

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO
DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**
LEGAL INSTRUMENTS FOR THE IMPLEMENTATION
OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

FGV — Fundação Getulio Vargas

Praia de Botafogo 190

Botafogo — RJ

CEP: 22250-900

Tels: 55 21 3799-5938/6000

E-mail: faleconosco@fgv.br

FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 190 13ª andar

Tel: 55 21 3799-5445

E-mail: diretorio@fgv.br

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO
DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**
LEGAL INSTRUMENTS FOR THE IMPLEMENTATION
OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

**Carina Costa de Oliveira
e Rômulo Silveira da Rocha Sampaio (Orgs.)**

Prefácio: Professor Michel Prieur

**Artigos em Português, Inglês, Francês e Espanhol
Papers in Portuguese, English, French and Spanish**

2012
Fundação Getulio Vargas
Direito RIO
Programa em Direito e Meio Ambiente – PDMA
Artigos acadêmicos de juristas sobre aspectos jurídicos do desenvolvimento
sustentável relacionados aos temas que estão sendo negociados na Rio + 20.
Papers from jurists working with legal aspects of sustainable
development related to Rio + 20 negotiations.

ISBN: 978-85-63265-21-0

Obra licenciada em: Creative Commons

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO

Praia de Botafogo 190 13º andar — Botafogo

Rio de Janeiro — RJ

CEP: 22.250-900

e-mail: diretorio@fgv.br

web site: www.diretorio.fgv.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

1ª edição — 2012-06-12

COORDENAÇÃO: Felipe Dutra Asensi, Rodrigo Vianna e Thaís Teixeira Mesquita

DIAGRAMAÇÃO: Leandro Collares — Selênia Serviços

REVISÃO DE TEXTOS EM PORTUGUÊS: Julieta Lamarão

CAPA: Thales Estefani

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável = Legal instruments for the implementation of sustainable development / Carina Costa de Oliveira, Rômulo Silveira da Rocha Sampaio (Orgs.); prefácio Michel Prieur. — Rio de Janeiro: FGV, Direito Rio, Programa em Direito e Meio Ambiente, 2012.
408 p.

Artigos acadêmicos de juristas sobre aspectos jurídicos do desenvolvimento sustentável relacionados aos temas que estão sendo negociados na Rio + 20. Artigos em português, inglês, francês e espanhol.
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-63265-21-0

1. Desenvolvimento sustentável. 2. Direito ambiental. I. Oliveira, Carina Costa de. II. Sampaio, Rômulo Silveira da. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Programa em Direito e Meio Ambiente.

CDD – 341.347

APRESENTAÇÃO

O Programa em Direito e Meio Ambiente (PDMA) da FGV-Direito Rio elencou como uma de suas atividades principais, desde 2010, fomentar os debates sobre os temas da Rio + 20. Um dos resultados acadêmicos foi a publicação em setembro de 2011 do seguinte livro: “A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados”. No mesmo sentido, a presente publicação é um dos resultados acadêmicos das atividades desenvolvidas. Para esse segundo livro o tema escolhido foi: “Os instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável”.

O livro tem quatro principais objetivos: 1) analisar academicamente os temas que estão sendo abordados no Rascunho Zero *The future we want* que será um dos resultados da Conferência Rio + 20; b) reunir alguns trabalhos de diversos professores que têm contribuído desde 2010 com recomendações normativas para a Rio + 20; c) fomentar o trabalho acadêmico direcionado a questões atuais da agenda política brasileira e internacional; d) pensar em metodologias jurídicas para abordar a implementação do desenvolvimento sustentável.

O primeiro objetivo faz parte da agenda do PDMA de acompanhar as negociações da Rio + 20. Com o apoio da FGV e com a abertura do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, o PDMA pôde presenciar os debates que ocorreram durante as negociações para a Rio + 20 em Nova York. Dessa forma, foi possível estruturar o livro com base nos temas que estão sendo negociados para a finalização do documento *The future we want*. Entre os temas que serão provavelmente debatidos durante o mês de junho no Rio de Janeiro e que foram trabalhados no livro, podem ser citados: os objetivos do desenvolvimento sustentável, os oceanos, os meios de implementação do desenvolvimento sustentável, a biodiversidade marinha, os direitos humanos e o marco institucional para o desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, o livro poderá contribuir com as negociações, por meio de análises acadêmicas feitas sobre os temas, tendo como objeto de estudo os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais para a implementação do desenvolvimento sustentável. Além disso, o livro teve

como objetivo reunir os trabalhos de diversos professores que têm trabalhado desde 2010 em recomendações normativas para a Rio + 20.

Em parceria com o Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente (CIDCE) e com diversas instituições que estão no site <http://direitorio.fgv.br/node/1567>, o PDMA reuniu recomendações normativas que foram enviadas ao Secretariado da ONU em novembro de 2011. Foram realizados três seminários, um no Rio, outro em São Paulo e um terceiro em Limoges para debater essas propostas. O resultado foi o envio de mais de 26 recomendações ao Secretariado da ONU. Diversos artigos desse livro fazem parte desse processo e serão apresentados pelos professores durante o Encontro Mundial de Juristas que será realizado entre os dias 15 e 17 de junho de 2012 no Jardim Botânico e durante o seminário Administração Pública e Desenvolvimento que será realizado no dia 18 de junho de 2012 na FGV-Direito Rio.

No decorrer do primeiro semestre de 2012, o PDMA se concentrou no estudo de quais eram os temas da agenda política brasileira e internacional. Observou-se que o tema de desenvolvimento sustentável está entre os temas mais debatidos e que, no entanto, ainda é pouco implementado por meio de instrumentos jurídicos. Considerando que o direito tem um papel fundamental nesse contexto, o PDMA lançou uma chamada de artigos para que doutores e doutorandos enviassem artigos sobre o tema. Ademais, foram convidados diversos professores que tratam de temas específicos para contribuir com o livro. O resultado foi a inclusão de diversos artigos ao livro que podem auxiliar no estudo de temas ligados à implementação do desenvolvimento sustentável como os instrumentos econômicos e os direitos humanos.

Um dos desafios do livro foi pensar em uma metodologia para organizar e reunir todos os artigos. Primeiramente, o objetivo foi de organizar os artigos relacionados ao mesmo tema, como oceanos e cidades sustentáveis. Para cada tema seriam reunidos artigos tratando sobre a perspectiva nacional e/ou internacional em diversas áreas do direito. No entanto, não foi possível reunir artigos sobre os aspectos nacionais e internacionais do mesmo tema. Uma primeira alternativa foi dividir o livro em aspectos nacionais e internacionais e identificar os temas que foram abordados para cada âmbito. Para a parte internacional foi possível reunir os artigos de acordo com temas específicos. Entretanto, para a parte nacional não foi possível. Foi necessário dividir os instrumentos nacionais em áreas clássicas do direito, como direito civil, direito penal e direito tributário.

Algumas conclusões preliminares sobre essa metodologia jurídica para trabalhar o desenvolvimento sustentável é de que para cada tema, como cidades sustentáveis ou florestas, é importante fomentar o debate em cada área do di-

reito sobre a possibilidade de integração dos aspectos sociais, econômicos e ambientais. Sob a perspectiva de temas específicos, como o de cidades sustentáveis, diferentes áreas, como o direito civil e o direito administrativo, poderão dialogar para tratar da integração dos pilares do desenvolvimento sustentável. Além disso, o tratamento de cada tema no âmbito nacional tem de levar em consideração o tratamento do tema no plano internacional para que os instrumentos jurídicos possam ser pensados de uma forma similar. O que pode ser observado do livro é que ainda há uma divisão entre o direito nacional e o internacional, apesar de já existir um grande esforço, de alguns dos juristas que fazem parte desse livro, em analisar os temas sob os aspectos nacional, comparado e internacional. Essa metodologia pode ser uma forma interessante para analisar um tema sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável.

Esse grande esforço acadêmico foi iniciado pelo Professor francês Michel Prieur, Presidente do Centro Internacional de Direito Comparado do Meio Ambiente (CIDCE) e Professor emérito na Universidade de Limoges e pelo Vice-Presidente do Centro, Professor Paulo Affonso Leme Machado, Professor na Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. O CRIDE-AU, representado pelo seu Diretor, o Professor Gérard Monédiaire, deve receber também todos os nossos agradecimentos. A Escola Superior do Ministério Público também esteve presente desde o início do Projeto. Deixamos registrado o agradecimento ao apoio das Professoras e Procuradoras Sandra Kishi e Sandra Cureau e pela grande contribuição pessoal e acadêmica da Professora e Desembargadora Consuelo Yoshida. O nosso agradecimento, na pessoa do Professor José Antônio Tietzmann e Silva, à PUC de Goiânia que irá organizar a publicação dos demais trabalhos que serão apresentados durante o Encontro de Juristas entre os dias 15-17 de junho de 2012.

A realização do livro deve muito ao investimento, à disponibilidade e à gentileza da equipe do PDMA, em especial do Professor Rômulo Sampaio que incentivou, apoiou e contribuiu com todo o projeto para a Rio +20. Do Professor Fernando Penteado, da Catarina Freitas, da Maria Fernanda e da Mariana Campos, sempre dispostos e prontos para contribuir com todas as atividades do PDMA. Um forte agradecimento à Carolina Thibes que trabalhou exaustivamente na organização do livro. Agradecemos, ainda, o apoio constante do Diretor da FGV-Direito Rio, Professor Joaquim Falcão e dos Vice-Diretores Professor Sérgio Guerra e Rodrigo Dias da Rocha Vianna. Fica ainda um sincero agradecimento ao apoio do Presidente da FGV, Professor Carlos Ivan Simonsen Leal.

Todos os trabalhos para a Rio + 20 não poderiam ter ocorrido sem o excelente trabalho da equipe do Marketing da FGV-Direito Rio, representada pelo

Leandro Tavares, pela Ana Paula Rendeiro, pela Aline Brandão e pela Vivian Amaral e da equipe de publicações representada pelo Felipe Asensi. Agradecemos ainda a contribuição responsável e comprometida de todos os professores que enviaram artigos e de todas as instituições que participaram direta ou indiretamente deste trabalho.

Um afetuoso agradecimento a todos.

Carina Costa de Oliveira
*Professora e pesquisadora do Programa em Direito
e Meio Ambiente da FGV- Direito Rio*

PRÉFACE

Le Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE) et le département droit de l'environnement de L'École de Droit de Rio de la Fondation Getúlio Vargas ont entrepris dès 2011 d'apporter leur contribution à la préparation de la conférence des Nations Unies sur le développement durable. C'est ainsi que suite à la 3^e réunion mondiale des juristes et des associations de droit de l'environnement à Limoges (France) du 29 septembre au 1^{er} octobre 2011 furent adoptées 26 recommandations adressées le 1^{er} novembre au secrétariat de la Conférence Rio + 20 ainsi qu'un appel des juristes réclamant l'adoption à Rio en Juin 2012 de mesures juridiques contribuant à renforcer la protection de l'environnement au service du vivant et de l'humanité (www.cidce.org).

Cette initiative de la société civile représentant les milieux académiques de divers continents répond précisément à l'invitation faite par les Nations Unies de combler les lacunes en matière de politique de l'environnement. Les universitaires et de façon plus générale les juristes spécialisés dans le droit de l'environnement ont une responsabilité collective de diffuser et expliquer le contenu du droit de l'environnement tel qu'il est et tel qu'il devrait être pour répondre aux objectifs poursuivis par le concert des Nations depuis la conférence de Stockholm de 1972 et amplifiés par la Conférence de Rio de 1992. Les progrès accomplis depuis lors sont très nombreux. Ils ont conduits à adopter, tant au niveau international que régional et national, un nombre considérable de textes juridiques contraignants. Seul le droit est en mesure de concrétiser et rendre effectives les politiques publiques sous le contrôle vigilant des tribunaux.

Il est donc indispensable que le mouvement universel de protection et d'amélioration continue de l'environnement puisse se poursuivre dans l'intérêt même des générations présentes et futures. Aussi la conférence de Rio + 20 doit-elle traduire cette volonté de poursuivre les actions entreprises depuis 1972 et de renforcer à cet effet tous les instruments juridiques existants. Il s'agit aussi bien des traités internationaux sur l'environnement qui doivent être mieux connus et mieux appliqués que des lois nationales dont la plupart sont désormais

guidées par des objectifs au niveau des constitutions faisant de l'environnement un nouveau droit de l'homme à l'égal des autres droits fondamentaux.

Le présent ouvrage est le reflet d'une partie des réflexions et propositions des juristes de l'environnement qui réunis au jardin botanique de Rio de Janeiro du 15 au 17 juin 2011 à l'occasion des Rencontres mondiales des juristes remplissent ainsi leur mission de force de propositions destinées aux Etats, aux organisations internationales et aux autres acteurs de la société civile. Une publication intégrale des contributions présentées à Rio fera l'objet d'une autre publication au Brésil par l'Université pontificale de Goiânia.

La commémoration des vingt ans du sommet de la terre n'est pas un simple anniversaire. Ce doit être l'occasion pour les Etats non seulement de renouveler leur engagement à honorer et mettre en œuvre les mesures adoptées depuis 1992, ce qui est la moindre des choses, mais surtout de s'engager résolument à adopter, dans l'intérêt commun de l'humanité, un cadre de gouvernance international de l'environnement renouvelé et plus efficace, tout en garantissant aux yeux du monde, que les progrès accomplis ne peuvent pas être remis en cause sans violer les principes applicables aux droits fondamentaux, en particulier le principe de non régression.

Michel Prieur

*Professeur émérite à l'Université de Limoges,
Président du Centre international de droit comparé
de l'environnement, membre de la commission droit
de l'environnement de l'UICN*

SUMÁRIO

A) INTRODUÇÃO: O DIREITO E A INTEGRAÇÃO DOS PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (INTRODUCTION: LAW AND THE INTEGRATION OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT PILLARS)

Gérard Monédiaire: Justice Environnementale et Pilier Social du Developpement Durable (Environmental Justice and the Social Pillar of Sustainable Development) 15

Julien Prieur: L'émergence de dispositifs stratégiques et programatoires: l'exemple des Stratégies Nationales de Développement Durable (SNDD) (The Emergence of strategical and programmatory provisions: the example of the National Strategies of Sustainable Development) 29

B) INSTRUMENTOS DO DIREITO NACIONAL (NATIONAL LAW INSTRUMENTS)

1) Direito Administrativo e Direito Urbanístico (Administrative Law and Urbanism Law)

Patrícia Sampaio e Carolina Barros Fidalgo: Relevância da atuação da Administração Pública municipal para o desenvolvimento sustentável (The Importance of the Local Public Administration for the sustainable development) 51

Flávio Ahmed: Instrumentos Jurídicos de Gestão Territorial Urbana (Legal instruments for the urban territorial management) 81

2) Direito Tributário (Taxation Law)

- Melina Rocha Lukic:** Tributação e Desenvolvimento Sustentável no Brasil: possibilidades, instrumentos e limites (Taxation and sustainable development in Brazil: possibilities, instruments and limits) 99

3) Direito Civil (Civil Law)

- Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida:** Responsabilidade das instituições financeiras: da atuação reativa à atuação proativa (The liability of financial institutions) 115

4) Direito Penal (Criminal Law)

- Maira Rocha Machado:** A superpopulação prisional como obstáculo ao desenvolvimento sustentável (The prison overpopulation as a difficulty to achieve sustainable development) 135

C) INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL (INTERNATIONAL LAW INSTRUMENTS)

1) Princípios (Principles)

- Nitish Monebhurrun:** Criticism on SDGs and presentation of the principle of integration as an international law instrument to contribute to sustainable development (Crítica aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e apresentação do princípio da integração como um instrumento do direito internacional para contribuir para o desenvolvimento sustentável) 155

2) Instituições (Institutions)

- Hubert Delzangles:** Les autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement (The local authorities in the global governance of the environment) 173
- Solange Teles da Silva:** O Tratado de Cooperação Amazônica, a Agenda Estratégica e a Rio+20 (The Treaty of Amazonian Cooperation, the Strategic Agenda and Rio + 20) 187

3) Responsabilidade das Empresas (Liability Of Companies)

- Carina Costa de Oliveira:** Un système global sur le *reporting* comme une alternative à une Convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises? (A Global Reporting System as an alternative for a Convention on Corporate Social and Environmental Liability?) 203
- Antoni Pigrau Sole:** La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente (The liability of transnational companies for serious environmental damages) 221

4) Biodiversidade (Biodiversity)

- Michel Durosseau:** Quelle stratégie pour la diversité biologique et la protection foncière des espaces naturels et ruraux de la planète? (Which strategy for biological diversity and natural and rural land protection of the planet?) 239
- Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese:** O valor econômico da natureza. Qual a natureza desse valor? (The economic value of the nature. What is the nature of this value?) 259
- Maria Edelvacy P. Marinho e Tarin Cristino Frota Montalverne:** Sistema de patentes e repartição de benefícios envolvendo a biotecnologia marinha (System of patents and benefits sharing of marine biotechnology) 273

5) Agua, Oceano, Zonas Costeiras, Offshores (Water, Ocean, Coastal Zones, Offshores)

- Lucien Chabason:** Pour une Regulation Internationale de l'Exploitation Petroliere Offshore (For an international regulation of the Offshore Oil Exploitation) 297
- José Juste Ruiz:** Protección del Medio Marino y Administración de los Recursos en Zonas Situadas Más Allá de la Jurisdicción Nacional (The protection of the marine environment and the management of the resources situated beyond national jurisdiction) 309

Wahid Ferchichi: Le droit international de l'environnement et la protection des milieux marins et cotiers (The international environmental law and the protection of marine and coastal regions)	329
Gilberto D'Ávila Rufino: Aspectos específicos das zonas costeiras da América do Sul (Specific aspects of coastal zones of South America)	345
Ryan Stoa: Harmonizing international water law: current challenges and future prospects (Harmonização internacional do direito à água: desafios atuais e prospecções futuras)	357

6) Direitos Humanos (Human Rights)

Giovanna Frisso: O direito humano à água: Acesso à água e desenvolvimento sustentável na normativa internacional de direitos humanos (The human rights to water: Access to water and sustainable development by the international norms of human rights)	373
Fernanda de Salles Cavedon: As ecological disasters and human rights: constructing resilience by an environmental and ethical approach (Desastres ecológicos e direitos humanos: construção de resiliência por meio de uma perspectiva ambiental e ética)	387

BIOGRAFIA DOS AUTORES	403
------------------------------	------------

A) INTRODUÇÃO: O DIREITO E A INTEGRAÇÃO DOS PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

JUSTICE ENVIRONNEMENTALE ET PILIER SOCIAL DU DEVELOPPEMENT DURABLE

GÉRARD MONÉDIAIRE¹

Abstract (français)

Les thèmes de la “justice environnementale” et des “ inégalités écologiques ” n’ont pas fait l’objet d’une élaboration théorique suffisante pour éviter les malentendus ou les consensus superficiels. Simultanément le “ pilier social ” du développement durable est négligé dans les analyses et la pratique. La mise en place d’une étude d’impact social en qualité d’instrument juridique de procédure serait une solution pour contribuer à intégrer les objectifs environnementaux et sociaux.

Abstract (english)

At present, the theoretical development of concepts as “Environmental justice” or “environmental inequalities” is inadequate. The risk of misunderstanding or superficial consensus is strong. Simultaneously the “social pillar” of the sustainable development is neglected on level of analysis and practice. The insertion of a “Social impact assessment” as a legal tool could be an answer to integrate environmental and social objects.

La discipline juridique a-t-elle quelque chose de fructueux à énoncer sous un intitulé peut-être apte à intriguer, mais marqué par l’extrême généralité des concepts et notions utilisés, renvoyant *prima facie* davantage à des orientations de politique publique qu’aux catégories juridiques? A la vérité, nul doute qu’un effort pluridisciplinaire, déjà amorcé, sera encore nécessaire pour stabiliser des expressions permettant des controverses intelligentes. Parmi les disciplines susceptibles d’avoir leur mot à dire, on veut penser que le droit n’est pas absolu-

1 Docteur en droit et en sociologie, Professeur des Universités ; Directeur du CRIDEAU/omij Université de Limoges-France, Membre du bureau du CIDCE

ment hors sujet, pour autant qu'il supporte d'être éclairé par d'autres sciences et arts, afin qu'il dresse le miroir de la normativité juridique face aux contributions venus d'ailleurs que de son champ. C'est " l'agir localement " du " penser globalement " qui pourrait y trouver son compte puisque les meilleures volontés lorsqu'elles s'engagent effectivement, rencontrent nécessairement le droit, avec ses instruments et ses faiblesses.

Un premier temps doit être consacré à une discussion brève et nécessairement lacunaire autour des fondements à la densité juridique vaporeuse (la justice environnementale, le pilier social) (I), tandis qu'un second temps permettra d'envisager des perspectives stratégiques (II).

I. Les incertitudes sur les fondements

Elles concernent les deux éléments qui constituent le périmètre vague de l'interrogation: " qu'est-ce que la justice environnementale? " faut-il se demander en premier lieu, et ce qu'elle désigne est-il distinct du thème parfois rencontré des " inégalités environnementales " (A) avant d'essayer de cerner la substance du " pilier social " du développement durable, notion problématique sinon oxymorique (B).

A) Justice et inégalités

L'idée de justice est un monument de la pensée philosophique, en particulier dans les champs de la philosophie morale et de la philosophie politique. Au plan du droit, c'est une obligation et même un devoir de...rendre justice à Aristote. Dans l'Éthique à Nicomaque, il définit le premier la part du droit dans son autonomie (peut-être pas son indépendance) à l'égard de la morale à travers le concept de " justice particulière " qui consiste à attribuer à chacun ce qui lui revient (de droit, expression de la raison), dans les choses extérieures (les biens, les prérogatives et les contraintes...). La justice particulière se distingue ainsi de la " justice générale " pénétrée de comportement moral qui inspire la personne vertueuse alors que la justice particulière à un caractère objectif qui régule les relations sociales. Quant à l'injustice de la justice particulière, elle se définit par une recherche de gain illégitime, c'est-à-dire une recherche de l'inégalité. Manière d'observer le lien indissoluble qui existe entre exigence de justice et exigence d'égalité, lien qui permet de supputer qu'œuvrer pour la justice environnementale ne se distingue pas fondamentalement de lutter contre les inégalités environnementales. En outre, la justice particulière aristotélitienne connaît

deux modalités. Celle de la justice distributive est basée sur des rapports de proportion et non d'égalité arithmétique. On peut discerner aujourd'hui dans ce recours à l'harmonie proportionnelle et non à l'harmonie de la stricte égalité des dispositifs contemporains tels que les modalités de la " compensation " qu'il s'agisse de compenser une inégalité créée entre les hommes par un équipement, ou une injure à la nature en tant que telle.

La deuxième modalité de la justice particulière est celle de la justice corrective ou de la justice commutative qui peut être regardée comme le fondement du concept de dommage environnemental et de sa réparation par le juge. Elle tend arithmétiquement à restituer l'égalité originelle entre celui qui n'était pas encore la victime et celui qui n'était pas encore le coupable. Comme on doit s'y attendre, la pensée d'Aristote à ce stade n'évoque pas le cas de la nature victime d'un préjudice anthropique...

L'histoire de l'idée de justice se poursuivra au cours des temps. Dans l'impuissance ici à en exposer les aventures, on retiendra ses actualisations les plus contemporaines à l'échelle de l'histoire de la longue durée. Pour noter que les révolutionnaires français de 1789 établissent une quasi-synonymie entre justice et égalité (des auteurs parleront de l'égalité en tant que " passion française ", tandis que Kant déplace le fondement d'Aristote de la justice dans la dignité de l'homme. Hans Jonas s'en souviendra, qui évoquera la dignité de l'homme mise à mal par les inquiétantes utopies paradisiaques. C'est le même souci de la dignité en tant que guide de la justice qui caractérisera P.J. Proudhon, il dépassera la thèse de Kant en inscrivant l'objectif de justice dans un approfondissement infini dans le temps, ce qui ne pouvait convenir à l'eschatologie marxiste. Nul doute que la proposition de justice environnementale comme extension de justice et réalisation de la dignité humaine aurait retenu l'attention de Proudhon. Il est encore nécessaire d'évoquer rapidement les conceptions du solidarisme, courant au sein duquel Léon Bourgeois, dès le XIXème siècle donnera autour du concept juridique de dette la première formulation du rapport devant prévaloir entre générations présentes et futures. Pour sa part et à l'époque contemporaine Chaïn Perelman prolonge Aristote sur un point problématique dans les rapports entretenus entre justice et égalité, qui est celui de l'équité. Or, on le percevra sans tarder au stade de l'analyse du pilier social du développement durable, c'est la notion d'équité sociale, et pas d'égalité, qui est le plus souvent évoquée. Enfin, on n'aura garde d'omettre le considérable renouvellement de la pensée sur la justice opéré par John Rawls, dont la théorie a pris le nom de " justice comme équité " (*justice as fairness*). Si le premier principe de justice est placé sous le signe de la plus rigoureuse égalité arithmétique, chacun devant

être le siège d'un égal droit aux libertés fondamentales, il n'en va pas de même du second. S'agissant des inégalités, Rawls réfute radicalement ceux qui les justifient au nom d'une utilité générale, surplombante, qui invite les victimes à la résignation, au motif que le refus de leur situation peu enviable se traduirait par plus de souffrance pour la société toute entière. Bien au contraire, les inégalités, ici peut-être compréhensibles en tant qu'expression de l'équité doivent être définies sous le voile d'ignorance (la délibération sur le consentement aux inégalités et sur leur contenu et intensité se tient entre acteurs qui ne peuvent savoir quelle sera leur place dans la hiérarchie sociale à venir, il s'agit du " principe de différence "), selon la règle du plus grand bénéfice possible au profit des plus désavantagés. Manière de dire qu'il faut consentir à des inégalités, mais de manière contrainte avec le constant objectif de ne s'y résigner qu'à minima, le principe d'égalité des chances étant appelé à jouer comme correctif permettant aux personnes d'échapper au sort des assignations définitives aux places inférieures. A l'égard du mouvement représenté par la Théorie de la justice, on relèvera ces extraits interprétatifs particulièrement éclairants à propos de ce que " justice environnementale " peut recouvrir: " C'est bien en définitive de la planète qu'il s'agit (...) le principe de différence détermine précisément par lui-même le locuteur légitime: le défavorisé. Son point de vue est le point de vue universalisable, celui que chacun prendrait " sous le voile " dans l'ignorance de son cas particulier (...). Et la juste pratique se trouve définie en termes de lutte contre l'inégalité (...) l'incidence de nos activités sur le sort des humains futurs, qui ne sont pas là pour contracter entre nous, soumet l'idéal du politique à des exigences plus universelles ". La question de l'égalité dans ses liens avec la justice est indubitablement à l'épicentre de la pensée démocratique depuis son origine. Appliquée aux injustices environnementales, il est vrai qu'elle se complexifie encore, tant les occurrences de situations d'inégalités non nécessairement constitutives d'injustices sont nombreuses: c'est inviter encore à un effort intellectuel pour penser la diversité dans l'unité, et dans cette perspective les réflexions récentes de Pierre Rosanvallon autour de " l'égalité des singularités " seront certainement d'un grand secours.

B) Le " pilier social " du développement durable

L'hypothèse qui réfute la notion de développement durable ne sera pas discutée ici, quel que soit l'intérêt des idées relatives à la décroissance " heureuse ". On se bornera à prendre au mot l'objectif du développement durable, en signalant d'emblée les deux " définitions " qui en sont généralement proposées. La pre-

mière est de nature juridique, elle suppose les deux solidarités, intragénérationnelle et intergénérationnelle qui ne peuvent se réaliser qu'à travers une utilisation prudente des ressources et des modes de vie marqués par la sobriété, cette dernière étant distincte de l'austérité. Le concept de liberté est crucial dans cette approche puisque l'objectif téléologique des générations présentes, à travers une responsabilité élargie, consiste à agir de manière telle que la liberté de choix des générations futures ne soit pas entravée. La seconde approche est davantage managériale, c'est celle qui fait appel à l'image des "piliers", généralement donnés au nombre de trois, auxquels se surajoute parfois la protection des cultures. Le principe juridique alors en cause est celui de l'intégration. A cet égard, une certaine indétermination semble de règle. Pour les protecteurs de l'environnement, il s'agit, en s'appuyant par exemple sur l'article 11 au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne d'exporter les objectifs environnementaux dans l'ensemble des politiques publiques, tandis que ceux qui n'ont pas l'environnement comme préoccupation majeure ne manquent pas de rappeler (parfois *ad nauseam*) que le développement durable est bien autre chose que l'exclusif souci de préservation de l'environnement. En définitive, alors qu'une certaine naïveté avait pu faire penser à certains que le principe d'intégration de l'environnement instituait silencieusement une sorte de discrimination positive à son profit, justifié par l'urgence ou la réparation historique, des Cours (en particulier le Conseil constitutionnel français) en ont donné une interprétation largement neutralisante en réduisant le principe qui se voulait novateur à celui, immémorial pour le juriste, de conciliation. Or, en matière de conciliation, pour reprendre une formule de Paul Fayerabend, "tout se vaut", aucun "pilier" n'a de prééminence a priori sur les autres. Si on introduit au surplus dans un tel scénario la montée en puissance d'un principe faussement présenté comme d'obédience environnementale, celui de "compensation" des atteintes à la nature ainsi que l'absence d'un principe de non régression en droit de l'environnement, on en est réduit à constater la faible substance du principe de développement durable et à pronostiquer le caractère parfaitement aléatoire de ses mises en œuvre.

Reste qu'à examiner la littérature pertinente relative aux "piliers", on ne peut que constater l'existence de deux corpus volumineux, ceux relatifs à l'efficacité économique et à la protection de l'environnement, tandis que l'équité sociale (parfois: le "progrès social") fait véritablement figure de "parent pauvre". On peine à découvrir des éléments de pensée ou de doctrine éclairant sa nature, son contenu et ses limites, au point que le sentiment prévaut que le pilier en cause est de nature résiduelle, destiné à accueillir tout ce qui ne peut clairement être référé aux mondes de l'économie d'une part et de l'environne-

ment de l'autre. Et résiduel doit ici s'entendre peut-être comme synonyme de subalterne... A ceci un éclairage de la sociologie peut apporter quelques lueurs sur les causes.

Dans les pays développés en particulier (moins dans les pays émergents et en voie de développement), ce ne sont pas les mêmes (en termes de catégories sociales, de vision du monde, de représentations) qui ont historiquement porté la critique sociale et la critique environnementale. Tant le poids des routines sectorielles que le désir de visibilité sociale et politique, loin de rapprocher les points de vue, ont eu tendance à les autonomiser et à les faire jouer en concurrence, chacun excipant du caractère prioritaire de ce qui lui tenait le plus à cœur. Rien n'est plus éclairant à cet égard que l'appréhension du développement durable à travers les solidarités générationnelles. On vient de dire que celles-ci sont de deux ordres, intragénérationnel lorsqu'on considère les choses synchroniquement, intergénérationnel lorsqu'on les saisit diachroniquement. Autrement dit: générations présentes et générations futures. Si le principe 3 de la Déclaration de Rio 92 exprimait une égale préoccupation à propos des existants et des "à venir" ("Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures"), un glissement s'est produit chez beaucoup, tendant à faire prévaloir par principe les générations futures sur les générations présentes. Les "besoins" et les "choix" des générations futures étant par hypothèse inconnaissables aujourd'hui, ils permettent toutes les captations d'héritages futurs ou manipulations, propres à "sacrifier" les générations présentes à celles qui suivront, ou plus vraisemblablement ne suivront pas compte tenu du despotisme contemporain de l'économie néo-libérale et de la technoscience. C'est rarement que le problème est posé dans les termes de la responsabilité élargie prônée par Jonas, où ce qu'il convient de garantir présentement, ce sont les possibilités de choix (et certainement pas les besoins, ou les choix à propos desquels on ne peut rationnellement pas dire grand-chose sauf à se transformer en prophète) des générations futures. Reste qu'à travers l'objectif catégorique de prévalence des générations futures sur les générations présentes se reconnaît une constante des politiques des "maîtres du monde" (Pierre Bourdieu) qu'ils relèvent du fanatisme dogmatique néo-marxiste ou néo-libéral. Toujours, y compris par le truchement de stratégies de culpabilisation, c'est le vouloir-vivre des hommes existants qui fait l'objet de dispositifs de discipline hétéronomes, loin d'en appeler aux consciences autonomes (auxquelles pourraient participer puissamment la sensibilisation et l'éducation à l'environnement). Ainsi, procureurs autoproclamés de la justice au bénéfice des générations futures et avocats d'une

meilleure justice mais de court terme pour les générations présentes peuvent au mieux s'ignorer, au pire, s'excommunier réciproquement, chacun faisant alors grief à l'autre de son égoïsme supposé.

De manière générale, et à tous les niveaux, y compris international, c'est la lutte pour la protection de l'environnement d'une part et celle pour la réduction et l'éradication de la pauvreté d'autre part qui souffrent d'une carence d'intégration, rendant très difficile la substantialisation du pilier social du développement durable. Certes les deux dimensions historiques ne s'ignorent pas absolument dans les textes, mais seulement par l'insertion d'incidentes: tel programme à finalité première environnementale indiquera que parmi la multiplicité des facteurs qui conditionnent sa réussite la lutte contre la pauvreté a sa part, et tel autre programme à finalité sociale prendra soin de faire référence à la nécessité de la garantie d'un environnement sain. Dans un autre registre, celui de la prolifération des indicateurs de développement durable, une part sera réservée aux indicateurs de bien-être social, mais sans que soient le plus souvent conjugués finement les relations multiples prévalant entre dimensions environnementales et sociales. Il est vrai que la tâche est malaisée, ce caractère étant particulièrement illustré par les difficultés de mise en lumière des causalités dans le domaine de la santé environnementale par exemple.

Les incertitudes sinon les confusions règnent encore sur le contenu de notions à la fois généreuses et légitimes, telles que celle des "responsabilités communes mais différenciées" (principe 7 de Rio 92). A cet égard, l'analyse binaire "pays riches du nord — pays pauvres du sud" apparaît aujourd'hui grossière, au moins pour deux raisons: certains pays naguère du sud (dits émergents) sont devenus des considérables puissances mondiales, en adoptant le mode de développement du capitalisme productiviste qui a caractérisé et continue de le faire les pays du nord. Ces pays émergents connaissent le plus souvent de très fortes inégalités sociales internes dont ils sont seuls comptables sauf à imputer de manière magico-religieuse une responsabilité perpétuelle aux pays du nord à raison du passé. C'est ainsi ignorer que l'indubitable volonté d'occidentalisation du monde semble avoir aujourd'hui rencontré sinon un désir d'occidentalisation au moins un consentement actif à son modèle non durable. Dès lors, le principe des responsabilités communes mais différenciées ne devrait plus être mis en œuvre uniquement en raison du passé, mais également en considération de l'avenir commandé par les choix politiques présents de chaque pays: opter aujourd'hui pour l'autorisation des OGM, la filière nucléaire, etc... c'est hypothéquer les capacités de choix des générations futures et simultanément relever de la "responsabilité différenciée". Bien entendu et à l'inverse, des tentatives

telles que le projet “ Yasuni ” proposé en Equateur, illustrent les cas trop rares de “ responsabilité différenciée vertueuse “, qui devraient être encouragés en tant qu’ils expriment pour le futur la conscience de la responsabilité commune se traduisant ici par une pondération de l’option prédatrice et une affectation des bénéfices à des objectifs sociaux la décision étant alors locale, mais en appelant à une solidarité universelle.

Enfin, deuxième raison, il convient de bien prendre en compte un des effets de la mondialisation, qui est celui de l’universalisation des pauvretés. Si une priorité de principe doit toujours être conservée au profit de la lutte de la pauvreté qui met immédiatement en cause le droit à la vie (entendu ici biologiquement) des personnes, on a désormais affaire à des pluralités de pauvretés réparties sur toute la planète, attestées par les données statistiques les plus fiables. Pour le dire de manière imagée, il y a du nord dans le sud et du sud dans le nord en matière de pauvreté. Et un puissant véhicule 4 X 4 est tout aussi agressif à l’égard de l’environnement qu’il circule ici ou là. En outre, lorsqu’on a affaire à des pauvretés qui n’engagent pas le droit à la vie, qu’elles soient du nord ou du sud, elles atteignent sûrement et à chaque fois la dignité de la personne.

II. Perspectives et stratégies

Il est une perspective qui se présente en qualité de véritable programme de recherche, elle touche à la substance du pilier social du développement durable censé contribuer à la réduction sinon à la disparition des inégalités environnementales (A). Il s’agit donc d’un effort à moyen terme qui ne peut justifier de repousser dans le temps l’action normative: dans l’immédiat, c’est l’utilité de concevoir et de mettre en œuvre à tous les niveaux une “ étude d’impact social “, instrument procédural, qui est pressante (B).

A) La nécessité de “ substantialiser ” juridiquement la notion d’inégalité environnementale en lien avec le pilier social du développement durable

Tant qu’on n’aura pas défini un périmètre, fut-il provisoire des thèmes et des enjeux de la justice environnementale, les risques du quiproquo et du consensus superficiel seront grands. Au plan synchronique, il est désormais admis qu’est concernée la dissymétrie mesurable des individus à l’égard des risques environnementaux (qu’il conviendrait de spécifier en risques au travail d’une part et risques hors-travail d’autre part), des charges environnementales (fiscalité, accès à l’eau et à l’énergie...), et des agréments environnementaux (accès à la nature,

vie dans un paysage non dégradé...). La question de l'équale préservation de la santé de chacun par les politiques de santé publique, quel qu'en soit le niveau de conception et de mise en œuvre, est également fortement à l'agenda sous la thématique de la santé environnementale. Il convient aussi, si on se place dans une perspective d'approfondissement de la démocratie, de garder à l'esprit les inégalités qui prévalent quant aux possibilités effectives de faire entendre sa voix (au sens de Stanley Cavell), à tous les niveaux, en fonction de la place de chacun dans la hiérarchie sociale, ce qui renvoie à une mise en œuvre sincère et efficace des principes d'information et de participation.

A la vérité, l'intégration de la protection de l'environnement au présent en tant que moyen de garantie des droits des générations futures ressemble à une sécante qui vient croiser le plus grand nombre de domaines sectoriels légitimes et qui devrait les fertiliser. C'est un défi lancé au droit, peu réceptif à tous ce qui semble relever du holisme. Pour y répondre, le mieux serait sans doute de se fonder sur une conception toujours plus extensive matériellement et intensive effectivement des droits de l'homme, la tardiveté de la consécration du droit de l'homme à l'environnement impliquant un effort particulier à son égard. Une premier pas pourrait consister dans l'ordonnancement des principes du droit de l'homme à l'environnement et des principes des droits social et du travail tels qu'exprimés par l'Organisation Internationale du Travail et par la Charte sociale européenne révisée. Ainsi viendrait à la lumière le socle de principes juridiques susceptible de fonder le pilier social du développement durable dont le sens est bien celui de la réduction des inégalités environnementales injustes. Les textes de droit écrit pourront avantageusement être éclairés par plusieurs décisions juridictionnelles. Pour ne citer que trois exemples, il faut ne pas perdre de vue l'arrêt *Onerildiz* (2004) de la Cour européenne des droits de l'homme dont les faits superposent exclusion sociale et inégalité environnementale ou l'affaire *Oposa* tranchée en faveur des générations futures par la Cour Suprême des Philippines (1993) ou encore l'arrêt *Communauté Yakye Axa contre Paraguay* (2005) rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme où elle donne un contenu particulièrement riche au droit à la vie. A leur manière, ces trois décisions expriment la forte pénétration mutuelle du droit à l'environnement et du droit à la vie, ainsi que du droit à la dignité. C'est là que se trouve le terreau du pilier social de développement durable et la nécessité éthique de la lutte pour l'équité environnementale.

Ce premier travail accompli, restera à le démultiplier en examinant de près tous les ordres juridiques effectifs pour se faire une idée de la manière dont ils traitent l'intégration des dimensions sociales et environnementales, tant au

plan substantiel que procédural, avec une attention particulière portée sur l'effectivité normative. Les " indicateurs sociaux " (ou de " bien-être ") que l'on rencontre devraient ici être corrélés à l'énumération des domaines juridiques positifs qu'ils impliquent, et par l'évaluation de leur efficacité. Une telle tâche, d'ampleur, ne saurait bien sûr faire l'économie de la mise sous la plus vive lumière des occurrences éventuelles où en ces domaines ce n'est pas l'intégration qui prévaut, mais la contradiction.

B) Un instrument pragmatique et cognitif: l'étude d'impact social

Rien ne serait plus stérilisant que de suggérer d'attendre les conclusions du vaste programme de recherches esquissé *supra* pour commencer à agir, et plus précisément à agir en droit. L'objectif de diminution constante du risque socio-environnemental, facteur d'injustices, gagnerait à progresser sur ses " deux jambes ". La première est constituée par l'effort compréhensif, au stade des principes, des droits positifs et des lignes directrices qui devraient fonder et faire vivre le principe d'intégration " social-environnemental ". La seconde signale la nécessité d'en savoir beaucoup plus qu'aujourd'hui sur les réalités factuelles des injustices environnementales provoquées avant tout par les projets ou plans et programmes d'aménagement, mais aussi parfois par ceux qui visent la protection de l'environnement. Là réside la dimension cognitive d'un instrument procédural bien connu, qui est l'étude d'impact, qu'il s'agit désormais d'acclimater à l'analyse des conséquences sociales.

Or, principe d'intégration et pilier social du développement durable ont constitué les fondements de réflexions internationales tendant à faire admettre la légitimité et l'utilité de l'étude d'impact social. Une institution internationale privée a été le support de ces travaux. Il s'agit d'une organisation non gouvernementale, l'Association internationale pour l'étude d'impact (IAIA), liée à une revue de haut niveau, " Environmental Impact Assessment Review ".

