See*, Constituição Federal, art 200.

<sup>128</sup> Constituição Federal, art 5, inciso XXIII, and art. 186, inciso II.

<sup>129</sup> Constituição Federal, art 5, incisos XIV and XXXIII.

<sup>130</sup> Constituição Federal, art 231, § 1.

<sup>131</sup> Constituição Federal, art 129, inciso III, and § 1.

The Brazilian Constitution divides competencies into: those unique to the federal government,<sup>132</sup> those common to the federal government, the states, the federal district, and cities;<sup>133</sup> those concurrent to the federal government, the states, and the federal district;<sup>134</sup> those unique to the states;<sup>135</sup> those unique to the cities;<sup>136</sup> and those unique to the federal district.<sup>137</sup> For each of these groups, the constitution assigns some form of competency relating to the environment.

Additionally, the chapter on the environment, article 225, states that it is incumbent upon the Poder Público to preserve ecological processes,<sup>138</sup> preserve genetic diversity,<sup>139</sup> establish protected areas,<sup>140</sup> supply environmental impact studies,<sup>141</sup> control the utilization of techniques, methods, or substances that pose a risk to human health and the environment,<sup>142</sup> promote environmental education and awareness,<sup>143</sup> and protect flora and fauna from extinction.<sup>144</sup> Thus, the Brazilian Constitution establishes a right to clean environment, and charges the government with the protection of the environment, while allocating competency for environmental protection at multiple levels.

## X. GROUNDWATER LAW IN BRAZIL

The groundwater legal system stems from the Constitution and the “Lei das Águas.”<sup>145</sup> As mentioned above, the basic rights enumerated in the Constitution shape the structure of groundwater system.

Groundwater law in Brazil is divided between the federal government and the state governments. Article 22 of the Constitution gives the federal government the exclusive power to legislate over waters. The power to “legislar sobre águas” means the ability to set standards of quality and quantity as well as establish rules for the division and utilization of waters.<sup>146</sup> The definition of waters as “bem de uso comum de povo”<sup>147</sup> eliminates the

<sup>132</sup> Constituição Federal, art 22.

<sup>133</sup> Constituição Federal, art 23.

<sup>134</sup> Constituição Federal, art 24.

<sup>135</sup> Constituição Federal, art. 25, § 1.

<sup>136</sup> Constituição Federal, art 30, I and II.

<sup>137</sup> Constituição Federal, art 32, § 1.

<sup>138</sup> Constituição Federal, art 225, I.

<sup>139</sup> Constituição Federal, art 225, II.

<sup>140</sup> Constituição Federal, art 225, III.

<sup>141</sup> Constituição Federal, art 225, IV.

<sup>142</sup> Constituição Federal, art 225, V.

<sup>143</sup> Constituição Federal, art 225, VI.

<sup>144</sup> Constituição Federal, art 225, VII.

<sup>145</sup> Lei N. 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

<sup>146</sup> Paulo Affonso Leme Machado, *Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional*, 19 (2002).

<sup>147</sup> Constituição Federal, art 225, *caput*.

ability of an individual person to appropriate waters to the exclusion of others.<sup>148</sup> This interpretation is underscored by the requirement that “extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo” is subject to the authorization of the government,<sup>149</sup> and it is illegal “perfurar poços para extração de água subterrânea ou opera-los sem a devida autorização.”<sup>150</sup> Interestingly, this law reverses the law established under the 1934 Water Code, which allows a type of correlative rights:

O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares.<sup>151</sup>

Additionally, neither the federal government nor the state governments have the right to sell water commercially.<sup>152</sup>

While the constitution sets forth limits upon the use of groundwater, the constitution is less clear on the ownership of the groundwater. Under the Federal Constitution, “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito” belong to the states.<sup>153</sup>

## XI. GROUNDWATER LAW IN RIO GRANDE DO SUL

Unlike Texas, Rio Grande do Sul has built in ecological considerations into its groundwater regime. By establishing the hydrological basin as the unit of administration for the governing water agency, Política Nacional de Recursos Hídricos, Rio Grande do Sul explicitly acknowledges the interaction between surface water and groundwater.<sup>154</sup> This interaction is a consideration in water policy: “as interações com as águas superficiais, observadas no ciclo hidrológico, sempre serão consideradas na administração do aproveitamento das águas subterrâneas.”<sup>155</sup> Additionally, state agencies may:

Dada à necessária conservação das águas subterrâneas e a prioridade de abastecimento da população humana, ou por

---

<sup>148</sup> Machado, *supra* note 147, 25; Virgínia Amaral da Cunha Scheibe, O Regime Constitucional das Águas, *Revista de Direito Ambiental*, vol 25, 207, 210.

<sup>149</sup> Lei N. 9.433, de Janeiro de 1997, art. 12, II.

<sup>150</sup> Lei N. 9.433, de Janeiro de 1997, art. 49, V.

<sup>151</sup> Decreto N. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 96.

<sup>152</sup> Machado, *supra* note 147, 29.

<sup>153</sup> Constituição Federal, art 26, I.

<sup>154</sup> Lei N. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, art. 1, V.

<sup>155</sup> Rio Grande do Sul: Decreto N. 42.047, de 26 de dezembro de 2002, art. 3, parágrafo único.

motivos geológicos, hidrológicos, geotécnicos ou *ecológicos*, poderão restringir a captação e o uso dessas águas, bem como instituir áreas de proteção dos aquíferos.<sup>156</sup>

By explicitly acknowledging the hydrological link between ground and surface water and including ecological concerns in the decision making process, Rio Grande do Sul is constructing an integrated regime in which water management is in sync with environmental management.