C'est un groupe missionné par l'IAIA, sous la direction du Professeur Franck Vanclay, qui a travaillé sur l'élaboration des principes internationaux pour l'étude d'impact social. Amorçées en 1998, les investigations ont été conduites à travers plusieurs ateliers à l'occasion de conférences de l'IAIA, sur la planète entière. Des centaines de personnes ont pu être informées, et réagir, le cas échéant par le truchement de substantielles contributions ; au final, ont été adoptés les principes internationaux pour l'étude d'impact social, qui ne se veulent pas intangibles, mais soumis à la critique constructive. Le texte des 11 pages, particulièrement dense, mériterait un exposé et une analyse dont la longueur excéderait le pos-

sible dans le cadre d'une contribution brève. Il convient toutefois d'en donner un résumé. En substance, l'étude d'impact social vise à analyser, en amont, les effets sociaux prévisibles du développement. Elle doit permettre d'anticiper les modèles différentiels d'impacts (négatifs et/ou positifs) sur les différents groupes sociaux, en témoignant d'une attention particulière à l'égard des groupes les plus vulnérables. Les effets analysés comprennent tant les effets directs que ceux indirects, à court, moyen ou long terme. L'étude d'impact ne doit pas se limiter aux effets aisément quantifiables, mais intégrer les aspects liés à la santé, à la culture, à l'esthétique (paysages), aux biens, aux rapports hommes-femmes, aux modes de vie et au bien-être, tout en prenant en considération les craintes et les aspirations exprimées par les groupes concernés. Des lignes directrices pour la mise en œuvre sont proposées, le tout articulé sur un ensemble de valeurs fondamentales qui doivent inspirer celles et ceux qui réalisent effectivement les études d'impact social: droits fondamentaux de l'homme, équité entre cultures et genres, droit de chacun de vivre dans un environnement qui ne porte pas atteinte à sa santé (entendu largement), droit au développement personnel et collectif, à la qualité de la vie, droit à la participation dans le cadre de la préparation des mesures qui affecteront leur vie, droit à ce que savoirs locaux et expériences soient pris en considération. S'en suit une liste des principes fondamentaux, à laquelle succède une deuxième de 12 principes spécifiques liés à la pratique de l'étude d'impact social, une troisième regroupant ce que l'on peut qualifier de principes généraux/directeurs issus de la " pensée écologisée ", juridicisés en droit de l'environnement depuis longtemps et ayant largement inspiré les notions en émergence de développement durable et de gouvernance, ici déclinés dans leur dimension sociale. On se bornera à mentionner les principes de précaution lié aux situations d'incertitude, de prévention, d'internalisation des coûts et du pollueur-payeur, d'équités intra et inter-générationnelles, de protection de la diversité, de protection et de promotion de la santé et de la sécurité, d'intégration, et enfin de subsidiarité.

A l'égard de ceux qui jugeraient hâtivement les préconisations du groupe Vanclay utopiques, on signalera deux choses. Certains droits, tel le droit canadien, incluent d'ores et déjà dans l'étude d'impact d'environnement une obligation de traiter les incidences proprement sociales des projets. En outre, au Royaume-Uni, l'Acte sur les relations entre races de 1976 a créé une " Commission pour l'égalité entre les races ", sorte d'autorité administrative indépendante, qui a institué une étude d'impact sur l'égalité entre les races.

C'est donc simultanément à l'engagement de réflexions approfondies sur les principes, à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'examen en continu des

résultats d'études d'impact social qu'il en est appelé ici, en laissant ouverte la question de savoir si celles-ci doivent être autonomes ou constituer un aspect de l'étude d'impact d'environnement.

Conclusion

Il est tentant, compte tenu de l'option méthodologique adoptée qui plaide pour la simultanéité de la pensée et de l'action, de donner la parole à un philosophe et à un praticien, l'un et l'autre sensibilisés à la synergie existant entre protection de l'environnement et justice sociale. Il s'agit de Dominique Bourg en premier lieu, lorsqu'il pose laconiquement: " Il me paraît impossible de séparer les enjeux sociaux et environnementaux, ils doivent être menés de front ". En second lieu, c'est le président français de l'Autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (M. Michel Badré) qui établit le constat suivant: " En revanche, ni la législation intérieure, ni les directives européennes ne proposent de cadre à l'évaluation et à la prise en compte des impacts sociaux des projets ou des programmes. Les débats sur la taxe carbone ont montré comment la confrontation entre un raisonnement économique et des objectifs environnementaux ne suffisaient pas à déterminer la solution optimale, dès lors que les impacts sociaux des mesures envisagées faisaient apparaître des enjeux majeurs. C'est sans doute sur ce sujet de l'évaluation des impacts sociaux qu'il faudra avancer, sans rien enlever à la nécessité de perfectionner les méthodes d'évaluation environnementale ".

Le diagnostic est posé, les orientations de recherches et d'action esquissées, reste à s'engager effectivement dans un programme ambitieux, où les juristes gagneront à faire appel à l'interdisciplinarité afin de dégager des principes et d'établir des procédures aptes à démontrer effectivement que les plus nombreux, et surtout les plus défavorisés ont intérêt à être au cœur des politiques environnementales.

Bibliographie indicative

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} édition (s/d André-Jean Arnaud) LGDJ 1993.

Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale (s/d Monique Canto-Sperberg), entrée " égalité " p. 475 Jacques Bidet, PUF 1997.

Serge Audier " Léon Bourgeois, fonder la solidarité ", Michalon le bien commun, 2007.

Jean Cachia “ Ethique à Nicomaque “, Ellipses 1998.

Colloque Société française pour le droit de l’environnement (2-3 décembre 2010, La Rochelle) “ Equité et environnement: quel(s) modèle(s) de justice environnementale?. Actes à paraître Revue juridique de l’environnement 2012.

“ Des inégalités écologiques parmi les hommes ” (collectif) Ecologie et politique, Syllepse 2007.

“ Environmental justice-legal theory and practice ” (Barry E. Hill), ELI 2009.

Hervé Kempf “Comment les riches détruisent la planète” Points essais-Seuil 2007

Michel Prieur “ Principes éthiques pour la réduction des risques de catastrophe et la résilience des personnes ” Europa-Conseil de l’Europe 2012.

Pierre Rosanvallon “ La société des égaux ” Seuil-les livres du nouveau monde, 2011.

Gérard Monédiaire “ La probable utilité de l’étude d’impact social “, Etudes foncières n° 125, janvier-février 2007.

Franck Vanclay “ International principles for social impact assessment ” in Impact Assessment and Project Appraisal, vol. 21 (1) march 2003.

International Association for Impact Assessment, 1330 23re Street South, Suite C, Fargo ND, 58103 USA (info@iaia.org; www.iaia.org)

L'ÉMERGENCE DE DISPOSITIFS STRATÉGIQUES ET PROGRAMATOIRES: L'EXEMPLE DES STRATÉGIES NATIONALES DE DÉVELOPPEMENT DURABLE (SNDD)

JULIEN PRIEUR¹

Résumé

Le développement durable fait couler beaucoup d'encre tant la notion est polysémique.

Depuis Rio en 1992, le droit s'en est néanmoins emparé à travers le principe d'intégration qui conduit à l'émergence de nouveaux instruments à l'échelle des Etats ou des territoires. Le développement durable, à travers la Stratégie Nationale de Développement Durable entre dans la sphère des Administrations et des politiques publiques. L'Etat Exemplaire est promulgué au rang de priorité par les gouvernements successifs depuis 2003 et ne demande qu'à se concrétiser réellement. Il convient de décliner l'évolution de la SNDD française à l'heure où la deuxième SNDD s'achève. Plusieurs pistes sont explorées qui aboutissent à de véritables Plans "Administration Exemplaire". Néanmoins des outils juridiques doivent être renforcés et à cet égard de nouvelles procédures apparaître. La confiance des acteurs publics et privés a également son mot à dire. Elle se décline à travers un mouvement global de modernisation et d'éthique de l'Etat.

Abstract

Sustainability is much attention as the term is polysemic. Since Rio en 1992, the law is nevertheless seized through the principle of integration which led to the emergence of new instruments across states or territories. Sustainable development through the National Strategy for Sustainable Development in the sphere between administrations and public policy. The state copy is issued as a priority by successive governments since 2003 and just waiting to be realized actually.

1 Docteur en droit de l'environnement, formateur-consultant en SNDD; Master II Droit du Développement Durable.

It should decline the evolution of French Strategy for Sustainable Development by the time of the second Strategy for Sustainable Development ends. Several options are explored that lead to real plans “copy administration”. Nevertheless the legal tools must be strengthened and in this respect new procedures appear. Confidence of public and private actors also have a say. It is available through a global movement to modernize and ethics of the state.

La Conférence des Nations-Unies sur l’environnement et le développement (CNUED) tenue à Rio en 1992, s’appuyant sur le rapport Brundtland de 1987, a mis sur orbite la notion de développement durable. A cet effet, elle a créé la Commission du développement durable de l’ONU, organisme de haut niveau, et défini son mandat comme suit: “Favoriser la participation active de tous les organes, organismes, programmes et institutions compétents des Nations-Unies traitant de diverses questions liées à l’environnement et au développement, y compris sous l’angle financier et d’autres organisations intergouvernementales compétentes, et encourager l’apport pertinent des organisations non gouvernementales, y compris les scientifiques et le secteur privé de l’industrie et des communautés d’affaires”. La principale fonction de la Commission est le suivi des progrès réalisés dans l’application du programme Action 21 et les activités connexes. Dix ans après, le Sommet mondial sur le développement durable de 2002 a appelé au renforcement de la Commission, soulignant par ailleurs que l’organe devait demeurer une commission de haut niveau sur le développement durable au sein du système des Nations-Unies, et servir de cadre d’examen des questions relatives à l’intégration des trois piliers du développement.

Ainsi, on observe que, suivant les invitations successives de l’agenda 21 et du sommet mondial de Johannesburg de 2002 (Rio + 10), pratiquement tous les Etats ont élaborés, à un moment ou un autre une stratégie nationale de développement durable. De ce point de vue il s’agit bien de son instrument privilégié de mise en œuvre, tantôt politique, tantôt à portée programmatrice. Tous les pays sont invités à mettre en place une Commission nationale du développement durable. Parfois des organes ad hoc ou des institutions nationales de coordination du développement durable dénommés conseils nationaux du développement durable (CNDD) sont constitués afin de porter la démarche ou la remplacer. On observe également que le plan d’actions mis en place lors du Sommet mondial de Johannesburg de 2002 prévoit que les SNDD peuvent être formulées comme de véritables stratégies de réduction de la pauvreté qui intègrent toutes les dimensions du développement durable. Il convient ainsi de décliner les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD).

Le PNUD² et le PNUE³ incitent alors les Etats ayant opté pour cette voie de coopérer au titre de l'Initiative commune pauvreté-environnement afin d'intégrer les préoccupations environnementales dans les stratégies nationales de réduction de la pauvreté et de développement économique en Afrique, en Amérique latine, en Asie, dans les Caraïbes et le Pacifique. Ces stratégies sont parfois appelées stratégies vertes et agissent au niveau régional ou national.

A l'ONU, une commission du développement durable, chargée de la surveillance du développement durable a été mise en place après la conférence de Rio en 1992 à la suite de longs débats et par une filiation minimale avec le projet d'Autorité mondiale de l'environnement, qu'ont refusée les pays en développement, au nom de la volonté de disposer librement de leurs ressources. Celle-ci a été placée dans l'orbite du Conseil économique et social de l'ONU (ECOSOC) ; cela n'a pas été considéré comme un signe positif, puisqu'on avait à un moment espéré qu'elle soit intégrée au secrétariat général, c'est-à-dire auprès de l'organe exécutif de l'ONU, afin de bien indiquer que le développement durable allait être au cœur du "gouvernement du monde". Elle doit mettre en œuvre les différents chapitres de l'Agenda 21.

Ainsi, au sein de son Département des Affaires économiques et sociales, la Commission du développement durable, rattachée on la vu au Conseil Economique et Social de l'ONU (ECOSOC), s'est vu dotée d'un nouveau président le 12 janvier 2012 pour un mandat de un an. Le slovaque Milos Koterec est ainsi à la tête de la commission de 18 membres chargée d'organiser pour des sessions de deux années (2012-2014: cycle 5) le travail et les réflexions en matière de développement durable. Un Bureau est élu par le Conseil au début de chaque session annuelle. Le rôle de ce bureau est de proposer un ordre du jour, d'établir un programme de travail et d'organiser la session avec l'appui du Secrétariat de l'Organisation des Nations-Unies.

Ainsi les Etats qui veulent se doter de conseils nationaux ou de stratégies nationales de développement durable peuvent trouver appui outre auprès du Département des affaires économiques et sociales de l'ONU, du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), de l'Institut international du développement durable (IIDD) ou d'ONG telles Conseil de la Terre ou le Réseau pour l'environnement et le développement durable en Afrique (REDDA). Ce

2 Programme des Nations-Unies pour le Développement.

3 Programme des Nations-Unies pour l'Environnement.

dernier concerne essentiellement les Etats africains, fortement mobilisés aujourd'hui en faveur du développement durable⁴.

En effet, on observe qu'un souffle récent invite les Etats Africains à se doter de telles stratégies. Ainsi on peut mentionner la SNDD du Togo de septembre 2011 ou celle du Gabon à la fin de l'année passée. Le Burkina Fasso quant à lui a opté pour des lignes directrices dès 2001, anticipant ainsi la Mauritanie pourvue d'une SNDD depuis octobre 2006.

On a vu qu'un certain nombre de dispositifs s'étaient mis en place à la suite de la conférence de Rio en 1992. La France a dû attendre la conférence de Johannesburg pour s'approprier le développement durable à travers sa stratégie nationale du 28 juin 2003 suivant ainsi l'Irlande (1997) et le Royaume-Uni (1994) plus prompts à élaborer un tel instrument.

A cet effet on s'attachera à appréhender deux exemples de SNDD, la stratégie française de développement durable puis la stratégie canadienne (I) avant de porter un regard sur le rôle de ses instruments programmatiques dans l'effectivité du développement durable (II).

I Présentation de quelques Stratégies Nationale de Développement Durable (SNDD)

Nous appréhenderons d'abord la stratégie nationale française en tant qu'instrument politique (§ 1) avant d'étudier la Stratégie Fédérale Canadienne qui propose un processus d'intégration du développement durable tout à fait singulier (§ 2).

§ 1 La Stratégie Nationale Française de Développement Durable (SNDD), comme instrument politique

Afin de rendre plus cohérent cet objectif général, une organisation administrative ad hoc a rendu effective le développement durable dès l'issue du Sommet Mondial sur le Développement Durable de 2002.

On observe que la France était en retard, pour des raisons de politique interne⁵. La SNDD française a été élaborée dans des délais assez brefs (novembre 2002-juin 2003). Après une décennie de tâtonnements et d'errances politiques⁶, le gouvernement d'alors a mis en place dans la continuité de la conférence de Johannesburg un processus visant à élaborer une stratégie nationale de développement durable. Cette dernière, issue notamment des travaux

4 Cf. Atelier sur les cadres institutionnel et stratégique du développement durable en Afrique. Addis-Abeba (Ethiopie), 7-9 mars 2011, Aide Mémoire, p.3.

5 Un premier projet porté par le gouvernement Bérégozoy en 1993 a été remanié par le premier ministre Edouard Balladur en 1994.

6 Cf. Michel Prieur, Dalloz Droit de l'Environnement 2004, p.30. En effet, suite à la conférence de Rio, avait été créé auprès du Président de la République un éphémère conseil pour le droit des générations futures en 1993, supprimé en 1995 à la suite de la démission de son Président le commandant Cousteau, en protestation contre la reprise des essais nucléaires dans le pacifique.

d'un conseil national de développement durable (CNDD) et d'un Comité interministérielle de développement durable (CIDD) va se voir doté d'instances administratives destinées à faciliter sa mise en œuvre. Le CNDD a été installé le 14 janvier 2003. Ainsi on observe l'existence juridique d'organes nationaux d'importance qui affichent le développement durable dans leur titre et leurs attributions. Ces diverses entités sont par ailleurs toutes rattachées au premier ministre. Le Conseil National du développement durable apportait son concours à la politique gouvernementale en faveur du développement durable⁷. Il était associé à l'élaboration, au suivi et à l'évaluation de la SNDD⁸. Il comprenait 90 membres qui rassemblaient entre autres des représentants de la société civile⁹ et des élus locaux nommés pour trois ans¹⁰. Le CNDD était également amené à se prononcer sur les stratégies ministérielles de développement durable qui vont se développer en France à partir de 2007¹¹.

Enfin le CNDD a joué également un rôle majeur au niveau de l'Europe et de la francophonie. A ce titre il était membre actif et reconnu de l'EEAC¹².

Les conséquences de la loi Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 a conduit à la transformation de cet organisme le 10 avril 2010 en un comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement¹³.

Quelques semaines après l'instauration du CNDD le 14 janvier 2003, le comité interministériel pour le développement durable (CIDD) est institué par le décret du 21 février 2003¹⁴ après son adoption en Conseil des ministres. Organe essentiellement politique plutôt que décisionnel, il était sen-

7 Décret du 13 janvier 2003 n° 2003-36 portant création du CNDD.

8 En effet il a contribué à la SNDD en adressant plus de 622 propositions. Entre 2003 et 2006, il a tenu 77 groupes de travail, 10 séances plénières et travaillé avec un réseau de 400 acteurs associés.

9 Il rassemble quatre vingt dix membres répartis en quatre collèges : collectivités territoriales ; acteurs économiques, organisations professionnelles et syndicats, associations-ONG et organismes représentant les consommateurs ; personnalités qualifiées.

10 Ces 90 membres ont été nommés par décret du 21 février 2004.

11 Il en va ainsi de celles du ministère de l'Agriculture et de la Pêche puis du ministère de l'Intérieur élaborées les premières en 2007

12 European Environment and Sustainable Development Advisory Councils, réseau européen qui regroupe les conseils de 22 pays. Par ailleurs le CNDD est associé au réseau des 21 Conseils du développement durable francophones.

13 Décret n° 2010-370 du 13 avril 2010 portant création du Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement. Il modifie l'article 1 du chapitre IV du titre III du livre Ier de la partie réglementaire du code de l'environnement. "Art.D. 134-1.-Le Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement, placé auprès du ministre chargé du développement durable, assure le suivi de la mise en œuvre des engagements du Grenelle de l'environnement. "Il apporte son concours à la politique du Gouvernement en faveur du développement durable. A ce titre, le comité est associé notamment à l'élaboration, au suivi et à l'évaluation de la stratégie nationale du développement durable et de la stratégie nationale de la biodiversité (...).

14 Décret n° 2003-145 du 21 février 2003 portant création du CIDD (JO du 22 février 2003 p. 3241).

sé adopter, suivre et actualiser la SNDD en approuvant les plans d'actions, c'est-à-dire l'intégration des objectifs du développement durable dans les politiques publiques¹⁵. En son sein il comprend un comité permanent composé de "hauts fonctionnaires" désignés par chacun des ministres du gouvernement (CPHFDD), et chargé de préparer les délibérations du CIDD et de la contribution de son administration à la SNDD et d'en suivre l'application.

Quant au DIDD, institué auprès du premier ministre, il animait et coordonnait l'action des administrations de l'Etat et des établissements publics de l'Etat en matière de développement durable. Son secrétariat était assuré par le ministère chargé du développement durable. Le DIDD a été transformé en Commissariat général au Développement durable (CGDD)¹⁶ avec à sa tête dès juillet 2008 un Commissaire général en la personne de Michelle Pappalardo, ancienne Présidente de l'ADEME¹⁷, remplacée en avril 2011 par Dominique Bureau. Si on pouvait émettre des doutes quant à la responsabilité du ministère de l'Environnement au sein de l'organisation administrative du développement durable tant une multitude d'organes foisonnent autour du premier ministre, en doublant ou accompagnant cette responsabilité du ministère, on constate que c'est bien le ministère chargé de l'environnement qui a la responsabilité officielle du développement durable.

Le CGDD a un rôle de conseil et d'information en matière d'environnement¹⁸ et préside le CPHFDD. L'arrêté du 9 juillet 2008 précise ses missions et son organisation¹⁹.

Il est chargé de plus d'élaborer la nouvelle stratégie nationale de développement durable (2010-2013). Ce CGDD s'est vu doté en 2008 d'une Autorité Environnementale²⁰ dont les membres ainsi que son vice-président ont été

15 Son secrétariat est celui du ministère de l'Ecologie. Le Délégué aux risques majeurs et le Premier Ministre en sont membres de droit.

16 Décret 2008-679 du 9 juillet 2008 modifié par le décret 2009-496 du 30 avril 2009 en Commissariat Général en Environnement et au Développement Durable (CGEDD).

17 L'Agence de l'Environnement et de Maîtrise de l'Energie est un établissement public sous tutelle du ministère de l'environnement.

18 Article 1 du décret. Le premier ministre peut lui confier des missions d'audit, d'étude, d'évaluation. Le CGDD peut aussi participer à l'évaluation des politiques publiques conduites ou mises en œuvre par des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités. L'article 2 lui confère une mission "d'inspection générale relative à la régularité, la qualité et l'efficacité de l'action" dans les domaines mentionnés à l'article 1. Il se compose d'un comité permanent (article 3), de membres associés et chargés de mission, ainsi que d'un bureau.

19 Le CGDD donne son avis notamment sur les évaluations environnementales que doivent comporter certains plans, schémas, programmes, ainsi que sur les études d'impacts. Sept sections du CGDD concourent ainsi par leurs délibérations à la prise en compte dans la définition des politiques publiques et l'évaluation de leurs résultats de l'objectif de promotion d'un développement durable.

20 Cf. décret n° 2009-496 du 30 avril 2009. Ce décret définit trois niveaux d'autorité environnementale : la formation du CGEDD dès lors que le ministre de l'environnement demeure le pétitionnaire du plan

nommés par l'arrêté du 3 novembre 2008 par le ministre de l'Écologie²¹. Un Conseil Economique du développement durable (CEDD) créé par décret le 1^{er} décembre 2008 est venu s'ajouter à la liste²².

Le premier rapport annuel sur la mise en œuvre de la SNDD a été présenté au conseil des ministres le 1^{er} décembre 2004. Il prévoyait d'actualiser tous les six mois l'état d'avancement des actions de chaque programme d'action, sous forme de tableaux.

L'application de la SNDD au sein des divers ministères a été pour le moins laborieuse²³. De manière sans doute symbolique il a été institué auprès du Ministre chargé des transports un coordonnateur interministériel pour le développement de l'usage du vélo²⁴. La SNDD a révélée de nombreuses carences²⁵. Afin d'y remédier la mise en place d'un processus d'évaluation original a été organisé. Cette évaluation, démarrée en juin-juillet 2004 a duré onze mois. Elle a permis qu'un nouveau processus se mette en place au sein de la SNDD, aboutissant à une nouvelle stratégie cinq ans plus tard.

Si un document provisoire réalisé par le Commissariat général au développement durable a été proposé dès février 2009²⁶, la seconde version de la SNDD a été adoptée avec un peu de retard le 27 juillet 2010 pour une période de trois ans. On note que la SNDD a intégrée les mesures de la loi Grenelle 1 du 3 août 2009 puis celles de la loi Grenelle 2 adoptée le 12 juillet 2010

ou programme ou le maître d'ouvrage du projet ; le ministre de l'environnement lorsque la décision d'autorisation est de portée nationale ; enfin le préfet de région dans tous les autres cas.

- 21 Arrêté du 3 novembre 2008. Il se compose de 9 membres permanents, et 5 membres associés.
- 22 Décret n° 2008-1250 du 1^{er} décembre 2008 portant création du Conseil économique pour le développement durable, JORF du 3 décembre 2008. Il a pour mission d'éclairer, par la confrontation des analyses économiques, l'élaboration et l'évaluation des politiques du ministère en permettant aux services compétents de s'appuyer sur des références scientifiques, ainsi que sur les méthodes d'évaluation et les instruments d'intervention publique les plus récents. Il réalise à la demande du ministre de l'écologie des études et recherches concernant les perspectives et les enjeux de ses politiques, du point de vue économique et du développement durable (article 2). Il comprend vingt-cinq membres nommés pour deux ans renouvelables.
- 23 Si on a pu observer des difficultés dans la mise en œuvre, il convient de mentionner les efforts faits. Par exemple, on peut noter que certaines administrations sont de réels "mastodontes" difficiles à mettre en route d'autant que les actions ne sont pas visibles tout de suite : Ex : le Ministère des Finances Français possède 10 000 bâtiments et l'Etat et est propriétaire de plus de 80 000 bâtiments. On observe ainsi que souvent dans les ministères les états des lieux préalables aux actions mentionnées n'ont pas été réalisés.
- 24 Décret n° 2006-444 du 14 avril 2006 instituant un coordonnateur interministériel pour le développement de l'usage du vélo. Il a en charge de promouvoir ce mode de transport au sein de tous les ministères dans une perspective de développement durable.
- 25 La SNDD était un catalogue d'actions sectorielles. Des flous demeuraient par rapport aux échéances et objectifs de chaque administration.
- 26 Cf. projet de SNDD 2009-2012 — Version provisoire, février 2009, www.developpement-durable.gouv.fr.

Cette nouvelle SNDD “s’articule autour de “neuf défis” essentiels²⁷. Pour chaque “défi” une dizaine de choix stratégiques et de mesures concrètes à mettre en œuvre sont proposées.

Si l’Etat à travers ses administrations doit faire appliquer une politique, il convient d’observer l’influence certaine de la SNDD vers une mutation des administrations en direction de comportements exemplaires.

Ces derniers vont accompagner un véritable “Etat Exemplaire”. Si la posture “d’Etat exemplaire” est abordée pour la première fois dans le cadre de la SNDD de juin 2003²⁸, on note que la deuxième SNDD 2010-2013²⁹, promet également l’exemplarité de l’Etat. Le préambule de la SNDD en donne la définition: *“L’Etat a une responsabilité particulière pour initier et nourrir cette dynamique. Il se doit de montrer l’exemple en adoptant des pratiques et des comportements exemplaires tant dans ses modes de travail et dans son fonctionnement que dans les choix des biens et services qu’il consomme ou acquiert”³⁰.*

Plusieurs circulaires du premier ministre en 2005 et 2008³¹ vont ensuite doter l’ensemble des ministères de véritables plans d’actions spécifiques³², renforcés dès 2010 par de nouvelles circulaires ministérielles. A cet effet, la cir-

27 On peut mentionner le changement climatique, la consommation d’énergie, la santé publique, la biodiversité, la gestion des risques, la mobilité et les transports durables.

28 “Afin qu’une véritable dynamique s’engage, il est nécessaire que l’Etat applique lui-même les démarches qu’il entend promouvoir auprès des autres acteurs, qu’ils soient publics ou privés. L’Etat doit donc montrer l’exemple en matière de développement durable en l’intégrant non seulement dans ses politiques publiques mais aussi dans son fonctionnement au quotidien”. Cf. Thème 5 : l’Etat Exemplaire, l’objectif, SNDD, p.78.

29 La deuxième SNDD est intitulée “Vers une économie verte et équitable”.

30 Si le verdissement des politiques publiques atteint la société civile, il n’apparaît pas anormal qu’il concerne aussi l’Etat. Si ces actions doivent être menées dans l’ensemble des services et établissements publics de l’Etat, elles doivent également être complétées par des actions spécifiques à chaque ministère. A cette occasion, la SNDD invite indirectement chaque ministère à décliner une stratégie propre de développement durable. Si les progrès devaient être sensibles dès 2008, on observe cependant qu’ils ont reposés pour beaucoup sur la volonté de chefs de services ou de gestionnaires singuliers et motivés.

31 Circulaire du premier ministre du 5 avril 2005 relative aux moyens à mettre en œuvre dans les marchés publics de bois et de ses produits dérivés pour promouvoir la gestion durable des forêts ; circulaire du Premier ministre du 28 septembre 2005 n° 5-102 SG relative au rôle exemplaire de l’Etat en matière d’économies d’énergie ; Circulaire du secrétaire général du gouvernement, par délégation, du 2 mai 2008 relative à l’exemplarité de l’Etat en matière d’utilisation de produits issus de l’agriculture biologique dans la restauration collective (JORF n° 0116 du 20 mai 2008).

32 Selon la circulaire du 3 décembre 2008, il s’agit de “plan administration exemplaire” qui prend les dispositions assurant la prise en compte des objectifs d’un développement durable dans le fonctionnement des services et des établissements placés sous (leur) responsabilité. “Il fixe les objectifs à atteindre pour tous les services et reprend les indicateurs à suivre aux termes de la circulaire” mentionnée. Il est précisé que la mise en place des mesures doit s’accompagner d’une formation des agents. Par ailleurs les objectifs assignés doivent être assortis d’indicateurs cibles à atteindre à partir de 2009 et jusqu’en 2013.

culaire du 3 décembre 2008 a une importance particulière³³. Chaque “plan administration exemplaire” doit privilégier des actions communes à tous les départements ministériels et mobiliser l’ensemble des personnels impliqués dans la gestion courante de l’administration.

Des actions communes doivent y figurer. Il s’agit en premier lieu des achats courants (point 1)³⁴. Un Plan national d’action pour des achats publics durables (PNAAPD)³⁵ est mis en place afin de guider le choix des achats publics portés par le Service des Achats de l’Etat (SAE) créé en avril 2009.

La circulaire du 3 décembre 2008 met l’accent sur les mesures d’éco-responsabilité, le management et la responsabilité sociale de l’Etat³⁶.

Vingt fiches décrites en annexe³⁷ à la circulaire composent le plan d’administration exemplaire (PAE) des départements ministériels et de leurs établissements publics. Ces PAE devaient être mis en œuvre dès 2009. La synthèse de ces plans a été élaborée par la CGDD à travers un groupe de travail chargé “d’assurer le suivi global des résultats de l’action de l’Etat exemplaire au regard du développement durable”. Enfin un dispositif financier accompagne la mise en œuvre de ces plans depuis 2010 à condition que les administrations respectent des indicateurs pertinents définis par la circulaire du 11 mars 2010 qui constitue un “fonds virtuel” de 100 Millions d’euros³⁸, complétée par la circulaire du 5 avril 2011³⁹.

33 Circulaire du premier ministre du 3 décembre 2008 relative à l’exemplarité de l’Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics (J0 10 février 2009).

34 Définis comme étant “les achats correspondants à la partie des achats publics commune au fonctionnement de toute administration” ils sont opposés aux achats “métiers” qui ne peuvent qu’indirectement prendre en compte toutes les mesures préconisées.

35 PNAAPD adopté en mars 2007. Il couvre une période de trois ans (2007-2009).

36 En effet, outre le respect par l’Etat des droits fondamentaux de la personne au travail, de l’intégration des personnes handicapées, de l’insertion des personnes éloignées de l’emploi et la parité professionnelle, les achats publics socialement responsables sont un vecteur de respect du développement durable.

37 Les vingt items abordés sont : matériels de bureautique ; solutions d’impression ; papier ; fournitures de bureau ; alimentation ; vêtements ; mobilier ; bois et produits dérivés ; nettoyage des locaux ; gestion des déchets ; espaces verts et non bâtis ; voitures particulières ; formation et sensibilisation à l’éco-conduite ; déplacements ; énergie et eau ; éclairage ; bilan des consommations énergétiques et des émissions de gaz à effet de serre ; formation ; achats socialement responsables ; responsabilité sociale de l’Etat.

38 Il s’agit de la circulaire n° 5451 SG du 11 mars 2010. Ce fonds consiste, en pratique, à geler 100 millions d’euros (soit environ 1% du budget des achats courants de l’Etat), puis à redistribuer ces sommes en fonction des performances environnementales atteintes l’année antérieure par chaque ministère. Huit indicateurs ont été définis : remise d’un plan administration exemplaire ; remise du bilan social 2008 ; taux de lancement des audits énergétiques des bâtiments ; mise en service ou commande d’un outil expert de suivi des fluides ; taux de voitures particulières dépassant le plafond de 130 g CO₂/km ; nombre par agent de ramettes de papier achetées ; nombre par agent de copieurs/imprimantes ; dépenses d’énergie par agent.

39 La nouvelle circulaire donne en annexe la liste des quatorze indicateurs de réussite pour 2011 (et non plus huit) dont la satisfaction rend les ministères éligibles à la redistribution du fonds “Etat exemplaire”.

En outre, il convient d'observer que la circulaire du 2 mai 2008 fixe comme objectif d'introduire 15 % de denrées issues de l'agriculture biologiques dans les menus des établissements scolaires et d'atteindre 20 % en 2012. Il s'agit par ailleurs d'inciter les services de restauration des administrations de l'Etat et des établissements publics de tutelle que ce soit pour la restauration collective ou pour les besoins des réceptions officielles⁴⁰. On peut citer par exemple la fiche 1 de la circulaire du 3 décembre 2008. Elle est relative aux matériels de bureau-tique et prévoit la définition et le respect d'un standard d'équipements bureau-tique par agent ainsi que la mise en œuvre d'un plan bureau-tique au sein de la direction générale de la modernisation de l'Etat (DGME). En matière de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, des "bilans carbone" systématiques au sein des administrations et des services déconcentrés sont préconisés. Des objectifs cibles sont également fixés pour la formation initiale.

Par exemple en 2010 toutes les formations d'agents de l'Etat devaient intégrer le développement durable⁴¹. Des indicateurs spécifiques par fiches sont proposés ou alors laissé à l'initiative des administrations.

On peut regretter la vision comptable de l'Etat par rapport aux objectifs fixés⁴².

Depuis la mise en place de la deuxième stratégie nationale de développement durable (2010-2013) et entre plusieurs évaluations (la dernière en 2011), plusieurs circulaires ministérielles vont affiner l'intégration du développement durable au sein de l'administration française.

On peut mentionner la circulaire du 2 juillet 2010⁴³ relative à la rationalisation du parc automobile de l'Etat et de ses opérateurs⁴⁴.

Il convient également de mentionner la circulaire du Premier Ministre du 27 septembre 2010⁴⁵. Quant à la circulaire du 30 septembre 2010⁴⁶, elle est re-

40 Chaque département ministériel et préfecture sont sensés adresser au premier ministre chaque année un bilan de mise en œuvre de ces instructions indiquant le cas échéant les difficultés rencontrées.

41 L'Institut de formation du ministère de l'environnement, épaulé par le Ministère de l'Economie et l'ADEME deviennent des acteurs incontournables de l'Etat en la matière. Ainsi on peut noter qu'il appartient notamment à la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGA-FP) accompagné de l'IFORE et de l'IGPDE (Ministère de l'Economie et des Finances) d'organiser l'ingénierie pédagogique de l'ensemble de ces formations.

42 On a vu que le Plan Administration Exemplaire tendait à créer des standards d'objectifs par agent et non par administration.

43 Circulaire n° 5479/SG du 2 juillet 2010.

44 Elle concerne l'achat des véhicules à moteur dans la commande publique et complète le décret 2011-493 et l'arrêté du 5 mai 2011 relatifs à la prise en compte de leurs incidences énergétiques et environnementales.

45 Circulaire n° 5494/SG du 27 septembre 2010. Cette dernière rappelle qu'un Haut Fonctionnaire au développement durable est chargé au sein de chaque ministère de "préparer la contribution de son administration à la SNDD ; de coordonner l'élaboration des plans d'action correspondants et d'en suivre l'application". Ce HFDD doit par ailleurs rendre des comptes au DIDD chaque année de la mise en œuvre de la SNDD.

46 Circulaire n° 5495/SG du 30 septembre 2010.

lative à la validation des indicateurs de 2010. Elle prévoit par ailleurs la mise en place d'un outil informatique spécifique afin de suivre l'évolution de la circulaire du 3 décembre 2008 sur l'éco-responsabilité. A cet effet le logiciel IDEE, conçu par l'Ademe permet de suivre les fluides concernés⁴⁷.

On observe que même si les PAE mis en place après la circulaire du 3 décembre 2008 doivent se transformer en stratégies ministérielles d'actions de développement durable (SMADD), l'Etat n'incite sans doute pas assez. A cet égard il convient de mentionner le rôle tout à fait singulier de l'Etat canadien.

§ 2 Présentation de la stratégie fédérale canadienne de développement durable

Le Canada s'est doté d'une stratégie globale de développement durable à l'occasion de sa loi fédérale sur le développement durable adoptée le 26 juin 2008.

Celle-ci met un terme aux attermoissements en matière de développement durable et complète les efforts effectués en la matière depuis la loi fédérale sur le vérificateur général et le contrôle du développement durable de 1985. Il convenait également de répondre aux faiblesses dénoncées par le Commissaire à l'environnement et au développement durable créé à l'occasion de cette loi⁴⁸. La loi de 2008 renforce par ailleurs ses prérogatives puisque son article 4 lui donne mandat pour réviser l'ébauche de la SFDD et lui permet d'intervenir sur les cibles et stratégies de mise en œuvre proposées. Il doit également commenter et examiner tous les rapports d'étape de la SFDD.

Ce texte permet de définir le cadre juridique pour l'élaboration et la mise en œuvre d'une stratégie fédérale de développement durable qui rend le processus décisionnel en matière d'environnement plus transparent et fait en sorte qu'on soit tenu d'en rendre compte devant le Parlement. Ainsi la première stratégie fédérale de développement durable (SFDD) a été déposée au Parlement le 6 octobre 2010. Elle couvre la période 2010-2013. On note que cette SFDD regroupe des objectifs, des cibles et des stratégies de mise en œuvre déclinées notamment sous la forme de stratégies ministérielles de développement durable. Cette SFDD verdit également les politiques publiques à travers "l'écologisation des opérations de gouvernement"⁴⁹. Quatre thèmes sont privilégiés ; le

47 Il s'agit d'un référentiel national relatif à l'éco-responsabilité pour chaque agent. Ces derniers peuvent concevoir leurs propres indicateurs personnels.

48 Environnement Canada, Rapport d'étape sur la stratégie fédérale de développement durable 2010-2013, Bureau du développement durable, juin 2011, p.24. Le CEDD "fournit aux parlementaires des analyses et des recommandations objectives et indépendantes sur les efforts du gouvernement fédéral pour protéger l'environnement et favoriser le développement durable".

49 EOG. Environnement Canada, Rapport d'étape sur la stratégie fédérale de développement durable 2010-2013, Bureau du développement durable, juin 2011, p.4.

changement climatique et la qualité de l'air ; la qualité et la disponibilité de la ressource en eau ; la nature ; l'empreinte environnementale du gouvernement. La loi fédérale de 2008⁵⁰ prévoit qu'un rapport d'étape soit remis au ministre de l'environnement chaque année puis au moins tous les trois ans à compter de 2015, à l'occasion d'une nouvelle SFDD.

Elle organise également une gouvernance spécifique de mise en œuvre qui prend la forme d'un comité interministériel des sous-ministres adjoints puis d'un comité interministériel des directeurs généraux. Le premier fournit une orientation stratégique, encourage la réflexion et prend des décisions en ce qui concerne la mise en œuvre de la Loi Fédérale de Développement Durable de 2008 (LFDD). Le comité interministériel des directeurs généraux, quant à lui, fournit une orientation stratégique et des lignes directrices puis anime les discussions relatives à la mise en œuvre de la LFDD et l'élaboration des objectifs, cibles et stratégies de mise en œuvre de la SFDD.

Au sein du ministère de l'environnement celle-ci se traduit d'abord par la création d'un Bureau du développement durable (BDD), rattaché à la Direction des politiques stratégiques du ministère de l'environnement sous la responsabilité du sous-ministre adjoint et du directeur général de la Direction⁵¹.

Ce BDD doit veiller à la bonne exécution de la SFDD et agit comme principal interlocuteur auprès du commissaire à l'environnement et au développement durable (CEDD), des parlementaires, des autres ministères et des citoyens. Il accompagne au sein du ministère un Conseil consultatif sur le développement durable⁵². À côté du BDD, un "cadre de gestion" spécifique a été mis en place. Il permet de clarifier le rôle de chaque ministère et organisme soumis à la SFDD et notamment précise la teneur de la reddition de compte des ministères en la matière. Il convient également de noter la mise en place d'un processus servant à intégrer les stratégies ministérielles de développement durable au système de gestion des dépenses publiques. En effet le Système de gestion des dépenses (SGD) permet d'inclure les dépenses liées au développement durable au système central de planification et de déclaration des dépenses du gouvernement. Il est prévu d'ailleurs que dès 2012 des évaluations environnementales stratégiques (EES) soient faites au sein du SGD⁵³. Afin d'assurer la transparence et l'efficacité du système, un rapport sur les plans et les priorités (RPP) qui décrit les activités

50 Loi fédérale sur le développement durable (LFDD). On observe que son annexe 1 contient une liste des ministères et organismes visés.

51 Cf. LFDD 2008, 7 (1).

52 Cf. LFDD 2008, 8 (1). Ce dernier est présidé par le ministre de l'environnement. Il fournit des conseils sur l'ébauche des SFDD.

53 Il est prévu que le rapport d'étape de 2012 les inclue.

et les dépenses de chaque ministère et organisme est réalisé tous les trois ans. Ce rapport est complété d'un rapport ministériel sur le rendement (RMR) qui précise les réalisations obtenues dans chaque ministère ou organisme public. On observe que les RPP et les RMR sont déclinés au sein de stratégies ministérielles de développement durable rendues obligatoire depuis la loi fédérale de 2008.

Afin de faciliter ce processus et de fournir des lignes directrices à tous ces documents et informations, le Bureau du développement durable du ministère de l'Environnement canadien collabore avec le Secrétariat du Conseil du Trésor, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC).

Parmi les objectifs prioritaires de la SFDD, il est également prévu de réduire l'empreinte environnementale du gouvernement. Cela représente plus de 40 000 bâtiments, 30 000 véhicules et 260 000 agents⁵⁴. Une démarche similaire à la SNDD française est faite puisque des EOG sont prévus en ce qui concerne les immeubles, les émissions de gaz à effet de serre, les déchets, la consommation de papier...

De manière systématique, des évaluations environnementales stratégiques (EES) sont réalisées et publiées au sein des rapports ministériels sur le rendement. Elles complètent les indicateurs environnementaux et mesures de rendement pour l'air, l'eau, la nature et l'ensemble des EOG. La cohérence de ces instruments est assurée par le TPSGC.

La mesure, la surveillance et la production du rapport d'étape semblent être des éléments essentiels afin de permettre d'assurer l'accès à l'information des citoyens aux informations. On observe à cet égard que le §9 (3) de la LFDD de 2008 permet aux citoyens d'intervenir pour donner leur avis sur la version préliminaire de la SFDD triennale puisque un délai de 120 jours avant son adoption est prévu pour cela⁵⁵. Ainsi on observe que la SFDD s'appuie sur un ensemble d'indicateurs canadiens de durabilité de l'environnement (ICDE) qui complète les EES. Ces deux instruments semblent assurer pour le moins une certaine dynamique au système et permettent à la SFDD de répondre à l'objectif d'intégration nécessaire à la mise en œuvre du développement durable.

Si des améliorations du processus engagé depuis 2008 sont prévues par le gouvernement canadien, ce dernier semble porter beaucoup d'intérêt aux divers rapports d'étape prévus et notamment à celui de 2012.

54 Environnement Canada, Rapport d'étape sur la stratégie fédérale de développement durable 2010-2013, Bureau du développement durable, juin 2011, p.10.

55 Environnement Canada, Rapport d'étape sur la stratégie fédérale de développement durable 2010-2013, Bureau du développement durable, juin 2011, p.35.

Après avoir appréhendé le cas de la France et du Canada, il convient de porter un regard sur la spécificité des SNDD au travers des évaluations réalisées par l'ECOSOC.

II) Réflexions concernant les atouts et faiblesses des Stratégies Nationales de développement durable (SNDD)

Avant de pouvoir appréhender les SNDD, nous devons en dresser un bref état des lieux en nous inspirant des récents bilans effectués par l'Ecosoc.

L'ONU recense plus de cent trente SNDD dans le monde, que ces stratégies soient nationales, ministérielles, intergouvernementales ou régionales, c'est-à-dire conduites par plusieurs Etats en même temps⁵⁶.

On observe que si le processus mis en place par la France en 2003 a montré son efficacité, il convient cependant de réfléchir à des améliorations possibles, au-delà des évaluations réalisées par les pairs ou par le gouvernement lui-même. En effet on peut suggérer, à l'instar de la Norvège d'attribuer la responsabilité des SNDD au Ministère des Finances, lequel peut s'assurer de l'existence des liens voulus entre la gestion stratégique et la définition des priorités budgétaires, des dépenses nationales et les recettes. C'est la voie prise par le Canada qui on la vu, sollicite le TPSGC. On observe que la plupart des pays ont adopté une planification et une prise de décisions intégrées en matière de développement durable sous la forme de SNDD, de documents de stratégie pour la réduction de la pauvreté et autres plans, aidés par les organisations du système des Nations-Unies. L'ONU note par ailleurs qu'au sein des pays en développement ces SNDD ne sont pas portées forcément par le ministère de l'environnement ou de la santé⁵⁷.

Pour l'ONU qui assure à travers l'ECOSOC le suivi des SNDD, tous les pays se heurtent aux mêmes défis, mais ils sont loin d'avoir tous la même capacité à gérer des risques qui leur sont associés et l'impact qu'ils peuvent avoir. Dans les pays en développement par exemple, les difficultés sont aggravées par plusieurs facteurs: la pauvreté, les rivalités politiques pour le contrôle de ressources peu abondantes, le rythme rapide de l'exode rural et les problèmes qui ont suivi en matière d'approvisionnement alimentaire, d'infrastructure et d'accès aux soins de santé de base, à l'eau et aux services énergétiques.

Une autre remarque peut être formulée afin de voir davantage irrigué par les Stratégies Nationales (SN) tous les échelons administratifs et politiques na-

56 On peut citer par exemple la Stratégie Nordique qui rassemble cinq Etats.

57 Cf Assemblée Générale, Nations Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011, Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, point 34, p.14.

tionaux et locaux. Ainsi il serait sans doute plus efficace qu'une telle stratégie permette l'intervention des autorités locales et donne lieu à un processus itératif et bidirectionnel entre le niveau national et les échelons décentralisés. Néanmoins ce processus pour être efficace nécessite sans doute que les différents échelons administratifs soient à cet égard mieux coordonnés.

Il convient de noter que le chapitre 28 d'Action 21 énonce des orientations pour les initiatives locales à l'appui d'objectifs généraux, et invite les collectivités territoriales à élaborer des sous-stratégies en fonction de leur économie et des conditions particulières qui prévalent sur leur territoire.

Néanmoins, si les stratégies de développement durable ont essaimé depuis la conférence de Rio, il convient d'observer également la multiplication de cadres politiques favorisant les projets de territoires. A ce titre la frontière territoriale demeure un cadre politique majeur. On retrouve les projets de promotion du développement durable types Agenda 21. Les collectivités pourraient néanmoins adopter de réelles stratégies locales de développement durable, intégrées à leur territoire. On a vu l'importance d'un Conseil National ou d'un Comité National de développement durable en France ou d'un comité interministériel des sous-ministres au Canada. En effet une SNDD ne semble efficace que si une gouvernance spécifique accompagne le dispositif. Et ce dernier est d'autant plus efficient s'il regroupe la société civile.

Par ailleurs, selon l'ONU, la participation active des parties intéressées (entreprises, syndicats, ONG, populations autochtones...) devrait constituer une caractéristique fondamentale de l'élaboration et de la mise en œuvre des SNDD. En effet le développement durable suppose des arbitrages entre les divers objectifs qui ne peuvent être déterminés par les seuls gouvernements. Ces jugements de valeur appellent au contraire des approches participatives qui font intervenir le public moyennant une communication effective.

A cet effet des enquêtes publiques plus ou moins poussées ont été organisées dans certains pays afin de recueillir des commentaires sur les projets de stratégie. C'est le cas en Belgique et Finlande. Il convient d'observer aussi l'attitude de certains pays qui font siéger les parties intéressées au sein de commissions ou de conseils spéciaux indépendants. Et ces derniers formulent des avis à l'intention de l'organisme officiel chargé de mettre en œuvre la stratégie.

D'autres pays également font participer les parties prenantes aux côtés des organismes officiels, à la structure de coordination globale mise en place à l'appui du développement durable. Une autre remarque peut être formulée dans l'optique d'améliorer l'efficacité de la SNDD. Il conviendrait de mettre les SNDD en œuvre par des organismes dans lesquels les partenaires sociaux et

les autres parties intéressées sont largement représentés, afin de promouvoir la concertation, le dialogue et des approches plus novatrices. A cet égard les SNDD doivent être des dispositifs évolutifs, caractérisés par un souci d'apprentissage, d'adaptation et d'amélioration permanente. On peut citer l'éphémère Conseil National du développement durable français, qui représentait la société civile. On peut mentionner également l'exemple de l'Autriche qui a mis en place une "Stratégie d'apprentissage" qui met l'accent sur les rapports et la communication dans l'optique d'élargir la participation à l'élaboration et à la mise en œuvre de la Stratégie Autrichienne de développement durable. De même on peut également citer le Canada. Ce dernier a mis en place un processus d'évaluation via le CEDD⁵⁸.

Quant au Royaume-Uni, la Commission du développement durable créée en 2000 a vu évoluer son rôle passé de simple "ami critique" vers celui d'un organisme de surveillance indépendant.

Il conviendra ainsi de conserver un œil attentif sur les divers processus de SNDD.

Si les lois et politiques adoptées aux niveaux nationaux et régionaux fournissent le meilleur moyen de mesurer l'engagement politique, il convient également de mentionner le développement des institutions et la participation des parties prenantes comme engagement politique. On observe toutefois que les Etats membres et les organismes des Nations-Unies ont bénéficié d'un renforcement de l'engagement en faveur du développement durable depuis 1992. Cet engagement a pris diverses formes, que ce soit des programmes d'action ou des cadres politiques types SNDD.

Il faut souligner également le rôle important des accords internationaux en matière d'environnement ou de développement durable, même si leur application dépend en grande partie des capacités humaines, financières, institutionnelles allouées⁵⁹. En effet l'appui politique est déterminant. On constate qu'il s'est manifesté au niveau international dans le cadre d'accords multilatéraux sur l'environnement, au niveau régional et sous-régional par des alliances politiques et des partenariats⁶⁰, au niveau national par des SNDD ou des conseils natio-

58 Commissaire à l'environnement et au développement durable canadien. Cf SNDD 2006 : en route vers le développement durable canadien. www.ic.gc.ca/eic/site/sd-dd.../sd00384

59 Les Nations-Unies en mentionnent environ 500. Cf Assemblée Générale, Nations Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011, Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, p.5.

60 On peut mentionner le Partenariat insulaire mondial ; la communauté des Caraïbes, le Forum des îles du Pacifique, le Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD).

naux de développement durable et une coordination interministérielle accrue, au niveau local enfin par des plans inspirés d'Action 21 types Agenda 21.

L'élaboration et la mise en place de SNDD ou leurs équivalents, de mécanismes interministériels témoignent d'un appui politique croissant en faveur du développement durable en intégrant certains de ses aspects au sein des politiques publiques et en augmentant la participation des parties prenantes concernées dans leur formulation et mise en œuvre.

Pour être efficace il faut que le développement durable soit intégré dans les politiques publiques. Parmi les principales difficultés auxquelles se heurte la promotion d'une planification et d'une prise de décisions intégrées figurent l'opacité du processus décisionnel en matière de développement, l'absence de participation publique aux processus de planification, le manque de coordination entre les ministères et organismes publics ayant des priorités concurrentes, le manque de ressources humaines. Cela est valable pour les pays d'Afrique notamment alors que la majorité d'entre eux s'est dotée d'institutions ou d'outils programmatoires de développement durable. Fort de ces constats, la faible priorité politique accordée à une prise de décisions intégrée en matière de développement durable constitue le principal obstacle à sa mise en œuvre.

Les petits Etats insulaires en développement ont de réelles difficultés à assurer le suivi et l'évaluation des progrès du DD en l'absence de systèmes de ventilation des données et de capacités d'analyse suffisantes. Les petits Etats insulaires en développement n'ont que peu progressé et ont même régressé notamment en termes de réduction de la pauvreté et de viabilité de la dette⁶¹. La mise en œuvre des SNDD et des stratégies et plans analogues devrait bénéficier d'un rang de priorité beaucoup plus élevé, tandis que les investissements dans la science et les techniques au service du développement durable doivent être sensiblement augmentés.

L'appui institutionnel et financier tel que l'éducation au développement durable et les initiatives locales au titre d'Action 21 améliorerait également la mise en œuvre.

On observe également quelques facteurs récurrents de réussite. On peut mentionner la meilleure disponibilité de ressources financières adéquates, même si elles sont encore insuffisantes, ainsi que la volonté politique renouvelée. L'Ecosoc mentionne également que les thèmes privilégiés dans les SNDD sont: l'eau, les déchets, la productivité agricole.

61 Cf Stratégie de Maurice qui promeut un Programme d'action pour le développement durable des petits Etats insulaires en développement.

On observe que l'efficacité des SNDD dépend de nombreux facteurs et de la qualité de la gouvernance, compte tenu des circonstances nationales. Celles qui se sont avérées efficaces comportent une approche participative du développement et de la mise en œuvre, intègrent vraiment les différentes dimensions du développement durable et disposent de ressources suffisantes. De véritables plans nationaux de développement durable ainsi que des stratégies de lutte contre la pauvreté, rattachés aux processus budgétaires et aux politiques sectorielles pourraient être très efficaces. La Commission du développement durable de l'Ecosoc devrait renforcer sa collaboration avec les commissions régionales et d'autres organismes pour la prise de décisions et pour susciter la participation de divers fonds et institutions des Nations Unies à la mise en œuvre des décisions intergouvernementales. Si la commission peut se flatter d'associer depuis longtemps la société civile à ses délibérations, elle devrait redoubler d'efforts pour y associer des organisations de la société civile dans les pays en développement (Inde). Il faudrait également renforcer la formation et l'enseignement au développement durable.

La portée d'une SNDD est souvent trop limitée, uniquement centrée sur des questions environnementales. Cette limite est valable pour la SNDD française, ce qui crée une confusion maladroite entre développement durable et environnement. Les aspects culturels, politiques et socioéconomiques ne sont pas toujours suffisamment pris en compte. Ainsi par exemple, bien que tous les petits Etats insulaires en développement du Pacifique aient une stratégie nationale de développement durable ou une méthode de planification conforme aux principes du développement durable, l'examen quinquennal de la mise en œuvre de la Stratégie de Maurice donne à penser que le processus de planification appelle des améliorations. Dans les pays d'Asie occidentale, la plupart des stratégies nationales de développement durable n'ont pas permis de déterminer quelles seraient les meilleures dispositions institutionnelles et administratives nécessaires pour coordonner et mettre en œuvre leurs plans d'action, qui sont souvent incompatibles avec d'autres stratégies sectorielles. L'Afrique du Sud propose de créer un dispositif indépendant d'évaluation collégiale qui ferait appel à l'expérience des Etats membres pour aider les pays à recenser les insuffisances et à résoudre les difficultés auxquelles se heurte la réalisation des objectifs et des cibles du développement durable⁶². Les agendas 21 locaux, déclinaison

62 Cf Assemblée Générale, Nations Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011, Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, point 97, p.33.

territoriale du chapitre 28 d'Action 21 doivent à cet égard servir de relais des plans et programmes portés par la SNDD.

Fort du succès quantitatif des SNDD, qui restent l'instrument privilégié de mise en œuvre du développement durable, de nombreux défis demeurent encore. En effet la portée concrète d'une stratégie de développement durable est encore trop souvent limitée, souvent par manque de volonté politique réelle, de manière récurrente par manque de moyens techniques et humains. Le droit ne peut se substituer ni à l'un, ni à l'autre.

Parmi les difficultés d'applications rencontrées, on peut mentionner successivement des capacités institutionnelles limitées ; une forte concurrence pour des ressources financières insuffisantes, surtout en période de crise financière mondiale ; la complexité et la portée réduites des stratégies de développement durable ; le manque de coordination entre les organisations et les institutions ; la faible responsabilisation des acteurs et des intérêts contradictoires entre les parties prenantes ; la concurrence entre les priorités à court terme et celles à long terme ; un processus de suivi pas toujours efficace voire inexistant ; des processus d'information et d'évaluation insuffisants ou inexistant ; un faible engagement des femmes et des jeunes ; la nécessité de garantir une coopération interministérielle efficace et continue ; enfin le besoin de coordination entre les institutions locales et nationales⁶³.

Si la voie semble aujourd'hui ouverte pour la plupart des Etats qui se sont dotés d'un instrument programmatore de développement durable, le chemin qui conduit à la prise en compte complète et réelle de la notion dans la sphère publique semble encore long. De nombreuses limites et de multiples freins persistent.

Rio de Janeiro, mère du développement durable en 1992, redevient la capitale choisie par les Nations-Unies, vingt ans après, à l'occasion du sommet mondial du développement durable.

En juin 2012 doit se négocier le nouveau rôle d'Ecosoc. Il conviendrait pour certains de remplacer l'organe des Nations-Unies par une véritable ONU⁶⁴ ou une OME⁶⁴. La proclamation de la nouvelle "croissance verte" est également à l'ordre du jour. Sera-t-elle à même d'offrir une nouvelle raison d'être aux diverses stratégies de développement durable existantes? On peut en douter. En effet, dans le cadre de cette Conférence des Nations-Unies sur le

63 Cf Assemblée Générale, Nations-Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011, Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, point 109, p.36.

64 Organisation des Nations Unies pour l'Environnement ou Organisation Mondiale de l'Environnement

développement durable, le risque qui demeure concerne essentiellement trois aspects: d'abord l'insuffisance de la volonté politique des Etats de réformer le cadre institutionnel existant. On constate ensuite les divisions Nord-Sud qui subsistent toujours, et enfin l'absence générale de volonté des Etats de coopérer au niveau international.

La Conférence peut fournir l'occasion de conclure un accord sur un ensemble de réformes à apporter à la gouvernance internationale et intergouvernementale de l'environnement. Elle peut également aboutir à rétablir l'équilibre institutionnel fragile entre les trois piliers du développement durable. Ce dernier passe par la participation effective de la société civile à la prise de décision, dans l'esprit de la convention d'Aarhus, ainsi que par l'éducation et la formation. Il convient également de renforcer le financement réel et effectif des politiques publiques qui favorisent le développement durable.

Le défi demeure alors de passer le cap des stratégies nationales de développement durable à de véritables stratégies nationales intégrées de développement durable. C'est en tout cas un des vœux des Nations-Unies⁶⁵. Faisons en sorte qu'il ne demeure pieu.

Bibliographie

Julien Prieur, "Le développement durable et les politiques publiques", Thèse de droit public, Université de Limoges, Faculté de droit et de sciences économiques, Ecole Doctorale Thématique n°088, Droit et Science Politique EA 3177 Pierre Couvrat, CRIDEAU-OMIJ, 680 pages, mai 2010.

Atelier sur les cadres institutionnel et stratégique du développement durable en Afrique. Addis-Abeba (Ethiopie), 7-9 mars 2011, Aide Mémoire

Projet de SNDD 2009-2012 — Version provisoire, février 2009, www.developpement-durable.gouv.fr

SNDD 2010-2013. site www.developpement-durable.org.fr

Environnement Canada, Rapport d'étape sur la stratégie fédérale de développement durable 2010-2013, Bureau du développement durable, juin 2011

65 Cf Assemblée Générale, Nations Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011, Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, point 116, p.38.

Commissaire à l'environnement et au développement durable canadien. Cf SNDD 2006: en route vers le développement durable canadien. www.ic.gc.ca/eic/site/sd-dd.../sd00384

Assemblée Générale, Nations-Unies, Comité préparatoire de la Conférence des NU sur le développement durable, 7-8 mars 2011.

Rapport de synthèse sur les meilleures pratiques et les enseignements tirés concernant l'objectif et les thèmes de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable,

OCDE. Réflexion du Conseil de l'Europe, 26 octobre 2005, "think tank sur le développement durable", Stratégies intergouvernementales de développement durable: expériences et perspectives pour le Conseil de l'Europe.

SDD "Développement durable — Nouveaux repères pour les pays nordiques".

Conseil de l'Union Européenne, Bruxelles, 26 juin 2006, 1091/06, Examen de la stratégie de l'UE en faveur du développement durable (SDD de l'UE) — Nouvelle stratégie, 2006.

Développement durable en Europe pour un monde meilleur: stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable (Proposition de la Commission en vue du Conseil européen de Göteborg), Bruxelles le 19 juin 2001 COM (2001) 264 final/2.

Michel Prieur, Dalloz Droit de l'environnement 6^{ème} édition 2011

Site internet:

www.un.org/fr/ecosoc

www.environnement.gouv.fr

www.uicn.org

www.eea.europa.eu/fr

www.ec.gc.ca/sd-dd_consult/final/index97_f.htm

www.strategie.ic.gc.ca

www.un.org

www.norden.org

B) INSTRUMENTOS DO DIREITO NACIONAL

1) DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO URBANÍSTICO

RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

PATRICIA SAMPAIO

CAROLINA BARROS FIDALGO ¹

Resumo:

O artigo comenta os instrumentos de política pública à disposição do administrador municipal brasileiro, demonstrando a crescente ênfase na tutela do desenvolvimento sustentável a partir da perspectiva das cidades.

Abstract:

The article reviews the main legal instruments available to the municipal public administration in Brazil in order to further the right to sustainable development under a local perspective.

1. Introdução

De acordo com o art. 225 da Constituição Federal, a todos é assegurado o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Por essa razão, no Brasil, “ganha relevo o interesse sobre a compreensão das manifestações de uma ecologização do Direito e das tarefas do Estado, integradas em um projeto político e existencial comprometido com a durabilidade da vida e uma escala temporal alargada”.²

1 Carolina Barros Fidalgo é mestranda e professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — FGV-Direito Rio; pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia — CPDE/FGV-Direito Rio; mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP.

2 AYALA, Patryck de Araújo. Direito Ambiental da Sustentabilidade: os imperativos de um Direito ambiental de segunda geração na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 65. Um dos aspectos mais importantes dessa transformação observada nos deveres do Estado com relação ao meio ambiente diz respeito ao tratamento dos riscos associados a novas tecnologias e processos produtivos, demandando respostas do poder público e da sociedade (*ob. cit.*, p. 66).

Nesse contexto, cresce o debate em torno do tema da sustentabilidade ambiental,³ caracterizada por princípios como os da precaução⁴, da solidariedade, da proteção das futuras gerações e da proibição do retrocesso ambiental, voltados a compatibilizar as atividades humanas necessárias ao desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente, em uma época caracterizada por mudança climática global, redução de diversidade biológica, aumento da população e busca da redução da pobreza.⁵

Desenvolvimento sustentável é, assim, “o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a habilidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”.⁶

Este conceito decorre do reconhecimento de que “meio ambiente e desenvolvimento não constituem desafios separados; estão inevitavelmente interligados”.⁷ Portanto, “o desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências da destruição ambiental”. De fato, “esses problemas não podem ser tratados separadamente por instituições e políticas fragmentadas”, pois “fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito”.⁸

Há, portanto, uma clara relação de interdependência entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento: “as liberdades econômicas somente têm seu exercício viabilizado sob o condicionamento de imperativos ecológicos, ao mesmo tempo em que a proteção do meio ambiente somente tem sua justificativa se esta também puder ser integrada com um dos pressupostos que viabilizam a existência humana”.⁹

3 De acordo com Stephen Dovers, o conceito moderno de sustentabilidade remonta à década de 1970, quando foi realizada a primeira *UN Conference on the Human Environment*, em Estocolmo (1972). DOVERS, Stephen R.. Sustainability: Demands on Policy. *Journal of Public Policy*, Vol. 16, No. 3 (Sep. - Dec., 1996), p. 303.

4 De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, “quando houver dúvida científica da potencialidade do dano ao meio ambiente acerca de qualquer conduta que pretenda ser tomada (ex.: liberação e descarte de organismo geneticamente modificado no meio ambiente, utilização de fertilizantes ou defensivos agrícolas, instalação de atividades ou obra, etc.), incide o princípio da precaução para prevenir o meio ambiente de um risco futuro”. *Instituições de Direito Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002, v. I, p. 150.

5 DOVERS, Stephen R.. Sustainability: Demands on Policy, p. 303.

6 Conforme conceito adotado pela *World Commission on Environment and Development*, em relatório produzido em 1987, também conhecido por Relatório Brundtland.

7 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1988, p. 40.

8 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*, p. 40.

9 AYALA, Patryck de Araújo. Direito Ambiental da Sustentabilidade, p. 75.

Diante das novas exigências decorrentes do direito ambiental da sustentabilidade, impõe-se ao Estado a assunção de tarefas de ordem legislativa e executiva, visando não só recuperar os bens naturais degradados, mas também evitar a sua degradação, em especial sob a forma de disciplina dos riscos inerentes às atividades necessárias ao desenvolvimento da sociedade. Trata-se de perseguir uma constante adaptação dos processos produtivos e do uso de recursos naturais, a fim de permitir o atendimento das necessidades humanas e, ao mesmo tempo, reduzir as ameaças ao meio ambiente.¹⁰

Os problemas relacionados ao desenvolvimento sustentável podem variar desde questões de pequena escala, recebendo tratamento por políticas ordinárias de proteção ao meio ambiente, até temas extremamente difusos, complexos, possivelmente irreversíveis, cujo contingenciamento depende da participação de diversos entes globais. Dessa forma, a doutrina os divide em três níveis a depender da sua gravidade e forma de contingenciamento: os problemas “micro”, os problemas “meso” e os problemas “macro”.¹¹

Os primeiros consistem em problemas de escala local, cuja administração não requer expressivos recursos ou o desenvolvimento de novas tecnologias, tais como o controle da poluição, o planejamento de recuperação de espécies, a preservação de ecossistemas. O tratamento dessas questões constitui atribuição comum e cotidiana do administrador ambiental, através, por exemplo, de procedimentos de análise de impactos ambientais e licenciamento de atividades.

Os medianos, por sua vez, demandam uma agenda especial por parte do Administrador Público para a sua solução, adicionalmente aos processos comuns de licenciamento e fiscalização ambiental. O conjunto de diversos problemas de microescala pode ser considerado um problema mediano, a exigir uma solução específica, não prevista pela política ambiental ordinária. Seria o caso da poluição transfronteiriça.

Os problemas macro, por fim, são multifacetados, complexos e difusos no tempo e no espaço, podendo levar a uma ruptura de sistemas naturais. A sua solução está além das políticas existentes, demandando a alteração de processos de produção e consumo. São exemplos a mudança climática, a redução da biodiversidade, o aumento expressivo da população humana.

A Administração Pública municipal, tema do presente artigo, pode desempenhar relevante papel na concretização do desenvolvimento sustentável, espe-

10 DOVERS, Stephen R.. Sustainability: Demands on Policy, p. 304.

11 DOVERS, Stephen R.. Sustainability: Demands on Policy, p. 307.

cialmente no que tange à gestão e à solução dos problemas micro.¹² São atribuições típicas da municipalidade, nesse tocante, a exigência de licenciamento das edificações e das atividades econômicas, a criação de unidades de proteção ambiental em seus respectivos territórios e, ainda, a fiscalização quanto ao cumprimento da legislação ambiental.¹³ É esse o foco do presente trabalho: o estudo dos instrumentos utilizados pelos Municípios, em especial pelo Poder Executivo local, para a promoção do Direito Ambiental da Sustentabilidade.

2. Cidades sustentáveis: a importância dos Municípios na implementação de instrumentos de sustentabilidade ambiental

O cerne do federalismo consiste na busca das vantagens oriundas da descentralização do poder, tais como a aproximação do poder político dos cidadãos e o consequente aumento da probabilidade de que as demandas específicas de cada conjunto populacional, residente nos mais diversos pontos do país, possam ser atendidas; a implementação de um sistema de controles recíprocos entre os entes da federação; e a possibilidade de experimentação e inovação de práticas nos âmbitos regionais e locais que, em caso de sucesso, possam ser replicadas.

Tendo em vista a sua proximidade com os cidadãos e com os problemas enfrentados pelos centros urbanos, o papel dos Municípios na concretização dos princípios e regras constitucionais de proteção ao meio ambiente mostra-se extremamente relevante, notadamente através da política de ocupação urbana, cujas previsões mais relevantes encontram-se refletidas no Plano Diretor, e do exercício do poder de polícia ambiental, traduzido em instrumentos como o dever de licenciamento de atividades potencialmente poluidoras e de fiscalização ambiental.

Os Municípios possuem competências legislativas e executivas em matéria ambiental.

12 Nesse sentido, Andreas Krell destaca que “o leque das tarefas municipais tradicionais, como o zoneamento, o parcelamento do solo, a limpeza urbana, o escoamento sanitário, o planejamento do trânsito e das áreas de lazer, foi ampliado por novos desafios no campo dos resíduos sólidos, da degradação do solo, dos ruídos, da proteção da natureza e das paisagens”. KRELL, Andreas J. *Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais*. In: KRELL, Andreas J. (org.); MAIA, Alexandre da (coord.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 155.

13 Um estudo empírico das correlações entre os instrumentos municipais à disposição do administrador público na tutela do meio ambiente e a efetividade da tutela do meio ambiente nos Municípios situados no Estado do Rio de Janeiro foi realizado por PENTEADO, Fernando; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; NOGUEIRA, Rafaela; SAMPAIO, Rômulo da Rocha. *A relevância da atuação dos Municípios para a governança ambiental no Estado do Rio de Janeiro: um estudo empírico*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 910, p. 45-79, 2011.

2.1 Competência legislativa municipal em matéria ambiental

De acordo com o art. 24, VI, da Constituição Federal, a competência para a edição de normas sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” foi atribuída de forma concorrente à União Federal, aos Estados e ao Distrito Federal. Isso significa que compete à União expedir normas de cunho geral sobre a proteção do meio ambiente (§ 1º do art. 24), cabendo aos Estados suplementar a referida legislação, para atender às suas peculiaridades (§ 2º). As normas estaduais, contudo, não poderão contrariar as disposições gerais constantes na legislação federal (§ 4º), mas os Estados poderão exercer competência legislativa plena enquanto a União não editar leis sobre o assunto (§ 3º).¹⁴

O poder legislativo municipal em matéria ambiental, por sua vez, decorre do art. 30 da Carta Maior, que prevê a possibilidade de suplementação, no nível municipal, da legislação federal e estadual no que couber. Além disso, o art. 30 estabelece que cumpre aos Municípios legislar, com exclusividade, sobre assuntos de interesse preponderantemente local, notadamente aqueles relacionados à solução de problemas urbanos.¹⁵

Acerca da competência legislativa complementar dos Estados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que “existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-las às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena ‘para atender a suas peculiaridades’ (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º)”.¹⁶

Aplicando-se, por analogia, aos Municípios, a jurisprudência delineada pelo STF no que tange à extensão e limites do poder legislativo estadual em matéria ambiental, ter-se-ia que lei municipal sobre os assuntos elencados no art. 24 da Constituição apenas poderia suplementar as normas gerais estabele-

14 De acordo com Paulo Affonso Leme Machado, “a capacidade suplementária está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal ou diante da constatação de lacunas ou de imperfeições da norma geral federal”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 79. E o autor ressalta: “não se pode suplementar um texto legal para descumprí-lo ou para deturpar sua intenção, isto é, para desviar-se da *mens legis* ambiental federal” (p. 80).

15 Constituição Federal. “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...)”.

16 Conforme voto do Ministro Carlos Velloso na ADI nº. 3.098.

cidas na legislação federal, mas nunca “dispor em diametral objeção a esta”¹⁷ ou transgredir os seus princípios, sendo, além disso, justificável apenas quando necessária ao atendimento de um interesse peculiar.¹⁸

De acordo alguns julgados do STF, cumpriria à União Federal estabelecer a proteção mínima a ser exigida, e aos Estados-membros e Municípios complementar as garantias e exigências nacionais para atender às peculiaridades de suas populações e territórios.¹⁹ Impõe-se, dessa forma, uma relação de não con-

17 Foi esse o entendimento que prevaleceu na decisão proferida pelo Plenário do STF quando do julgamento da ADI nº. 2.396, em que se discutiu a constitucionalidade de uma lei estadual em matéria ambiental: “Afronta à competência legislativa concorrente da União para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. Artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da Constituição Federal. (...) A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG e ADI 1980/PR-MC”.

18 De acordo com o voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar na ADI nº. 2.667: “Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo ‘ultra vires’, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes à determinada matéria (educação e ensino, na espécie) (ADIN-MC 2.667-4-DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.03.2004). O STF, em outra ocasião, decidiu que lei estadual que visa a substituir — e não tão-somente suplementar - a legislação federal geral sobre produtos transgênicos, mostrava-se inconstitucional por violação ao art. 24, V e XII, da Constituição Federal: “(...) 2. Seja dispendo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente” (STF, ADI nº. 3645, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 31/05/2006).

19 O STF sinalizou, contudo, uma possível flexibilização do entendimento anteriormente firmado no sentido de que entes locais não poderiam vedar, em nome da proteção ao meio ambiente, a comercialização de produtos admitidos pela legislação federal. Veja-se, nesse sentido, o caso da disciplina legislativa sobre a utilização do amianto crisotila no Brasil. A orientação jurisprudencial sobre o assunto havia sido fixada, como visto, quando do julgamento da ADIN nº. 2396, em que se discutia a constitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso que dispunha sobre produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização de amianto crisotila. Naquela ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade da lei, por violação ao art. 24, V, VI e XII, da Constituição Federal, tendo em vista que “a legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta”. Essa decisão foi mantida quando do julgamento da ADI 2656, relativa ao mesmo assunto, dessa vez tratado por lei do Estado de São Paulo. Contudo, o Estado de São Paulo, em 2007, editou outra lei sobre o tema (Lei nº. 12.684), que também foi objeto de ADI (ADI 3937), ainda não julgada em seu mérito. Nessa ADI, foi proferida decisão negando a liminar pleiteada para a suspensão da referida lei, tendo prevalecido, por

triariedade²⁰ e a comprovação da necessidade da norma suplementar diante de características particulares dos entes da federação²¹

maioria, o entendimento de que a referida lei estadual seria *prima facie* constitucional. Dentre os novos argumentos que surgiram, destacamos o levantado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de que após a internalização, no Brasil, da Convenção 162 da OIT, essa passou a ser a norma geral sobre o tema, sendo a lei federal uma lei específica destinada, talvez, a permitir o crisotila tão somente no âmbito das relações federais. Acrescentou que essa distinção entre lei federal e lei específica seria inaplicável ao caso das leis sobre amianto, porque, em matéria de defesa da saúde, sobre a qual o Estado-membro tem competência, não seria razoável que a União exerce uma opção permissiva no lugar do Estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro dos limites razoáveis, aos interesses da sua comunidade, sob pena de, assim fazendo, esvaziar por completo o compromisso internacional assumido pelo Brasil na Convenção.

- 20 Merece menção a existência de doutrina sustentando que seria legítimo aos Municípios, diante de uma peculiaridade local, eventualmente flexibilizar um comando geral constante de lei geral. Andreas Krell, nesse sentido, afirma que “geralmente, as leis municipais somente podem aumentar o nível de proteção ambiental já estabelecido por normas estaduais e federais, visto que a competência legislativa está concentrada nesses entes (art. 24, VI, CF); no entanto, pode haver exceções em casos concretos, que devem ser analisados com cautela” (*Op.cit.*, p. 196). Em sentido semelhante, Verônica Guimarães afirma que “as normas locais menos restritivas podem ser possíveis, desde que sua necessidade seja plenamente justificada pelo interesse local e não afetem, num nível mais amplo, a proteção ou gestão ambiental, evitando-se, assim, inconstitucionalidades”. GUIMARAES, Verônica Bezerra. As Competências Federativas para o Controle da Poluição do Ar Causada por Veículos Automotores. In: KRELL, Andreas J. (org.); MAIA, Alexandre da (coord.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 216 e ss.
- 21 Existem, de fato, estudos no cenário internacional que indicam que a atribuição de competências legislativas amplas aos entes federativos em matéria de proteção ambiental pode implicar a redução das exigências e restrições impostas para a instalação de indústrias nos seus respectivos territórios, como forma de competição para a atração de investimentos. Ver, a respeito, WHITFORD, Andrew B.; WONG, Karen. Political and Social Foundations for Environmental Sustainability. *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 1 (Mar., 2009), p. 190. Os autores, contudo, não concordam com tal assertiva. De acordo com os estudos por eles promovidos, não haveria correlação necessária entre federalismo e sustentabilidade ambiental (Idem, p. 198). Para eles, mais importantes para esse fim são os níveis de democracia e os índices de desenvolvimento humano. De acordo com Andreas Krell, “uma municipalização bem-sucedida exige o prévio levantamento objetivo das condições jurídicas e administrativas locais para identificar a estrutura básica das normas, dos planos e projetos relacionados à proteção ambiental e ao desenvolvimento urbanístico. O estudo dos pressupostos jurídicos de uma legislação ambiental municipal deve ser acompanhado por uma reflexão sobre as vantagens ou desvantagens de uma regulamentação descentralizada dos problemas ecológicos. É necessário, portanto, detectar as áreas da proteção ambiental nas quais as competências municipais ainda são suficientes perante os problemas cada vez mais agudos e, também, investigar se as mesmas não deveriam ser limitadas e, no mínimo, parcialmente, substituídas por competências mais abrangentes dos níveis governamentais superiores” (KRELL, Andreas J. Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas J. (org.); MAIA, Alexandre da (coord.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 148). O autor cita problemas como a tendência dos Municípios de externalizar os problemas ambientais locais (por exemplo, através do despejo de esgoto doméstico nos rios regionais), bem como a falta de interesse em implementar projetos de natureza ambiental, face à pouca visibilidade para o público eleitor (Idem, p. 149). O autor também aponta a utilização política da regulação ambiental como forma de “disputa de atração de potenciais econômicos” (Idem, p. 150). Em vista disso, para o autor, “torna-se necessário que a União e os Estados federados editem parâmetros legais de orientação e estabeleçam - para assegurar um certo nível de padrões ambientais ultrarregionais — limitações a serem observadas pelos Municípios no seu planejamento. E, ainda que não defendamos uma limitação da autonomia dos Municípios ou o seu direito de autoadministrar as suas tarefas locais, achamos que se faz necessária uma graduação de prioridades, a ser efetuada em um nível

Esse entendimento, todavia, embora seja uma interpretação possivelmente extraível dos arts. 24 e 30 da Constituição Federal, reduz, de certo modo, o espaço de autonomia dos entes federativos e, conseqüentemente, o espaço para experimentação legislativa. Quanto menor for a abrangência da competência legislativa reconhecida aos demais entes da federação, menor será a possibilidade de que possam tentar construir as soluções normativas necessárias a atender às suas peculiaridades, considerando as assimetrias existentes no interior da federação brasileira.

Por outro lado, limitações ao poder legiferante de Estados e Municípios em matéria ambiental podem justificar-se para que se proteja a liberdade de iniciativa (art. 170, *caput*, CF/88) de forma isonômica em todos os entes da federação, evitando-se que se passe para a esfera ambiental as dificuldades já observadas, em sede tributária, no que tange à “guerra fiscal”.²² Merece ser lembrado, ainda, que, no Brasil, a propriedade privada (arts. 5º, *caput* e 170, II, CF/88) deve ser assegurada em todo o território nacional e que a competência para legislar sobre matérias de direito civil e comercial é privativa da União Federal (art. 22, I, CF/88).

Resta, portanto, constatada a complexidade do arranjo federativo de competências legislativas para a tutela do meio ambiente.

2.2 Competência executiva dos Municípios em matéria ambiental

De acordo com o art. 23 da Carta Maior são comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios as competências materiais em sede ambiental.

Este dispositivo constitucional representa uma das principais manifestações do federalismo cooperativo, não podendo existir, de acordo com Gilberto Bercovici, “supremacia de nenhuma das esferas na execução dessas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo”.²³

superior, que considere as diferentes condições e necessidades ecológicas nos espaços estruturais de cada região; assim, os poderes locais de decisão — as prefeituras e câmaras — seriam menos influenciados por ‘coligações ocasionais de interesse’. Além disso, na política ambiental existe uma grande necessidade de coordenação, sendo que muitas vezes é preciso que os órgãos estaduais e federais conduzam as medidas locais” (Idem, pp. 149/150).

22 BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro, *Revista de Direito Sanitário*, vol. 3, nº 1, mar. 2002, pp. 15/17.

23 Em 2011, foi finalmente editada lei complementar que estabelece normas sobre a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes da competência comum relativa à proteção do meio ambiente. A Lei complementar nº. 140, de 08 de dezembro, trouxe algumas importantes diretrizes sobre esse tema, em especial definindo as competências para o licenciamento ambiental e estabelecendo parâmetros para o exercício da fiscalização ambiental, conforme será exposto adiante.

De acordo com o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.²⁴

O art. 225 da Constituição Federal prevê, na mesma linha, que incumbe ao Poder Público — aí considerados a União, Estados, Distrito Federal e Municípios — e à coletividade o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e “preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, através de medidas como a instituição de unidades de conservação em todas as esferas federativas (inc. III); da imposição de elaboração de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (inc. IV); controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (inc. V); promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (inc. VI) e proteção da fauna e da flora, com a proibição das práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (inc. VII).

O foco do presente artigo consiste justamente em apresentar alguns instrumentos que estão à disposição do administrador público municipal para concretização do princípio do desenvolvimento sustentável.

2.3. O Plano Diretor como instrumento de planejamento da cidade ambientalmente sustentável

A Constituição Federal obriga a que toda cidade com mais de vinte mil habitantes possua um Plano Diretor. Informa, ainda, que no direito brasileiro, a

24 Constituição Federal. “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O Estatuto da Cidade amplia o rol de cidades obrigadas à elaboração de Plano Diretor, assim dispondo: “Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I — com mais de vinte mil habitantes; II — integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III — onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV — integrantes de áreas de especial interesse turístico; V — inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos”.

função social da propriedade urbana é atendida quando o direito de propriedade é exercido em conformidade com o Plano Diretor.²⁵

Nos termos do art. 40 da Lei federal nº. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o Plano Diretor é “o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”, constituindo “parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas”. De acordo com José Afonso da Silva, “o Plano Diretor, como instrumento de atuação da função urbanística dos Municípios, constitui um plano geral e global que tem, portanto, por função sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando ao bem-estar da comunidade local”.²⁶

Prevê o Estatuto da Cidade que um dos objetivos da política urbana consiste justamente na “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I), bem como no “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente” (art. 2º, IV) e, ainda, a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” (art. 2º, XII).

Dessa forma, na medida em que constitui o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, o Plano Diretor possui importante papel na implementação de uma política ambiental sustentável de âmbito local, que compatibilize o crescimento populacional, a necessidade de expansão urbana e de exploração de atividades econômicas, com a proteção do meio ambiente, através da orientação das ações dos agentes públicos e privados.

25 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

26 “O diagnóstico determinará: (1) *os problemas existentes na área a ser transformada*, abrangendo-os no *nível dos objetivos*, ou seja, referentes aos bens ou serviços que a entidade pública se propõe a colocar à disposição da comunidade local, assim como os problemas no *nível dos meios*, ou seja, concernentes à estrutura institucional do Município e sua adequação orgânico-administrativa para o cumprimento dos objetivos; (2) *as necessidades a atender*, que são identificadas na análise dos problemas existentes, procurando indicar as ações que devem ser empreendidas para seu atendimento, segundo uma escala de prioridade que se estabeleça; (3) *os tipos de atuação a desenvolver* para atender às necessidades identificadas e, assim, resolver os problemas existentes de acordo com os objetivos estabelecidos. O *diagnóstico* corresponde a uma *análise da situação* visando coligir dados informativos para estabelecer as diretrizes das mudanças que se quer empreender, buscando responder — sempre que possível, quantitativamente — às seguintes perguntas: (a) *Quais são os problemas existentes?* (b) *Que tipos de atuação devem ser desenvolvidos?*” SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 143, itálicos no original.