Well monitoring is part of this integrated regime. Wells are required to have devices that monitor the amount and quality of water extracted, and well owners must report this information to the governing agency.<sup>157</sup> Well owners must operate their wells “em condições adequadas, de modo a assegurar a capacidade do aquífero e evitar o desperdício de água.”<sup>158</sup> Just as is the case in federal law, it is illegal in Rio Grande do Sul “executar a perfuração de poços ou a captação de água subterrânea sem a devida aprovação.”<sup>159</sup>

## XII. CONCLUSION

Groundwater and surface water are hydrologically linked. Actions taken below ground affect water levels and ecosystems above ground. Environmental protection and water management need to be made in unison in order for either to be effective or efficient. Federal law in the United States does not establish an environmental basis for water policy. In Texas, two separate regimes govern the use of ground and surface waters. This lack of a coherent regime has many detrimental effects on biodiversity. The rule of capture, which governs groundwater, can lead to excessive pumping and the draining of streams and lakes that are connected to the aquifer. Many different types of species of plants and animals rely on the surface water, and sometimes on the groundwater. By not having conservation laws that impact the rates of groundwater pumping, Texas is in effect allowing land owners to drain the biodiversity through wells and pumps.

Brazil establishes the water basin as the administrative unit for water management, rather than any portions such as groundwater or surface water. In Rio Grande do Sul, the interaction between ground and surface water is explicitly recognized, and the need for ecological considerations in evaluating groundwater extraction is made explicit. Rio Grande do Sul, as well as other American states, have acknowledge the need for integrated water management and have taken steps to curtail excessive pumping and thus protect biodiversity.

---

<sup>156</sup> Rio Grande do Sul: Decreto N. 42.047, de 26 de dezembro de 2002, art. 27, *caput*. (emphasis added).

<sup>157</sup> Rio Grande do Sul: Decreto N. 42.047, de 26 de dezembro de 2002, art. 24 § 1.

<sup>158</sup> Rio Grande do Sul: Decreto N. 42.047, de 26 de dezembro de 2002, art. 23.

<sup>159</sup> Rio Grande do Sul: Lei N. 10.350, de 30 de dezembro de 1994.

## DIREITO HUMANO A UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL: UM DIREITO RECONHECIDO POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS?<sup>1</sup>

---

Thomaz Francisco Silveira de Araujo Santos<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo se concentra em descobrir se há ou não um direito humano independente e universal ao meio ambiente saudável, e se tal direito pode ser reconhecido e ter seu cumprimento exigido por tribunais internacionais. As principais fontes de direito internacional também serão analisadas para averiguar se tal direito pode ser encontrado em algum tratado multilateral ou convenção ou se na verdade trata-se de um direito costumeiro internacional em desenvolvimento.

Depois de uma breve análise das chamadas “gerações de direitos humanos” tentarei definir esse direito no campo teórico e identificar quão universal e independente ele de fato é. Na segunda parte do artigo me concentrarei em como os diversos tribunais internacionais têm tratado danos ambientais que possam acarretar violações a direitos humanos e se esses tribunais seguem uma linha clara de definição de quais danos consistiriam em violações ao alegado direito humano ao um meio ambiente saudável.

---

<sup>1</sup> Trabalho originalmente apresentado em inglês para aprovação na disciplina de “International Environmental Law”, sob orientação do Professor Stephen Kass, cursada na Pace Law School, White Plains, NY, no semestre de 2003/02, como parte do programa de intercâmbio FIPSE-CAPES “Responsabilidade Ambiental”.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito na UFRGS, bolsista do programa FIPSE-CAPES no semestre de 2003/02, na Pace Law School, White Plains, NY.

## PARTE I: BASE TEÓRICA PARA UM DIREITO HUMANO A UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

### 1.1 “Gerações” de Direitos

Quando falamos de direitos humanos, geralmente são eles definidos em termos de gerações: os direitos civis e políticos, ou direitos de liberdade, como a liberdade de expressão e o direito a voto são considerados direitos de “primeira geração”, uma vez que foram eles os principais objetos de luta das revoluções francesa e americana no século XVIII e foram os mesmos consagrados nas Constituições desses países como maiores conquistas das respectivas revoluções; os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados de “segunda geração”, os direitos de igualdade, como, por exemplo, o direito a saúde, e eles refletem valores e idéias que começaram a ganhar força nas primeiras décadas do século XX, em que os ideais do “Estado de Bem Estar Social” estavam em voga em países como os Estados Unidos da América de Franklin Delano Roosevelt; e recentemente tem havido diversas discussões sobre a chamada “terceira geração” de direitos que seriam os de solidariedade,<sup>3</sup> que só poderiam ser conquistados e efetivados pelo esforço solidário dos Estados, assim como o direito a um meio ambiente saudável.<sup>4</sup> Direitos como o direito a um meio ambiente saudável e o direito ao desenvolvimento não podiam ser acomodados nas duas outras gerações, uma vez que esses direitos necessariamente afetam mais grupos de pessoas do que indivíduos propriamente ditos.<sup>5</sup>

Portanto, esse brevíssimo apanhado geral da história dos direitos humanos nos mostra que o direito a um meio ambiente saudável estaria inserido num sistema geral de direitos humanos. Contudo, não nos diz como identificar quando uma violação a esse direito de fato ocorreu. Ainda, não sabemos ao certo a natureza desse direito no Direito Internacional Público, se consiste numa regra de direito costumeiro ou num princípio geral de direito, para citar os termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Mas o mais importante é que não sabemos como uma eventual violação a esse direito poderia ser tratada por um tribunal. Por tais razões é necessária uma abordagem teórica mais detalhada para esse direito, para tentar encontrar sua definição dentro do Direito Internacional Público. Em seguida, casos de diversos tribunais internacionais serão analisados para que possamos averiguar como tais tribunais identificam e medem as violações a tal direito.