Para ser exercida de forma satisfatória, a formulação do Plano Diretor deve ser precedida da realização de estudos preliminares, com o objetivo de avaliar a situação ambiental do Município e promover um diagnóstico dos problemas existentes.²⁷

A elaboração do diagnóstico ambiental urbano mostra-se essencial à concretização do objetivo de sustentabilidade ambiental. É com base nesses achados que serão definidos os planos futuros de ação da municipalidade, contendo as políticas para a solução dos problemas encontrados, bem como os instrumentos específicos de atuação, adequados ao atendimento das necessidades identificadas.²⁸

Alguns desses instrumentos específicos de disciplina do meio ambiente urbano já encontram-se previstos no próprio Estatuto da Cidade, como o zoneamento ambiental urbano (art. 4º, III, c, da Lei nº. 10.257/2001), o qual tem por objetivo a definição das áreas próprias ao desenvolvimento de cada tipo de atividade, em conformidade com a sua natureza e com o impacto por ela causado ao meio ambiente.²⁹ Além disso, os Municípios possuem competência para criar unidades de proteção ao meio ambiente no âmbito dos seus respectivos territórios, impor limites ao uso e ocupação do solo urbano, bem como para o licenciamento e fiscalização de construções e atividades econômicas.

27 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 142.

28 De acordo com Hely Lopes Meirelles, “Impõe-se (...) a fixação de uma política geral de controle da poluição, uniforme e realística, que leve em consideração não só a preservação ambiental como, também, as determinantes do desenvolvimento local, regional e nacional, para a correta localização das atividades poluidoras, a situação das indústrias e do comércio já instalados, os meios técnicos de contenção ou eliminação dos elementos poluentes e os estímulos do Poder Público para o combate à poluição, a fim de obter-se o equilíbrio ecológico e econômico, num amparo recíproco dos interesses coletivos e dos direitos individuais, protegendo a comunidade sem aniquilar a iniciativa privada, propulsora do desenvolvimento nacional”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 233.

29 O Bioma da Mata Atlântica “ocupa uma área de 1.110.182 Km², corresponde 13,04% do território nacional e é constituída principalmente por mata ao longo da costa litorânea que vai do Rio Grande do Norte ao Rio Grande do Sul. A Mata Atlântica passa pelos territórios dos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e Santa Catarina, e parte do território do estado de Alagoas, Bahia, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo e Sergipe. A Mata Atlântica apresenta uma variedade de formações, engloba um diversificado conjunto de ecossistemas florestais com estrutura e composições florísticas bastante diferenciadas, acompanhando as características climáticas da região onde ocorre. Cerca de 70% da população brasileira vive no território da Mata Atlântica; as nascentes e mananciais abastecem as cidades, esse é um dos fatores que tem contribuído com os problemas de crise hídrica, associados à escassez, ao desperdício, à má utilização da água, ao desmatamento e à poluição”. Fonte: <http://www.ibflorestas.org.br/pt/bioma-mata-atlantica.html>. Acesso em maio de 2012.

2.3.1 O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro e a promoção do desenvolvimento sustentável
O Rio de Janeiro integra o bioma da mata atlântica³⁰, sendo internacionalmente reconhecido por suas paisagens naturais, cuja proteção merece tutela da legislação e da Administração Pública municipal.

A fim de ilustrar como ocorre a concretização dos princípios estatuídos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade em nível local, apresentamos, a seguir, alguns instrumentos de política pública ambiental presentes no atual Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro, aprovado pela Lei complementar municipal nº. 111, de 01 de fevereiro de 2011. Conforme se terá oportunidade de constatar, indubitavelmente o tema do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável constituem pilares inafastáveis da ordenação do espaço urbano.

Nesse sentido, cumpre destacar desde logo que, em harmonia com os modernos preceitos de direito ambiental, o desenvolvimento sustentável da cidade é elevado a princípio do Plano Diretor, previsto em seu art. 2º, I,³¹ juntamente com a “valorização, proteção e uso sustentável do meio ambiente, da paisagem e do patrimônio natural, cultural, histórico e arqueológico no processo de desenvolvimento da Cidade” (inc. III). Este mesmo artigo prevê, em seus parágrafos primeiro e segundo, que “a ocupação urbana é condicionada à preservação dos maciços e morros; das florestas e demais áreas com cobertura vegetal; da orla marítima e sua vegetação de restinga; dos corpos hídricos, complexos lagunares e suas faixas marginais; dos manguezais; dos marcos referenciais e da paisagem da Cidade”, e que “todas as diretrizes, objetivos, instrumentos, políticas públicas, bem como suas metas e ações, no âmbito deste Plano Diretor, devem contemplar o entrecruzamento de forma matricial da variável ambiental e paisagística nos diversos processos de planejamento vinculados ao sistema integrado de planejamento e gestão urbana, objetivando garantir o desenvolvimento sustentável da Cidade”.

A preocupação com o meio ambiente é ainda objeto de diversos outros dispositivos desse diploma legal, havendo diretrizes expressas para o planejamento urbano, tais como a redução do consumo de energia pelas edificações (art. 3º, I); incentivo aos transportes públicos de alta capacidade (art. 3º, VIII); preocupação com a ocupação de áreas de riscos e urbanização das favelas (art. 3º, II, V e VII); definição de áreas destinadas ao tratamento de resíduos sólidos (art. 3º, XVI); e melhoria das condições climáticas, em níveis local e global (art. 3º,

30 “Art. 2º A política urbana será formulada e implementada com base nos seguintes princípios: I - desenvolvimento sustentável, de forma a promover o desenvolvimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social”.

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 160.

XXI e XXII). Dessa forma, o administrador público municipal, no exercício de suas competências, deverá atentar para a formulação e implantação de políticas públicas tendentes à concretização desses valores.

O atendimento a essas diretrizes pode se dar por meio da utilização de uma série de instrumentos previstos no próprio Plano Diretor. Alguns exigem a participação do Legislador; outros podem ser regulamentados por Decreto, havendo, ainda, as competências meramente executivas, mas de especial relevância para a viabilização da sustentabilidade e superação de problemas ambientais micro e, em alguns casos, meso.

Por exemplo, através da determinação de que seja promovido o zoneamento urbano, implementado pela Lei de Uso e Ocupação do Solo (art. 45 do Plano Diretor), o Município disciplinará as áreas nas quais cada tipo de atividade poderá ser explorado, a depender da sua natureza e potencial poluidor, devendo compatibilizar a necessidade de desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente. O objetivo do zoneamento é atribuir a cada área do Município a sua destinação funcional e racionalmente adequada,³² prevendo as características de cada zona, as normas de intermediação entre uma zona e outra, os usos permitidos, tolerados ou proibidos em cada localidade. Trata-se da repartição do solo urbano e da atribuição do uso adequado a cada uma das partes oriundas dessa divisão, considerando as suas características naturais e sociais. A relação entre a legislação de uso e ocupação do solo e a sustentabilidade ambiental resta, portanto, clara, “porquanto objetiva disciplinar de que forma será compatibilizado o desenvolvimento industrial, as zonas de conservação da vida silvestre e a própria habitação do homem, tendo em vista sempre (...) a manutenção de uma vida com qualidade às presentes e futuras gerações”.³² Merece menção que o zoneamento ambiental tem previsão legal já bastante antiga, pois se encontra elencado como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente estabelecida pela Lei federal nº. 6.938/1981 (art. 9º, II).³³ Nesse sen-

32 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151. No mesmo sentido, KÁSSMAYER, Karin. A Lei nº. 6.938/1981 e o zoneamento ambiental: uma ferramenta para o controle do uso e ocupação do solo. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 241. De acordo com essa autora, “o zoneamento ambiental é ferramenta essencial ao cumprimento dos deveres previstos nas normas-instrumentos, especialmente na obrigação de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas na definição, em todas as unidades da federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos. As ações públicas de preservação e restauração de processos ecológicos essenciais, bem como o manejo ecológico são bases protetoras da biodiversidade biológica. Integra um sistema de gestão ecológica, que inclui manejo e zoneamento” (Idem, p. 245).

33 “O zoneamento ambiental ataca, como facilmente se depreende, um dos pontos cruciais da problemática do meio ambiente, que é o uso do solo. (...) Aliás, as várias legislações existentes nas três esferas político-

tido, poderá ser proibida, por exemplo, a exploração de atividades poluidoras em determinados setores caracterizados pela presença de bacias hidrográficas, floresta nativa, etc.³⁴

Uma vez editada a lei de uso e ocupação do solo e definido o zoneamento urbano, as diretrizes ambientais deles constantes deverão ser observadas pelo Administrador Público tanto no âmbito do procedimento de licenciamento construtivo (licenciamento de obras) quanto no âmbito do licenciamento das atividades econômicas.

Além disso, o Plano Diretor estabelece, em seu art. 48, V, a necessidade de criação de zonas de conservação ambiental, mediante lei complementar, assim consideradas aquelas que apresentam características naturais, culturais ou paisagísticas relevantes para a preservação. São exemplos de zonas de conservação ambiental, (i) “as áreas acima da cota de cem metros em todo o Município, para fins de conservação e recuperação ambiental do Bioma de Mata Atlântica e as zonas de amortecimento das unidades de conservação federais, estaduais e municipais (inc. I); e (ii) “as áreas frágeis de baixada e de encosta e seus biomas associados, não ocupadas ou urbanizadas” (inc. II). Uma vez definidas por lei complementar como zonas de conservação ambiental, essas áreas poderão ser transformadas, mediante atos do Poder Executivo,³⁵ em Unidades de Conservação Ambiental de diversas naturezas.

administrativas (União, estados e Municípios) são abundantes e diferenciadas. Não obstante, o recurso ao zoneamento tem sido mínimo. É de se esperar que os administradores públicos e os gestores ambientais descubram e explorem, sempre mais, as potencialidades deste instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente”. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.353.

34 O art. 16, § 3º, do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro prevê, por exemplo, que “as indústrias de grande porte ou potencialmente poluidoras devem localizar-se em áreas industriais adequadas, definidas por lei complementar, sob o devido controle ambiental”. A legislação federal, por sua vez, já prevê, desde 1980, que o zoneamento urbano deverá definir as zonas destinadas à instalação de indústrias, a fim de compatibilizar as atividades industriais com a proteção ambiental. Vide, nesse sentido, a Lei nº. 6.803/1980, que dispõe sobre diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas zonas críticas de poluição. De acordo com o seu art. 2º, § 1º, as zonas “de uso estritamente industrial” deverão: “I - situar-se em áreas que apresentem elevadas capacidade de assimilação de efluentes e proteção ambiental, respeitadas quaisquer restrições legais ao uso do solo; II - localizar-se em áreas que favoreçam a instalação de infraestrutura e serviços básicos necessários ao seu funcionamento e segurança; III - manter, em seu contorno, anéis verdes de isolamento capazes de proteger as zonas circunvizinhas contra possíveis efeitos residuais e acidentais”.

35 O STF já reconheceu a constitucionalidade da criação, por decreto municipal, de limitações administrativas ao direito de propriedade, com fundamento na proteção de interesses como o patrimônio cultural e ambiental: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para,

As normas sobre uso e ocupação do solo, definidas por lei, também poderão ter por objeto a imposição de índices de aproveitamento de terreno, criação de áreas não edificáveis, limites de gabarito, ou seja, condicionamentos ao exercício do direito de propriedade, os quais constituem importantes instrumentos de desenvolvimento sustentável da cidade, promovendo o adequado arejamento e iluminação natural.

Tais medidas possuem impacto não só sobre as condições de salubridade do meio ambiente urbano³⁶, mas também na manutenção da vida vegetal, bem como na garantia de níveis adequados de permeabilidade do solo urbano, permitindo o escoamento das águas das chuvas. É com fundamento nesses dispositivos que o administrador municipal promoverá os procedimentos de licenciamento construtivo, o que demonstra haver aqui também uma clara conexão entre a proteção do meio ambiente e a disciplina da edificação urbana.

O Plano Diretor prevê, ainda nesse sentido, que “não serão permitidas construções em áreas consideradas impróprias pela administração municipal” (art. 15, § 1º), tais como as faixas marginais de proteção de águas superficiais (inc. II); áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação da Natureza (inc. V); áreas externas aos ecolimites, que assinalam a fronteira entre as áreas ocupadas e as destinadas à proteção ambiental ou que apresentam cobertura vegetal de qualquer natureza (inc. VII).

Outro instrumento importante consiste na edição de normas sobre parcelamento urbano, as quais, de acordo com o Plano Diretor, deverão considerar as “restrições de natureza ambiental”, “os elementos de relevante interesse da paisagem e do ambiente urbano”, “as projeções sobre os efeitos das mudanças globais do clima, especialmente aqueles relacionados à elevação do nível do mar” e “a capacidade de suporte da região para a garantia da qualidade do ambiente natural da ambiência urbana” (art. 14, parágrafo único, I, II, VIII e IX).

Através de normas sobre parcelamento, a municipalidade pode exigir a manutenção de áreas verdes pelos particulares ou doação de áreas em projetos de lotea-

na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem à preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 121140, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 26/02/2002, maioria).

36 De acordo com Hely Lopes Meirelles, “as imposições de salubridade urbana destinam-se a manter a cidade limpa e saudável, como ambiente propício ao desenvolvimento de todas as atividades humanas. (...) Cabem, ainda, nestas limitações, as exigências de espaços livres e áreas verdes nos loteamentos, a obrigatoriedade de drenagem dos terrenos destinados à edificação, a imposição de recuo e afastamento das habitações entre vizinhos; e o que mais puder concorrer para tornar a cidade e o bairro saudáveis para seus habitantes. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, pp. 124/125.

mento para a instalação de parques e jardins públicos.³⁷ O Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro prevê, nesse sentido, que a Lei de Parcelamento do Solo Urbano definirá o percentual dos projetos de loteamento a ser destinado a reservas de arborização e plantio de vegetação complementar, bem como o percentual de áreas permeáveis, considerando o zoneamento ambiental.³⁸

Existe, ainda, a possibilidade de criação, pelo Poder Público Municipal, de áreas de proteção ao meio ambiente, nas quais incidem restrições à ocupação urbana, notadamente, as unidades de conservação da natureza ou áreas de preservação permanente, zonas de conservação ambiental, sítios de relevante interesse ambiental, bem como as demais áreas passíveis de proteção (arts. 26 e 27).³⁹

O Plano Diretor prevê, também, a possibilidade de instituição de Áreas de Especial Interesse Ambiental, como instrumento preparatório à futura criação de unidades de conservação ambiental ou Áreas de Proteção do Ambiente Cultural — APAC.⁴⁰ São necessariamente temporárias, com duração de trezentos

37 De acordo com José Afonso da Silva, “a cidade industrial moderna, com seu cotejo de problemas, colocou a existência de áreas verdes, parques e jardins como elemento urbanístico, não mais destinados apenas à ornamentação urbana, mas como uma necessidade higiênica, de recreação e até de defesa e recuperação do meio ambiente em face da degradação de agentes poluidores. (...) Daí a grande preocupação do direito urbanístico com a criação e preservação das áreas verdes urbanas, que se tornaram elementos urbanísticos vitais” (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 273).

38 “Art. 40. A Lei de Parcelamento do Solo Urbano regulamenta a divisão ou subdivisão de glebas para a ocupação e expansão urbana pelo loteamento, remembramento, desmembramento, e outras modalidades de parcelamento do solo para fins urbanos definidas na legislação federal. Art. 41. A Lei estabelecerá os seguintes parâmetros urbanísticos para o parcelamento do solo para fins urbanos, dentre outros: (...) V. características das áreas não edificáveis; (...) IX. percentagem, localização e características de reservas de arborização destinadas ao plantio de vegetação complementar à arborização de passeios, praças, jardins e congêneres; X. percentagem e localização de áreas permeáveis nas áreas privadas e públicas, considerados o zoneamento ambiental, as características do entorno e seu sistema de drenagem”. A Lei Federal nº. 6766/79 estabelece regras gerais para o parcelamento do solo urbano, prevendo o seu art. 1º, parágrafo único, que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais”.

39 “Das Áreas de Restrição à Ocupação Urbana. Art. 26. As áreas de restrição à ocupação urbana são as que apresentam uma das seguintes características: I. objeto de proteção ambiental; II. com condições físicas adversas à ocupação; III. de transição entre as áreas objeto de proteção ambiental e as áreas com ocupação urbana. Art. 27. As áreas objeto de proteção ambiental são aquelas constituídas por unidades de conservação da natureza ou áreas de preservação permanente, zonas de conservação ambiental, sítios de relevante interesse ambiental, bem como as demais áreas passíveis de proteção. Parágrafo único. Nas áreas de preservação permanente são permitidas somente atividades destinadas à recuperá-las e a assegurar sua proteção.” Art. 29. As áreas de transição entre as áreas objeto de proteção ambiental e as áreas com ocupação urbana destinam-se à manutenção do equilíbrio ambiental, para as quais serão estabelecidos parâmetros de ocupação restritivos, compatíveis com sua destinação e vocação histórica”.

40 De acordo com o art. 70 do Plano Diretor, as áreas de especial interesse são espaços da Cidade que “serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo à implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano e formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para as

e sessenta dias, prorrogáveis por igual período (art. 108, § 1º). A criação de uma AEIA representa, portanto, uma etapa preparatória à futura imposição de restrições visando à proteção ambiental, mediante a instituição de unidade de conservação, essa sim, limitadora do uso da área.

As Unidades de Conservação da Natureza, por sua vez, são disciplinadas pelos artigos 7º a 21 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, instituído pela Lei Federal nº. 9.985, de 18 de julho de 2000. De acordo com essa lei, as unidades de conservação podem ser criadas por ato do Poder Público, sendo precedidas de estudos técnicos e de consulta pública.⁴¹ Tais unidades podem ser constituídas sob a forma de Unidades de Proteção Integral, nas quais é permitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, sendo exemplos as Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Monumentos Naturais, etc., ou como Unidades de Uso Sustentável, tais como as Áreas de Relevante Interesse Ecológico — ARIE (art. 110, § 3º, do Plano Diretor) ou as Áreas de Proteção Ambiental — APA.⁴²

Adicionalmente, existem Áreas de Preservação Permanente no território municipal, instituto disciplinado pela Lei Federal nº. 4.771/1965 (Código Florestal). De acordo com essa lei, uma APP é uma “área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.⁴³ Além das APPs já instituídas por

Zonas e Subzonas que as contêm”. Ou seja, a qualificação de determinada área do Município como área de especial interesse é um requisito para a submissão dessa área a parâmetros urbanísticos diferenciados daqueles aplicáveis genericamente segundo as normas de zoneamento.

41 De acordo com o art. 112 do Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, essa competência é exclusiva do Poder Executivo: “Art. 112. As unidades de conservação da Natureza municipais serão criadas exclusivamente por ato do Poder Executivo. Parágrafo único. A sociedade civil e o Poder Legislativo poderão indicar áreas públicas ou privadas que, por suas características ambientais e paisagísticas, possam se tornar unidades de conservação da natureza”. Vale lembrar, por outro lado, que nos termos da lei federal, a desafetação da área de uma unidade de conservação ou redução dos seus limites “só pode ser feita mediante lei específica” (art. 22, § 7º, Lei nº. 9.985/2000).

42 As Áreas de Proteção Ambiental constituem, de acordo com o art. 15 da Lei federal nº. 9.985/00, áreas em geral extensas “com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais”. Pode ser constituída por áreas públicas ou privadas e “respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental”. São, ainda, classificadas como unidades de uso sustentável (art. 14 da lei federal), assim consideradas as áreas onde é possível compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

43 O art. 2º dessa lei já contém uma lista de áreas consideradas como de preservação permanente, respectivamente pelo só efeito da Lei ou mediante reconhecimento do Poder Público. Assim, são consideradas

expressa determinação da lei federal, o Município também poderá criar outras APPs que considerar necessárias para, por exemplo, atenuar a erosão de terras, proteger sítios de especial beleza, dentre outros motivos.⁴⁴

Por fim, os Sítios de Relevante Interesse Paisagístico e Ambiental são áreas, expressamente definidas no art. 117 do Plano Diretor, que, “por seus atributos naturais, paisagísticos, históricos e culturais, constituam-se em referência para a paisagem da Cidade do Rio de Janeiro”, sendo, em vista disso, sujeitas “a regime de proteção específico e a intervenções de recuperação ambiental, para efeitos de proteção e manutenção de suas características”. São exemplos dessas unidades de proteção: a orla marítima, a Restinga de Marambaia, a Reserva Biológica e Arqueológica de Guaratiba, as Lagoas Rodrigo de Freitas, do Camorim, Feia, Jacarepaguá, Lagoinha, Marapendi e Tijuca, seus canais e suas faixas marginais, os Maciços da Tijuca, Pedra Branca e Mendanha, suas serras e contrafortes, o Parque Nacional da Tijuca e os Parques Estaduais da Pedra Branca e do Grajaú, o Jardim Botânico e a Quinta da Boa Vista, dentre outros. Quaisquer alterações de parâmetros urbanísticos nos sítios em questão deverão ser objeto de análise e deliberação conjunta entre os órgãos centrais de urbanismo, meio ambiente e patrimônio cultural (art. 117, § 2º).⁴⁵

Ademais da definição de áreas a serem objeto de preservação, o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro prevê também a prática de ações de natureza caracteristicamente executiva, em especial, o monitoramento e a auditoria ambientais. De acordo com o seu art. 118, o órgão central de planejamento e

áreas de preservação permanente, independentemente de ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios de água naturais ou artificiais; nas nascentes, ainda que intermitentes, e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que sejam a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; 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. Essas são áreas de preservação permanente por definição de lei federal, que prevê normas gerais sobre o assunto, cabendo ao Município colaborar com a sua preservação, no âmbito das competências materiais comuns instituídas pela Constituição Federal, e não podendo o Município disciplinar em sentido contrário. Além disso, existe autorização para que o poder público reconheça outras áreas como APP: “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 público”.

44 Nesse sentido, o art. 116 do Plano Diretor da Cidade amplia o rol de áreas reconhecidas como APPs no âmbito do Município do Rio de Janeiro.

45 A municipalidade tem, ainda, competência para editar o Plano Diretor de Manejo de Águas Pluviais, tendo por objeto as bacias e sub-bacias hidrográficas localizadas em seu território, sendo destinado, em especial, a verificar a capacidade de esgotamento das bacias e sub-bacias e à identificação da necessidade de obras de drenagem (art. 30, § 3º, do Plano Diretor do Município).

gestão ambiental tem a responsabilidade, dentre outras coisas, de “monitorar permanentemente a qualidade ambiental da cidade” (inc. I) e “realizar o controle das atividades potencialmente poluidoras, incluindo o monitoramento, diagnóstico, acompanhamento e fiscalização de obras, atividades e empreendimentos efetivamente ou potencialmente poluidores” (inc. II).

Esse monitoramento, de acordo com o art. 120, será utilizado como subsídio para “o processo de tomada de decisão visando a fiscalização, o controle, a remediação e a redução da poluição” (inc. I), bem como para a verificação da eficácia das ações empreendidas e análise da eventual necessidade de revisão das estratégias adotadas (inc. II). Trata-se, portanto, da implementação, no âmbito municipal, de um sistema de *erros e tentativas*, que demanda a constante avaliação dos sucessos das medidas ambientais empreendidas.

A auditoria ambiental, por sua vez, é medida que pode ser exigida pelo órgão executivo central de planejamento e gestão ambiental das instalações e atividades de significativo potencial poluidor, dentre outros (art. 131).

Em síntese, observa-se que o Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro constitui moderna legislação que disciplina uma vasta plêiade de instrumentos à disposição do administrador público para a preservação do meio ambiente no sentido de se promover uma cidade ambientalmente sustentável. Merece destaque a previsão de que venha a ser editado um Código Ambiental Municipal, no qual serão disciplinados os seguintes temas:

- licenciamento e autorização ambiental;
- avaliação de impacto de vizinhança e de impacto ambiental e respectivos relatórios;
- controle, monitoramento e fiscalização ambiental de poluição do ar, hídrica, sonora, do solo e subsolo, dos passivos ambientais, dos resíduos sólidos e da poluição visual;
- monitoramento e proteção das áreas protegidas, da fauna e flora, da paisagem e da zona costeira; e
- ações de sustentabilidade ambiental municipal.⁴⁶

É de se ressaltar, ainda, que tão importante para a sustentabilidade da Cidade quanto os instrumentos de preservação ambiental “*stricto sensu*” são as políticas de ocupação urbana adequada, saneamento, transportes públicos e destinação de resíduos sólidos, todas igualmente previstas no Plano Diretor.

⁴⁶ Lei complementar municipal 111/2011, art. 63.

Verifica-se, assim, que o Município do Rio de Janeiro possui uma legislação moderna e atual que poderá, se efetivamente aplicada, guiar o Município na direção do desenvolvimento sustentável.

3. O poder de polícia municipal em matéria ambiental

Além do planejamento e organização das cidades por meio dos instrumentos previstos no Plano Diretor, o poder público municipal está constitucionalmente autorizado a exercer o poder de polícia em matéria ambiental.⁴⁷ Como visto, o artigo 23 da Constituição Federal estabelece competências comuns a todos os entes da federação no que tange a atos materiais de preservação ambiental.

Dentre as competências de polícia atribuídas aos Municípios pela Lei Complementar 140/2011 merecem destaque:

- executar e fazer cumprir, em âmbito municipal, as Políticas Nacional e Estadual de Meio Ambiente e demais políticas nacionais e estaduais relacionadas à proteção do meio ambiente;
- formular, executar e fazer cumprir a Política Municipal de Meio Ambiente;
- 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, na forma da lei;
- exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município.⁴⁸

Outras importantes funções são atribuídas aos Municípios pelo art. 9º da Lei complementar nº. 140/2011, como, por exemplo, a organização e manutenção do Sistema Municipal de Informações sobre Meio Ambiente; a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições; a articulação de cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às Políticas Nacional, Estadual e Municipal de Meio Ambiente; o desenvolvimento de estudos e pesquisas.

Além disso, merece destaque que foi atribuído aos Municípios a competência para, observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas

47 O conceito normativo de poder de polícia pode ser extraído do art. 78 do Código Tributário Nacional — CTN, abarcando todas as atividades estatais que, limitando ou disciplinando direitos, regulem a prática de ato ou abstenção de fatos pelos particulares, em razão do interesse público.

48 Lei complementar 140/2011, art. 9º, I, III, XII e XIII.

nesta Lei Complementar, aprovar: (i) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em florestas públicas municipais e unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e (ii) a supressão e o manejo de vegetação, de florestas e formações sucessoras em empreendimentos licenciados ou autorizados, ambientalmente, pelo Município.

3.1 Competência municipal em matéria de licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental representa um dos mais relevantes instrumentos para concretização do direito ao desenvolvimento sustentável, tendo por finalidade justamente a harmonização entre os imperativos de desenvolvimento econômico e os objetivos de proteção do meio ambiente. Também constitui uma das mais importantes expressões do poder de polícia no âmbito do direito ambiental, configurando ato de consentimento prévio necessário à instalação e operação de qualquer atividade potencialmente poluidora.

De acordo com a Lei Federal nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, e com o Decreto nº. 99.274, de 6 de junho de 1990, que dispõem sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, toda construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores estará sujeita ao prévio licenciamento ambiental.

Até dezembro de 2011, essa matéria era regulamentada pela Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (“CONAMA”), que previa um sistema único de licenciamento ambiental no qual as atividades potencialmente poluidoras eram licenciadas em um único nível de competência (art. 7º), a depender da amplitude do impacto e do potencial poluidor da atividade (arts. 4º, 5º e 6º). Sua constitucionalidade, no entanto, era alvo de questionamentos.⁴⁹

No final de 2011, a controvérsia foi dirimida com a publicação da Lei Complementar nº. 140, que estabelece normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas

⁴⁹ Paulo Affonso Leme Machado, por exemplo, sustentava que a Lei nº. 6.938/81, ao “instituir normas e critérios para o licenciamento não se confunde com atribuir competência para os entes federativos licenciarem. (...) Da mesma forma o art. 10 da mencionada lei indica que o licenciamento será feito pelo órgão estadual competente. Uma resolução federal não pode alterar uma lei federal. Sob todos os ângulos em que se vejam esses quatro artigos, constata-se a invasão de competência e quebra de hierarquia administrativa, acarretando vício de inconstitucionalidade e ilegalidade dos arts. 4º a 7º da resolução inquinada”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 115 e 116.

decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Essa lei passa a reger os processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência (art. 18).

A Lei Complementar nº. 140/2011 mantém a previsão de licenciamento em um único nível (art. 13⁵⁰), explicitando o papel dos Municípios no que tange ao licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades potencialmente poluidores, e atribuindo aos Estados-membros competência para licenciar todas aquelas atividades que não sejam destinadas, pela própria lei complementar, aos âmbitos federal e municipal.

De acordo com essa nova sistemática, aos Municípios caberá promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: “a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs)” (art. 9º, XIV).⁵¹

Do exposto, percebe-se que o efetivo fortalecimento do papel dos Municípios dependerá da atuação dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, os quais definirão as atividades que serão objeto de licenciamento ambiental no âmbito municipal, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade. Para esse fim, será essencial a análise, pelos Conselhos estaduais, da capacidade efetiva dos entes locais para a execução de tais ações.⁵²

50 “Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar”.

51 Merece menção que o STF já considerou inconstitucional lei complementar municipal de Porto Alegre que autorizava a dispensa da realização de Estudo de Impacto Ambiental em certas ocasiões, por contrariedade ao art. 225 da CF/88, reforçando o dever de o administrador público exigí-lo diante de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental: “CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL - EIA. C.E. art. 225, § 1º, IV. I. - Cabe ao Poder Público 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. C.F., art. 225, § 1º, IV. II. - RE provido. Agravo improvido” (RE 396541 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005).

52 Conforme se extrai do art. 5º dessa lei complementar: “Art. 5º. O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente. Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no caput, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas.”

É de se notar que a Lei Complementar, ao delegar aos Conselhos Estaduais o dever de normatizar acerca do exercício de competências em matéria de licenciamento ambiental, reduz a autonomia dos Municípios nessa seara, pois os torna dependentes de uma decisão a ser tomada no âmbito estadual.⁵³

3.2 Fiscalização ambiental em âmbito municipal

O poder de fiscalização em sede ambiental é inerente à atribuição de disciplina normativa do assunto, bem como à competência para o licenciamento.⁵⁴ Dessa forma, o Município será competente para fiscalizar o cumprimento das normas por ele editadas, bem como para verificar se as atividades econômicas estão sendo desenvolvidas em conformidade com as licenças ambientais por ele expedidas.⁵⁵

Discute-se, contudo, se, em virtude da previsão constitucional da competência comum para a proteção do meio ambiente⁵⁶, haveria, no que tange

53 “Art. 18. Esta Lei Complementar aplica-se apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental iniciados a partir de sua vigência. § 1º Na hipótese de que trata a alínea “h” do inciso XIV do art. 7º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da entrada em vigor do ato previsto no referido dispositivo. § 2º Na hipótese de que trata a alínea “a” do inciso XIV do art. 9º, a aplicação desta Lei Complementar dar-se-á a partir da edição da decisão do respectivo Conselho Estadual”.

54 Cf. Lei Complementar nº. 140/2011: “Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada”.

55 Veja, nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhecendo competência ao Município de Niterói para impor multa decorrente de lei municipal relativa à preservação do meio ambiente: “Apelação Cível. Direito Administrativo. Impugnação de multa administrativa pelo descumprimento do artigo 16 da Lei 3.326 do Município de Volta Redonda, *in verbis*: ‘Os responsáveis por fonte poluidora ficam obrigados a comunicar imediatamente ao Órgão Ambiental e à Defesa Civil, a ocorrência de qualquer episódio, acidental ou que possa apresentar riscos à saúde pública ou aos recursos ambientais’. Vazamento de gás não comunicado imediatamente ao Órgão Ambiental do Município e à Defesa Civil. Alegação de inconstitucionalidade da lei municipal por afronta ao artigo 30, incisos VIII e IX da Constituição da República. Inocorrência. Situação que se enquadra na competência comum dos entes federativos. Artigo 23, VI, da Constituição da República. Prova testemunhal colhida nos autos que demonstrou não ter feito a apelante comunicação imediata do vazamento de gás natural, certo que qualquer juízo de valor acerca dos riscos para a população resta confiada à autoridade municipal. Apelante que, no mais, não fez qualquer prova de que o gás lançado na atmosfera é insuscetível de causar danos à saúde ou meio ambiente. Recurso ao qual se nega provimento, monocraticamente, na forma do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil” (AC 0007652-60.2003.8.19.0066, Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito, j. em 30/08/2010 - Décima Sexta Câmara Cível).

56 Como “a competência é originariamente comum, o fato de haver um ente precipuamente competente não significa que outros entes não tenham uma competência para agir de forma supletiva — ou subsidiária — quando o ente precipuamente competente não puder ou não quiser atuar. (...) a Constituição atribuiu o ‘conjunto’ de elementos que compõem a competência executiva ambiental aos três entes”. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Executiva em Matéria Ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 119.

à fiscalização (e aplicação das correspondentes sanções por ofensa à legislação vigente), uma sobreposição de competências, ou melhor, questiona-se como deveria se dar o exercício conjunto da fiscalização sobre o cumprimento das normas protetoras do meio ambiente em todos os níveis da federação.

Embora não haja, em princípio, óbice à atuação conjunta dos entes federativos para a fiscalização do cumprimento da legislação ambiental, em especial daquelas editadas pela União Federal como normas gerais, há alguma controvérsia acerca da possibilidade de imposição de sanções por diversos entes da federação tendo por fundamento um mesmo fato,⁵⁷ já que, de acordo com o princípio do *non bis in idem*, corolário do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, “ninguém pode ser condenado duas vezes por um mesmo fato”.⁵⁸

A questão é, de fato, complexa, uma vez que, no que tange às competências executivas, “não há hierarquia nas atuações das diferentes Administrações Públicas. A Administração Pública federal ambiental não está num plano hierárquico superior ao da Administração Pública ambiental estadual”.⁵⁹ No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que “o controle da poluição enquadra-se no poder de polícia administrativa de todas as entidades estatais — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios —, competindo a cada uma delas atuar nos limites de seu território e de sua competência, e, em conjunto, colaborar nas providências de âmbito nacional de prevenção e repressão às atividades poluidoras definidas em norma legal”.⁶⁰

A Lei Federal nº. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, por sua vez, não soluciona de todo o tema, prevendo genericamente que “são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente — SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha” (art. 70, § 1º).

Estabelece, ainda, que “a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade” (§ 3º), sendo que, dentre os órgãos do SISNAMA encontram-se “os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas res-

57 Idem. *Ibidem*, p. 122.

58 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da aplicação da norma sancionadora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 341.

59 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 81.

60 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 231.

pectivas jurisdições”.⁶¹ Portanto, há um dever compartilhado por todas as autoridades ambientais no sentido de fiscalizarem a ocorrência de infração ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº. 711.405, que “havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA [autarquia federal] exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar”.

Ainda de acordo com esse julgado, “a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou [a licença]. O pacto federativo atribui competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação”.

Pela lógica desse argumento, também o Município poderia exercer essa competência em caso de omissão do ente que a licenciou, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, em julgado envolvendo matéria de gestão de recursos hídricos, em que se considerou ser possível a aplicação de sanção pelo Município em razão de descumprimento de lei estadual.⁶² Aliás, essa diretriz interpretativa parece ser reforçada com a promulgação da Lei Complementar nº. 140/2011.

61 <http://www.mma.gov.br/port/conama/estr1.cfm>. Acesso em abril de 2012.

62 “ADMINISTRATIVO. POÇO ARTESIANO IRREGULAR. FISCALIZAÇÃO. OBJETIVOS E PRINCÍPIOS DA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS (LEI 9.433/97). COMPETÊNCIA COMUM DO MUNICÍPIO. 1. Hipótese em que se discutem os limites da competência fiscalizatória municipal relacionada à perfuração de poço artesiano e sua exploração por particular. 2. O Município autuou o recorrido e lacrou seu poço artesiano, por inexistência de autorização e descumprimento da legislação estadual que veda a exploração dos recursos hídricos, pelo particular, naquela área. 3. O Tribunal de origem entendeu que a competência do Município para fiscalizar refere-se, exclusivamente, à proteção da saúde pública. Ocorre que a lacração do poço não decorreu dessa competência (a água é comprovadamente potável, sem risco para a saúde), mas sim por conta de descumprimento das normas que regem a exploração dos recursos hídricos, editadas pelo Estado. 4. Não há controvérsia quanto à legislação local, que, segundo o Ministério Público Estadual, veda a perfuração e a exploração de poço artesiano da área. 5. O acórdão recorrido fundamenta-se nas competências fixadas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), ainda que interpretada à luz dos arts. 21, XIX, e 26, I, da Constituição Federal, o que atrai a competência do STJ. 6. A Lei 9.433/97, adotada pelo Tribunal de Justiça em suas razões de decidir, aponta claramente a competência dos Municípios para a gestão dos recursos hídricos (art. 1º, VI) e para a “integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federais e estaduais de recursos hídricos” (art. 31). 7. Os arts. 1º, VI, e 31 da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos devem ser interpretados sob o prisma constitucional, que fixa a competência comum dos Municípios, relativa à proteção do meio ambiente e à fiscalização da exploração dos recursos hídricos (art. 23, VI e XI, da Constituição). (...) 11. As águas subterrâneas são “recurso ambiental”, nos exatos termos do art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o que obriga o intérprete, na solução de litígios associados à gestão de recursos hídricos, a fazer uma leitura conjunta dos dois textos legais, em genuíno exercício de diálogo das fontes. 12. É evidente que a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã. Feita sem controle, também põe em risco a saúde pública, por ausência de tratamento,

De acordo com o art. 17 da Lei Complementar nº. 140/2011, a competência para a lavratura do auto de infração ambiental é do órgão responsável pelo licenciamento ou autorização do empreendimento ou atividade. Admite-se, contudo, que, “nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis” (§ 2º).

Além disso, o § 3º desse mesmo dispositivo afirma que a competência instituída no *caput* “não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*”.

Portanto, desses dispositivos se infere que, a partir da edição da referida lei, deverá prevalecer a autuação do órgão ambiental competente para o licenciamento ambiental da atividade, sendo, contudo, preservada a responsabilidade de todos os entes da federação na proteção do meio ambiente, ainda que em caráter supletivo diante da omissão do ente competente.

Merece ser ainda mencionado que eventual sobreposição entre as competências sancionadoras da União e dos demais entes federativos com base em uma infração administrativa poderá ser resolvida com fundamento no disposto no art. 76 da Lei nº. 9.605/1998, segundo o qual “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência” (art. 76). Em sentido semelhante, estabelece o art. 14 da Lei nº. 6.938/81, no que tange às multas, ser vedada a sua cobrança pela União Federal se a sanção já tiver sido aplicada pelo Estado ou Município.⁶³ Essas normas têm por objetivo, a toda evidência, impedir a configuração de situações de dupla apenação administrativa.

quando for de rigor. 13. Em síntese, o Município tem competência para fiscalizar a exploração de recursos hídricos, superficiais e subterrâneos, em seu território, o que lhe permite, por certo, também coibir a perfuração e exploração de poços artesianos, no exercício legítimo de seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo. 14. Recurso Especial provido (REsp 994.120/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 27/04/2011).

63 “Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNS, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios. (...) § 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo”.

Essa regra, no entanto, aplica-se aos casos em que dois entes da federação tenham aplicado a mesma sanção com base na mesma lei e relativamente a uma mesma infração.

Esta situação, no entanto, é distinta daquela em que um mesmo fato implique simultaneamente a violação de uma norma municipal e de uma norma estadual ou federal. Trata-se, nessa hipótese, de evento bastante mais complexo, haja vista que, de um lado, poder-se-á invocar o princípio do *non bis in idem*, enquanto, de outro, será sustentável argumentar que não haveria dupla punição, pois as normas municipal, estadual e federal disciplinariam infrações autônomas⁶⁴, às quais um mesmo e único fato poderia eventualmente se subsumir. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já entendeu ser possível a cumulação de multas aplicadas pelo Estado e pelo Município, baseadas em lei estadual e em lei municipal.⁶⁵

Os danos ao meio ambiente, com efeito, em virtude de sua natureza multifacetada, difusa e complexa, podem importar na violação de normas diversas, editadas por mais de um ente da federação para tratar sobre diferentes aspectos da proteção ambiental. Nesses casos, a solução do conflito dependerá não apenas da identificação do ente competente para promover o licenciamento da atividade, mas também das circunstâncias específicas do caso concreto, como uma possível omissão do ente competente, a natureza dos bens protegidos e a extensão dos danos perpetrados.

Conclusão

O objetivo deste artigo consistiu em apresentar um panorama das competências e instrumentos que estão à disposição do administrador público mu-

64 Característica que poderá ser tanto mais questionada quanto maior a semelhança da redação entre a lei estadual e a lei municipal.