---

<sup>3</sup> Percebe-se que essa visão clássica das “gerações” reflete os próprios ideais da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade), sendo que constitucionalistas modernos atacam essa divisão acusando-a de ser estanque e ultrapassada. Para uma discussão mais aprofundada da atual situação dos direitos humanos no cenário internacional, ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, v. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>4</sup> ATAPATTU, Sumudu. “The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted: The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law”, 16 *Tul. Env't. L. J.* 65, p.110 (2002).

<sup>5</sup> ALSTON, Phillip. “A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or an Obfuscation of International Human Rights Law?”, 29 *Neth. Int'l L. Rev.* 307, p. 317 (1985).

## 1.2 Fontes do Direito Internacional Público: o Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)

Além de estabelecer a jurisdição da Corte para casos internacionais o Estatuto também determina quais são as fontes de Direito Internacional Público para os fins da Corte, e diversos internacionalistas têm considerado esse artigo do Estatuto como uma definição do que é o direito internacional.<sup>6</sup> O Estatuto diz que as fontes do Direito Internacional Público, em ordem de importância, são: tratados e convenções internacionais estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelos Estados da disputa em questão; direito costumeiro internacional; princípios gerais de direito reconhecidos por nações civilizadas; e, como fontes subsidiárias, decisões judiciais e trabalhos e os trabalhos de renomados doutrinadores do Direito Internacional Público.<sup>7</sup>

No que diz respeito a tratados, eles são vistos geralmente como acordos internacionais feitos entre Estados, na forma escrita e sujeitos ao Direito Internacional Público.<sup>8</sup> Tais tratados devem ser acordados pelos Estados de boa-fé<sup>9</sup> e podem ser considerados nulos se momento de sua conclusão o tratado estiver em conflito com normas peremptórias de Direito Internacional Público.<sup>10</sup> Portanto, se houvesse disposições em um tratado que versassem sobre o direito humano a um meio ambiente saudável isso seria considerado direito internacional público como contido num tratado. Contudo, para que um direito seja considerado um direito humano ele deve ser aceito universalmente pela comunidade internacional, como o que ocorre com os direitos à vida e à liberdade de expressão. No caso do direito humano a um meio ambiente saudável ele ainda não foi explicitamente reconhecido por algum tratado multilateral ou convenção internacional que obriguem os países-membro do respectivo tratado ou convenção.<sup>11</sup>

Talvez a fonte mais adequada na qual poderíamos enquadrar esse direito seja a do direito internacional costumeiro. Os requisitos básicos para que haja uma regra costumeira são a prática generalizada e consistente dos Estados e a noção de que essa prática deveria ser seguida porque ela decorre de uma obrigação legal internacional (“*opinio juris*”).<sup>12</sup> Logo, a mera prática continuada dos Estado pode ser desconsiderada para efeitos de um costume internacional se todos os países são livres para agir de forma diferente, uma vez que não é esperado que eles ajam de acordo com tal prática. No caso do direito costumeiro internacional não é necessário que todas as nações sigam a mesma prática, pois a generalidade complementa

---

<sup>6</sup> LEE, John. “The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law”, 25 Colum. J. Envtl. L. 283, p. 291 (2000).

<sup>7</sup> Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38, §1º, de 26 de junho de 1945.

<sup>8</sup> Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, art. 2.1(a), de 23 de maio de 1969.

<sup>9</sup> Id., art. 26

<sup>10</sup> Id. art. 53

<sup>11</sup> 25 Colum. J. Envtl. L. 283, pp. 306-7

<sup>12</sup> BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law, 5ª ed., 1998, Oxford University Press, p.7

a universalidade, e a generalidade na prática dos Estados pode ser encontrada, por exemplo, ao se analisar o sistema jurídico de uma nação e averiguar quantos países internalizaram a alegada regra de direito costumeiro em suas constituições ou quantos deles votaram a favor de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas que tratem dessa alegada regra costumeira.<sup>13</sup> Quanto à “*opinio juris*” a Corte Internacional de Justiça já declarou que os Estados devem agir de uma forma que seu comportamento comprove a crença de que determinada prática é obrigatória para o Direito Internacional Público.<sup>14</sup>

Temos, portanto, duas fontes de Direito Internacional Público em que poderíamos basear o argumento de que o direito humano a um meio ambiente saudável é de fato um princípio reconhecido de direito internacional público. Contudo, em nenhum desses casos o direito foi expressamente reconhecido pela comunidade internacional.<sup>15</sup> Os únicos documentos internacionais e multilaterais que expressamente reconhecem esse direito não são documentos vinculantes, como as declarações de Estocolmo<sup>16</sup> e do Rio de Janeiro,<sup>17</sup> que consagram a idéia geral de que os seres humanos têm direito a vida produtiva e saudável em harmonia com a natureza. No que diz respeito ao direito costumeiro internacional, ainda que num nível regional os Estados tenham feito um esforço de se referirem expressamente a esse direito em tratados e outros documentos internacionais, aparentemente a comunidade internacional não parece disposta a reconhecer o direito humano a um meio ambiente saudável, a não ser que esse direito seja fundamentado por outros direitos legitimamente reconhecidos.<sup>18</sup>

Isso não significa, no entanto, que tal direito não será reconhecido pela comunidade internacional: se devidamente apoiado por e fundamentado por outros direitos a ele relacionados o seu reconhecimento pela comunidade internacional ocorrerá muito mais facilmente. Por outro lado, isso significaria que tal direito não seria independente, sempre necessitando que feitos fossem sentidos em outros direitos para que se considerasse que ele fora violado.

### 1.3 Ligações e Convergências

Se um direito não pode ser estabelecido de forma independente, a ligação contextualizada com um direito reconhecido pode ocorrer.<sup>19</sup> Basicamente, pode-se analisar

<sup>13</sup> CAREW, Koriambanya S. A. “David and Goliath: The Indigenous People of the Niger Delta, A Smooth Peeble – Environmental Law, Human Rights and Re-Defining the Value of Life”, 7 Drake J. Agric. L. 493, pp.509-10 (2002)

<sup>14</sup> Caso das Atividades Militares e Paramilitares contra e na Nicarágua, CIJ, 1986, par. 98

<sup>15</sup> McCLYMONDS, James T. “The Human Right to a Healthy Environment: An International Legal Perspective”, 37 N.Y.L. Sch. L. Rev. 583, p. 597 (1992)

<sup>16</sup> Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente: Princípio 1, UN Doc A/Conf. 48/14 (1972)

<sup>17</sup> Declaração do sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, UN Doc. A/Conf. 151/5 (1992)

<sup>18</sup> 7 Drake J. Agric. L. 493, p. 511

<sup>19</sup> 25 Colum. J. Envtl. L. 283, p. 304.

como o direito a um meio ambiente saudável está relacionado ou ligado com outros direitos humanos já estabelecidos. A mais óbvia dessas ligações é com o direito à vida, o direito humano mais fundamental, uma vez que a proteção do meio ambiente garantiria a sobrevivência e perpetuação da espécie humana.<sup>20</sup> Nesse caso, um dano ambiental teria de ser tão grande a ponto de ameaçar as vidas dos membros de todo um grupo. Outra ligação óbvia é com o direito à saúde, que pode ser claramente relacionado ao meio ambiente quando se diz que “todas as pessoas têm o direito ao mais padrão mais alto possível de saúde livre de danos ambientais.”<sup>21</sup> Um grande dano ambiental que se torne um risco à saúde humana pode também ser considerado uma violação do direito a um meio ambiente saudável.<sup>22</sup>

Há outros direitos que não são tão fundamentais e amplos como o direito à vida e à saúde, mas que também são intensamente afetados por danos ambientais. Os direitos dos povos indígenas estão entre esses direitos, pois certos povos indígenas recebem uma proteção legal especial de sua identidade cultural, sua terra nativa seu bem estar e autodeterminação.<sup>23</sup> Na verdade essa relação ou ligação pode muito bem ser a mais apropriada, uma vez que os povos indígenas geralmente têm uma co-dependência maior com o meio ambiente do que as comunidades urbanas: para os povos indígenas, a própria terra é a base de sua cultura.<sup>24</sup> Outra relação possível e recomendável é com o direito ao desenvolvimento sustentável, que já foi declarado pela Assembléia Geral da ONU como um direito humano inalienável.<sup>25</sup> Ainda que essa seja outra relação importante com o direito a um meio ambiente saudável a Declaração não confirma tal relação, que foi fortemente defendida e enfatizada na Eco 92 e em outros documentos e conferências das Nações Unidas.<sup>26</sup> Ainda que haja outras, essas são as relações e convergências com o direito a um meio ambiente saudável que mais facilmente podem ser aceitas pela comunidade internacional.

#### **1.4 Um argumento a favor da existência de um direito humano a um meio ambiente saudável**

A relação de danos ambientais com direitos humanos tem sido defendida por alguns autores como a melhor forma de garantir que direitos humanos não sejam violados

<sup>20</sup> 16 Tul. Envtl. L. J. 65, p. 99.

<sup>21</sup> Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Sub-Comissão para Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1994/9, princípio 7 (1994)

<sup>22</sup> ZIEMER, Laura S. “Application in Tibet of the Principles on Human Rights and the Environment”, 14 Harv. Hum. Rts. J. 233, p. 246 (2001).

<sup>23</sup> SCOTT, Inara K. “The Inter-American System of Human Rights: An Effective Means of Environmental Protection?”, 19 Va. Envtl. L. J. 197, pp. 229-30 (2000).

<sup>24</sup> GANZ, Beth. “Indigenous People and Land Tenure: An Issue of Human Rights and Environmental Protection”, 9 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 173, p. 174 (1997)

<sup>25</sup> Declaração de Direitos ao Desenvolvimento, art. 1, GA res. 41/128 (1986)

<sup>26</sup> 25 Colum. J. Envtl. L. 283, pp. 321-22

por uma proteção ambiental demasiadamente fraca, chegando a ponto de declarar que a proteção do meio ambiente é um instrumento para a proteção dos direitos humanos, não um fim em si mesmo.<sup>27</sup> Por outro lado, outros autores declaram que um direito humano universal e independente a um meio ambiente saudável é necessário para se definir uma linha de conduta para os Estados no cenário internacional.<sup>28</sup>

De qualquer forma, essas duas correntes concordam com o fato de que não há uma relação forte e reconhecida ou sequer um direito universal e independente. O esforço deve ser dirigido para a criação de um direito a um meio ambiente saudável, um que seja útil para a para a proteção de interesses ambientais e de propósitos das justiça.<sup>29</sup> Para determinar se o direito a um meio ambiente saudável deve ser reconhecido como um direito humano um teste de quatro etapas deve ser feito, de acordo com as linhas atuais do direito internacional público.