65 Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Execução fiscal. Embargos do devedor. Proteção do meio ambiente. Infração administrativa. Comprovação. Multa. Competência legislativa dos Estados e Municípios. Desprovimento do recurso. Execução fiscal — embargos do devedor — podem o Estado e o Município impor multa pela mesma infração ambiental em face da competência comum constitucionalmente concedida para a proteção do meio ambiente. Infração comprovada. Desprovimento do recurso” (AC 0004949-34.2001.8.19.0000 (2001.001.12976). Des. Adriano Celso Guimarães - julgamento: 31/01/2002 - Terceira Câmara Cível). No voto condutor do acórdão, o Relator argumentou que “(...) inexistente óbice a que tanto o Estado quanto o Município imponham multa pela mesma infração ambiental em face da competência comum, conferida pelo artigo 23, VI, da Constituição Federal, para a proteção do meio ambiente, sendo certo que o artigo 14, inciso I, da Lei nº. 6938/81, veda apenas à União Federal cobrar multa aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou Municípios, mas não a concomitância de multas impostas pelo Estado e Município, como na hipótese dos autos”.

nicipal para concretização do direito difuso constitucionalmente garantido ao desenvolvimento sustentável.

Observou-se que a estrutura das cidades baseia-se especialmente no Plano Diretor, lei municipal na qual pode ser detalhada uma série de institutos de caráter legislativo e executivo para a preservação do meio ambiente. Ilustrou-se o argumento a partir do Plano Diretor do Rio de Janeiro, lei complementar recentemente editada e que, reconhecendo a complexidade e riqueza do meio ambiente local, previu diversos instrumentos para o manejo sustentável da cidade.

Verificou-se, ainda, que a recente edição da Lei Complementar nº. 140/2011 reconhece a existência de competência municipal em matéria de licenciamento ambiental, de modo que é esperado que doravante seja reforçado o poder de polícia dos órgãos ambientais municipais no que tange aos empreendimentos potencialmente degradadores do meio ambiente, cujo possível impacto fique restrito ao interior do Município. Demonstrou-se também que os Municípios, em algumas situações, podem exercer poder de polícia fiscalizatório e sancionador no que tange à violação de normas ambientais, especialmente com relação às atividades que fiquem sujeitas a licenciamento por parte desse ente federativo ou em caso de desvio de norma editada em sede municipal, no exercício da competência legislativa suplementar.

Em síntese, o artigo permitiu concluir que a legislação brasileira de tutela do meio ambiente avança no reconhecimento de que o tratamento da questão ambiental no microcosmo das cidades mostra-se de alta relevância para a concretização do direito ao desenvolvimento sustentável.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito Ambiental da Sustentabilidade: os imperativos de um Direito Ambiental de segunda geração na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro, *Revista de Direito Sanitário*, vol. 3, nº 1, mar. 2002.

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

DOVERS, Stephen R.. Sustainability: Demands on Policy. *Journal of Public Policy*, Vol. 16, No. 3 (Sep. — Dec., 1996).

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARAES, Verônica Bezerra. As Competências Federativas para o Controle da Poluição do Ar Causada por Veículos Automotores. In: KRELL, Andreas J. (org.); MAIA, Alexandre da (coord.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

KÄSSMAYER, Karin, A Lei nº. 6.938/1981 e o zoneamento ambiental: uma ferramenta para o controle do uso e ocupação do solo. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

KRELL, Andreas J. Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. In: KRELL, Andreas J. (org.); MAIA, Alexandre da (coord.). *A Aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Competência Executiva em Matéria Ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (org.). *Tópicos de Direito Ambiental. 30 Anos de Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da aplicação da norma sancionadora*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

PENTEADO, Fernando; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; NOGUEIRA, Rafaela; SAMPAIO, Rômulo. A relevância da atuação dos Municípios para a governança ambiental no Estado do Rio de Janeiro: um estudo empírico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 910, p. 45-79, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

WHITFORD, Andrew B.; WONG, Karen. Political and Social Foundations for Environmental Sustainability. *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 1 (Mar., 2009).

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE GESTÃO TERRITORIAL URBANA

FLÁVIO AHMED¹

1. A cidade na dogmática jurídico-ambiental

Cerca de 84,4 % da população brasileira vive em cidades. O dado é extremamente relevante, e se consideramos que o destinatário do bem ambiental é a pessoa humana, cuja qualidade de vida e dignidade merece ver assegurada, com o aprimoramento do direito vemos o espaço de destaque a ser atribuído à disciplina do Direito Ambiental das Cidades na dogmática jurídico-ambiental. Ou ainda: quão relevante será uma reflexão sobre a cidade, no seu aspecto de bem jurídico-ambiental, para que a concebamos como espaço de realização da pessoa humana no tocante à qualidade de vida.

As cidades são, portanto, o palco da circulação humana, onde o homem vive, trabalha, consome. Como afirma Celso Fiorillo, onde o homem realiza o trinômio vida-trabalho-consumo².

A história das cidades representa, também, a história de sua distribuição espacial, sendo tal distribuição espacial a construção da própria identidade, de suas distorções, de suas diferenças, de formas de afirmação de grupos e de indivíduos, daí sua especial relevância quando o tema são direitos humanos.

Do ponto de vista da leitura geográfica, como destaca Ana Fani Alexandri Carlos, a cidade é produto histórico-social, em razão de se apresentar como trabalho materializado, tendo em vista a relação homem-natureza; e ainda “expressão e significação da vida humana, a história da cidade revela-a como obra e

1 Advogado militante e Sociólogo. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ e Conselheiro da entidade. Membro da Comissão Nacional de Direito Ambiental (CONDA) do Conselho Federal da OAB. Mestre em direitos difusos e coletivos pela PUC-SP. Elaborador, coordenador e professor do curso de direito ambiental da ESA (Escola Superior de Advocacia) da OAB-RJ. Professor da Escola de Direito da FGV Rio de direito ambiental nos curso de graduação e pós-graduação. Membro titular do CONEMA (Conselho Estadual de Meio Ambiente). Coordenador e co autor de *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua Tutela Jurídica, Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica., Cidade, Direito e Meio Ambiente: perspectivas críticas*, todas editadas pela Lúmen Júris (2009), dentre outras obras.

2 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado — Lei 10.257 — Lei do Meio Ambiente Artificial*, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.118.

produto que se realiza como realidade espacial concreta cujo movimento é produto de um processo histórico cumulativo, revelando ações passadas ao mesmo tempo em que o futuro que se tece no presente e, nesta condição, revela nas possibilidades presentes na vida cotidiana.”³

Assim, na análise do processo de produção, verifica-se um processo de relação indissociável entre espaço e sociedade, “na medida em que as relações sociais se materializam num território real e concreto, o que significa dizer que, ao produzir sua vida, a sociedade produz/reproduz um espaço enquanto prática sócio-espacial.”⁴

Portanto, tendo em vista tais considerações preliminares, a abordagem jurídico-ambiental do direito ambiental das cidades não poderá prescindir da interdisciplinaridade e da consideração prévia de que sendo a cidade *locus* da construção e produção social de espaços e relações, a mesma há de estar adstrita aos aspectos de gestão territorial e, neste particular, o direito possui muito a oferecer, através da utilização política de seus instrumentos jurídicos para que as práticas de gestão territorial forneçam mecanismos hábeis a assegurar a dignidade da pessoa humana.

A edificação das cidades como reprodutora de opções culturais, assim concebidas no seu aspecto macro, dispõe de meios para que sua gestão territorial seja adequada aos anseios dos diversos grupos, em uma perspectiva multicultural. Neste diapasão, poderemos falar em um direito das cidades como direito de gestão, através de mecanismos sociais e instrumentos jurídicos que possibilitem a qualidade de vida.

Assim, o direito à cidade será possível na medida em que a mesma em seu “con-texto” de distribuição espacial se revelar propícia a tal desiderato.

Já tivemos a oportunidade de, em outro trabalho, discorrermos sobre a questão do território, cidade e meio ambiente cultural⁵, estabelecendo a relação entre estes para uma interpretação da definição do direito à cidade. Não nos alongaremos em tal questão, reportando o leitor para tal trabalho se pretender uma abordagem mais detalhada.

Mas não podemos deixar de situar aqui, de forma breve, alguns conceitos que envolvem tal problemática como requisito para compreensão da nossa abordagem atinente aos instrumentos legais aptos a salvaguardar o exercício dos direitos sobre ele do ponto de vista da espacialidade no âmbito das ci-

3 CARLOS, Ana Fani Alexandri. *O Espaço Urbano*. São Paulo: Editora Contexto, 2004, p.19.

4 Idem, *Ibidem*.

5 AHMED, Flávio. “Cultura e Espaço Urbano no Direito das Cidades”. In: COUTINHO, Ronaldo e BONIZZATO, Luigi (Coords). *Direito da Cidade — Novas Concepções sobre as Relações Jurídicas no Espaço Social Urbano*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

dades, em particular tendo em vista os instrumentos que pretendemos aqui brevemente abordar.

E para que nossa abordagem escape da generalidade, optamos por focar a gestão territorial sob o aspecto do direito ao meio ambiente cultural, dimensão do meio ambiente artificial sobre a qual vimos dedicando ultimamente nossos estudos.

2. Meio ambiente urbano, território e cultura

Falar em meio ambiente artificial ou construído é falar em cultura. E falar em cidades e direito à cidade significa articular habitantes e seus direitos à porção do território com seus usos espaciais, físicos e simbólicos.

Dispor hoje sobre cidade diz respeito ao estudo e à visualização dos mecanismos de apropriação simbólica e uso de espaços mediante a forma de ocupação de territórios e de espaços.

Segundo assinala José Afonso da Silva, “cada civilização, ao expandir-se — a partir de certos centros metropolitanos —, difunde-se sobre uma área, organizando-a como seu território de dominação político-econômica e de influência cultural.”⁶

Assim, sob tal perspectiva é que a análise passa também pela aferição de como forças que emergem do poder político partidário — considerando aqueles investidos de mandato e que falam em nome da população que geralmente não é ouvida — se articulam do ponto de vista de gestão da coisa pública para torná-la menos pública.

A ruptura de laços sociais que possibilitam o convívio comunal e a construção de identidades a partir de referenciais estranhos elegem como forma de expropriação de espaços e de conteúdos, todo irremediavelmente de caráter simbólico, ainda que material.

Falamos, portanto, em cidades significa articularmos não só perspectiva histórico-analítica sobre o passado, mas ainda: vocacionarmos condições espaciais, territoriais, para que o pleno exercício dos direitos sobre a cidade se projete de forma democrática e rica para o futuro.

Uma concepção jurídica da matéria reclama, portanto, a pontuação de certas questões.

6 SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*, São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 38.

3. Direito à cidade como produção de espaços — físicos e simbólicos

Nesse sentido, caminhamos para outro ponto central; é, portanto, da possibilidade de construção de novos espaços que estamos falando, espaços simbólicos, físicos, espaços que se revelam como *objeto e instrumento* da realização de uma sociedade que, ao menos do ponto de vista legal, aspirou sua construção alicerçada em valores culturais e ideais de participação como base para realizações coletivas e como instrumento de transformação individual.

A cidade vem a se submeter, a partir da Constituição de 1988 e, especificamente com a regulamentação dos arts. 182 e 183 da CF, através da edição do Estatuto da Cidade, a uma nova disciplina jurídica, subsumindo-se ela também à categoria de bem ambiental, assumindo, portanto, a natureza jurídica de bem de uso comum do povo.

Deve, pois, ser interpretada à luz dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, vinculando-se a execução da política urbana ao conceito de sadia qualidade de vida.

Como bem lembra Celso Fiorillo, “a propriedade urbana assume a feição de bem ambiental”⁷ deixando de ser considerada no seu aspecto puramente material, mas vinculando-se de forma radical à dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, plural.

Na qualidade de bem ambiental, resta, portanto, superada a tradicional dicotomia de bem público/ bem privado.

Por certo que esta perspectiva empalidece o aspecto administrativo que matizou o Município como unidade territorial em que poder público gere os espaços públicos e os particulares o espaço privado, passando os bens públicos e privados a se submeterem (ao menos do ponto de vista da exigência jurídico constitucional) à sua função social, que, no âmbito do Estatuto da Cidade, deve ser definida e esquadrihada pelo Plano Diretor, conforme veremos.

Esses pressupostos legais contemplam, no cenário da cidade, a gestão e a participação popular e uma noção de dinâmica territorial já antevista por Milton Santos ao salientar que “num território, quando ele é analisado a partir da dinâmica social, ele é perceptível pelas coisas que são fixas e pelas que se movimentam. As coisas que se movimentam é que dão valor às que são fixas. Para entender a vida no território ou a vida nacional, é preciso jogar com os dois.”⁸

7 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “Direito ambiental tributário como instrumento em defesa a cidades sustentáveis no Brasil e o IPTU progressivo no tempo”. In: MILARÉ, Edis (org.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.103.

8 SANTOS, Milton. *O Brasil: território e sociedade no início do século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Record, s.d., *passim*.

Portanto, enquanto a noção de território assume feição dinâmica, a de espaço ganha ares específicos e os lugares assumem papel importantíssimo como signos de pertencimento e de realização social.

Nesse sentido é que se afigura necessário a investigação sobre a relação espaço/cultura, a qual passa a assumir enorme relevo como afirmação da cidadania e como instrumento de emancipação humana.

Para tanto, recorremos a Lefebvre, que assim conceitua:

O espaço é político e ideológico. É uma representação literalmente povoada de ideologia. Existe uma ideologia do espaço. Por quê? Porque esse espaço, que parece homogêneo, que parece dado uma vez na sua objetividade, na sua forma pura, tal como o constatamos é um produto social. A produção do espaço não pode ser comparada à produção deste ou daquele objeto particular, desta ou daquela mercadoria. E, no entanto, existem relações entre a produção das coisas e a produção do espaço. Essa se vincula a grupos particulares que se apropriam do espaço para geri-lo, para explorá-lo. O espaço é um produto da história, com algo outro e algo mais do que história no sentido clássico do termo.⁹

A categoria espaço não abrangerá, por sua vez, apenas o físico (que compreende a noção de território), mas envolve, também, o simbólico, representações de espaço e espaços de representação (como invoca Lefebvre), os virtuais (que se estabelecem na internet, intensificando-se as relações à distância), alargando a dimensão exclusivamente material do tema.

Ou seja, o conceito de espaço abrange o território e compreende também as feições dinâmicas que sobre ele se desenvolvem.

Portanto, em sua definição sociológica, releva-se mais adequado e representativo quando buscamos o moderno tratamento conferido à cidade no plano jurídico-constitucional, espaço esse sobre o qual irá se estabelecer o direito à cidade.

Nesse sentido, prossegue Lefebvre definindo o direito à cidade:

O direito à cidade legitima a recusa de se deixar afastar da realidade urbana por uma organização discriminatória, segregadora. Esse direito do cidadão (se se quiser falar assim: do 'homem') anuncia a inevitável crise dos centros estabelecidos sobre a segregação e que a estabelecem: centros de decisão, de riqueza, de poder, e de informação, de conhecimento, que lançam para os espaços periféricos todos os que não participam dos privilégios políticos. Do mesmo modo, o direito à cidade estipula o direito de encontro e de reunião; lugares e objetos devem corresponder a certas necessidades, em geral malconhecidas, a certas fun-

9 LEFEBVRE, Henri. *Espaço e Política*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 62.

ções menosprezadas, mas por outro lado, transfuncionais: a necessidade da vida social e de um centro, a necessidade e funções lúdicas, a função simbólica do espaço (próximas do que se encontra aquém, como além, das funções e necessidades classificadas, daquilo que não se pode objetivar como tal porque figura do tempo, que enseja a retórica a que só os poetas podem chamar por seu nome: desejo).

O direito à cidade significa, portanto, a constituição de uma unidade espaço temporal, de uma reunião, no lugar de uma fragmentação. Ela não elimina as lutas. Ao contrário!¹⁰

Como conclusão desses postulados, temos que “o direito à cidade implica e aplica um conhecimento que não se define como ‘ciência do espaço’ (ecologia, geopolítica, equística, planejamento etc.), mas como conhecimento de uma *produção*, a do espaço.”¹¹

O exercício do direito à cidade, portanto, se dará na medida em que não se fizer o uso segregado do espaço urbano, respeitando-se a vocação plural, diversificada, heterogênea que dele pretenda fazer a população, mas também como palco de conflitos e contradições.

Espaços públicos serão aqueles que puderem se qualificar como lugares estabelecendo relações de pertencimento para com os cidadãos, estimulando práticas de convívio social, fomentando a participação, e, no caso da cultura, a criação, uso, fruição, gozo de bens culturais.

Trata-se agora de buscar identificar em quais diplomas legais pode-se buscar a vocação para qualificar a vida no âmbito das cidades, como item essencial à realização da dignidade da pessoa humana.

4. Estatuto da cidade e as bases para construção de uma cidadania cultural no âmbito da cidade

O Estatuto da Cidade¹² consagra no inciso II do art. 2º a gestão democrática das cidades “por meio da população e de associações representativas de vários segmentos na comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.”

Transplantando para o âmbito da cidade o que podemos vislumbrar numa leitura democrática do art. 216 na sua dicção “com a colaboração da comu-

10 *Idem*, p. 32.

11 *Idem*, p.33.

12 Lei nº 10.257/2001.

nidade”, é certo que, quando o Estatuto fala em participação, concebe uma participação plena, que pode ser direta ou indireta.

Na primeira, os moradores se inserem de forma plena nas discussões, e indireta quando os moradores se fazem representar por associações. Lembra José dos Santos Carvalho Filho, ainda, que a participação pode ser de interesse geral ou específico; a primeira visando a cidade como um todo e o interesse geral, e o específico atinente a interesses de segmentos da cidade, normalmente veiculados por segmentos.¹³

Ou seja, não só o Estatuto concebe a gestão democrática de várias formas, como também assim o faz tratando-a como gestão plena, ou seja, que engloba as diversas fases da política urbana: a fase de formulação, enxergada como aquela em que discute-se, realiza-se os estudos preliminares, elaboram-se pareceres, projetam-se as ações; a fase de execução, onde efetivamente se transporta para o plano prático tudo aquilo que é proposto inicialmente e, enfim, uma fase posterior, a de acompanhamento, em que se exerce a fiscalização do que foi concebido e executado.

A lei não admite a gestão democrática se ela não incidir sobre essas três fases da política urbana. E essa política concretiza-se, como afirma o próprio dispositivo que comentamos, através de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Se a política é o nome geral para fixação e execução de diretrizes, lembrando ainda as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, planos, programas e projetos fazem parte do “sistema geral de planejamento”¹⁴, destacando-se os planos por seu espectro de maior generalidade e ainda significando o instrumento onde programas e projetos terão seu suporte, os programas¹⁵ dizendo respeito “à particularização de certos setores integrantes dos planos”¹⁶, revelando-se os projetos como o intuito das autoridades, que devem corresponder à vontade popular e que serão exteriorizados por ações contempladas nos planos e programas.

O inciso XII do art. 2º do Estatuto ainda se refere à “proteção, preservação e recuperação do patrimônio natural e construído, do patrimônio cultural,

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005, p. 37.

14 *Idem, ibidem*.

15 Carlos Henrique Dantas da Silva destaca que os programas significam “o início das operações práticas das normas estabelecidas nas políticas e planos, cabendo ainda um conjunto de instruções e projetos que em determinada sequência permitem a execução das metas estabelecidas. Os programas têm a premissa de não serem necessariamente efêmeros, pois podem fazer parte de políticas permanentes”. SILVA, Carlos Dantas da. *Plano Diretor — Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 89.

16 *Idem, ibidem*.

histórico, artístico, paisagístico e arqueológico” como diretrizes gerais a serem observadas, o que importa afirmar que é concebido como política urbana e que possui como objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento urbano e das funções sociais da cidade.

A bem da verdade, podemos identificar um vasto rol de garantias consagradas no Estatuto da Cidade essenciais ao exercício dos direitos culturais.

O rol dessas garantias vem explicitado no art. 2º do Estatuto e se traduz nos seus diversos incisos, bem enumerados por Inês Virginia Prado Soares¹⁷, a saber: “a) a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; b) a oferta de equipamentos urbanos e comunitários adequados aos interesses e às características locais; c) a adoção de padrões de consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; d) a adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; na proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, paisagístico e arqueológico; e) a proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, artístico, paisagístico e arqueológico; f) a audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população, para citar aqueles mais direcionados ao tema de nosso estudo”¹⁸.

Não podemos conceber a cultura destacada dessas diretrizes, isso porque ela mesma vem explicitada em um de seus incisos, como antes referimos.

O Estatuto da Cidade ainda contempla outras formas de preservação, como o instituto da transferência do direito de construir como um direito do proprietário a fim de que se preserve “o interesse histórico, ambiental, paisagístico, social e cultural”¹⁹ de seu bem, podendo fazer uso do valor da sua propriedade (como instrumento de incentivo à sua preservação) transferindo o seu direito de construir com base em Lei, baseada no Plano Diretor, para aquele cujo imóvel não possui os mesmos atributos.

17 SOARES, Inês Virginia Prado. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 232-233.

18 Esses itens encontram-se contemplados, respectivamente, nos incisos I, V, VIII, X, XII e XIII, do art. 2º do Estatuto da Cidade.

19 Art. 35, inciso II.

Não se deslembre, também, que “a paisagem urbana e o patrimônio natural e cultural” vêm elencados no inciso VII, do art. 37, quando o Estatuto se refere à autorização de empreendimentos ou atividades no âmbito das cidades como itens que devam ser analisados por ocasião do estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Tais mecanismos demonstram uma percepção sistêmica do legislador de preservação do espaço urbano no seu aspecto cultural, extensiva, por óbvio, ao patamar das políticas públicas não só com vistas à destinação de recursos, mas através de mecanismos fiscais de incentivos que devem lhes ser direcionados, além da ampliação da vocação cultural em todas as suas acepções, *porque não cabe ao Estado afirmar o que é cultura, mas ao povo identificá-la e construí-la*. Esses critérios são essenciais na abordagem do conceito de economia verde.

O Estatuto da Cidade consagra objetivamente tais instrumentos e, embora não seja o único a fazê-lo, propicia que os mesmos se revistam de particular importância, incumbindo-lhes em vocacionar o uso da cidade para o exercício plural dos direitos culturais como parte da construção da cidadania e como direito humano fundamental.

Passarmos, doravante, a comentar alguns desses instrumentos, mais aqueles relacionados ao meio ambiente cultural, já que outros instrumentos de gestão territorial existem.²⁰

4.1. Plano diretor e direitos culturais

Num contexto de definição de espaços, o plano diretor é instrumento por excelência para que sejam destinados espaços urbanos à cultura não só no que se refere à produção, mas à preservação, sem embargo de toda a legislação protetiva existente.

Com efeito, através de tal instrumento, os cidadãos definem como querem a cidade e como a propriedade privada cumprirá localmente sua função social, mediante a realização de audiências públicas e outros instrumentos de participação popular.

Na lição de José Afonso da Silva, “o plano diretor é, nos termos da Constituição e do Estatuto da Cidade, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”²¹

Lembra ainda o constitucionalista que “é plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que,

²⁰ Por exemplo, o plano de manejo.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.139.

sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano.”²² Mas define objetivos gerais e específicos, consoante realidades locais.

A seu respeito, assinala Victor Carvalho Pinto que o plano diretor, embora aprovado por lei, não é lei em sentido formal.

É o que se lê:

Sua natureza jurídica não é, entretanto, de lei material, por faltarlhe as características de generalidade e abstração. O plano diretor não é uma lei, mas é *aprovado* por lei, assumindo a forma de um anexo.

As leis destinam-se a regular determinada situação por prazo indeterminado. A vigência por prazo determinado é excepcional. Os planos, por outro lado, atuam sobre situações conjunturais e dinâmicas. Já se sabe, desde a sua elaboração, que as prescrições nele contidas perderão atualidade se não forem implementadas em um período determinado, podendo até ser contraproducentes em um futuro distante.

(...)

A lei deve ser genérica, tratando igualmente todas as pessoas. As regras estabelecidas no plano diretor não são gerais, mas específicas para cada zona em que divide a cidade.(...)

A lei não depende de qualquer capacitação técnica. Já o plano diretor resulta de estudos técnicos, que devem ser elaborados por profissionais habilitados a fim de que as medidas propostas guardem coerência com o diagnóstico realizado e com os resultados pretendidos.²³

Sem embargo das considerações do autor, as quais sublinham o caráter dinâmico de que se reveste o plano e os efeitos concretos que visa produzir, é certo que o mesmo como lei de efeitos concretos não prescinde de aspectos técnicos e muito menos políticos.

No que diz respeito ao objeto de nosso estudo, *o plano diretor consagra-se como instrumento de relevância porque consistente em lei formal* (ou através de lei formal na visão do autor) aprovada pela Câmara e *que exige a participação popular para a efetividade do direito à cidade, que deve ser exercido com a sua transformação em tradutor e indutor dos reais anseios da população na ocupação do espaço urbano.*

Portanto, poderá o plano diretor atuar como hábil instrumento não só para definição de áreas destinadas exclusivamente à produção cultural, deli-

22 *Idem, ibidem.*

23 PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico — Plano Diretor e Direito de Propriedade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 256-258.

mitação de áreas de proteção a bens históricos e seu entorno, bem como servir de instrumento fundamental para se erigir normas específicas para padrões de construção de modo a proteger a paisagem urbana, inclusive delimitando espaços de não uso da propriedade privada para que a mesma, com isso, não perca a sua função social, dentre os quais se inserem seus atributos estéticos.

Elida Séguin cita como exemplo a delimitação de entorno do bem tombado e suas consequentes limitações ao direito de construir e que deve ser incorporada no capítulo do plano diretor relativamente à política de preservação do patrimônio cultural.²⁴

Como lembra Ana Maria Moreira Marchesan, “a definição de áreas especiais de interesse ou valorização cultural através do zoneamento apresenta-se como o instrumento de maior vocação para promover o essencial casamento entre os valores culturais, naturais e artificiais que conformam as paisagens urbanas. No oportuno destaque de Condesso, ‘de nada serve proteger um palácio ou uma casa da idade média, se à sua volta a construção for livre e desregrada. Não basta, pois, proteger um edifício. É necessário defender sua área envolvente.’”²⁵

Ou seja, a definição de tais espaços através do plano diretor se revela importantíssima no destaque de paisagem urbana e ambiência num contexto em que se contemple o crescimento urbano com qualidade de vida, conforme veremos mais adiante.

A utilização das praças e espaços destinados à produção cultural e ao lazer são pontos essenciais, e que podem encontrar guarida no âmbito do plano diretor que deve estabelecer os locais para onde a cidade deve crescer, atentando-se sempre à questão da qualidade de vida de seus habitantes e o estatuto da cidadania cravado na Constituição e no diploma que o regulamenta nesse aspecto.

Ana Conte, por seu turno, destaca que:

O plano diretor delimita os conjuntos urbanos e ambientes que dizem respeito à memória cultural do povo. O patrimônio cultural, além do seu significado como elemento do processo de constituição da memória coletiva de uma sociedade, e como expressão das diversidades, que identificam uma cultura específica, tem um papel importante na estruturação do urbano, que é o de qualificar o espaço público. Por esse motivo, é imprescindível que a proteção do patrimônio cultural esteja disciplinada pelo Plano Diretor dos Municípios. Permite a elaboração de avaliações dos reflexos das várias normativas no território e no ambiente urbano da cidade. Em relação à proteção do patrimônio cultural, o pla-

24 SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2002, p. 110.

25 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 234.

no diretor deve ser o instrumento da expressão de preocupação com a preservação daqueles espaços urbanos que, culturalmente, emprestaram e emprestam significado à história da cidade.²⁶

Outro não é o posicionamento de Carlos Frederico Marés de Souza Filho que, ao discorrer sobre a obrigação do Município na proteção do patrimônio cultural, assinala:

Para cumprir essa obrigação, compete à Administração Municipal organizar serviços próprios, não apenas para que no Plano Diretor sejam respeitados esses bens, mas para que coisas muito mais concretas possam ser aferidas, como, p. ex., não sejam expedidos alvarás ou licenças que ponham em risco o bem pela poluição, perda de visibilidade ou qualquer outra contingência nociva ao uso.²⁷

O plano diretor é concebido, pois, como instrumento de sustentabilidade devendo ser não meramente uma carta de princípios, mas traduzir-se em instrumento de implementação de políticas de ocupação do espaço urbano na perspectiva de uma sadia qualidade de vida.

É o que se lê em Marcos Paulo de Souza Miranda:

A visão contemporânea coloca a questão cultural como fundamento do Plano Diretor, não apenas no capítulo que trata da preservação da memória e do patrimônio cultural, mas como chave metodológica importante. Assim, exploram-se as questões de apropriação do tecido urbano pelas populações e da proteção da paisagem, dentro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável também do ponto de vista cultural.²⁸

Portanto, o plano diretor revela-se como instrumento de relevo na concretização legal da cidadania cultural, expressão esta explicitada no próprio Estatuto da Cidade, o qual, em diversos de seus dispositivos, contempla normas específicas aptas a assegurar esse direito.

26 CONTE, Ana Carolina Papacosta. *A proteção do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental: o centro da cidade de São Paulo e sua tutela jurídica*, Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2002, p. 140.

27 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*, 3ª Ed. — ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2009, p. 121.

28 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 196.

4.2. O zoneamento urbano

No plano diretor é estabelecido o macrozoneamento, consistindo o mesmo em se definir zonas para ocupação do solo urbano. Não obstante o próprio plano diretor estabeleça prioridades²⁹, não é só ele que assim o faz. Estabelecem-se diretrizes, mas a ocupação do solo urbano se dá segundo o microzoneamento urbano consubstanciado na lei de zoneamento e uso do solo.

Essa percepção vem bem delineada por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, que lembra:

Na previsão das diretrizes e dos instrumentos da política urbana está bem evidenciada a ênfase na prevenção dos problemas urbanísticos e ambientais nas cidades.

Assim, a ordenação e controle do uso do solo devem ser conduzidos de forma a evitar, entre outros problemas, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambientais (art. 2º, VI, “f” e “g”).³⁰

A ideia de zoneamento está prevista na Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, cujo inciso V, do art. 1º e inciso II do art. 9º contemplam o zoneamento ambiental como instrumento dessa política.

Em obra considerada como sendo pioneira sobre direito ambiental brasileiro, Diogo Figueiredo Moreira Neto já destacava a importância do zoneamento, sublinhando seu especial significado ao consignar que “não é mais que uma divisão física do solo em microrregiões ou zonas em que se promovem usos uniformes; há, para tanto, indicação de certos usos, exclusão de outros e tolerância de alguns. A exclusão pode ser absoluta ou relativa.”³¹

Outro não é o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado, para quem “o zoneamento veio dar um novo enfoque no critério de generalidade das restrições à propriedade”, segundo a qual “conforme a zona em que a propriedade está situada, a limitação pode ser diferente”, apontando duas situações em que a propriedade passa a sofrer os ônus em benefício da sociedade: “quando a propriedade vinculada está situada num contexto de outros bens

29 Isso porque o próprio plano pode prever o zoneamento especial, criando áreas e zonas de uso especial, de acordo com as especificidades locais. SAULE JR, Nelson *et alli*. “Plano Diretor do Município de São Gabriel da Cachoeira — Aspectos Relevantes da Leitura Jurídica” In: SAULE JR, Nelson (org.) *Direito Urbanístico — Vias Jurídicas das Políticas Urbanas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007, p.249.

30 YOHISDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental*, Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001, p. 71.

31 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e Urbanístico*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977, p. 87.

vinculados ou limitados” ou “quando a propriedade é escolhida individualmente para ser vinculada.”³²

Se é certo que nos primórdios da vida nas cidades a ocupação do solo era realizada mediante critérios exclusivamente práticos e culturais, já que as cidades se estabeleciam às margens de ferrovias, estradas e iam se expandindo gradativamente, seu crescimento desordenado impõe o estabelecimento de regras com vistas à ocupação do território.

Como assevera Marcelo Lopes de Souza, “o zoneamento é considerado, normalmente, como o instrumento de planejamento urbano por excelência” e “de um simples instrumento de planejamento, acabou, indubitavelmente, transmutando-se muitas vezes em atividade de planejar.”³³

Na referida obra o autor consigna que a visão funcional do zoneamento como instrumento de segregação e uso do solo foi se modificando, apontando para uma visão de zoneamento de prioridades ou includente e hoje se visa contemporizar as duas visões: a funcional, de uso do solo, com a includente.³⁴

Assim, o zoneamento em seu aspecto macro pode e deve constar da lei do plano diretor, mas pode se instrumentalizar através de outras leis, como a lei de zoneamento urbano e uso do solo, como nos projetos de estruturação urbana (Peus) e ainda em leis especiais.

O plano diretor pode prever a criação de zonas e áreas de proteção e preservação cultural, podendo, leis específicas criá-las.

A propósito, é dever do Município, auscultando a população, assim fazê-lo.

Nesse sentido assevera Marés, para quem “o Poder Público Municipal que não se utilizar de sua competência legislativa para proteger o seu patrimônio cultural local, e por isso se omitir na preservação e cuidado destes bens, estará infringindo a Constituição Federal, além, é claro, de perder a sua própria História e de desrespeitar o direito de seus cidadãos.”³⁵

Como lembra Carlos Henrique Dantas da Silva, “usualmente a lei de zoneamento tende a ‘substituir’ o plano diretor em suas atribuições”, afirmação essa que faz partindo de um ponto de vista que não concordamos segundo o qual “o legado deixado pelo primeiro, por se tratar de um instrumento técnico em sua essência, apesar de sua utilização política, será falta de uma

32 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública e Tombamento*, 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 93-95.

33 SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a Cidade — Uma Introdução Crítica ao Planejamento e à Gestão Urbanas*, 5ª Ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 250.

34 *Idem*, p. 265.

35 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*, p. 122.

visão de conjunto sobre o espaço da cidade, das relações dinâmicas que essas partes possuem entre si.”³⁶

O plano diretor, portanto, deve contemplar aspectos macros para exatamente fornecer essa visão de conjunto, que será explicitada pela lei de zoneamento, onde se permitirá contemplar as vocações espaciais específicas. E também é o plano diretor instrumento político (embora também técnico) por excelência, porque exige audiências públicas para sua confecção e deverá contar com a participação substantiva da população na sua elaboração.

Não queremos dizer com isso que o plano e mesmo a lei de zoneamento possam significar redenção de direitos culturais. Para tanto, devem ser superados problemas formais que acontecem com frequência, dentre eles mecanismos que mitigam a participação popular, sendo certo que não pode ser desprezado seu valor como instrumento jurídico de vocação para a salvaguarda e exercício de direitos culturais no âmbito das cidades.

Nesse sentido, lembra Marés:

As leis de zoneamento e outras normas urbanísticas têm servido aos Municípios para proteção do seu patrimônio cultural e ambiental, como a Lei Municipal 726/78, em Embu/São Paulo, que instituiu a ‘zona de preservação do acervo cultural e histórico, para proteção dos bens e entornos paisagisticamente significativos’, ou a Lei Paulistana 8328/75 que cria a Z8-200 em que classifica os imóveis históricos ou de excepcional valor artístico, cultural ou paisagístico destinados à preservação.³⁷

Segundo Ana Maria Moreira Marchesan, “a definição de áreas especiais de interesse ou de valorização cultural através de zoneamento apresenta-se como instrumento com maior vocação para promover o essencial casamento entre valores culturais, naturais e artificiais que conformam as paisagens urbanas.”³⁸

Posição semelhante vem defendida por José Eduardo Ramos Rodrigues, quando sustenta que “as *áreas de proteção especial* estão previstas no art. 13, inc. I e 14 da Lei 6.766, de 19/12/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Com fundamento em tais dispositivos, elas podem ser criadas por decreto estadual com a finalidade de proteger em áreas sujeitas a parcelamento do solo, isto é, urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica (art. 3º

36 *Idem*, p. 136.

37 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*, p. 122.

38 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural Sob o Enfoque do Direito Ambiental*, p. 234.

do mesmo diploma legal), os mananciais ou o patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico.”³⁹

Com efeito, o zoneamento como instrumento de preservação do meio ambiente e dentre eles o cultural deverá considerar os lugares de pertencimento, ou seja, a memória do cidadão e da coletividade, tratando de disciplinar a ocupação segundo as vocações locais expressadas no sentimento específico através de processo de participação popular.

Tal possibilidade vem amplamente acolhida pela doutrina. É o que se lê em Sonia Rabello de Castro quando, ao discorrer sobre a legislação urbana na proteção do patrimônio cultural, assevera que “a criação dessas áreas tanto pode se dar através de procedimento legislativo, isto é, inseridas na própria lei do uso do solo urbano, quanto virem a ser estabelecidas por decreto do executivo, quando a lei de uso e parcelamento do solo assim o permitir.(...) é que dentre as diretrizes que orientam o planejamento urbano e o uso do solo, está a preservação ambiental.”⁴⁰

E ainda, como distingue Marcos Paulo de Souza Miranda, “a dotação de potencial construtivo adequado nas zonas de interesse histórico da cidade minimiza conflitos entre preservação e desenvolvimento urbano, incentivando a defesa dos bens imóveis ligados à memória local.”⁴¹

Saliente-se, por fim, que o zoneamento não exclui a adoção de outras medidas de preservação, algumas dignas de nota, como a preservação de conjuntos urbanos, que poderão ser protegidos por leis especiais ou passíveis de proteção através do instituto do tombamento.

Ainda quanto ao zoneamento, cabe lembrar as palavras de Hely Lopes Meirelles que, após destacar o zoneamento superveniente repartindo-o por áreas como industriais, residenciais, comerciais, mistas e institucionais, inclui as culturais entre essas últimas como aquelas destinadas a museus, bibliotecas, pinacotecas, e assinala que “tais zonas exigem o correto dimensionamento dos equipamentos de cada instituição, para sua adequada localização e preservação da área conveniente com as limitações urbanísticas pertinentes, não só para as construções institucionais como para as das zonas circundantes, a fim de compatibilizar os usos e evitar os conflitos de proximidade entre uma zona e outra.”⁴²

39 RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. “Unidades de Conservação não Integrantes do Sistema Nacional das Unidades de Conservação”. In: AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo (orgs.). *Tutela Jurídica das Áreas Protegidas (A Lei 9985/2000)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011., p. 26-27.

40 CASTRO, Sonia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991, p. 8.

41 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*, p. 197.

42 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 10ª Edição atualizada por DALLARI. Adilson Abreu *et all*. São Paulo Malheiros Editores, 2011, p. 134.

Outrossim, de nada valem os instrumentos citados se não se articulam políticas públicas aptas à criação de espaços públicos que envolvem desde, praças, espaços culturais, bibliotecas, museus, tudo isso de forma articulada com as instituições privadas já existentes de modo a se gerar sinergia no âmbito da vida cultural e a qualificar a vida nas cidades.

Para tal, no âmbito das cidades, esse direito há de estar contemplado em suportes específicos seja através de equipamentos públicos, capacitação e disposições espaciais e de critérios que permitam o pleno exercício dos direitos culturais numa perspectiva plural e cidadã.

Dentro dessa perspectiva, lembramos palavras de Paulo Affonso Leme Machado, para quem “o espaço público pode ser mensurado ‘a contrario sensu’ do que é o espaço privado. A vida exteriorizada aos outros, a vida nas ruas, nas praças, nos parques, nos rios, nas praias e nos ares fazem parte, ‘a grosso modo’, da vida pública.”⁴³

Ou seja, diante da perspectiva de meio ambiente artificial e cultural como dimensões do meio ambiente, em razão da sua natureza de bem de uso comum direcionado à qualidade de vida, o caráter público da apropriação de espaços físicos pelo cidadão há de ser referenciado, já que constitui a própria ocupação uma decorrência da cultura, sob os auspícios de valores culturais por ele unguído.

Ocorre que modernas teorias do urbanismo e forças da economia têm eliminado o caráter público de tais espaços, criando segregação, segmentando-o, tornando o espaço urbano ora em um projeto de racionalidade submetido a técnicas de gestão oriundas de teorias, ora em um produto de forças econômicas que ‘ocupam’ a cidade conforme interesses especulativos, o que acaba por representar uma apropriação privada de um espaço público com fortes impactos na vida cultural, já que estrangulam as vias de produção, uso e gozo de bens, em razão de eliminação de condições materiais essenciais à sua realização.

Nessa perspectiva, situamos duas incompatibilidades com o paradigma constitucional: a primeira, verificada na dimensão do meio ambiente artificial, ao propiciar a criação de modelos de apropriação e de exclusão, alcançando feições patrimoniais que repugnam o uso do meio ambiente artificial como bem de uso comum do povo.

Tal paradigma traduz-se, via de regra, numa apropriação indevida porquanto subtrai, por critérios econômicos, o uso de um espaço cuja ocupação deveria ser balizada por critérios culturais, mediante gestão popular, através de alguns dos instrumentos já aqui desenvolvidos (plano diretor, zoneamento) dentre outros que, embora não percorridos, são fundamentais na perspectiva do que aqui se afirmou (EIV, EIA, Tombamento). A cultura está presente, mas de

43 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito à Informação Ambiental e Qualidade do Ar*. São Paulo: Instituto de Energia e Meio Ambiente, 2009, p. 16.

forma mediata, repelida em tal modelo no que representa de autêntico, velada num projeto de irresignação onde se estampa a dissociação entre os valores da população e o contraste com o modo de ocupação.

A segunda, de forma imediata, já que o modelo de exclusão expropria critérios solidários para impor uma segregação e, ao fazê-lo, elimina espaços públicos essenciais à realização da cultura em âmbito da cidade, sob seus diversos matizes.

Com a eliminação, soçobram atitudes, projetos, fruição, amesquinha-se o todo em detrimento de uma particularização da cultura, eliminando-se o que deveria ser uma rotina na vida das cidades, que é a cultura em todo canto, em prol de uma privatização da atividade cultural voltada para segmentos sociais que possuem recursos para tal consumo.