A primeira etapa seria determinar se esse direito beneficiaria indivíduos reconhecidos. Depois disso, uma segunda etapa seria que os proponentes desse direito deveriam demonstrar que sua demanda não seria adequadamente satisfeita a não ser que esse direito fosse proporcionado a eles, e não outras formas mais fracas de proteção em seu lugar. Numa terceira etapa, os proponentes deveriam provar que as partes que têm deveres em virtude desse direito podem ser legitimamente sujeitas a processos para que venham a cumprir esses deveres. E, finalmente, na quarta etapa, deve-se provar que esse direito é factível dentro das condições institucionais e econômicas existentes.<sup>30</sup> Tendo demonstrado o que esse direito atualmente é e o que deveria ser do ponto de vista conceitual, na próxima parte analisarei como diferentes tribunais internacionais tratam de casos envolvendo danos ambientais e direitos humanos e qual a abordagem adotada por esses tribunais quanto à natureza do direito violado.

## PARTE II: O DIREITO HUMANO A UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E SEU TRATAMENTO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

### 2.1 A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Tragédia Nigeriana

De todos os documentos e tratados internacionais e regionais de direitos humanos a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (ou Carta de Banjul) foi a primeira a

---

<sup>27</sup> SHELTON, Dinah. "The Environmental Jurisprudence of International Human Rights Tribunals", *Linking Human Rights and The Environment*, Romina Picolotti e Jorge Daniel Taillant (eds.), University of Arizona Press, 2003, p. 1-2.

<sup>28</sup> 25 Colum. J. Envtl. L. 283, p. 338

<sup>29</sup> MOWERY, Lauren A. "Earth Rights, Human Rights: Can International Environmental Human Rights Affect Corporate Liability?", 13 *Fordham Envtl L. J.* 343, pp. 355-56 (2002)

<sup>30</sup> NICKEL, James. "The Human Right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on its Scope and Justification", 18 *Yale J. Int'l L.* 281, pp. 288-93 (1993).

afirmar expressamente que “todos os povos têm o direito a um meio ambiente satisfatório para o seu desenvolvimento”.<sup>31</sup> A Carta ainda enfatiza que os direitos individuais são satisfeitos pela realização dos direitos dos povos, o que mostra um abordagem progressiva em relação aos direitos de solidariedade.<sup>32</sup> Contudo, a Carta não possui mecanismos para o cumprimento de suas disposições e não consegue criar obrigações legais vinculantes para seus países-membro, especialmente devido à ausência de uma Corte Africana de Direitos humanos.<sup>33</sup> Dessa forma, até mesmo danos ambientais que tenham grande impacto para o homem podem permanecer impunes como o que aconteceu na região do Delta do Rio Niger.

Na terra dos Ogonis, um distrito na região do Delta do Niger, no sudeste da Nigéria, a empresa Shell tem extraído petróleo desde 1958 e até a presente alcançou um montante de US\$ 30 bilhões em petróleo. A magnitude dessas operações é tamanha que elas resultaram no que considerado por muitos como a devastação das águas, terra e ar dos Ogonis.<sup>34</sup> Entre os problemas identificados em relação à operação as pessoas mencionaram tubos de condução em péssimo estado, águas poluídas, poluição do ar, problemas de drenagem e a impossibilidade de pesca, reflorestamento e agricultura em grandes áreas.<sup>35</sup> Acidentes freqüentes de poluição por petróleo fizeram com que peixes ingerissem a substância e se tornassem impróprios para consumo, quando não venenosos, e apesar do povo do Delta do Niger estar rodeado de águas, ele tem de importar grandes quantidades de água potável devido ao nível de poluição na área.<sup>36</sup>

Basicamente, a cultura e o modo de vida de todo um povo estão a perigo devido às atividades de uma companhia que foram plenamente apoiadas pelo governo nigeriano.<sup>37</sup> Na verdade, o governo prendeu e executou nove ambientalistas que protestavam quanto à maneira pela qual o petróleo estava sendo extraído, depois que a Shell pediu ajuda ao exército nigeriano para lidar com os protestos.<sup>38</sup> Infelizmente não havia forma de um cidadão nigeriano fazer valer a disposição contida na Carta de Banjul, pois não apenas o seu governo estava apoiando as atividades que resultaram em abomináveis violações de direitos humanos contra os Ogonis, como também não havia uma corte independente e imparcial que pudesse analisar tal caso se ele fosse de fato levado a juízo. Esse triste exemplo nos mostra que não

<sup>31</sup> Carta de Banjul, art. 24, OAU Doc. Cab/Leg/67/3/Rev.5 (1996).

<sup>32</sup> 7 Drake J. Agric. L. 493, p. 520.

<sup>33</sup> HODVOKA, Iveta. “Is There a Right to a healthy Environment in the International Legal Order?”, 7 Conn. J. Int’l L. 65, 75-76 (1991). Para uma introdução mais detalhada ao Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos, ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, v. II, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 193-225.

<sup>34</sup> EATON, John P. “The Nigerian Tragedy: Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment”, 15 B.U. Int’l L.J. 261, p. 266.

<sup>35</sup> Id. pp. 266-67.

<sup>36</sup> 7 Drake J. Agric. L. 493, p. 500.

<sup>37</sup> 15 B.U. Int’l L.J. 261, pp. 269-71.

<sup>38</sup> Id. p. 270.

adianta em nada possuir uma carta de direitos humanos perfeitamente escrita e contendo disposições adequadas sobre a violação de direitos humanos por danos ambientais sem que haja as ferramentas adequadas para fazer valer esses mesmos direitos. Esse pecado, infelizmente, foi cometido pela Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

## 2.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não mencione o direito a um meio ambiente saudável em seus artigos, o Protocolo de São Salvador afirma que “todos têm o direito de viver num ambiente saudável (...)”<sup>39</sup> e que os “Estados-Parte devem promover a proteção, a preservação e a melhora do meio ambiente.”<sup>40</sup> Os termos podem ser semelhantes aos da Carta de Banjul, mas o Sistema Interamericano permite a exigibilidade dos direitos contidos em suas convenções, tanto por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ou Comissão) quanto por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos (ou Corte).<sup>41</sup> Na verdade, antes mesmo do Protocolo de São Salvador ser adotado a Comissão concluiu que o Brasil havia violado o direito dos índios Yanomami a vida, liberdade e segurança pessoal ao não tomar medidas para prevenir o dano ambiental que resultou na perda de vida e de identidade cultural entre os Yanomami.<sup>42</sup> Mesmo sem conter um dispositivo sobre o direito a um meio ambiente saudável a Comissão pode estabelecer uma ligação entre os direitos dos povos indígenas e o meio ambiente.<sup>43</sup> Contudo, essa ligação não fez com que a Comissão concluísse que os Yanomami tinham direito a um meio ambiente saudável, e em vez de recomendar o caso à Corte a Comissão simplesmente publicou um relatório recomendando a criação de fronteiras protegendo as terras dos Yanomami e reconhecendo a responsabilidade dos Estados de proteger o patrimônio cultural dos povos indígenas, e não seu direito a um meio ambiente saudável.<sup>44</sup>

Talvez o caso mais surpreendente do Sistema Interamericano foi o caso da Comunidade Indígena Mayagna contra a Nicarágua.<sup>45</sup> A questão desse caso foi que depois de diversos anos peticionando ao governo da Nicarágua para o reconhecimento de suas terras tradicionais o povo Mayagna se deparava com a possibilidade perder 63.000 hectares de terra para uma companhia madeireira.<sup>46</sup> Na verdade, a comunidade ainda estava em negociações

<sup>39</sup> Organização dos Estados Americanos: Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 11(1) (1988).

<sup>40</sup> Id, art.11(2).

<sup>41</sup> 19 Va. Env'tl. L. J. 197, pp. 204-07.

<sup>42</sup> Índios Yanomami Indians v. Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 7615, OEA/Ser.L.V/II/60 doc. 10 ver. 1 (1985).

<sup>43</sup> 25 Colum. J. Env'tl. L. 283, p. 329.

<sup>44</sup> 19 Va. Env'tl. L. J. 197, p. 215.

<sup>45</sup> A Comunidade Indígena Mayagna de Awás Tingni V. A República da Nicarágua, Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001)

<sup>46</sup> ANAYA, S. James. “The Mayagna Indigenous Community and Its Effort to Gain Recognition of Traditional Lands: The Community’s Case Before the Human Rights Institutions of the Organization of American States”, em *Linking Human Rights and The Environment*, p. 185-87.

com o governo quanto a outra tentativa de concessão de terras a outra companhia madeireira, e quando a comunidade soube a respeito dessa segunda companhia o governo já havia lhe dado uma licença permitindo a exploração da área.<sup>47</sup>

Em sua decisão a Corte concluiu que o governo da Nicarágua desrespeitou o direito dos Mayagna ao uso e ao gozo de sua propriedade, enfatizando que dentre as “comunidade indígenas (...) há uma tradição comunitária como demonstrado pela forma comunal de propriedade coletiva de suas terras, (...) não estando centrada no indivíduo, mas sim no grupo e na comunidade.”<sup>48</sup> Além disso, a Corte decidiu que “por não delimitar e demarcar a propriedade comunal, e por autorizar a concessão a terceiros de exploração da terra e dos recursos naturais” naquela área, o governo da Nicarágua estava desrespeitando o direito da comunidade Mayagna ao uso e ao gozo de sua propriedade.<sup>49</sup>

Essa decisão claramente reconhece o direito dos povos indígenas à propriedade tradicional e ao seu uso e gozo. Contudo, o aspecto ambiental da disputa não foi sequer mencionado pela Corte, e nenhuma referência ao Protocolo de São Salvador foi feita. Nesse caso a decisão foi diretamente benéfica à comunidade indígena e indiretamente benéfica ao meio ambiente, uma vez que este não parecia ser a maior preocupação da Corte.

### 2.3 A Corte Européia de Direitos Humanos

Dos três sistemas regionais de direitos humanos o da Europa é o único que menciona expressamente o direito a um meio ambiente saudável em nenhum de seus documentos legais.<sup>50</sup> Ainda, mesmo tendo havido muita pressão o direito a um meio ambiente saudável não foi incluído na versão final do Tratado de Amsterdã, que revisou o Tratado de Maastricht, responsável pela criação da União Européia.<sup>51</sup> Contudo, ainda que não haja disposições nesse sentido na Convenção Européia de Direitos Humanos, a Corte pode proceder a uma “interpretação evolutiva” dos termos da Convenção devido a sua linguagem ampla.<sup>52</sup> Basicamente, a linguagem da Convenção permite à Corte expandir o próprio significado de suas disposições,<sup>53</sup> e isso certamente poderia ser usado para a criação de uma jurisprudência ambiental da Corte.