Qual modelo? Existiria um modelo onde pudéssemos constatar como expressão adequada e propícia à sedimentação da cidadania cultural no âmbito do espaço urbano? Difícil antever, mesmo porque regiões são diferentes e os valores também. Não pretendemos aqui, outrossim, negar o capitalismo insculpido no texto constitucional, mas apenas destacar que o mesmo vem matizado por critérios democráticos que reverberam em práticas sociais e, no caso que descrevemos, atado a circunstâncias que decorrem de paradigmas constitucionais essenciais, núcleos formadores do Estado Democrático Brasileiro.

É nessa perspectiva que cabe assegurar o direito à cidade, reconhecendo, a título de premissa, sua função social como bem ambiental que é, e os direitos culturais nela exercidos como elementos formadores da vida urbana de forma plena, libertadora, os quais não podem ser obnubilados. Mecanismos de apropriação que desviem essa rota devem ser afastados. Quando não pelo Estado, com certeza através das medidas judiciais anunciadas no presente trabalho que compõem um grande feixe de instrumentos em prol de sua garantia

A cidade deve ser submetida, em nosso entender, tanto no plano urbano (porquanto a ocupação urbana deve ser lida como produto cultural) quanto no plano cultural (compreendidos como os direitos culturais já definidos no presente trabalho), a um resgate, à luz do que já expomos, de forma a serem reapropriados os espaços nela existentes, ou ainda, apropriados; e não em prol de interesses exclusivos, mas gerais ou, ainda, plurais, e que traduzam a expressão cultural da população em sua diversidade, contemplando suas respectivas aspirações múltiplas, não se admitindo práticas segregacionistas.

Mas não é apenas o espaço físico material urbano que deve se subsumir à essa regra. O espaço simbólico e ainda o físico cujo uso estético se faz pela população assim o exige, sob pena de a cidade ser um reflexo não da diversidade e das aspirações dos que nela habitam, mas uma expressão de exclusão.

2) DIREITO TRIBUTÁRIO

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: POSSIBILIDADES, INSTRUMENTOS E LIMITES

MELINA ROCHA LUKIC¹

Resumo

A tributação pode ser utilizada como um instrumento para se alcançar os três pilares do desenvolvimento sustentável: desenvolvimento econômico, equidade social e proteção do meio ambiente. O artigo abordará a relação entre tributação e extrafiscalidade, o fundamento econômico e os instrumentos de tributação ambiental utilizados no Brasil. Ao final, procura-se relacionar o papel da tributação frente ao desafio da redução das desigualdades sociais.

Abstract

Taxation can be used as an instrument for achieving the three pillars of sustainable development: economic development, social equity and environmental protection. The article analyzes the economic base and instruments used for environmental taxation in Brazil. At the end, it relates the role of taxation facing the challenge of reducing social inequalities.

Para cumprir certas funções, o Estado tem a seu dispor o poder de instituir tributos. A tributação, porém, não deve ser considerada como um fim em si mesma, mas sim como um instrumento para atingir certos objetivos.

O sistema tributário pode, dessa maneira, assumir múltiplas funções, de acordo com os valores e princípios maiores que se deseja por meio dele alcançar. Sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres afirma que a atividade financeira do Estado, apesar de instrumental, “não é neutra frente aos valores e princípios jurídicos, senão que a eles se vincula fortemente”².

1 Professora de Direito Tributário FGV-Direito RIO, Pesquisadora do CPDE/ FGV-Direito RIO, Doutoranda Université Paris III — Sorbonne Nouvelle.

2 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.5.

No que diz respeito às ideias e crenças em torno do assunto, a tributação pode comportar múltiplos sentidos, que correspondem, de acordo com Bouvier³, “a um projeto que a sociedade, a um dado momento, atribuiu globalmente ao imposto”. Neste sentido, a legitimidade e fundamento do poder tributário variaram ao longo dos anos, de acordo com os valores e interpretações dominantes de cada época. Assim, se durante o século XVII, a ideia era a de que o tributo era devido em contrapartida aos serviços prestados pelo Estado, a partir do século XIX, teorias sobre a função social do tributo emergiram. Atualmente, a tributação deve passar a ser pensada como um instrumento para se atingir a sustentabilidade.

O desenvolvimento sustentável será aqui considerado, na linha do Relatório Brundtland de 1987, como um conceito baseado em três pilares: economia, equidade social e meio ambiente. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em seu princípio terceiro, estabelece que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”⁴.

Ou seja, o desenvolvimento sustentável é aquele que busca o desenvolvimento econômico de modo harmônico com a preservação do meio ambiente e assegurando a equidade social.

Neste sentido, um dos fundamentos constitucionais para o desenvolvimento sustentável encontra-se no artigo 170 da Constituição Federal que, ao dispor sobre a ordem econômica, afirma que esta (...) “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se, segundo o inciso VI, “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”⁵.

Diante deste panorama, como a tributação está sendo utilizada no Brasil como uma maneira de compatibilizar a eficiência econômica, a justiça social e a proteção ambiental? Quais os instrumentos tributários que visam atingir tal objetivo? Mais especificamente, de que maneira a tributação tem se voltado à sustentabilidade ambiental? Por fim, para além da questão ambiental, qual é a relação entre a tributação e a busca da equidade social no Brasil?

Questões que estão no centro do debate atual sobre o desenvolvimento sustentável. Para respondê-las, abordaremos inicialmente as funções da tributação

3 BOUVIER, Michel. *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*. Paris : LGDL, 2007, p. 14.

4 http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf

5 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

e a questão da extrafiscalidade. Na segunda parte, analisaremos os fundamentos econômicos da tributação ambiental para em seguida estudarmos exemplos da utilização desta tributação no Brasil. Por fim, na terceira parte, relacionaremos a tributação como um instrumento de se alcançar a equidade social.

1) Tributação, extrafiscalidade e desenvolvimento sustentável

Especificamente com relação aos objetivos da tributação, regra geral, os tributos cumprem prioritariamente uma finalidade fiscal, ou seja, arrecadar recursos financeiros aos cofres públicos. Neste sentido, os tributos ocupam um lugar central, sendo responsáveis por cerca de 80% do total das receitas do governo⁶.

Ocorre, porém, que os tributos podem igualmente ser utilizados pelo Estado como instrumento de extrafiscalidade. A extrafiscalidade é a utilização da tributação para fins diversos ao da simples arrecadação de dinheiro ao poder público. Trata-se de uma maneira para se inibir ou incentivar a prática de determinados comportamentos, “com vista à realização de outros valores constitucionalmente consagrados”⁷.

Costumava-se atribuir à tributação apenas três funções: arrecadação, distribuição de renda e regulação da economia. Neste sentido, Giambiagi⁸ afirma que a política fiscal pode realizar a *função alocativa*, que se refere ao fornecimento de bens públicos; a *função distributiva*, associada à redistribuição de renda através da tributação e, por último, a função corresponde à *estabilização*, cujo objetivo é influenciar a política econômica para atingir certo nível de emprego, estabilidade dos preços e taxa de crescimento econômico. Ardant também enumera duas funções principais dos tributos: criar os recursos necessários para o funcionamento do Estado e assegurar o equilíbrio e a orientação da economia. Segundo o mesmo autor, a tributação “permite também alterar a distribuição dos rendimentos e das fortunas, quer no sentido da consolidação de privilégios, quer no sentido da equalização das condições”⁹.

Ocorre que, nos dias de hoje, além destas funções clássicas, a tributação deve passar a cumprir a função de proteção do meio-ambiente, no sentido de induzir comportamentos ambientalmente positivos. Neste sentido, Heleno Tôrres afirma que “não se pode negar a importância fundamental da preserva-

6 Tesouro Nacional, 2010: <http://www.tesouro.gov.br/>.

7 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312.

8 GIAMBIAGI, Fabio, ALEM, Ana Claudia, *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p.10.

9 ARDANT, Gabriel, *Théorie sociologique de l'impôt*, Paris : SEVPEN, 1965.

ção ambiental nos dias atuais (...) e a tributação pode ser uma alternativa para alcançar fim tão nobre”¹⁰.

O art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, determina que todos os instrumentos disponíveis ao Estado, dentre os quais se incluem os tributos, devam ser utilizados para a preservação do meio ambiente.

Assim, a extrafiscalidade voltada para o desenvolvimento sustentável repercute na harmonização de três frentes: a) intervenção na economia, b) elemento chave na aplicação das políticas sociais e de redistribuição e c) como um instrumento de preservação do meio-ambiente.

2) Fundamentos Econômicos da Tributação Ambiental: o papel das externalidades

A questão ambiental é vista pela doutrina econômica a partir da noção de externalidade, na qual se enquadram as falhas de mercado. Segundo Mankiw, “uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto”¹¹. Schoueri conceitua externalidades enquanto “custos e ganhos da atividade privada que, em virtude de uma falha do mecanismo de mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar daquele que os gerou”¹².

As externalidades podem ser negativas, se representam uma perda à coletividade, ou positivas, se representam um ganho a esta. No que se refere ao meio ambiente, as externalidades negativas ocorrem quando o agente não leva em consideração o custo total da poluição ou da atividade danosa que praticam. Ou seja, os custos dos danos ambientais causados não são suportados pelo seu responsável, mas revertem-se em uma diminuição do bem-estar econômico de toda a coletividade. As externalidades negativas podem ter por consequência um aumento da atividade poluidora indesejada, em virtude de seu “acobertamento por meio de repasse à coletividade”¹³.

10 TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98.

11 MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson, 2005, p. 204.

12 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236.

13 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236.

Assim, diante de uma externalidade, pode o poder público adotar medidas no sentido de reverter ou minorar os seus impactos negativos. Uma das opções do Estado, ao lado da regulação da atividade, é a internalização dos seus custos por meio da tributação. Ou seja, o poder público “pode internalizar a externalidade tributando atividades que causem externalidades negativas e subsidiando atividades que tragam externalidades positivas”¹⁴. Pigou foi um dos primeiros defensores da utilização de impostos para corrigir as consequências de externalidades negativas.

Mankiw afirma que “os economistas costumam preferir os impostos de Pigou à regulamentação como maneira de lidar com a poluição porque esses impostos podem reduzir a poluição a um custo menor para a sociedade”, tendo em vista que se “cobra um preço pelo direito de poluir”¹⁵. A internalização dos custos através dos tributos faz com que a atividade se torne mais cara, desestimulando, portanto, a sua prática ou o consumo de determinado produto dela decorrente.

Para o Direito Ambiental, a minoração dos efeitos das externalidades negativas através da internalização dos custos se traduz no princípio do poluidor-pagador. Para Modé, este princípio visa “à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental, e como consequência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente”¹⁶. Schoueri acrescenta que o princípio do poluidor-pagador “se resume na ideia de que aquele que causa danos ao meio ambiente deva suportar, economicamente, tanto os custos para a recuperação ambiental quanto as perdas sofridas pela coletividade”¹⁷.

Ou seja, o tratamento das externalidades negativas causadas ao meio ambiente recebe, nesta perspectiva, um tratamento econômico e “passa a ser manipulado como qualquer outro caso de escassez, recebendo, daí, as soluções normais da economia de mercado”¹⁸.

A aplicação prática do princípio do poluidor pagador, no campo tributário, se dá por meio da previsão dos tributos verdes (*green taxes*), cuja função, como já dito, é precisamente a de “internalizar os custos ambientais, isto é, trazer para o custo de cada bem ou mercadoria o custo que seu consumo representa em termos ambientais”¹⁹. Entretanto, o uso deste instrumento no Brasil, conforme

14 MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson, 2005, p. 213.

15 MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson, 2005, p. 213.

16 MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental — a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2003, p.63.

17 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236.

18 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236.

19 FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

veremos a seguir, ainda é incipiente, dadas todas as limitações constitucionais e legais relativas aos tributos.

3) Instrumentos tributários para a sustentabilidade ambiental

Conforme visto, a tributação pode ser um meio para o alcance da sustentabilidade ambiental, através do “emprego de instrumentos tributários para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental (...), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente”²⁰.

A utilização da tributação no Brasil como instrumento de proteção ao meio ambiente pode ocorrer de três formas. Primeiramente, através dos tributos verdes, tributando-se condutas poluidoras ou potencialmente poluidoras de forma que a oneração da atividade possa inibir a realização de tais práticas.

Esta prática tributária, conforme vimos acima, vincula-se ao princípio do poluidor-pagador e “sinaliza no sentido de que os potenciais poluidores devem arcar com a responsabilidade pelo pagamento das despesas estatais relacionadas com a precaução e a prevenção de riscos ambientais”²¹.

Entretanto, o legislador não tem total liberdade para a instituição de tal instrumento tributário, tendo em vista o limite estabelecido no próprio conceito de tributo. Segundo o artigo 3º do CTN, só será considerado tributo a prestação que não constitua sanção de ato ilícito. Assim, o tributo não pode ser utilizado com fins sancionatórios, como punição à conduta poluidora. Sobre o assunto, Ferraz afirma que “uma primeira característica fundamental da tributação ambientalmente orientada é que ela deverá ocorrer, necessariamente, no âmbito das atividades lícitas, como orientadora dessas atividades, mas nunca como sancionatória”²².

Exemplo deste primeiro tipo de tributação é Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Segundo Tôrres, “toda CIDE é típico instrumento que visa a alcançar um êxito específico, qual seja, a intervenção em determinado espaço material da ordem econômica, da qual o domínio *ambiental* é espécie”²³.

20 COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312.

21 TORRES, Ricardo Lobo. Valores e princípios no Direito Tributário Ambiental. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

22 FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

23 TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental: os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147.

Um exemplo de CIDE utilizada em favor do meio ambiente é aquela relativa aos combustíveis (CIDE — Combustíveis). A possibilidade de instituição da CIDE-Combustíveis foi prevista pela Emenda Constitucional n. 33 de 2003, que acrescentou o § 4º ao artigo 177 da CF/88. Este parágrafo dispõe que “a lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível” deverá prever que os recursos arrecadados sejam destinados “ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás”²⁴.

No mesmo sentido, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 73/2007, propondo a criação de uma CIDE incidente sobre as emissões de gases de efeito estufa, no modelo da *carbon tax*, para fins de se alcançar a “sustentabilidade ambiental e a mitigação do aquecimento global”²⁵.

Com relação ao IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), a Constituição, em sua redação original, já previa, no art. 182 § 4º, a progressividade do IPTU no tempo como um instrumento de política urbana. Ou seja, esta progressividade permite um agravamento da carga tributária ao proprietário que não promover um adequado aproveitamento do imóvel ao longo do tempo. Este instituto tem uma finalidade extrafiscal, com intuito de desestimular a manutenção de imóveis sem a devida utilização e destino.

O segundo tipo de instrumento traduz-se na aplicação das receitas de determinado tributo em prol de atividades que visem à preservação do meio ambiente. O caso mais emblemático é o do ICMS Ecológico, no qual, na distribuição da quota-parte a ser entregue aos Municípios, adotam-se critérios ambientais. A iniciativa, que foi iniciada pelo Estado do Paraná em 1991²⁶, já é implementada ou está em discussão em grande parte dos Estados brasileiros.

A terceira e mais utilizada forma de tributação em prol da sustentabilidade ambiental é aquela traduzida em medidas de minoração e/ou concessão de benefícios fiscais às práticas ambientalmente positivas. Estes benefícios podem ser aplicados em quase todas as espécies tributárias e são traduzidos de diversas formas: redução de alíquota ou da base de cálculo, possibilidade de deduções, isenções etc. Ou seja, o objetivo destes benefícios é conceder vantagens tributárias através da desoneração de práticas ambientalmente sustentáveis. Diversos são os exemplos de utilização desta forma de tributação ambiental.

24 Artigo 177, parágrafo 4º, inciso II, b da CF/88.

25 Projeto de Lei Complementar n. 73/2007.

26 No Estado do Paraná, a Lei n. 9.491/90 dispõe que a repartição de 5% do ICMS se dará da seguinte forma: 50% para Municípios que mantenham mananciais de abastecimento e 50% para aqueles com unidades de conservação ambiental

Além da progressividade no tempo acima analisada, a partir da Emenda Constitucional nº 29/2000 o IPTU passou a poder ser cobrado de forma progressiva em três casos: em razão do valor do imóvel, em função da sua localização, e do modo de utilização do mesmo. Assim, os Municípios poderão estabelecer alíquotas diferenciadas para os imóveis que promovam alguma forma de preservação ambiental.

Além desta possibilidade, alguns Municípios, como é o caso do Rio de Janeiro, concedem isenções do IPTU para terrenos e prédios de interesse ecológico ou relevantes para a preservação paisagística ou ambiental, declaradas pelo poder público como reservas florestais ou se tiverem certa área coberta por florestas²⁷.

Ainda com relação aos impostos sobre a propriedade, o ITR — Imposto Territorial Rural — é talvez o imposto mais utilizado para fins de se alcançar a sustentabilidade ambiental e social. Primeiramente, em razão de suas alíquotas progressivas, aplicadas em função do tamanho e do grau de utilização da terra. Trata-se de uma forma de desestimular a manutenção de grandes proporções de terras improdutivas, visando, portanto, um aproveitamento melhor da propriedade. A legislação do ITR ainda exclui da sua incidência, as áreas de reserva legal, de preservação permanente e de interesse ecológico, as “Reservas Particulares do Patrimônio Natural” e as áreas de servidão florestal²⁸.

O Estado do Rio de Janeiro ainda conta com a experiência da cobrança de contribuição de melhoria, espécie tributária devida em razão da valorização de imóvel decorrente de obra pública, nos casos de “arborização de ruas e praças, construção ou ampliação de parques, proteção contra erosão, aterros e outras obras de embelezamento, bem como de execução de projeto de tratamento paisagístico”²⁹. Ou seja, os proprietários cujos imóveis são valorizados em decorrência dessas melhorias ambientais devem contribuir com os custos das mesmas.

No que diz respeito ao ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), o Estado do Rio de Janeiro prevê uma redução de 18% para 12% das alíquotas incidentes sobre “operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e veículos destinados à implantação, ampliação e modernização ou realocização de unidades industriais ou agroindustriais e visem à defesa do meio ambiente”³⁰.

O mesmo Estado prevê alíquotas diferenciadas para o IPVA de veículos que utilizam combustíveis ou equipamentos renováveis³¹. Ainda com relação ao

27 Lei Municipal nº 691/1984 (Código Tributário Municipal do Rio de Janeiro).

28 Lei Federal n. 9.393/96.

29 OLIVEIRA, J. M. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

30 Lei Estadual nº 2.055/93, do Rio de Janeiro.

31 Lei Estadual nº. 948/85, do Rio de Janeiro.

IPVA, diversos outros Estados já adotaram isenção deste imposto para veículos movidos a motor elétrico³².

Com relação ao IPI, o Decreto nº 755/93 fixou as alíquotas incidentes sobre veículos movidos a álcool em patamares inferiores às alíquotas dos veículos movidos à gasolina, estimulando, portanto, a fabricação de veículos que utilizem um combustível menos poluente. Neste mesmo sentido, em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 255/2010 que concede isenção de IPI para carros híbridos e elétricos, bem como das peças e acessórios necessários para a sua fabricação.

Também em tramitação o PLS n. 510/09 que propõe reduzir a zero a alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para empresas que realizam atividades de reciclagem.

A legislação do Imposto de Renda também prevê, desde a década de 60, benefícios ligados a questões ambientais. Exemplo é o § 1º do artigo 1º da Lei nº 5.106/66, revogado pelo Decreto-lei nº 1.338/74, que estabelecia o abatimento dos valores despendidos em florestamento ou reflorestamento do imposto de renda apurado pela pessoa física e jurídica.

Conforme visto, a utilização da tributação no Brasil para fins ambientais se restringe basicamente à concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos a tributos já existentes. A utilização de “tributos verdes”, com finalidade prioritariamente ambiental, ainda é muito incipiente, dada todas as limitações constitucionais e legais que a tributação deve observar.

4) Tributação e sustentabilidade social: em busca da justiça fiscal e da equidade social

Para além da sustentabilidade ambiental, o desenvolvimento sustentável também se apoia na ideia de equidade social. Em um país com um dos mais altos índices de desigualdades sociais, como é o caso do Brasil, esta questão reveste-se de importância capital.

O Princípio 5 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece que “todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e

32 Segundo a Associação Brasileira do Veículo Elétrico, a isenção para veículos elétricos já foi concedida pelos Estados do Ceará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Sergipe. Outros três Estados concedem alíquotas diferenciadas para estes veículos, são eles: Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo. Retirado de: <http://www.abve.org.br/destaques/2011/destaque11034.asp> em 05 de maio de 2012.

melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo”³³. Ou seja, ao lado da questão ambiental, não se pode olvidar que, em muitos países, o enfrentamento dos problemas sociais deve ser visto como prioridade pelos governos.

A equidade social, assim como a sustentabilidade ambiental, igualmente pode ser alcançada por meio da tributação. Ou seja, outra importante função do sistema tributário é que, através dele, é possível realizar uma distribuição das riquezas, com a finalidade de diminuição das desigualdades sociais e econômica. A Constituição de 1988, que instituiu o sistema tributário atual, tem como um dos seus principais pilares a busca pela justiça social, através da instauração de uma série de mecanismos para este fim. Assim, uma das finalidades atribuídas ao sistema tributário, segundo se extrai de uma interpretação sistêmica da CF/88, é a de arrecadar tributos para o financiamento dos novos direitos e futuras políticas sociais do Estado, além da redução das desigualdades sociais.

Nessa lógica, numa comparação entre os valores constitucionais e o sistema tributário, Greco sublinha que na CF/88 “o peso do valor “arrecadação” é menor do que o peso do valor solidariedade social”³⁴.

O sistema tributário pode, assim, alcançar a equidade social por dois meios: através a) de mecanismos de justiça fiscal, através dos quais se busca tributar mais aqueles com maiores capacidades econômicas e b) através da aplicação dos recursos arrecadados em serviços e políticas públicas em prol dos menos favorecidos.

No que diz respeito à justiça tributária, a CF/88 a traduziu por medidas como o princípio da igualdade, capacidade contributiva, reafirmação do princípio da progressividade e a instituição da seletividade do IPI e do ICMS³⁵. Além disso, a previsão de um imposto sobre as grandes fortunas — que até hoje nunca foi instituído — representou um progresso no debate de redistribuição por meio do sistema tributário.

Sobre o princípio da igualdade, Tipke ensina que “o Direito Tributário encontra as desigualdades econômicas existentes numa economia de mercado. O princípio da igualdade exige que a carga tributária total seja igualmente distribuída entre os cidadãos. O componente social da justiça exige que os ricos contribuam proporcionalmente mais que os mais pobres”³⁶.

33 http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf

34 GRECO, Marco Aurélio, GODOI, Marciano Seabra (dir.), *Solidariedade Social e Tributação*, São Paulo, Dialética, 2005, p.177.

35 LAGEMANN Eugénio, BORDIN, Luis Carlos Vitali, PEC 41/2003 : Especificidade, Aspectos Polêmicos e Efeitos, in MORHY Lauro, *Reforma Tributaria em Questão*, Brasília, Editora UNB, 2003.

36 TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas, *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.18.

Já o princípio da capacidade contributiva, corolário do princípio da igualdade, está previsto no parágrafo primeiro do artigo 145 da CF/88, que afirma que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

Sobre este princípio, Carrazza³⁷ afirma que:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. (...) Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal.

Ávila igualmente afirma que “a capacidade contributiva é, na verdade, um critério de aplicação da igualdade”³⁸. Segundo ele:

A determinação da medida, que a eficácia econômica desigual de uma regra não poderá ultrapassar, deve ser obtida pela análise das decisões valorativas da Constituição em favor, por exemplo, da proteção da família e do casamento e da solidariedade social (Ávila, 2006, p.365).

Ricardo Lobo Torres contribui ao debate afirmando que “a capacidade contributiva se subordina à ideia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (...). A capacidade contributiva, como princípio aberto e indeterminado, oferece ao legislador a orientação para o processo de concretização da justiça fiscal”³⁹.

Por fim, Tipke conceitua a capacidade contributiva como “todos devem pagar impostos segundo o montante da renda disponível para o pagamento de impostos”⁴⁰. Para o autor, “o princípio da capacidade contributiva corresponde ao princípio do Estado Social não na medida em que todos devam pagar igualmente o mesmo, mas na medida em que a carga tributária do indivíduo seja mensurada segundo sua renda: quanto mais alta a renda, mais alto o imposto”⁴¹.

Uma das traduções do princípio da capacidade contributiva se dá por meio da progressividade dos impostos. Ricardo Lobo Torres elucida que o subprincí-

37 CARRAZZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 81

38 ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2006, p.365.

39 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 93/97.

40 TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

41 TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

pio da progressividade “significa que o imposto poderá ser cobrado por alíquotas maiores na medida em que se alargar a base de cálculo”⁴².

Apesar de a CF/88 só prever expressamente a progressividade para o Imposto sobre a Renda — IR (art. 153, § 2º, I) e, com a emenda constitucional nº 29/2001, também para o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana — IPTU (art. 156, § 1º, I), muitos autores defendem que “todos os impostos, em princípio, devem ser progressivos”⁴³. Segundo esta corrente, com exceção daqueles impostos que não se compatibilizam com a progressividade (como IPI e ICMS), todos os demais impostos devem ser progressivos, “para que possam ter caráter pessoal e ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”⁴⁴.

Sobre o princípio da progressividade, Carrazza afirma que:

A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna. Sem impostos progressivos não há como atingir-se a igualdade tributária. Logo, o sistema de impostos no Brasil deve ser informado pelo critério da progressividade⁴⁵.

No que diz respeito aos fundamentos da progressividade, Maurício Conti afirma que ela pode ser vista sobre dois ângulos: a) como corolária do princípio da capacidade contributiva, visando igualar o sacrifício dos contribuintes e obter a equidade vertical e b) como instrumento de extrafiscalidade, tendo por objetivo a redução das desigualdades econômicas e sociais⁴⁶.

Assim, por meio do Imposto sobre a Renda é possível aplicar o princípio da progressividade e, por consequência, promover uma justiça fiscal por meio de redistribuição de rendimentos. O grau de progressividade do IR depende do número de frações de rendas sobre as quais são aplicadas as alíquotas do imposto. Em conformidade com estes critérios, observa-se que a tributação brasileira foi no sentido contrário ao da progressividade, em virtude da diminuição constante das alíquotas nestes últimos anos. Percebe-se que, à época da promulgação da Constituição de 1988, existiam nove alíquotas do IR que variavam entre 0% e 45%. Um ano após, a quantidade de alíquotas foi reduzida a duas: de 10% e 25%. Esta lógica durou até em 2009, ano a partir do qual o imposto passou a

42 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 94.

43 CARRAZZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 82.

44 *Ob. cit.*, p. 82.

45 *Ob. cit.*, p. 83.

46 CONTI apud TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas, *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72.

quatro alíquotas: 7,5%, 15%, 22,5% e 27%. Contudo, apesar deste aumento do número de alíquotas em 2009, constata-se que, desde a CF/88, houve uma diminuição do caráter progressivo deste imposto e, por consequência, ele não é utilizado como um instrumento para a redução das desigualdades. Assim, o Imposto sobre a Renda (IR) — capaz de garantir o princípio da capacidade econômica do contribuinte — é minimamente utilizado no Brasil como um instrumento de redistribuição de renda e promoção da justiça fiscal.

Por fim, a CF/88 prevê mais um instrumento para atender à capacidade contributiva e, por conseguinte, para se alcançar a justiça fiscal por meio da tributação: a seletividade. Prevista expressamente pela CF/88 para os Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) e sobre a Circulação de Mercadorias (ICMS), a seletividade “aponta para a incidência na razão inversa da essencialidade do consumo. Representa um elemento de personalização agregado a um tributo que originalmente se definiria como imposto real”⁴⁷.

Com relação ao ICMS, a previsão da seletividade está presente no art. 155, §2º, III que dispõe que o imposto “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”. Quanto ao IPI, o art. 153, §3º, I, prevê que este “será seletivo, em função da essencialidade do produto”. Carrazza⁴⁸ sublinha que a Constituição, ao prever o princípio da seletividade para o ICMS e o IPI, não está delegando uma mera faculdade ao legislador, mas, pelo contrário, está “lhe impondo um inarredável dever, de cujo cumprimento ele não pode se furtar”. Portanto, conclui-se que a seletividade nestes impostos é condição obrigatória para sua validade. Este princípio pode ser alcançado de diversas maneiras, desde um sistema de alíquotas diferenciadas, redução da base de cálculo, até a criação de incentivos fiscais.

Entretanto, se analisarmos a tabela de alíquotas do IPI, assim como as alíquotas do ICMS da maioria dos Estados brasileiros, muitos produtos tidos por essenciais não estão contemplados com uma alíquota reduzida. Exemplo disto é a energia elétrica que, na maioria dos casos, é tributada por uma alíquota de ICMS majorada.

A tudo isto se acrescenta o “Imposto sobre Grandes Fortunas”, previsto pela Constituição de 1988 e que poderia ser um instrumento para a conquista de uma justiça fiscal no Brasil, mas que, porém, sua lei de instituição não foi aprovada até hoje.

47 TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.94/95.

48 CARRAZZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 89.

Outra questão que se coloca é sobre em quem recai a maior parte da carga tributária no Brasil. Verifica-se que uma das características mais notáveis do sistema tributário brasileiro repousa no fato de que os impostos sobre o consumo constituem a maior parte das receitas e da carga fiscal total. Em 2009, estes impostos representaram 48,44% das receitas tributárias totais, o que corresponde a 17,32% do PIB. Em contrapartida, os impostos sobre a renda e sobre a propriedade constituem uma pequena parte da carga tributária. Em 2009, representaram apenas respectivamente 20,45% e 3,18% das receitas totais, segundo dados da Receita Federal do Brasil.

O fato de o sistema tributário brasileiro ser baseado, em sua maior parte, em impostos sobre o consumo, traz uma série de implicações no que diz respeito a quem suporta o ônus fiscal. Os impostos sobre o consumo são quase sempre proporcionais, aplicando-se à sua base de cálculo uma alíquota fixa independentemente do montante. Já alguns impostos sobre a renda e sobre a propriedade, tais como IR e IPTU, têm, conforme vimos, um caráter progressivo, ou seja, que a alíquota aumenta em função da progressão da base de cálculo.

Assim, num sistema fiscal cuja maior parte dos tributos é composta por impostos sobre o consumo — como é o caso no Brasil — o peso da carga fiscal tende a pender mais sobre os rendimentos mais baixos. Isso se explica pelo fato de que todos os indivíduos, independentemente da sua renda, pagam a mesma quantidade de imposto sobre os produtos consumidos. Por conseguinte, o montante do imposto pago representará uma porcentagem maior da renda das pessoas mais pobres do que nas mais ricas. Dados de uma pesquisa realizada por Zockun revelam que, em 2004, os que recebiam até dois salários mínimos gastavam 48,8% da sua renda no pagamento de tributos, enquanto o peso da carga fiscal sobre as famílias com rendimentos superiores a 30 salários mínimos correspondia a 26,3%⁴⁹.

Conclui-se, portanto, que no que diz respeito à sustentabilidade social, o sistema tributário brasileiro não tem respondido adequadamente a este objetivo. A progressividade e seletividade dos tributos, que poderiam ser instrumentos para uma maior justiça tributária, são utilizadas de maneira incipiente. Além do mais, o sistema tributário brasileiro, baseado na maior parte em tributos indiretos e sobre o consumo, faz com que a carga seja suportada de maneira mais forte pelas famílias de baixa renda.

49 ZOCKUN Maria Helena (coord.), *Simplificando o Brasil: Propostas de Reforma na Relação Econômica do Governo com o Setor Privado*, Texto para Discussão N° 03, São Paulo, FIPE, 2007.

Conclusão: possibilidades de avanços?

Apesar do grande potencial de utilização da tributação em prol do desenvolvimento sustentável, percebe-se ainda no Brasil um fraco emprego desta, principalmente no que se refere à busca da sustentabilidade ambiental e social.

No que diz respeito à preservação do meio ambiente, a utilização da tributação ocorre prioritariamente por meio da concessão de benefícios e incentivos fiscais às práticas ambientalmente positivas. Os tributos verdes, que onerariam a prática de atividades poluidoras no sentido de desestimulá-las, tal como utilizados em diversos países do mundo, são muito pouco utilizados no país.

No campo social, vimos que apesar das possibilidades da utilização da tributação como uma forma de minorar as desigualdades sociais, o que ocorre no Brasil é o oposto. Princípios como o da igualdade, capacidade contributiva e os instrumentos da progressividade e seletividade são utilizados de maneira insuficiente a possibilitar uma melhoria da equidade social. Além do mais, o fato do sistema tributário do país se basear prioritariamente em impostos indiretos e sobre o consumo, faz com que a carga tributária recaia com maior intensidade sobre as famílias de baixa renda, o que afasta ainda mais a possibilidade de minoração das desigualdades sociais.

Enfim, a relação entre tributação e desenvolvimento sustentável no Brasil ainda apresenta vários limites que precisam ser revistos e superados, para que aquela seja utilizada eficientemente como uma forma de harmonizar o desenvolvimento econômico, a equidade social e o equilíbrio do meio ambiente.

Bibliografia

- ARDANT, Gabriel, *Théorie sociologique de l'impôt*, Paris: SEVPEN, 1965.
- ÁVILA, Humberto, *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOUVIER, Michel, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*. Paris: LGDL, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antônio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2004.
- COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIAMBIAGI, Fabio, ALEM, Ana Claudia, *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

GRECO, Marco Aurélio, GODOI, Marciano Seabra (dir.), *Solidariedade Social e Tributação*, São Paulo, Dialética, 2005.

LAGEMANN Eugenio, BORDIN, Luis Carlos Vitali, PEC 41/2003: Especificidade, Aspectos Polêmicos e Efeitos, in MORHY Lauro *Reforma Tributária em Questão*, Brasília, Editora UNB, 2003.

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thomson, 2005.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação Ambiental — a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba:Juruá, 2003.

OLIVEIRA, J. M. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em Matéria Ambiental. In TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira (org.) *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZOCKUN Maria Helena (coord.), *Simplificando o Brasil: Propostas de Reforma na Relação Econômica do Governo com o Setor Privado*, Texto para Discussão N° 03, São Paulo, FIPE, 2007.

3) DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS: DA ATUAÇÃO REATIVA À ATUAÇÃO PROATIVA

CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA¹

Resumo

Muito se tem discutido acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais em face do direito brasileiro, sob o viés corretivo-repressivo, analisando-se a aplicabilidade *in casu* da responsabilidade objetiva e solidária, a amplitude do conceito de poluidor, o nexos de causalidade, as excludentes e atenuantes desse nexos.

Todavia, é preciso avançar para além do sistema de comando e controle estatais e para além da ótica corretiva-repressiva e reconhecer a relevância da responsabilidade socioambiental dessas instituições na cadeia da sustentabilidade, traduzida na incorporação da variável socioambiental na análise e concessão de financiamentos a projetos de empreendimentos, e de empréstimos a atividades de categorizações diversas, sendo dispensado tratamento diferenciado conforme o respectivo grau de impactos e de riscos socioambientais (riscos alto, médio e baixo).

Abstract

There has been much debate regarding civil liability of financial institutions for environmental damages within Brazilian legal regime, on the inspection-remediation theory, taking into consideration the several and strict liability, the polluter-pays principle, the chain of causation, the supervening clauses and mitigating circumstances.

However, it is important to surpass the inspection-remediation theory (government control system) and promote the social-environmental responsibility of financial institutions within the chain of sustainability, which means granting credit and respective risk assessment procedures to enterprises and economic sectors, and assuring differentiated conditions in accordance with social-environmental risk levels (high, medium and low).

¹ Professora doutora, PUC-SP, Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal (Brasil).

1. Considerações Introdutórias

Muito se tem discutido acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais em face do direito brasileiro, analisando-se a aplicabilidade *in casu* da responsabilidade objetiva e solidária na seara ambiental, a amplitude do conceito de poluidor, a caracterização e a extensão do nexo de causalidade, as excludentes e atenuantes desse nexo².

Todavia, é preciso avançar para além do sistema de comando e controle estatais e para além da ótica corretiva-repressiva que inaugurou o combate à poluição e à contaminação do ambiente a partir da década de 1970, cujos marcos representativos são a Conferência de Estocolmo (1972) e, entre nós, a instituição da Política Nacional de Meio Ambiente — PNMA (Lei nº. 6.938/81).

Não se pode perder de vista que a abordagem da questão ambiental evoluiu da ótica corretiva-repressiva para as óticas preventiva e integradora em prol do desenvolvimento sustentável³; que a Constituição de 1988 atribui ao Poder Público e à coletividade a gestão integrada e compartilhada das questões socioambientais (art. 225); e que o Estado Democrático de Direito brasileiro, delineado pela mesma Constituição, tem um perfil híbrido. Nele convive o intervencionismo típico do Estado Social, para a concreção da ampla gama de direitos sociais e da Ordem Social, na qual está inserido o capítulo do meio ambiente (art. 225), com o regime de mercado, característico da economia capitalista em um Estado Neoliberal, delimitado pelos parâmetros constitucionais da Ordem Econômica (art. 170 e seguintes).

É importante reconhecer, neste contexto, que as instituições financeiras, principais agentes financiadores do processo produtivo, cumprem um papel decisivo na prevenção do dano ambiental e no trato das questões sociais correlatas, já vislumbrado pela PNMA em relação ao financiamento de projetos por enti-

- 2 V. a respeito, RASLAN, Alexandre Lima. Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; ZAMBÃO, Bianca, Brazil's Launch of Lender Environmental Liability as a Tool to Manage Environmental Impacts, 18 INT'L & COMP. L. REV., Issue 1, 51-105 (Fall 2010); BLANK, Dionis Mauri Penning e Brauner, Maria Claudia Crespo. A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias pelo risco ambiental produzido por empresas financiadas. Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient. v. 22, janeiro a julho de 2009. Disponível em: <http://www.remea.furg.br/edicoes/vol22/art19v22.pdf>. Acesso em 12 mai. 2012; GRIZZI, A. L.; BERGAMO, I. B.; HUNGRIA, C.F.; CHEN, J. E. Responsabilidade civil ambiental dos financiadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; SANTILLI, Juliana. A corresponsabilidade das instituições financeiras por danos ambientais e o licenciamento ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar, 2001; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Cuiabá: Entrelinhas, nº 2, jan/jul, 2007.
- 3 SOUSA, Ana Cristina Augusto de. A evolução da política ambiental no Brasil do século XX. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/vinteeseis/ana_sousa_26.htm. Acesso em: 20 fev. 2012.

dades oficiais de crédito⁴: o momento da concessão do crédito é estratégico para ser exigido do empreendedor e do órgão licenciador o adequado cumprimento das normas ambientais e a adequada implementação dos clássicos instrumentos de comando e controle preventivos: as avaliações de impacto, o licenciamento ambiental, os padrões ambientais estabelecidos, entre outros.

Destarte, sob as perspectivas alvissareiras da prevenção e da gestão compartilhada público-privada das questões socioambientais prestigiadas pelo sistema constitucional atual, delineiam-se as vantagens e a relevância da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras na concessão do crédito.

Seria reduzir indevidamente a relevância da contribuição das instituições financeiras na estruturação dos pilares da Economia Verde proposta pela Conferência Rio+20, se as discussões se restringirem à abordagem da responsabilidade ambiental dessas instituições sob o clássico viés reparatório-repressivo, o qual contribui para a atuação reativa e defensiva desses atores econômicos, que vislumbram riscos de utilização indiscriminada da solidariedade passiva, e de exigência de atuação substitutiva da Administração Ambiental suprimindo deficiências da atividade estatal no tocante ao licenciamento e à fiscalização ambientais.

2. Os referenciais teóricos da lógica do descumprimento e da lógica do cumprimento das normas jurídicas.

É oportuno, desde logo, chamar a atenção para a evolução salutar da lógica do descumprimento para a lógica do cumprimento das normas jurídicas, apontando-se os referenciais teóricos mais expressivos.

2.1 O papel do ilícito e da sanção para Kelsen. A valorização da prestação (dever ser) e das consequências positivas do cumprimento das normas (Cóssio e Montoro).

Hans Kelsen⁵, na racionalidade do positivismo jurídico por ele idealizado, teve o mérito de atribuir ao ilícito dignidade jurídica, todavia incorreu no extremo de considerar que apenas as normas sancionadoras constituíam, verdadeiramente, o direito, denominando-as de normas primárias e autônomas. A estrutura lógica da norma jurídica se reduziria exclusivamente a essa proposição, formu-

4 *Art. 12. As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento ambiental, na forma desta lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões exigidos pelo CONAMA. Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no caput deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e a melhoria da qualidade do meio ambiente.*

5 *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado — Ed, sucessor, 1974, p. 60 e ss.

lada como juízo hipotético ou condicional⁶. As normas impositivas de deveres e obrigações eram por ele consideradas normas secundárias (não-autônomas), essencialmente ligadas às normas primárias.

Carlos Cossio⁷, na formulação de sua teoria egológica, supera a construção kelseniana, ao recolocar a ilicitude, enquanto fenômeno jurídico, no lugar adequado, através da tese do juízo disjuntivo, que valoriza a função da liberdade humana: o Direito é também uma pauta ou modelo de comportamentos desejáveis e obrigatórios a que é possível obedecer ou não. O comportamento desejável, a prestação (o dever ser), é que constitui o alvo principal da ordem jurídica, exercendo a sanção a função garantidora, punitiva, que lhe é própria. Neste sentido, a estrutura da norma jurídica, na concepção cossiana, aparece como um juízo disjuntivo, composto de uma endonorma, que descreve a prestação (o dever ser), e de uma perinorma, que descreve a sanção⁸.

André Franco Montoro torna ainda mais completa a estrutura da norma jurídica, e inova ao acrescentar as consequências positivas oriundas do seu cumprimento entre as perinormas. Deste modo, a proposição constituída pelas perinormas passa a ser uma disjuntiva, em que uma das alternativas é a *perinorma negativa*, relativa ao não cumprimento da prestação e respectivas consequências negativas; a outra alternativa é a *perinorma positiva*, relativa ao cumprimento da prestação e suas consequências positivas⁹.