---

<sup>47</sup> Id., p. 187.

<sup>48</sup> Comunidade Indígena Mayagna de Awas Tingni v. A República da Nicarágua, par. 149.

<sup>49</sup> Id., par. 153.

<sup>50</sup> 25 Colum. J. Envtl. L. 283, p. 307.

<sup>51</sup> Projeto do Tratado de Amsterdã, Comissão Européia, Documento CONF/4001/97 (1997 – o tratado entrou em vigor em 1º de maio de 1999)

<sup>52</sup> ACEVEDO, Mariana T. “The Intersection of Human Rights and Environmental Protection in the European Court of Human Rights”, 8 N.Y.U. Envtl. L. J. 437, 446 (2000).

<sup>53</sup> MAHONEY, Paul. “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, 11 Hum. Rts. L. J. 57, p. 60 (1990).

O primeiro caso a reconhecer explicitamente a conexão entre meio ambiente e qualidade de vida foi *Powell & Rayner v. Reino Unido*.<sup>54</sup> Nesse caso os autores eram donos de residências próximas ao aeroporto de Heathrow e alegaram que a poluição sonora criada pelo tráfego aéreo havia violado o seu direito à privacidade do artigo 8º da Convenção.<sup>55</sup> A Corte entendeu que a interferência com os direitos dos autores era justificada, dada a necessidade do aeroporto para o bem-estar econômico da comunidade.<sup>56</sup> Esse julgamento foi uma espécie de aviso para possíveis demandas ambientais, uma vez que ilustrou que a Corte seria relutante em aceitar que preocupações ambientais seriam mais importantes que questões econômicas amplas que afetassem toda uma comunidade.<sup>57</sup>

Por outro lado, em *Lopez Ostra v. Espanha* a Corte decidiu que a operação ilegal de uma instalação para tratamento de esgoto resultou na violação direito de autor à privacidade do artigo 8º da Convenção.<sup>58</sup> A Corte avançou mais um passo no reconhecimento da conexão entre danos ambientais e qualidade de vida ao declarar que “uma poluição grave do meio ambiente pode afetar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de usufruir suas casas de tal forma que afetaria adversamente suas vidas privada e familiar, sem, contudo, oferecer riscos a sua saúde.”<sup>59</sup> Esse caso representou a primeira situação em que uma violação da Convenção ocorreu em virtude de um dano ambiental.<sup>60</sup>

No entanto, a manobra mais ousada da Corte até hoje foi sua decisão em *Guerra & Outros v. Itália*, quando 40 autores estavam preocupados com o “alto risco” de poluição representado por uma fábrica de químicos e fertilizantes localizada a um quilômetro da vila de Manfredonia.<sup>61</sup> Além disso, um acidente que causou envenenamento de 150 pessoas por arsênico foi devido ao equipamento de tratamento inadequado, e o governo da Itália não tomou medidas fortes o suficiente contra a fábrica, o que levou os autores a declarar para a Comissão que a ausência de medidas práticas, particularmente para reduzir os níveis de poluição e de perigo de acidentes advindos das operações da fábrica, era uma violação ao direito à vida do artigo 2º da Convenção.<sup>62</sup> A Corte, seguindo sua linha de raciocínio do *Lopez Ostra*, decidiu que a Itália “não cumpriu sua obrigações de garantir o direito dos autores de respeito à vida privada e familiar, violando o artigo 8º da Convenção.”<sup>63</sup>

---

<sup>54</sup> *Powell & Rayner v. Reino Unido*, 12 Eur. Ct. H. R. 355 (ser. A) (1990).

<sup>55</sup> *Id.*, par. 362-63.

<sup>56</sup> *Id.*, par. 368.

<sup>57</sup> 8 N.Y.U. *Envtl. L. J.* 437, p. 474.

<sup>58</sup> *Lopez Ostra v. Espanha*, App. No. 16798/90, 20 Eur. Ct. H.R. 277 (1994).

<sup>59</sup> *Id.*, par. 295.

<sup>60</sup> 8 N.Y.U. *Envtl. L. J.* 437, p. 477.

<sup>61</sup> *Guerra & Outros v. Itália*, App. No. 14967/89, 26 Eur. Ct. H.R. 357, 362 (1998).

<sup>62</sup> *Id.*, par. 367.

<sup>63</sup> *Id.*, par. 383.

Portanto, mesmo sem haver dispositivos claros ou expressos sobre quando um dano ambiental seria grave o suficiente para ser considerado uma violação da Convenção, a Corte identificou o direito de viver num ambiente com um mínimo de qualidade e também achou um meio de responsabilizar os Estados pelas atividades perigosas ao meio ambiente praticadas por empresas privadas em sua jurisdição territorial. Contudo, a Corte nunca mencionou expressamente a existência de um direito humano a um meio ambiente saudável.