2.2 O perfil do ordenamento jurídico no Estado contemporâneo (protetivo-repressivo e promocional). Superioridade do controle social ativo em relação ao controle passivo (Bobbio). No Estado contemporâneo, segundo Norberto Bobbio¹⁰, é cada vez mais frequente o uso de técnicas de estímulo de comportamentos, de sorte que, junto à concepção tradicional do Direito como *ordenamento protetivo-repressivo*, forma-se uma nova concepção do ordenamento jurídico, como *ordenamento com função promocional*.

6 Se não P (prestação), deve ser S (sanção).

7 *La Teoría Egológica del Derecho/Su Problema e Sus Problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

8 Dada a hipótese, deve ser a prestação (Se H é, deve ser P) — endonorma; **ou** Dada a não prestação (Se P não é), deve ser a sanção — perinorma.

9 Dada a hipótese, deve ser a prestação (Se H é, deve ser P) — endonorma; Dada a não prestação (Se P não é), devem ser consequências negativas — perinorma negativa; **ou** Dada a prestação (Se P é), devem ser consequências positivas — perinorma positiva (Cf. Trabalho apresentado no I Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, realizado na cidade de João Pessoa (PB), em setembro de 1980, e incorporado na apostila Dados Preliminares de Lógica Jurídica).

10 *Contribucion a la teoria del Derecho*, Madrid, Ed. Fernando Torres, 1980, p. 367 e ss.

Há, com isso, uma verdadeira mudança no modo de realizar o *controle social*: passa-se de um *controle passivo*, que se preocupa mais em desfavorecer as ações nocivas do que favorecer as ações vantajosas, a um *controle ativo*, que se preocupa em favorecer as ações vantajosas mais do que desfavorecer as ações nocivas.

Através da *técnica de desestímulo*, busca-se influenciar o comportamento não desejado (comissivo ou omissivo), obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis; simetricamente, através da *técnica de incentivo*, busca-se influenciar o comportamento desejado (comissivo ou omissivo), facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis.

A técnica de incentivo atua não só através da resposta favorável ao comportamento já realizado, ou seja, através da *sanção positiva ou prêmio*, mas também através da *facilitação*, do favorecimento do comportamento quando ele está por se realizar. No primeiro caso, incentiva-se intervindo nas consequências do comportamento; no segundo, intervindo nas modalidades, nas formas, nas condições do comportamento mesmo.

À medida que se der ênfase à função promocional do Direito, pela adoção das técnicas de encorajamento propugnadas por Bobbio, quer pela facilitação, quer pela atribuição de sanções premiais aos comportamentos socialmente desejáveis, multiplicar-se-ão as perinormas positivas¹¹ idealizadas por Montoro, motivando e estimulando os destinatários das normas ao seu cumprimento espontâneo. Com isso, estará sendo assegurada, com muito mais efetividade, a tutela preventiva dos direitos fundamentais.

3. A gestão compartilhada do meio ambiente como exigência constitucional: a corresponsabilidade dos Poderes estatais e dos atores econômicos e sociais. A responsabilidade compartilhada dos elos da cadeia (atores públicos e privados).

A corresponsabilidade e a gestão compartilhada do meio ambiente, entre o poder público e a sociedade, para fins de sua mais eficiente proteção e defesa, é uma importante inovação situada no contexto da evolução da tutela dos direitos difusos em geral, incorporada pela Constituição de 88 (art. 225, *caput*)¹² e

11 Exemplificamente, na área ambiental, quem observa as normas de proteção ambiental não só colabora para a melhoria da qualidade do meio ambiente, e, portanto, com a melhoria da qualidade de vida, e estará livre de autuações administrativas e de condenação por responsabilidade civil e penal, como também se beneficia economicamente com subvenções e subsídios creditícios e concessão de incentivos tributários, entre outras vantagens.

12 Cf., de nossa autoria, A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado. (Org.).

cada vez mais pelas legislações ambientais, como é o caso da avançada e inovadora Lei nº. 12.305/2010, que instituiu a PNRS.

Na percepção de Antonio Herman Benjamin¹³, o rompimento do monopólio funcional do Estado é um desenvolvimento recente da democratização da operação estatal que, ao contrário do que se imagina, não está restrita à área ambiental e tende a ampliar-se a outros interesses difusos.

O dever de tutela de bem de natureza difusa, como é a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, não fica afeto a ninguém em particular, mas a todos em geral, na medida em que se trata de bem de uso comum de todos¹⁴. O caráter difuso do direito e do bem jurídico perpassa para a respectiva tutela, que constitui igualmente um dever de todos.

O novo cenário que se descortina é o da construção da sustentabilidade em cadeia, alcançando os setores público e privado e buscando incentivar a disseminação da cultura do cumprimento das normas ambientais positivadas no direito brasileiro, de cunho obrigatório (normas de ordem pública), bem como a proatividade dos diferentes atores mediante iniciativas voluntárias diversas. No âmbito da Administração Ambiental, do Ministério Público, e do Judiciário, ganham espaço a celebração e o cumprimento adequados de Termo de Compromisso Ambiental (TCA), Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e acordos judiciais, respectivamente, envolvendo os setores público e privados, se for o caso. No âmbito dos setores econômicos, surgem instrumentos “além do comando e controle estatais”, cuja celebração e implementação adequadas são movidas pelas vantagens econômicas (Avaliação Custo-Benefício — ACB) e pela lógica do mercado. São exemplos a adoção complementar dos sistemas de gestão ambiental já consagrados pelas normas da série ISO 14.000, entre outras, os protocolos ambientais, e, mais recentemente, os acordos setoriais previstos pela PNRS.

No direito brasileiro é destacada a atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente e de outros interesses sociais, que se insere entre as relevantes funções institucionais a ele atribuídas pela Constituição de 88. Na previsão embrionária da ação civil pública ambiental na PNMA, o Ministério Público aparece como legitimado exclusivo para esta ação, e desde a disciplina da Lei nº.

O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental: ABRAMPA, 2009, v. Tomo I, p. 72-122.

13 Função ambiental (In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 52; BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754>>. Acesso: julho 2009)

14 V. a respeito, lições pioneiras e clássicas de Celso Antonio Pacheco Fiorillo sobre a caracterização do bem ambiental como bem difuso em suas obras: *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117; *Curso de direito ambiental brasileiro.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

7.347/85, que estabeleceu a quebra deste monopólio, é o legitimado mais atuante na tutela do meio ambiente por meio desta ação, da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e da transação penal nos procedimentos das infrações de menor potencial ofensivo¹⁵.

É tradicional a atuação institucional repressiva do Ministério Público, mormente num contexto histórico de não conformidade às exigências legais ambientais e de incremento da degradação, da poluição e da contaminação sob todas as formas.

Todavia, à medida que a postura e atitude das organizações econômicas, notadamente das grandes corporações, evoluem do patamar da “não conformidade” para novos patamares (“atuação reativa”, “em transição/adaptativa”, “proativa”, “responsável e sustentável”)¹⁶, sucessivamente, surge com maior pertinência a atuação proativa do Ministério Público na construção de consensos, através do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), sendo exemplo histórico o TAC n° 01/2009 (Inquérito Civil Público n°. 1.23.000.000573/2008-49), firmado pelo Ministério Público Federal do Pará¹⁷, e considerado marco no direito ambiental brasileiro.

A iniciativa expôs um novo horizonte da responsabilização civil ambiental na cadeia produtiva, mostrando a possibilidade de estreitamento do laço de responsabilidade solidária entre produtores, compradores, grandes distribuidores de carne bovina, derivados, fábricas de calçados, artigos em couro, assim como instituições financeiras¹⁸.

Sob o influxo da lógica da sustentabilidade e da cultura do cumprimento das normas jurídicas, passa a ser mais apropriada a *responsabilidade compartilhada* dos diferentes elos da cadeia (atores estatais, econômicos e sociais), o que pressupõe a mobilização e a integração de todos para desempenharem, cada

15 A Constituição de 1988 remodela o perfil do Ministério Público, considerando-o instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com autonomia e independência em relação aos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário); atribui-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e lhe confere a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 127 e ss.).

16 Cf. BRAGA, João Damásio. Legislação, energia e meio ambiente: evolução histórica e seus reflexos na gestão ambiental. Apresentação na 4ª reunião do Comitê Jurídico Tributário da ABCE, novembro 2004. Disponível em <http://www.slideshare.net/bilibiowebite/apresentacao-joao-damasio-braga-painel-meio-ambiente>. Acesso em: 12 mai.2012.

17 Disponível em <http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2009/noticias/mpf-e-ibama-processam-empresas-que-lucram-com-os-bois-da-devastacao/>. Acesso: 09 maio 2012

18 PACHECO, Cristiano de Souza Lima. Responsabilidade civil ambiental, cadeia produtiva rural e sustentabilidade: um desafio para o século XXI. Disponível em <http://cristianopacheco.com/wp-content/uploads/2012/01/Artigo-Cristiano-Pacheco-Resp.-Civil-sustentabilidade-e-cadeia-produtiva-10.01.12.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2012.

qual, o papel, as funções, os deveres e as atribuições que lhes competem, sem se substituírem mutuamente e sem fazerem as vezes um do outro.

Portanto, dentro das lógicas da sustentabilidade e da observância das normas ambientais, a solidariedade passiva, que possibilita a responsabilização de um só coobrigado (geralmente o de maior capacidade econômica) pela totalidade das obrigações em caso de descumprimento por qualquer dos coobrigados, passa a ser de aplicação subsidiária em relação à responsabilidade compartilhada que alcança todos os atores (estatais, econômicos e sociais) na gestão público-privada, proativa e integrada das questões socioambientais. Não sendo exitosos os resultados esperados com a utilização da responsabilidade compartilhada, cabe a responsabilidade solidária, de aplicação subsidiária neste sentido.

4. O pedagógico sistema da responsabilidade ambiental (civil, administrativa e penal) de cunho reparatório-repressivo no direito brasileiro.

No direito brasileiro e no âmbito da proteção estatal, a PNMA e a Constituição Federal são básicas e fundamentais para a institucionalização e a consolidação do sistema de comando e controle preventivo e repressivo, até hoje predominante entre nós, sendo intrincados e complexos os problemas e desafios enfrentados para o adequado funcionamento, na realidade do Estado Federal Brasileiro, do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) instituído pela PNMA.

Além disso, a PNMA e a Constituição vigente são marcos fundamentais na estruturação e consolidação do clássico sistema da tríplice responsabilidade ambiental (CF, art. 225, § 3º), abrangente da responsabilidade civil objetiva e solidária (LPNMA, art. 14, § 1º, e CF, art. 225, *caput*) e das responsabilidades administrativa e penal na seara ambiental (CF, art. 225, § 3º, Lei nº. 9.605/98 e atual Decreto nº. 6.514/08). Agrega-se a este sistema a responsabilidade por improbidade administrativa (CF, art. 37, § 6º, Lei nº. 8.429/92).

Considerando-se os termos amplos da definição legal de poluidor na PNMA¹⁹, tem respaldo a interpretação e aplicação ampliativas do conceito de poluidor (direto e indireto) e do nexos de causalidade, conseqüentemente. Neste particular é bem ilustrativa a exegese defendida pelo atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman Benjamin, em artigo doutrinário e no comentado voto no REsp nº. 650.728/SC, de sua relatoria.

Para Benjamin, o vocábulo é amplo, incluindo aqueles que diretamente causam o dano ambiental (fazendeiro, industrial, madeireiro, minerador, espe-

19 Art. 3º, IV - *poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;*

culador, p. ex.) e também aqueles que contribuem indiretamente (banco, órgão público licenciador, engenheiro, arquiteto, incorporador, corretor, transportador, dentre outros)²⁰. E no REsp nº. 650.728/SC ficou consignado na ementa: Ementa: [...] 12. *As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza 'propter rem', o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.* 13. *Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.* 14. *Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, 1º, da Lei 6.938/81.*

Não se pode negar o efeito pedagógico de posicionamentos como estes, notadamente ao exemplificar a ampla gama de possíveis responsáveis.

5. Transição do predomínio do sistema de comando e controle estatal e de cunho corretivo-repressivo. A PNRS como marco legal²¹.

A PNRS significa um marco fundamental na transição do predomínio do sistema de comando e controle estatal, notadamente de cunho corretivo-repressivo. A PNRS prioriza e compartilha com todos – poder público das diferentes esferas, setor econômico e segmentos sociais como os catadores de produtos e embalagens recicláveis –, a responsabilidade pela gestão integrada e pelo gerenciamento ambientalmente adequados dos resíduos sólidos, e se utiliza, para tanto, de instrumentos “além do comando e controle”, como os acordos setoriais, as diversas modalidades de planos e os instrumentos econômicos.

Institui um modelo participativo ímpar de implementação da responsabilidade compartilhada no sistema de logística reversa, priorizando os acordos setoriais e, sucessivamente, os termos de compromisso e os regulamentos.

A PNRS deixa clara esta estratégia desafiante de conduzir a transição do controle social passivo para o controle social ativo, muito mais eficaz para incentivar e

20 Responsabilidade pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9, jan/mar 1998, p. 37.

21 Cf. de nossa autoria, Competência e as diretrizes da PNRS: conflitos e critérios de harmonização entre as demais legislações e normas. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Editores). *Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Manole, 2012, p. 3-38 (v. item 3.2).

promover a inadiável transformação dos padrões insustentáveis para padrões sustentáveis de produção e consumo, baseando-se na cooperação, participação e mobilização sociais e na almejada construção da consciência e da cidadania ambientais.

À medida que se firmam e se consolidam a educação, a informação, a participação, a mobilização e o controle sociais, haverá reflexos positivos na observância e na implementação adequada da *responsabilidade compartilhada*. Com isso os instrumentos de auto-organização, de autogestão e autocontrole sociais ganham efetividade, eficiência e operacionalidade, e a consequência será tornar cada vez mais despicienda a atuação do sistema de comando e controle repressivo e corretivo e o sistema da tríplice responsabilidade ambiental.

Em caso de não implementação, não funcionamento ou mal-funcionamento da responsabilidade compartilhada da cadeia econômica, resta a devida aplicação da responsabilidade civil objetiva e solidária. A solidariedade passiva constitui benefício e facilidade *pro societatis* e *pro ambiente*: pode ser exigida de um só devedor solidário a totalidade das obrigações.

Todavia, todo o empenho, nos tempos atuais, deve ser feito para que seja observada e respeitada a responsabilidade compartilhada por todos os elos da cadeia, evitando-se e passando a ser desnecessária, abusiva ou prematura a aplicação dos clássicos instrumentos e institutos repressivos pedagógicos.

Na disciplina da PNRS, caberá ao poder público atuar, subsidiariamente, com vistas a minimizar ou cessar o dano, logo que tomar conhecimento de evento lesivo ao meio ambiente ou à saúde pública relacionado ao gerenciamento de resíduos sólidos. Os responsáveis pelo dano deverão ressarcir integralmente o poder público pelos gastos decorrentes das ações empreendidas (art. 29, *caput* e parágrafo único).

E nas disposições transitórias e finais (arts. 51 a 53), a Lei nº. 12.305/2010 faz expressa referência à aplicação das responsabilidades civil objetiva, administrativa e penal ambientais, introduzindo, inclusive, disposições específicas na Lei nº. 9.605/98.

6. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras.

6.1 A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras sob a ótica corretivo – repressiva. O art. 12 da Lei nº. 6.938/81 e suas potencialidades.

As instituições financeiras podem estar sujeitas a diferentes modalidades de riscos ambientais: ao *risco direto*, que está associado às suas próprias instalações,

uso de papéis, equipamentos, energia. Neste caso respondem diretamente como poluidoras, e tem aplicabilidade o princípio poluidor-pagador: elas devem internalizar os custos relativos ao controle da poluição. Na hipótese de *risco indireto*, o risco ambiental afeta a empresa em relação à qual as instituições em análise são intermediadoras financeiras, via operações de créditos, ou detentoras de ativos financeiros. Esta é a hipótese controversa de possibilidade de responsabilização da instituição financeira na condição de poluidora indireta por força da operação de crédito. O *risco de reputação*, por sua vez, é decorrente da pressão da opinião pública, investidores, organizações não governamentais, para adoção, pelas mesmas instituições, de política de financiamento e investimento ambientalmente correta, sob pena de prejuízo à sua reputação²².

A transcrição abaixo sintetiza as preocupações e a discussão em torno da responsabilidade civil das instituições financeiras em face das questões ambientais à luz da legislação ambiental brasileira:

Por conta das crescentes preocupações com as questões ambientais, os bancos estão se transformando em fiscais indiretos do cumprimento da lei e verdadeiros agentes de divulgação da legislação e das boas práticas de proteção ao meio ambiente, até porque, antes de concederem financiamentos, especialmente aqueles destinados a investimentos, têm exigido a apresentação dos respectivos comprovantes de regularidade de atuação perante os órgãos ambientais.

(...)

A legislação brasileira contempla a responsabilidade solidária de todos aqueles que, de algum modo, participaram ou concorreram, direta ou indiretamente, para a prática do dano ambiental. Contudo, a análise não é simples, já que, se o financiador exigiu da empresa todos os requisitos necessários para conceder o crédito, inclusive aqueles de ordem ambiental (licença prévia, licença de instalação e licença de funcionamento), além da declaração dos órgãos responsáveis, atestando que a empresa está em situação regular perante o ambiente, dificilmente será responsabilizado por eventual dano causado pela empresa financiada.

De acordo com Andreola (2008, p. 70), decorre do interesse do próprio banco verificar a regularidade da atividade da empresa antes de deferir qualquer assistência creditícia. No entanto, não se pode exigir do banco um controle técnico acerca dos índices de poluição ou sobre a regularidade das licenças expedidas pelos órgãos técnicos competentes. De qualquer forma, os bancos devem ampliar significativamente a análise das atividades empresariais, sob a ótica ambiental, e incluir em suas análises de risco de crédito o aspecto ambiental, isto é, o risco ambiental. Dessa

22 BLANK, Dionis Mauri Penning e Brauner, Maria Claudia Crespo. A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias ...*cit.*, p. 267.

forma, é necessário verificar as reais condições de funcionamento da empresa pretendente do crédito, com uma visão criativa e restritiva, especialmente nos casos de utilização de produtos nocivos ao meio ambiente.

(...)

As atividades próprias das instituições financeiras apresentam pouco risco de causar dano ao meio ambiente. Mas, a legislação ambiental considera como responsáveis os causadores do dano, incluindo as instituições financeiras. A exposição maior dessas instituições diz respeito às atividades das empresas com as quais mantêm relações negociais, acarretando a responsabilidade por via indireta.

Tosini (2006, p. 87) identifica seis formas de exposição das instituições ao risco ambiental, com impacto sobre o risco legal, a saber, a responsabilidade das instituições financeiras como poluidoras indiretas no financiamento de projetos de investimento ou responsabilidade solidária; a responsabilidade ambiental das instituições financeiras públicas em projetos de investimento; a responsabilidade das instituições financeiras em financiamentos de atividades ou projetos na área de biotecnologia; a responsabilidade das instituições financeiras como proprietárias de imóveis, contaminados ou em desacordo com a legislação ambiental, oferecidos em garantia de empréstimos; a responsabilidade das instituições financeiras como novas proprietárias de imóveis tombados; e a responsabilidade das instituições financeiras em financiamento imobiliário em áreas contaminadas.

A recomendação expressa na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 12 da Lei n.º 6.938/81) deixa margem de opção às instituições financiadoras na prevenção ambiental quanto à indicação de obras e equipamentos que constem ou devam constar no projeto de financiamento. Desse modo, a tarefa de controle pode ser feita também pelas instituições financeiras, mas é tarefa primordial dos órgãos públicos ambientais federais, estaduais e municipais. Segundo Machado (2007, p. 338-339), os financiadores, por previsão legal, não podem continuar na alocação de recursos financeiros caso o ente filiado não cumpra o cronograma de implementação das obras e de instalação dos equipamentos destinados à melhoria da qualidade ambiental.

(...)

Segundo Machado (2005, p. 321), o dinheiro dos bancos deve financiar apenas projetos que estejam adequados às normas legais vigentes, inclusive aquelas protetoras do meio ambiente. O ideário está centrado no cumprimento integral das disposições e exigências contidas na legislação em vigor, de modo a evitar que o financiador possa ser responsabilizado por futuro dano ambiental causado pela empresa financiada. Sugere-se que os financiadores foquem mais suas atitudes na prevenção ambiental ao analisar as propostas de financiamentos.

Todavia, diante das dificuldades enfrentadas pelos bancos para a sua execução, entende-se que somente nas empresas que possuem a norma ISO 14000, exibida a partir do final do século XX como a resolução da incógnita ecológica, poder-se-á, efetivamente, exercer a função de controle preventivo da adequação dos projetos às normas ambientais²³.

Destarte, não obstante a legislação brasileira dê amparo à responsabilidade civil objetiva e solidária das instituições financeiras em decorrência da concessão do crédito à atividade causadora de danos ambientais, a exclusão ou atenuação do nexo de causalidade deve ser objeto de discussão em face de cada caso concreto, considerando-se, entre outras hipóteses, o cumprimento do dever de diligência imposto às entidades de crédito oficiais pelo art. 12 da Lei nº. 6.938/81, que aperfeiçoa a disciplina embrionária do art. 12 da Lei nº. 6.803/80.

Embora ambas as disposições legais se refiram à atuação preventiva das instituições de crédito oficiais e às operações de financiamento e incentivos governamentais, é salutar, pelas razões apontadas, interpretá-las ampliativamente para alcançarem também as instituições privadas, como o fazem Paulo Affonso Leme Machado²⁴ e Annelise Steigleder²⁵, destacando, esta última, o descumprimento do dever legal e suas consequências.

Vale mencionar, a propósito, o seguinte precedente jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS EM PROPRIEDADE PRIVADA NA AÇÃO PRINCIPAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNPM, IBAMA, ESTADO DE MINAS GERAIS (COPAM), FEAM, IGAM E BNDES. O ESTADO RESPONDE CIVILMENTE POR ATO OMISSIVO DO QUAL RESULTE LESÃO AMBIENTAL EM PROPRIEDADE DE TERCEIRO.

.....

6. Quanto ao BNDES, o simples fato de ser ele a instituição financeira incumbida de financiar a atividade mineradora da CMM, em princípio, por si só, não o legitima para figurar no pólo passivo da demanda. Todavia, se vier a ficar comprovado, no curso da ação ordinária, que a referida empresa pública, mesmo ciente da ocorrência dos danos ambientais que se mostram sérios e graves e que refletem significativa degradação do meio ambiente, ou ciente do início da ocorrência de-

23 BLANK, Dionis M. P. e Brauner, Maria C.C. A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias...*cit.*, p. 268 a 272

24 Direito Ambiental Brasileiro...*cit.*, p. 363

25 Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso...*cit.* p. 110

les, houver liberado parcelas intermediárias ou finais dos recursos para o projeto de exploração minerária da dita empresa, aí sim, caber-lhe-á responder solidariamente com as demais entidades-rés pelos danos ocasionados no imóvel de que se trata, por força da norma inscrita no art. 225, caput, § 1º, e respectivos incisos, notadamente os incisos IV, V e VII, da Lei Maior.

7. Agravo de instrumento provido (AG 2002.01.00.036329-1/ MG, Rel. Dês. Fed. Fagundes de Deus, j.15.12.2003).

6.2 Riscos da utilização indiscriminada da solidariedade passiva e da indevida atuação substitutiva da Administração Ambiental no licenciamento e na fiscalização ambientais.

As preocupações das instituições financeiras com os riscos da utilização indiscriminada da solidariedade passiva, e com os riscos da indevida atuação substitutiva da Administração Ambiental nas atividades estatais que lhes são próprias são a tônica de importante e cuidadosa pesquisa elaborada por Bianca Chilinque Zambão da Silva²⁶, que pondera:

Lenders now face the prospect of lawsuits by both the Public Ministry and non-governmental organizations (NGOs) that seek remediation of, or compensation for, environmental damages resulting from their borrowers' activities.

The emerging Brazilian doctrine of environmental lender liability does not on its face fully reveal the dynamic behind it. Brazil's Ministry of the Environment appears to endorse the belief that regulating the terms of financing is a replacement for the instruments of environmental command-and-control policies. If not properly managed, this belief risks to establish lender liability as a weak substitute for a system of environmental impact assessment and environmental permitting conducted by the public administration.

The approach in the United States to environmental lender liability commenced in a similarly scary way for lenders, but matured into a measured tool to incentivize proper lender behavior. The foundation and development of this extended liability for lenders in the United States sheds important light on transactions and enforcement actions that are to come in Brazil, especially for financial institutions that have aggressive internal policies of environmental assessment and due diligence investigation.

The best practices lending procedures of export credit agencies (ECAs) and multilateral development banks (MDBs), whose procedu-

26 Brazil's Launch of Lender Environmental Liability as o Tool to Manage Environmental Impacts, 18 INT'L & COMP. L. REV., Issue I, 51-105 (Fall 2010).

res have been extended to commercial banks through their widespread adoption of the Equator Principles, exacerbate the likelihood of such a lender's liability under Brazilian law. This is a perverse result because these lending practices, if fully and diligently applied, are highly effective instruments to support lenders' risk management and to mitigate the likelihood of environmental damaging activities.

Críticas são feitas também a disposições inseridas no denominado Protocolo Verde²⁷:

Underneath the obscure terms of the Green Protocol, government-owned banks are supposed to be the beams of the balance when pondering the constitutional values of environmental protection and economic growth, which contradicts the National Policy Act when stating that the Environmental National Council (CONAMA) will determine the cases where a beneficiary should lose or have suspended its participation in credit lines from official funding entities, such as government-owned banks. Moreover, Brazilian law only conditions official funding on the presentation of environmental permits and further compliance regulations.

(...)

Notwithstanding the revised and more realistic terms committed by the Brazilian Federation of Banks, they also bring alarming provisions for stakeholders willing to invest capital in Brazil. For instance, this second "Green Protocol" indicates that its signatories should apply social and environmental performance standards according to the economic sector when assessing projects with medium and high impacts. It is a clear command-and-control provision being transferred to banks' management, since this provision appears in parallel to the governmental permitting system, which is the most appropriate opportunity to regulate private activities. In that regard, the National Environmental Policy Act specifies that CONAMA will establish performance standards that enable the rational use of environmental resources. This statute also allows states and municipalities to determine their own rules since they supplement and complete the federal regulation. As a result, only proposed actions which meet these criteria could be granted an environmental permit which would bind banks' activities. Hence, the Green Protocol tends to establish an unbearable and conflicting situation of lenders having to substitute themselves for the public administration also in the development of environmental parameters.

27 Disponível em: http://www.febraban.org.br/protocoloverde/Matriz_Indicadores_Febraban_161210_alteracoesaceitas.pdf. Acesso em: 12 mai. 2012

6.3 O protagonismo, a proatividade e a contribuição das instituições financeiras na disseminação em cadeia da responsabilidade socioambiental corporativa. A incorporação da variável socioambiental na análise e concessão do crédito. Os Princípios do Equador²⁸ e documentos similares. Apresentação do *case* Itaú Unibanco.

As instituições financeiras, como principais agentes financiadoras do processo produtivo, devem se conscientizar da relevância de sua participação na promoção, em cadeia, da sustentabilidade econômica, ambiental e social nas esferas internacional e nacional.

A participação e contribuição decisiva das instituições e agentes financeiros nesse processo se dá através da implementação da responsabilidade socioambiental em suas operações de crédito, traduzida na incorporação da variável socioambiental na análise e concessão de financiamentos a projetos de empreendimentos, e de empréstimos a atividades de categorizações diversas, sendo dispensado tratamento diferenciado conforme o respectivo grau de impactos e de riscos socioambientais (riscos alto, médio e baixo).

Na definição e na delimitação da responsabilidade das instituições financeiras devem ser considerados os seguintes fatores integrados:

- a) as instituições financeiras devem possuir governança e diligência adequadas para a concessão de crédito e financiamento de projetos;
- b) os órgãos ambientais devem ter sua estrutura fortalecida e deve ser definida claramente a competência de cada órgão ambiental para licenciar e fiscalizar os projetos, de forma técnica e célere;
- c) deve ser implementado um repositório comum de informações ambientais que propicie: i) a integração dos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA; e ii) o acesso, por qualquer interessado, a referidas informações de forma rápida, satisfatória e eletrônica (Consuelo Yoshida e Banco Itaú Unibanco)²⁹.

É apresentada como *case* bem representativo a experiência pioneira e de vanguarda do grupo Itaú Unibanco na implementação de Política de Risco Socioambiental para a concessão de crédito, cujo procedimento é assim sintetizado³⁰:

28 Versão em português disponível em

http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese.pdf. Acesso em: 12 mai.2012

29 Cf. Recomendações Normativas para a Rio + 20 (Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio), p.14. Disponível em <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/peticao-recomendacoes-riomais20-fgvdiretorio.pdf>. Acesso em: 12 mai.2012

30 Ver mais amplamente, Relatório Anual de Sustentabilidade 2011 Itaú. Disponível em <http://www.itaunibanco.com.br/relatoriosdesustentabilidade/>. Acesso em 12 mai.2012.

“O Itaú Unibanco incorporou a variável socioambiental nas suas práticas diárias, principalmente nos aspectos relacionados à concessão de crédito. Além de observar as leis e os compromissos voluntários assumidos, o Itaú Unibanco possui Política de Risco Socioambiental, que define as diretrizes internas para o mapeamento dos riscos socioambientais dos projetos a serem financiados. Nesse contexto, o Itaú Unibanco conta com uma equipe multidisciplinar especializada, que (i) avalia a conformidade socioambiental do projeto e do potencial financiado pessoa jurídica, (ii) emite parecer, o qual é considerado na aprovação do crédito, e (iii), conforme o caso, monitora referidos projetos e clientes. Para verificar a regularidade socioambiental, essa equipe: (i) verifica se há indícios de que o potencial financiado desenvolve atividades relacionadas a trabalho escravo, trabalho infantil e prostituição. Nessas hipóteses, é vedada a concessão de crédito; (ii) verifica se o potencial financiado desenvolve atividade em setores de significativo impacto socioambiental, tais como: (i) extração e produção de madeira, lenha e carvão vegetal provenientes de florestas nativas; (ii) extração e industrialização de asbesto e amianto; (iii) pesqueiro; ou (iv) produção ou comércio de armas de fogo, munições e explosivos. Nessas hipóteses, o Itaú Unibanco faz diligências específicas, de acordo com a atividade desenvolvida: (i) pesquisa a gestão socioambiental do potencial financiado e a existência de eventuais processos judiciais ou administrativos ou notícias desabonadoras contra ele; (ii) solicita documentos socioambientais relacionados ao potencial financiado e ao projeto, dentre eles, o licenciamento ambiental; (iii) efetua visitas técnicas, conforme o caso; e (iv) solicita análise técnica do projeto, quando necessário. Após a aprovação do financiamento, são incluídas no contrato cláusulas socioambientais que permitem ao Itaú Unibanco suspender a liberação imediata dos recursos e vencer antecipadamente a operação, em caso de descumprimento de legislação e regulamentação socioambiental pelo financiado. Há, ainda, previsões contratuais específicas para, dentre outros, os casos de pesquisa com organismos geneticamente modificados (OGM), cumprimento das normas relacionadas à reserva legal, área de preservação permanente e terras declaradas de ocupação indígena. Ainda, existindo garantia imobiliária, o Itaú Unibanco verifica a possibilidade de existência de passivos ambientais no imóvel objeto da garantia, por meio de análise realizada por técnico especializado (Itaú Unibanco)³¹.”

Como reflexão final sobre a importância da contribuição das instituições financeiras na gestão socioambiental integrada, compartilhada e participativa, tem-se as seguintes considerações:

31 Cf. Recomendações Normativas para a Rio + 20 (Fundação Getúlio Vargas — Direito Rio)...*cit.*, p. 14.

As instituições financeiras podem colaborar para a preservação da qualidade de vida e do meio ambiente ao incluir, no processo de análise e concessão de crédito, quesitos socioambientais. Agindo dessa maneira, além de contribuir com a sociedade e o meio ambiente, elas se protegem dos eventuais riscos que essas questões envolvem. Os Princípios do Equador, por meio de suas diretrizes sociais e ambientais reconhecidas mundialmente, tornam-se um instrumento valioso para a sociedade e as instituições financeiras³².

Referências bibliográficas.

BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo:Revista dos Tribunais, nº. 9, jan/mar 1998.

_____. Função ambiental (In: _____. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 52; BDJur, Brasília, DF. Disponível em:<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8754>>. Acesso: julho 2009)

BLANK, Dionis Mauri Penning e Brauner, Maria Claudia Crespo. A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias pelo risco ambiental produzido por empresas financiadas. *Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient.*, v. 22, janeiro a julho de 2009. Disponível em: <http://www.remea.furg.br/edicoes/vol22/art19v22.pdf>. Acesso em: 12 mai.2012

BRAGA, João Damásio. Legislação, energia e meio ambiente: evolução histórica e seus reflexos na gestão ambiental. Apresentação na 4ª reunião do Comitê Jurídico Tributário da ABCE, novembro 2004. Disponível em <http://www.slideshare.net/bilibioweb/site/apresentacao-joao-damasio-braga-painel-meio-ambiente>. Acesso em: 12 mai.2012

CÓSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho/Su Problema e Sus Problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

FIORILLO, Celso A. Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIZZI, A. L.; BERGAMO, I. B.; HUNGRIA, C.F.; CHEN, J. E. *Responsabilidade civil ambiental dos financiadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

32 RIBEIRO, Máisa de Souza; OLIVEIRA, Otávio José Dias de. Os Princípios do Equador e a concessão de crédito socioambiental. Disponível em <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos82008/594.pdf>. Acesso: 12 mai.2012

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado — Ed, sucessor, 1974.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo:Malheiros, 2011.

PACHECO, Cristiano de Souza Lima. Responsabilidade civil ambiental, cadeia produtiva rural e sustentabilidade: um desafio para o século XXI. Disponível em <http://cristianopacheco.com/wp-content/uploads/2012/01/Artigo-Cristiano-Pacheco-Resp.-Civil-sustentabilidade-e-cadeia-produtiva-10.01.12.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2012

RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade Civil Ambiental do Financiador*. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2012.

RIBEIRO, Maísa de Souza; OLIVEIRA, Otávio José Dias de. Os Princípios do Equador e a concessão de crédito socioambiental. Disponível em <http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos82008/594.pdf>. Acesso: 12 mai.2012

SANTILLI, Juliana. A corresponsabilidade das instituições financeiras por danos ambientais e o licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo:Revista dos Tribunais, jan/mar, 2001.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de. A evolução da política ambiental no Brasil do século XX. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/vinteesseis/ana_sousa_26.htm. Acesso em: 20 fev. 2012

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso*. Cuiabá: Entrelinhas, nº. 2, jan/jul, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado. (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental: ABRAMPA, 2009, v. Tomo I, p. 72-122.

_____. Competência e as diretrizes da PNRS: conflitos e critérios de harmonização entre as demais legislações e normas. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Editores). *Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos*.São Paulo: Manole, 2012, p.3-38.

ZAMBÃO, Bianca, Brazil's Launch of Lender Environmental Liability as o Tool to Manage Environmental Impacts, 18 INT'L & COMP. L. REV., Issue I, 51-105 (Fall 2010).

Documentos:

Termo de Ajustamento de Conduta — TAC n° 01/2009 (<http://www.prpa.mpf.gov.br/noticias/mpf-e-ibama-processam-empresas-que-lucram-com-os-bois-da-devastacao/>)

Relatório Anual de Sustentabilidade 2011 Itaú

<http://www.itaunibanco.com.br/relatoriodesustentabilidade/>

Princípios do Equador — Versão em português disponível em:

http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese.pdf.

Protocolo Verde (FEBRABAN)

http://www.febraban.org.br/protocoloverde/Matriz_Indicadores_Febraban_161210_alteracoesaceitas.pdf

Recomendações Normativas para a Rio + 20 (Fundação Getúlio Vargas — Direito Rio). <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/peticao-recomendacoes-riomais20-fgvdiretorio.pdf>

4) DIREITO PENAL

A SUPERPOPLAÇÃO PRISIONAL COMO OBSTÁCULO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

MAIRA ROCHA MACHADO¹

Resumo

O objetivo deste texto é explicitar alguns dos mecanismos de exclusão social que operam no direito penal contemporâneo. Focaliza-se tanto a exclusão social do indivíduo condenado pelo sistema de justiça criminal como o isolamento dos estabelecimentos prisionais nas cidades que os abrigam. Para conduzir essa discussão, o texto parte de uma breve explicitação da centralidade da instituição prisional tanto em nossa legislação quanto em nossa cultura jurídica. Em seguida, apresenta os resultados preliminares de uma pesquisa em curso sobre o problema prisional em ações civis públicas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2011.

Abstract

This paper discusses large-scale imprisonment as social exclusion mechanisms operating in contemporary criminal law. It focuses on offenders and prison institutions in their relation with cities, towns and surroundings. The paper departs from the central role played by imprisonment in Brazilian legislation and our legal culture. It also presents preliminary results of an empirical research on public civil actions regarding prison overcrowding in the State of Sao Paulo.

A ideia de *desenvolvimento sustentável* convida a centrarmos o olhar em nosso entorno — no ambiente em que vivemos — e a privilegiarmos os projetos e

¹ Professora em tempo integral e dedicação exclusiva da Direito GV. A elaboração deste texto não teria sido possível sem o apoio dos pesquisadores do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV, Naiara Vilardi e Brenda Rolemberg e, muito especialmente, Luisa Ferreira; bem como da professora Marta Machado, interlocutora privilegiada de mais essa jornada. Agradeço também a leitura e os comentários críticos da pesquisadora Carolina Cutrupi Ferreira com quem tenho aprendido muito sobre estes e outros temas. Gostaria de registrar, por fim, um agradecimento muito especial aos membros do GT sobre alternativas penais (CGPMA-MJ) que, cada um à sua maneira, têm enriquecido e inspirado minha vida de pesquisadora. Críticas e comentários são muito bem-vindos: maira.machado@fgv.br

ações que satisfaçam as necessidades do presente sem comprometer as gerações futuras. Tomada de maneira muito restrita, essa formulação permite marcar a ausência de contradição entre crescimento econômico e proteção ambiental. Vista mais amplamente, a ideia de desenvolvimento sustentável permite colocarmos no centro de nossas preocupações “a vida humana”, como diz Haq, não apenas no futuro, mas também e sobretudo, no presente².

Há dois componentes do debate sobre o desenvolvimento sustentável que são centrais à reflexão sobre o papel desempenhado pelo direito e, muito particularmente, pelo direito penal nas sociedades contemporâneas. O primeiro deles é a atenção radical que esse conceito presta às *implicações muito concretas* de nossos projetos e ações. Pensar o direito penal em termos de desenvolvimento sustentável é então colocar em primeiro plano os efeitos de sua atuação para as pessoas, as formas de integração social, os espaços públicos e a organização das cidades. O segundo componente-chave desse conceito diz respeito à concepção de sujeito: é inerente ao debate sobre desenvolvimento sustentável a exigência de articularmos *o todo* social. Nesse registro, só há lugar para o *nós*³. A concepção mais difundida de direito e justiça criminal, ao contrário, é fortemente marcada pela oposição entre “honestos e criminosos”, entre “todo e parte”.

É a partir dessas duas grandes contribuições da ideia de desenvolvimento sustentável — como conceito e programa de ação — que este texto se propõe a explorar livremente alguns aspectos do direito penal contemporâneo. Ao observá-lo a partir dessa perspectiva, vários aspectos do funcionamento desse sistema poderiam chamar nossa atenção, como as limitações dessa esfera do direito para lidar com comportamentos problemáticos envolvendo pessoas jurídicas e movimentação de vultosas quantias de dinheiro; as diferenças abismais que a atuação eficiente da defesa pode ocasionar ao tempo de tramitação dos processos e à ocorrência do trânsito em julgado, entre vários outros temas. A opção por focalizar, neste texto, alguns dos efeitos da *centralidade da instituição prisional*

2 Foco no *presente* e na *vida humana* é o que este texto irá reter do esforço do economista Mahbud ul Haq de oferecer um marco operacional para a definição de desenvolvimento sustentável proposta pela Comissão Brundtland - à qual se alude na primeira frase do parágrafo. Haq, Mahbud. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 77-78.

3 Esses dois componentes aparecem claramente, mas de diferentes formas, nos trabalhos percorridos para a elaboração deste texto. Além de Haq, que acabamos de citar, ver também Sen, Amartya. *The Idea of Justice*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 (especialmente p. 248-252); Sachs, Ignacy. *Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004 (as duas vertentes do processo de desenvolvimento, na p. 117 são particularmente interessantes para os propósitos deste texto, ainda que o termo “homogeneização” não nos pareça adequado para explicitar “as distâncias sociais abismais que separam as diferentes camadas da população”); e, enfim, Kates, Robert; Parris, Thomas; Leiserowitz, Anthony. What’s sustainable development? Goals, indicators, values and practices. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, Volume 47, nº 3, p. 8—21.

no sistema de justiça criminal contemporâneo está ligada à ambiguidade que a caracteriza: de um lado, a expansão da população prisional nas últimas décadas — e portanto da presença de estabelecimentos de grande porte em inúmeros Municípios que não abrigavam mais que uma cadeia pública — e, de outro, o espaço residual que a temática ocupa no debate público.