## 2.4 A Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça, ao decidir o caso do Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, uma disputa quando a danos ambientais no Rio Danúbio, entre a Hungria e a Eslováquia, enfatizou a importância de novas normas ambientais que estavam sendo desenvolvidas no momento e salientou a necessidade dos Estados de levar essas normas em consideração e respeitá-las.<sup>64</sup> Contudo, a Corte deixou de tratar a questão ambiental e resolveu a disputa entre as partes com base num tratado firmado entre elas em 1977.<sup>65</sup>

Em um voto separado, o Juiz Weeramantry, Vice-Presidente da Corte, declarou que “a proteção do meio ambiente é (...) uma parte vital da doutrina contemporânea de direitos humanos, pois é uma condição *sine qua non* para diversos direitos humanos, como o direito à saúde e o próprio direito à vida.”<sup>66</sup> Ainda que não seja um documento vinculantes, esse voto separado serve para mostrar que ao menos um juiz da Corte acredita que o relacionamento dos direitos humanos com o meio ambiente não só existe como também é necessário para uma melhor proteção dos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Se na abordagem teórica da Parte I percebemos que não existe um direito humano independente e universal a um meio ambiente saudável, na análise das decisões judiciais da Parte II observamos que, ainda que o direito esteja expressamente reconhecido em alguns documentos, as decisões não o aplicam da mesma forma e muitas vezes sequer mencionam os aspectos ambientais do caso, como no caso da comunidade Mayagna. Não apenas há uma discrepância entre teoria e prática mas há uma ausência de uniformidade dentro de cada uma delas.

---

<sup>64</sup> Projeto de Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria v. Eslováquia) 1997 I.C.J. 7, par. 140.

<sup>65</sup> McCALLION, Kenneth F.; SHARMA, H. Rajan. “Environmental Justice Without Borders: The Need for an International Court of the Environment to Protect Fundamental Environmental Rights”, 32 *GW Int'l L. & Econ.* 351, 359.

<sup>66</sup> Gabčíkovo-Nagymaros, par. 204.

Além disso, quando um dano ambiental é de tal magnitude que pode, por exemplo, pôr em risco o bem-estar de toda uma comunidade as cortes consideram isso uma violação de direitos humanos. Não há métodos ou abordagens claras quanto a isso: quando a corte considerar que o dano é de determinado grau, há uma violação. Essa ausência de certeza sobre o que seria uma violação ao direito a um meio ambiente saudável cria problemas não apenas para as cortes, quando se deparam com um caso do gênero, mas também para futuros autores que não sabem o que esperar da corte. Mais uma vez, como em outros problemas do Direito Ambiental Internacional, caímos no campo da incerteza, tendo muitas vezes apenas a esperança de sairmos desse terreno em busca de terras conceituais mais firmes, em busca da certeza.

## NORMAS EDITORIAIS

---

Os Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, é uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

É um veículo de divulgação científica e cultural, visa servir como meio de difusão de novos conhecimentos e para a troca de idéias entre pesquisadores, estudiosos, profissionais na prática e no desenvolvimento da Ciência do Direito e atividades afins.

É publicado duas vezes ao ano, com periodicidade semestral.

Serão aceitos para publicação ensaios, artigos e resenhas inéditas, aprovados pelo Conselho Editorial.

O Conselho Editorial, reserva-se o direito de realizar as alterações nos originais necessárias à homogeneidade formal da publicação, podendo também solicitar reformas aos autores.

Os textos deverão ser entregues, gravados em disquete, acompanhados de uma cópia impressa, com, no máximo, trinta laudas, em papel A4, fonte arial, corpo 12, entrelinhamento 1,5 cm.

O título do artigo deverá ser breve, específico e descritivo.

O resumo deverá ser de, no máximo, sessenta palavras, e vir acompanhado de até cinco palavras-chave.

Ilustrações, fotos, tabelas e outros materiais gráficos deverão ser acompanhados da especificação de sua fonte e da permissão para reprodução, quando for o caso.

As notas bibliográficas deverão ser especificadas pelo sistema autor, data, página. Mesmo que o autor não faça uso de notas, deverá indicar as referências bibliográficas, cuja exatidão é de sua responsabilidade.

Os trabalhos devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), especialmente as mencionadas abaixo:

NBR 6023 - Referências Bibliográficas

NBR 6024 - Numeração Progressiva das Seções de um Documento

NBR 6028 - Resumos

NBR 10520 - Apresentação de Citações em Documentos

O autor receberá, como direito autoral, três exemplares do respectivo fascículo.

DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PPGDIR./UFRGS

---

**Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS  
(Publicação semestral)**

Número I - Março 2004

Número II - Setembro 2004

Número III - Março 2005

**Edições Especiais**

- Direito Comparado I – Estudos de Direito Brasileiro -Alemão, 1985.
- Seleção de textos da Obra de Erik Jayme (2º ed.).Vol. I, Nº. I, Março 2003.
- Direito Comparado II – Homenagem a Clóvis de Couto e Silva – Argentina e a Faculdade de Direito da UFRGS –Vol. I, Nº II, Setembro 2003.
- Tecendo Relações – 200 anos de encontros entre Brasil e Japão. Vol. I, Nº III, Novembro 2003.
- Inserção Internacional – International Publications and Distinctions of the PPGDir./UFRGS (2000/2001/2002/2003). Vol. II, Nº IV, Junho 2004.
- Cooperação com a University of Texas at Austin e Pace University New York – Harmonização da Legislação Ambiental no Mercosul – Vol. II, Nº V, Agosto 2004.

Cadernos do Programa de Pós-Graduação

# DIREITO/UFRGS



Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Número 1, Março de 2004.  
Publicação da edição digitalizada em 30 de Janeiro de 2015.