Não será possível tratar de todos os aspectos dessa problemática e dos mecanismos de invisibilização que operam nesse campo. Nos limites deste texto, o objetivo é percorrer brevemente alguns aspectos-chave de nossa legislação, jurisprudência e política governamental que têm favorecido e fortalecido a centralidade da instituição prisional em nosso sistema. O texto parte do diagnóstico que *o direito penal*, sempre que excessivamente organizado em função da instituição prisional, *cria mais problemas sociais do que soluciona*. O diagnóstico do caráter altamente problemático da instituição prisional é antigo, mas tem sido insuficiente para alavancar uma transformação profunda dos sistemas de justiça criminal não só no Brasil, mas em um grande número de países. Apesar do acúmulo de críticas provenientes das mais diversas áreas do saber, o recurso à pena de prisão tem crescido exponencialmente. O caso do Brasil e, muito particularmente do Estado de São Paulo, revelam estarmos, há muitas décadas, tentando suprir sem sucesso o enorme déficit de vagas e a elevada precarização de nossas instituições prisionais.

O percurso proposto aqui partirá de uma breve explicitação das condições de base para esse estado de coisas: a centralidade da instituição prisional tanto em nossa legislação quanto em nossa cultura jurídica (1.). No intuito de ampliar nosso conhecimento sobre as implicações da superpopulação carcerária para a qualidade de vida dos cidadãos(ãs) que habitam tanto as instituições prisionais quanto as cidades que as abrigam, este texto apresenta os resultados preliminares de uma pesquisa sobre as ações civis públicas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2011 (2.). Essas duas seções buscarão articular dados qualitativos com as ainda muito limitadas informações quantitativas disponíveis sobre o sistema prisional paulista⁴. A partir desse material empírico, o texto buscará explicitar alguns dos mecanismos de exclusão social que operam no direito penal contemporâneo. Para terminar, a última seção busca e esboça algumas possibilidades de superação desse quadro por intermé-

4 Os dados disponíveis no site da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo são extremamente limitados, além de fragmentados por instituição prisional. Este texto utiliza as informações disponibilizadas pelo Infopen - uma base de dados gerenciada pelo Ministério da Justiça, mas alimentada por cada um dos Estados. O relatório utilizado neste texto encontra-se disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> (último acesso 05 de maio de 2012).

dio da valorização de uma concepção de desenvolvimento sustentável na qual *a parte* é sempre e necessariamente integrante do *todo social* (3.).

1. Prisão, prisão e mais prisão

O criminólogo Alvaro Pires, em pesquisa recente sobre a “violência legal”, utiliza a expressão *pena radical* para se referir a um conjunto de penas que são radicalmente indiferentes à inclusão social (ou à vida social) dos indivíduos condenados. Este conceito é capaz de descrever dois grandes cenários: *a morte biológica* (com ou sem suplícios) e *a morte social* — denominada pelo historiador italiano Italo Mereu “morte a fogo lento” — que inclui a pena perpétua e as longas penas de prisão⁵. Mas quão longas precisam ser as penas para integrarem o conceito de pena radical? Após repertoriar experiências de reforma legislativa que propuseram patamares de 8, 7 e até 5 anos como limite máximo de encarceramento, Alvaro Pires adota em seu texto um critério que considerou conservador: 10 anos de prisão. Tem-se, portanto, que as penas de 10 anos ou mais de privação de liberdade equiparam-se às penas perpétuas e à pena de morte no que diz respeito à “radicalidade da indiferença em relação ao destino e aos direitos (“à vida social”) do condenado”. Não poderemos avançar na explicitação desse quadro teórico, mas para os propósitos desse texto bastaria indicar que uma das distinções de base da teoria das penas radicais — que justamente a permite “oferecer um fundamento filosófico à exclusão social radical do condenado” (p. 12) — é a forma como a teoria utiliza a distinção entre o todo e a parte. Como nos mostra Alvaro Pires, esta teoria permite “observar o todo sem que a parte faça falta e, ao mesmo tempo, observar a parte como negligenciável”. Nesse contexto, à *noção de bem comum* atribui-se um sentido inesperado, pois deixa de se referir ao *bem de todos* para se tornar “o bem do resto da sociedade *contra* o condenado”⁶.

A pesquisa de Alvaro Pires mostra que a teoria das penas radicais de São Tomás de Aquino permanece presente, desde o século XIII, nas práticas políticas e jurídicas ocidentais. E, de certa forma, tem impedido até os nossos dias “a reconstrução da política legislativa e da prática jurisprudencial do sistema de justiça criminal”⁷. Nos limites deste texto, buscar-se-á simplesmente apresentar

5 Pires, Alvaro. “Les peines radicales: construction et “invisibilisation” d’un paradoxe” (no prelo). Texto de introdução ao livro: Mereu, Italo. *La mort comme peine. Essai sur la violence légale*. Bruxelles: Larcier, 2012.

6 Para uma ampla demonstração da forma como essas ideias se formam em São Tomás de Aquino e são trabalhadas por Italo Mereu, ver Alvaro Pires. “Les peines radicales...” (Op. cit), p. 14-17.

7 Alvaro Pires. “Les peines radicales...” (Op. cit), p. 34.

alguns aspectos dessa *indiferença radical à vida social dos condenados* em nossas práticas políticas e jurídicas.

A privação de liberdade, em suas diferentes modalidades, tem sido a sanção de referência do nosso sistema de penas desde nossa primeira codificação. Isso significa que o *tempo* em prisão constitui, em nossa legislação, o mecanismo primordial de resposta estatal a uma imensa variedade de conflitos e problemas sociais. E para certos crimes esse tempo é longo, muito longo. Inúmeras reformas legislativas nas últimas décadas dedicaram-se a elevar os patamares mínimos e máximos estabelecidos em lei⁸. Ademais, dados do Infopen sobre a população prisional paulista em dezembro de 2011 mostram que o tempo total de pena é superior a 8 anos para mais de 65% das pessoas que estão presas⁹.

Além disso, a legislação penal em vigor prevê a pena de prisão para a esmagadora maioria dos crimes previstos — mesmo se, em alguns casos, o juiz possa, no momento da aplicação, substituí-la por outros tipos de sanção. Prevista para todos os crimes, mas efetivamente aplicada para bem poucos. Como mostram os mesmos dados, mais da metade das 180 mil pessoas presas cumprem pena por crimes contra o patrimônio — quase 113 mil. Somadas às mais de 50 mil presas por tráfico de drogas, tem-se pouco mais de 16 mil pessoas distribuídas em todos os demais crimes previstos em nossa legislação.

Não há como compreender esse cenário sem mencionar rapidamente algumas características de nosso sistema de penas e, muito especialmente, a forma como “blindamos” certos crimes das possibilidades de gestão por intermédio de mecanismos diferentes da sanção prisional. A partir de meados da década de noventa do século XX, ocorreram algumas mudanças importantes no direito penal brasileiro. Abriu-se na legislação um primeiro espaço para utilização de formas alternativas de resolução de conflitos (como a conciliação e transação), bem como à aplicação de penas não prisionais de modo autônomo (e não conjugado à pena de prisão)¹⁰. O histórico de implementação dessas leis evidencia que, uma vez aprovadas pelo legislativo, ainda levaram um bom tempo para serem também incorporadas à atuação do judiciário e do executivo¹¹. De todo modo, em ambos os casos, o recurso à privação de liberdade não estava afastado

8 Sobre os aumentos das penas no Código Penal brasileiro em vigor, ver Ferreira, Carolina e Machado, Maira. “Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil” em *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. J. R. Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86-87.

9 Os dados do Infopen estão organizados em faixas (4 a 8, 8 a 15, 15 a 20 e etc.).

10 A referência aqui é à criação dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/95), mas sobretudo à Lei nº 9.714/98 que alterou o Código Penal para ampliar o alcance das penas não prisionais.

11 Para um completo balanço desse processo, ver Barreto, Fabiana. *10 anos da política nacional de penas e medidas alternativas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

por completo. No tocante aos crimes de competência dos juizados especiais criminais, foi necessária alteração do Código de Processo Penal, em 2011, para afastar a possibilidade de decretação de prisão preventiva nos crimes de competência dos juizados especiais criminais¹². Ademais, tanto nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo, como no caso de aplicação de sanções não prisionais, o não cumprimento das condições previstas é capaz de gerar, de imediato, o retorno às modalidades tradicionais de atuação penal, com o processo penal comum e a pena de prisão.

Além disso, o alcance dessas mudanças em relação aos crimes que recebem atenção privilegiada pelo sistema de justiça criminal foi tão tímido que sequer tocou o crescimento exponencial da população carcerária que ocorreu no mesmo período. De acordo com nossa legislação, as sanções não prisionais — como a prestação de serviços à comunidade e as penas restritivas de direitos — podem ser aplicadas somente aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que tenham sido sentenciados a menos de quatro anos de prisão. Com essa formulação, a própria lei exclui de imediato, independentemente das características do caso concreto que o juiz tem diante dos olhos, todos os crimes cuja pena mínima é superior a 4 anos — como o tráfico — bem como o crime de roubo, mesmo em sua forma simples.

Essas mudanças tampouco deram o tom das demais alterações legislativas propostas nas últimas duas décadas. A categoria dos crimes hediondos, criada pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada em várias leis editadas a partir de 1990, modificaram patamares de penas e, sobretudo, condições para a progressão entre os regimes prisionais contribuindo de modo decisivo para a expansão da população prisional no país¹³.

A forte limitação das informações produzidas e disponibilizadas sobre a atuação do sistema de justiça criminal não permite que avancemos muito mais na análise do impacto dessas reformas legislativas no crescimento exponencial da população carcerária. Como o Brasil não produz dados sobre o tempo de permanência no interior do sistema prisional, não conseguimos mensurar e diferenciar a contribuição das leis que favorecem a entrada no sistema prisional — como as penas mínimas superiores ao patamar que a lei admite às penas

12 Trata-se da lei de medidas cautelares (12.403/11) que modifica o CPP para autorizar a prisão preventiva nos crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos.

13 Para a compreensão desse quadro a partir de pesquisas conduzidas sobre o processo legislativo em matéria penal, ver Ferreira, Carolina. *Legislar sobre a exclusão social: um estudo sobre a atividade legislativa sobre cumprimento da pena privativa de liberdade de 1984 a 2011*. Dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento (Direito GV, 2012); Campos, Marcelo. *Crime e Congresso Nacional: Uma análise da política criminal aprovada de 1986 a 2006*. São Paulo: IBCrim, 2010 e Paiva, Luiz Guilherme. *A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

não prisionais — e das leis que dificultam a saída do sistema prisional por intermédio das regras referentes à progressão de regime. Aqui, mais uma vez, a parcela de contribuição da legislação para o problema precisa ser colocada em perspectiva, uma vez que, diante do caso concreto, o julgador está invariavelmente diante de *algumas possibilidades decisórias* — e não uma única — todas elas amparadas pela legislação vigente.

Como compreender a centralidade e o constante fortalecimento da pena de prisão em nossa sociedade? Pesquisas empíricas sobre o processo legislativo em matéria penal apontam que esse direcionamento — prisão, prisão e mais prisão — não varia de acordo com a posição político-partidária do deputado que apresentou o projeto¹⁴. Tampouco tem variado em longos períodos de tempo. Esses dois fatores favorecem uma interpretação segundo a qual os obstáculos à transformação dessa ordem de coisas estão mais relacionados às ideias e teorias que desenvolvemos para legitimar a pena como sofrimento do que à dinâmica econômica ou ao avanço de setores conservadores da sociedade. De acordo com essa leitura, os obstáculos à transformação de um direito penal excessivamente ancorado na instituição prisional decorrem da cristalização das teorias (modernas) da pena — *retribuição* e *dissuasão* — formuladas no século XVIII: é preciso punir para retribuir o mal causado e para dissuadir os demais de cometerem o mesmo crime¹⁵. A essas duas teorias juntou-se, quase um século mais tarde, a teoria da *reabilitação prisional* que buscou enfatizar a reforma moral e o tratamento dos presos como finalidade precípua das penas¹⁶. Entre as principais implicações da ampla difusão da ideias de reabilitação dentro do cárcere estão as críticas às penas de curta duração. Afinal, de acordo com a perspectiva teórica privilegiada naquele momento, para reabilitar era preciso tempo, em alguns casos, muito tempo fora do convívio social.

A permanência dessas três formas de justificar a aplicação das penas em geral, e da privação de liberdade em particular, pode ser percebida muito facilmente na sociedade contemporânea e nos mais diversos fóruns. Podem aparecer de maneira conjugada, em pares ou isoladamente, à escolha de quem as mobiliza para justificar a atuação do sistema de justiça criminal. Para os tipos de crimes que já integram a clientela privilegiada do sistema de justiça criminal

14 Machado, Maira *et alli* (2010). *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 32, 2010.

15 A referência aqui são os trabalhos de Alvaro Pires, especialmente: *Histoire des Savoirs sur le crime e la peine*. Vol. I, II e III. Bruxelles: Larcier, 2008.

16 Para um panorama geral da teoria, ver Machado, Maira; Pires, Álvaro; Ferreira, Carolina; Schaffa, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 17, 2009.

brasileiro — como o roubo e o tráfico de drogas — não são incomuns as demandas por elevação das penas ou pela ampliação do tempo de permanência no interior das instituições prisionais. Para os crimes que não integram a clientela privilegiada, não são poucos os esforços voltados a fazer com que passem a ser incorporados pelo sistema também. No Brasil, especialmente os crimes de corrupção e colarinho branco são objeto de demandas pelo fim da “impunidade” nas quais o termo impunidade é utilizado para significar “ausência de aplicação da pena de prisão por longos períodos”¹⁷. Nessa simplificação chocante do sistema de justiça criminal àquilo que fazia quando surgiu — privar de liberdade pessoas físicas que violaram a lei penal como forma de retribuir o mal pelo mal, dissuadir os demais cidadãos(ãs) a cometerem o mesmo crime ou reabilitá-las para que retornem ao convívio social — todas as demais sanções, formas de resolução de conflitos e de responsabilização ficam imediatamente excluídas.

Concluirei essa seção com uma ilustração sobre a força e o alcance dessas ideias na atualidade. O exemplo escolhido ajuda a explicitar que as amarras à pena de prisão estão longe de ser uma característica do sistema de justiça brasileiro — mesmo nas formas tão extremas que mencionamos aqui. Revela também o quanto as teorias da pena são mobilizadas de modo a tornar desnecessária qualquer explicitação sobre os efeitos concretos da intervenção penal sobre determinados problemas.

Entre inúmeros outros documentos que poderiam cumprir esse papel, selecionamos um estudo publicado em 2012 pelo Banco Mundial denominado “Justiça para florestas: melhorando os esforços da justiça criminal para combater a extração ilegal de madeira”¹⁸. O estudo inicia com uma breve descrição dos problemas decorrentes da extração ilegal que assolam as florestas que ainda restam em nosso planeta. Reconhecendo a importância e a inocuidade dos esforços preventivos, clama por “novas ideias e estratégias que contribuam a preservar o que resta de nossas florestas”. A sugestão do estudo é investir em uma abordagem mais focada e “punitiva” (p. vii). Para caracterizar os “insucessos” das experiências de alguns países, o estudo cita casos de absolvição e de condenações a penas de um e dois anos de prisão. E conclui que, em face dessas “penas leves” e da baixa probabilidade de persecução, “o sistema de justiça criminal falha em fornecer qualquer efeito dissuasório real aos crimes ambientais” (p. 1). Ainda de acordo com o estudo, “a única ferramenta disponível capaz de

17 Sobre o uso do termo “impunidade” no processo legislativo brasileiro e sua condição de “envelope vazio” ver Machado, Maira *et alli*. *Atividade legislativa...* (op. cit.).

18 Gonçalves, Marylene; Panjer, Melissa; Greenber, Theodore; Magrath, William. “Justice for Forests: improving criminal justice efforts to combat illegal logging”. *World Bank Series*, 2012. Agradeço ao meu colega Rui Santos por haver chamado minha atenção para esse relatório.

dissuadir esses crimes é a genuína ameaça de perseguição e punição significativa” (p. 3). O conceito de punição também é dos mais restritivos: “tempo de cadeia”, é o que indica textualmente o estudo. E para explicitar as razões pelas quais essa punição seria necessária, o relatório evoca as teorias da pena indicadas acima: “penas significativas e tempo de prisão são necessários não apenas para punir o infrator, como também para dissuadir os potenciais futuros infratores” (p. 08). Tratando-se de um tipo de atividade que pode gerar ganhos financeiros consideráveis, o estudo dedica um longo trecho ao regime internacional anti-lavagem de dinheiro. Ao listar “os benefícios” da aplicação desse conjunto de regras aos grandes casos de extração ilegal, o estudo indica, em primeiro lugar, que “a lavagem de dinheiro, como crime autônomo, traz consigo a possibilidade de aplicação de um tempo adicional de prisão” (p. 20). Apenas em seguida aparecem os benefícios de acesso aos arquivos e às informações financeiras produzidas por diferentes agências e, conseqüentemente, de ampliação das chances de rastreamento e confisco dos proveitos obtidos com a extração ilegal de madeira.

Há várias omissões no relatório que merecem ser discutidas. Entre elas estão os enormes obstáculos que a dogmática penal e o funcionamento das instituições do sistema de justiça colocam à perseguição de crimes que envolvem pessoas jurídicas — mesmo quando a responsabilidade penal das empresas é autorizada por lei, como ocorre no caso dos crimes ambientais no Brasil¹⁹. Mas, ao lado disso, no que interessa diretamente a este texto, importa registrar dois pontos: de um lado, a equiparação entre “agir firmemente para afrontar um problema grave” e “enviar uma ou mais pessoas para a prisão” e, de outro, o completo descaso à explicitação das conseqüências e efeitos do programa de ação “punitivista” proposto pelo estudo. Tudo se passa como se as formulações centenárias das teorias modernas da pena já dissessem tudo o que precisamos saber para apoiar a intervenção do sistema de justiça criminal por intermédio da pena de prisão. Nada mais precisa ser explicitado, demonstrado ou pesquisado.

Apenas para que fique muito claro o argumento desenvolvido aqui: mesmo que os condenados à pena de prisão por extração ilegal de madeira sejam em tão pequeno número que não haja qualquer impacto na população prisional, este modo de justificar a atuação das instituições jurídicas termina por reforçar, *no plano das ideias*, a possibilidade de definir políticas públicas para gerir problemas muito sérios de modo totalmente descolado de suas implicações concretas. Uma forma de proceder em clara oposição à perspectiva enfatizada pelos entusiastas do desenvolvimento sustentável para os quais, como indiquei no início

19 Machado, Marta (coord.). *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 18, 2009.

do texto, é indispensável considerar os efeitos, imediatos e futuros, de nossos projetos e ações.

2. A superpopulação prisional, as instituições do sistema de justiça e as cidades

E quais têm sido os efeitos da posição ocupada pela prisão em nossa legislação e em nossa forma de conceber a atuação do sistema de justiça? O crescimento vertiginoso da população carcerária e o regular — mas sempre insuficiente — investimento público na expansão do sistema prisional. Com uma taxa de 436 presos por 100 mil habitantes, o Estado de São Paulo aprisiona três vezes mais que a média mundial que, em 2008, estava em 145 presos por 100 mil habitantes²⁰. As elevadas taxas de encarceramento são problemáticas em si mesmas e, nessa condição, objeto de estudo em inúmeros países. Mas, no caso brasileiro, a gravidade desse quadro é substancialmente intensificada pelo déficit de vagas. De acordo com os dados de dezembro de 2011, faltam 80 mil vagas apenas no Estado de São Paulo. A política de expansão que assistimos no decorrer da gestão de Nagashi Furukawa (1999-2006), período em que foram inauguradas “82 novas unidades prisionais — mais de uma por mês”²¹ —, repete-se atualmente com o “plano de expansão” anunciado pelo governo do Estado²².

Com o aumento do número de unidades, assistimos a um movimento intenso de interiorização do sistema prisional. No início do século XX, como nos mostra o sociólogo Fernando Salla, a inauguração da Penitenciária do Estado, no bairro do Carandiru na capital, “respondia às exigências das comarcas do interior”²³. Um século mais tarde, o Estado de São Paulo possui 74 penitenciárias, distribuídas em 47 Municípios, além da capital²⁴. Isso sem contabilizar os

20 Os dados de São Paulo são extraídos do Infopen, como indicamos anteriormente. A taxa mundial, com todas as dificuldades metodológicas que implica, vem sendo elaborada por: Walmsley, R. *World prison population list*. 8th Edition. King's College London International Centre for Prison Studies, 2009. Disponível em http://www.prisonstudies.org/info/downloads/wppl-8th_41.pdf (último acesso em 05 de maio de 2012).

21 Trecho da entrevista de Furukawa publicado em MIRAGLIA, Paula; SALLA, Fernando (2008). O PCC e a Gestão dos Presídios em São Paulo. Entrevista com Nagashi Furukawa. *Novos Estudos Cebrap*, 80: 21-41, 2008.

22 “Expansão em ação”. Revista SAP, edição especial número 4, dezembro de 2011. Disponível em http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/revista/revista-sap-dez-2011.pdf (último acesso em 05 de maio de 2012).

23 Salla, Fernando. *As prisões em São Paulo 1822-1940*. 2ª edição. São Paulo: Annablume, 2006, p. 119.

24 Estes dados foram computados manualmente a partir das informações disponíveis no site da Secretaria de Assuntos Penitenciários do Estado de São Paulo. O site não disponibiliza relatórios com os dados consolidados do sistema carcerário, mas tão somente um mapa do Estado, indicando em cores os Municípios que dispõem de instituições prisionais.

demais tipos de estabelecimentos prisionais existentes no Estado²⁵. Com este movimento, vários Municípios que dispunham no máximo de cadeias públicas ou carceragens nas delegacias de polícia, passam a receber estabelecimentos prisionais projetados para abrigar centenas de pessoas e que, frequentemente, funcionam bem acima da capacidade.

Os efeitos e implicações do fenômeno da superpopulação carcerária podem ser — e têm sido — captados e difundidos de várias formas. A estratégia de pesquisa escolhida aqui é focalizar o modo como o poder judiciário tem reagido aos aspectos desse fenômeno que têm sido levados até ele. É possível organizar a atuação do sistema de justiça brasileiro sobre essa questão em dois grandes grupos de ações e recursos: de um lado, estão aquelas que dizem respeito ao percurso de um determinado cidadão(ã) pelo sistema de justiça criminal e, de outro, estão aquelas que focalizam a própria instituição prisional. No primeiro grupo, é razoável supor que não apenas a *dimensão temporal* seja discutida, mas também a *dimensão espacial* do problema carcerário. De todo modo, mesmo sem poder averiguar o grau de receptividade do poder judiciário às condições de vida em prisão, é possível encontrar diversos exemplos de situações nas quais as características do espaço prisional são levadas ao conhecimento do poder judiciário na concessão de habeas corpus, na definição da pena ou em intercorrências no decorrer de seu cumprimento²⁶.

No entanto, o que interessa observar mais de perto neste texto é a judicialização do problema carcerário através de ações e recursos que focalizam as próprias instituições prisionais. Ainda que a Lei de Execução Penal estabeleça regras específicas para a interdição dos estabelecimentos²⁷, é possível identificar a utilização frequente de uma outra via: a ação civil pública²⁸. Neste tipo de

25 De acordo com o site da SAP, encontram-se em funcionamento 13 centros de progressão penitenciária, 38 de detenção provisória, 22 centros de ressocialização, 01 de regime disciplinar diferenciado e 3 hospitais.

26 Não temos conhecimento de pesquisas que buscaram sistematizar o impacto das condições de vida em prisão no processo decisório sobre a sanção penal, mas uma busca simples pelo termo “superpopulação” no banco de dados do Tribunal de Justiça de São Paulo permite afirmar que essas questões integram o debate jurisdicional no tocante à privação de liberdade. Exemplos: habeas corpus impetrado contra o Secretário de Estado da Administração Penitenciária em razão do recolhimento de preso definitivo em Centro de Detenção Provisória, “estabelecimento inadequado para cumprimento de pena, eis que se reserva - e com superpopulação carcerária - a presos provisórios” (TJSP, HC nº 0036997-65.2012.8.26.0000); habeas corpus impetrado para permitir progressão para o regime aberto, em razão de ausência de vaga no semiaberto, em consequência da “notória superpopulação dos presídios” (TJSP, HC nº 0023775-64.2011.8.26.0000).

27 LEP art. 66, VIII e X; art. 81-B, VI.

28 Agradeço imensamente ao pesquisador Bruno Paschoal por haver chamado minha atenção para o potencial desse campo empírico e à pesquisadora Luisa Ferreira pela contribuição inestimável para a preparação do banco de dados.

ação, o Ministério Público — ou os demais legitimados — provocam o poder executivo para resolver os mais diversos problemas relativos à gestão das instituições prisionais. Tratando-se de uma ação de natureza civil ajuizada em face da Fazenda Pública, buscam, via de regra, obrigar o Poder Executivo a *fazer* ou *deixar de fazer* alguma coisa, estabelecendo, em alguns casos, multas diárias pelo não cumprimento. Essas ações oferecem, portanto, um material empírico privilegiado para coletar informações sobre as características dos problemas carcerários vivenciados em diferentes Municípios, bem como a forma como o Poder Judiciário se posiciona diante deles.

Esta versão preliminar da pesquisa selecionou todas as decisões tomadas no ano de 2011 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) no tocante a ações civis públicas que versassem sobre problemas prisionais. Para delimitar esse universo de decisões, nosso estudo exploratório indicou que a temática da superpopulação ou superlotação das instituições não era capaz de cobrir as situações nas quais “o problema” é identificado, sobretudo, *no entorno* do estabelecimento prisional. Em função disso, desenhamos a busca a partir de diferentes termos para a instituição prisional — “presídio”, “cadeia”, “estabelecimento prisional” — combinados com dois outros conjuntos de palavras-chave. O primeiro grupo buscava capturar a existência de número de detentos acima da capacidade — “superpopulação” e “superlotação” — e o segundo buscava alcançar os eventuais impactos no meio ambiente “ambiente”.²⁹ Realizadas as exclusões por repetição ou inadequação ao objeto da pesquisa, a busca resultou em 29 decisões — 17 acessadas pela combinação com a palavra-chave “ambiente” e 12 pelo grupo de termos referente à população prisional acima da capacidade da instituição. Das 29 decisões discutidas aqui, 15 foram tomadas em sede de apelação, 10 em agravo de instrumento e 4 em embargos. As decisões referem-se a estabelecimentos prisionais localizados em 27 Municípios do Estado de São Paulo³⁰.

As ações civis públicas sobre as quais versam as decisões do TJ/SP analisadas nessa pesquisa dizem respeito majoritariamente a solicitações de remoção, transferência e proibição de ingresso de novos presos (14/29). Logo em seguida,

29 É importante registrar que a ferramenta de busca do site do TJ/SP é tão precária que o recurso às palavras-chave indicadas alcançou, somente para o ano de 2011, 89 decisões. Dessas, 59 foram descartadas: 43 por serem repetidas e 17 por discutirem temáticas alheias aos propósitos da pesquisa, como, por exemplo, acórdãos com os termos “cadeia de proteção ambiental” (TJSP, apelação nº 0003919-02.2009.8.26.0642) e “cadeia ictiológica” (TJSP, apelação nº 0014656-96.2008.8.26.0481). Portanto, o banco de dados apresentado aqui é composto por 29 decisões.

30 Apenas dois Municípios se repetem em nosso banco. A cidade de São Paulo aparece duas vezes, com instituições prisionais distintas. E o Município de Colina que, com o mesmo estabelecimento, aparece no banco em uma decisão de apelação e outra de embargos.

aparecem os pedidos de interdição ou desativação do estabelecimento (8/29) que, de certa forma, também implicam na remoção dos presos que ali cumprem pena. Aparecem, também, entre os objetos das ações a solicitação de intervenção do poder judiciário antes do início ou durante a construção de estabelecimentos em função da inadequação da área em que se localiza o projeto ou da ausência dos estudos e pareceres exigidos por lei (4/29). Por fim, nosso banco contempla três situações nas quais se busca exigir do Poder Executivo a realização de obras básicas de infraestrutura relacionadas ao tratamento de esgoto da unidade prisional (3/29).

Tendo em vista que nosso corpo empírico está limitado às decisões de segundo grau, nem todos os acórdãos oferecem detalhes sobre o estado de deterioração do espaço prisional. De todo modo, entre os que assim o fazem (16/29), é frequente a menção à “situação dramática” da superpopulação carcerária: “44 presas alojadas em três celas, cuja capacidade é de seis detentas cada”; “118 detentos quando possuía capacidade máxima para 24”; “mais que o triplo do número de presos para o qual foi projetada”; e, ainda, construída para “24 detentos (...) chegando a abrigar 132”. No tocante ao “estado de depreciação” das instalações, os acórdãos analisados registram de diferentes formas as condições de higiene, salubridade e segurança dos estabelecimentos. Ilustrativamente, é possível mencionar “temperatura ambiente excessiva, umidade nos corredores e celas, e insuficiência de iluminação e ventilação”; “o comprometimento da cobertura e da instalação elétrica, como também inexistência de parte hidráulica adequada e tubulação de esgoto” e, ainda, “inúmeras escavações (...) a ausência de condições satisfatórias de ventilação espontânea, com umidades, mofos, ferrugens, caixas de esgoto parcialmente abertas, com instalações elétricas ostentando o perigo de incêndios, e havendo ainda ausência de sanitários”.

Nos relatos contidos em nosso material empírico, a esse quadro atribui-se consequências para “a população carcerária” e para “a coletividade”. No primeiro grupo, encontramos menções à “inadequação das condições para habitação humana” — como por exemplo o “vezamento para dormir” — e às implicações para a saúde, com registro de falecimento de detento causado por tuberculose. Em alguns casos, a referência ao risco de vida abrange não apenas os cidadãos(ãs) em cumprimento de pena, mas também os funcionários que trabalham nas instituições prisionais. No segundo grupo, ao qual nosso material empírico refere-se como “coletividade” ou “sociedade”, encontram-se justamente às menções ao meio ambiente. A preocupação com o ambiente externo à instituição prisional aparece, sobretudo, nas ações civis públicas referentes ao tratamento de esgoto que, “despejado sobre o solo nu, a céu aberto, com nítida

contaminação do solo e do lençol freático”, causa “dano irreparável e grave lesão ao meio ambiente e saúde pública”, além de “odores nas áreas circunvizinhas”. Um terceiro tema aparece com frequência em nosso material empírico quando se trata de indicar as consequências ou implicações do estado do espaço prisional. Trata-se da questão da segurança. Em vários acórdãos, a possibilidade de fugas e motins de presos está diretamente associada ao baixo nível de segurança no espaço prisional.

Enfim, no tocante à receptividade do Poder Judiciário a esse conjunto tão diverso de problemas, é possível dizer inicialmente que os juízes de primeira instância decidem com mais frequência em favor do pedido do Ministério Público do que os desembargadores do Tribunal de Justiça. De acordo com nosso banco de dados, os juízes de primeiro grau foram favoráveis à intervenção judicial no problema discutido nas ações civis públicas, em grande parte dos casos (20/29). Já no âmbito do Tribunal de Justiça, este número cai para um pouco mais da metade (12/29). É importante registrar que, entre os demais casos, há duas situações nas quais a negativa de intervenção por parte do TJ/SP deve-se a fatores externos ao caso debatido: em um deles o presídio já havia sido desativado quando ocorreu o julgamento e, em outro, a ação civil pública já havia sido julgada³¹.

As razões para a negativa de intervenção do Poder Judiciário sobre o problema prisional narrado pelo Ministério Público variam substancialmente. O argumento que salta aos olhos na análise preliminar do material realizada até o momento diz respeito à separação de poderes. Esta discussão aparece explicitamente em boa parte do material (16/29).

Focalizando o grupo de decisões, nas quais a divisão de tarefas entre o Poder Judiciário e o administrador público é tematizada, observa-se que a maioria reconhece, no argumento da separação de poderes, um obstáculo à intervenção do judiciário no problema debatido nos autos (10/16). A divisão de tarefas como obstáculo à atuação — ou como salvaguarda para a não atuação — assume diversas formas. Em alguns casos, a questão se coloca em termos de “competência” e se atribui ao juiz de execução penal a intervenção sobre o problema com base nos dispositivos da LEP sobre a interdição de presídios. Em outros, a questão remete diretamente à impossibilidade do Poder Judiciário “imiscuir-se” na esfera de competências do Poder Executivo. De acordo com essas decisões, os problemas narrados nas ações civis públicas dependem de dotações orça-

31 Trata-se, neste caso, de um agravo contra a concessão de liminar pelo juiz de primeira instância. No momento do julgamento do recurso, a ação civil pública já havia sido julgada, fazendo com que o objeto do recurso fosse prejudicado.

mentárias e “prioridades estabelecidas pelos governantes” em relação às quais a intervenção do Judiciário revela-se “inviável” ou “inadequada”.

Por outro lado, quando a tematização da separação de poderes não é mobilizada para obstar a atuação do Poder Judiciário sobre o problema, há outro componente fundamental agregado ao debate: a segurança. Nesses casos, o reconhecimento da necessidade — e até mesmo da obrigatoriedade — do Poder Judiciário intervir na esfera da administração prisional é decorrência “do dever constitucional de garantir a *segurança*”. Nesses acórdãos, há menção, por exemplo, à segurança “de todos, inclusive da população [local] e de cidades vizinhas” ou, de modo ainda mais direto, à garantia da *segurança pública*. O dever de assegurar a “integridade física” dos próprios cidadãos(ãs) em privação de liberdade aparece em um único acórdão como justificativa suficiente para afastar a competência exclusiva do Poder Executivo para atuar sobre a questão prisional.

Este breve percurso sobre as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2011 buscou oferecer um primeiro mapa das questões debatidas em ações civis públicas versando sobre as condições de vida nos presídios paulistas e seus efeitos para as cidades que as abrigam. A partir desse material empírico, é possível formular algumas hipóteses sobre as características da judicialização do problema carcerário no Estado de São Paulo. Em primeiro lugar, chama atenção a absoluta ausência de menção aos obstáculos que o estado das prisões colocam à realização das finalidades da pena estabelecidas em nossa legislação, muito especialmente a ressocialização prevista no artigo 1º da LEP. A precariedade das instalações e a permanência de um número de pessoas muito superior à capacidade do estabelecimento mostram-se tão graves que o debate jurisdicional concentra-se na proteção da vida e da segurança, tangencia o direito à saúde, e sequer toca no direito ao trabalho, ao estudo, à moradia digna e a todos os demais direitos que preservam integralmente todos os cidadãos(ãs) em cumprimento de pena privativa de liberdade.

É interessante notar que esta ênfase na dimensão da *segurança* está fortemente presente em outros estudos que se debruçaram sobre as instituições prisionais no Brasil a partir de um campo empírico totalmente diferente do discutido aqui. Na pesquisa sobre os projetos arquitetônicos das prisões brasileiras, a arquiteta Suzann Cordeiro explicita de que modo *o ideal de segurança* tem marcado nossa arquitetura penal e eliminado os espaços atentos à reintegração ou à manutenção dos vínculos sociais do cidadão(ã) em privação de liberdade. A pesquisa está baseada no estudo sistemático de plantas e projetos, visitas a instituições prisionais em vários estados da federação e entrevistas com arquitetos e técnicos do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN

— Ministério da Justiça)³². A partir dos dados colhidos, a autora revela que a ideia de *segurança* que desempenha papel central nos critérios de aprovação dos projetos arquitetônicos restringe-se à edificação de “obstáculos para ações de fuga, entrada e saída de armas e drogas” (p. 102). A priorização dessa forma de segurança, de acordo com a autora, impacta fortemente o custo do projeto deixando em segundo plano “a funcionalidade e o respeito ao espaço pessoal, elemento importante para o conforto e a salubridade” desse espaço (p. 104)³³. Nesse sentido, destaca-se a formulação de alguns arquitetos entrevistados na pesquisa que consideram “o projeto de estabelecimentos prisionais como mero desenho técnico, pois o mesmo destina-se a prover as necessidades *de quem não é o usuário do espaço*” (p. 100 — grifos nossos). Enfim, a ênfase na preservação da segurança externa e interna retira do campo de preocupações do projetista o “usuário direto” do espaço prisional.

Isso nos indica que a semântica da segurança no estabelecimento prisional ocupa um lugar privilegiado, não apenas na fundamentação das intervenções do poder judiciário sobre as condições de vida nas prisões, mas também nos processos decisórios de gestão dos estabelecimentos prisionais. Como nos mostra Suzann Cordeiro, “a premissa de isolamento do espaço prisional representa até hoje um importante fator de definição de qualquer proposta de elaboração dos estabelecimentos penais.” De acordo com a autora, as estratégias de isolamento dizem respeito à “localização dos componentes arquitetônicos” que enfatizam a separação física do estabelecimento prisional “em relação ao entorno, tais como muros, alambrados e afastamentos mínimos dos limites do terreno”³⁴.

A indiferença quanto à inclusão das instituições prisionais na dinâmica e na organização das cidades está presente também nas próprias normas sobre arquitetura penal em vigor no país. Sobre essa interação, a resolução do CNPCP repete as versões anteriores — de 1994 e 2005 — e, de certa forma, a própria Lei de Execuções Penais (1984) ao indicar que “os complexos ou estabelecimentos penais não devem, de modo geral, ser situados em zona central da cidade ou bairro eminentemente residencial”³⁵. Esta norma poderia não favorecer o isola-

32 Cordeiro, Suzann. *Até quando faremos relicários. A função social do espaço penitenciário*. 2ª ed. revista e ampliada. Maceió: EDUFAL, 2010.

33 Vale lembrar que recomendações relativas ao conforto bioclimático e ao impacto ambiental só foram incorporadas às “Diretrizes básicas para a arquitetura penal”, em sua terceira versão, editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no final de 2011. Resolução 09 de 18.11.11 do CNPCP, anexo 1.

34 Cordeiro, Suzann. *De perto e de dentro: a relação entre o indivíduo-encarcerado e o espaço arquitetônico penitenciário a partir de lentes de aproximação*. Maceió: EDUFAL, 2009, p. 119.

35 Resolução 09 de 18.11.11 do CNPCP, anexo 4, item 3.3. A formulação é muito semelhante à Resolução 03 de 23.09.05, anexo 4, item 4. O texto da LEP, por sua vez, é mais restritivo no que diz respeito aos estabelecimentos prisionais, indicando simplesmente que a penitenciária de homens será construída em

mento e a segregação desses espaços caso a organização interna das cidades previssem estratégias de acolhimento e integração à dinâmica urbana. No entanto, como nos mostra Suzann Cordeiro, “as legislações municipais (planos diretores, códigos de obra, etc.) não preveem áreas que contemplem essas construções, como se elas não existissem na cidade”³⁶. Por todas essas razões, a autora utiliza a expressão “ilegalidade urbana” para fazer referência ao não lugar do espaço penal nas cidades. Ainda que não tenhamos conhecimento de pesquisas empíricas voltadas a captar o impacto da expansão do sistema prisional para a organização das cidades, não surpreende que, nesse contexto, existam indícios importantes de resistência local em acolher estabelecimentos prisionais³⁷.

3. Não há desenvolvimento sustentável sem inclusão *de todos*

Os obstáculos econômicos, sociais e políticos à inclusão social estão fortemente presentes no debate sobre o desenvolvimento sustentável. Este texto procurou inserir nesse debate uma modalidade de exclusão social muito específica: aquela produzida pela atuação do próprio sistema de justiça. Os desafios para a superação dessa *indiferença radical à inclusão social do condenado* exigem que enfrentemos no debate público ideias cristalizadas há muitos séculos em nossa cultura jurídica. A produção de dados e de pesquisas que auxiliem a explicitar os efeitos devastadores das longas penas de encarceramento para os cidadãos(ãs) que as vivem, para suas famílias, comunidades e gerações futuras é urgente³⁸. A ampliação dos espaços de imaginação jurídica para a formulação de arranjos jurídicos e mecanismos de responsabilização que contribuam à gestão dos

local distante do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação” (artigo 90). A preocupação em não impedir ou restringir a visitação também está presente nas resoluções do CNPCP.

36 Cordeiro, Suzann. *Até quando faremos relicários* (op. cit, p. 89).

37 Furukawa, na entrevista mencionada acima, perguntado sobre a obtenção de recursos para o aumento do número de vagas, respondeu: “O grande problema é a dificuldade em construir novas instalações prisionais: procura-se um lugar e todo seu entorno se volta contra” (p. 23). No mesmo sentido, trecho de um dos acórdãos analisados na pesquisa: “É certo, por um lado, que nenhum Município deseja receber estabelecimentos prisionais, como amplamente se percebe nas manifestações que envolvem decisões desse jaez, tanto na mídia quanto nos tribunais.” (Agravo de Instrumento 0488307-16.2010.8.26.0000)

38 Ver, por exemplo, a diversidade de dados articulados por Paul Butler para explicitar as razões pelas quais os Estados Unidos da América precisam urgentemente acabar com o encarceramento em massa. Butler, Paul. *Let's get free. A hip-hop theory of justice*. New York: The New Press, 2009, p. 23-40. No Brasil, além dos estudos já citados, merece destaque a pesquisa desenvolvida pela psicóloga Valdirene Daufemback sobre “as aprendizagens” que ocorrem na prisão e o seu papel na permanência desses cidadãos(ãs) em privação de liberdade. Ver, Daufemback, Valdirene. “A experiência da Justiça. Parte I”. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. nº 22, 2009/2010, p. 310-311.

comportamentos problemáticos, também³⁹. Estes esforços estão voltados à promover uma redução drástica tanto do *número de pessoas* apenadas com privação de liberdade em nosso país, quanto do *tempo das penas* de prisão impostas. No direito penal tomado pelo desenvolvimento sustentável, as penas de prisão que forem aplicadas estarão, como todo o direito, pautadas pelas exigências de inclusão social. Para cumprir essa exigência, nos dias de hoje, é possível lançar nossas expectativas para muito além da garantia de uma vaga por cidadão(ã) e de condições elementares de saúde, higiene, alimentação, trabalho e educação. Este objetivo de curto e médio prazo pode estar acompanhado de uma reorientação profunda — ou *revolucionária* como denominou, no final da década de 1980, o arquiteto J. D. Espinas.

Trabalhar não apenas pela reintegração do cidadão(ã) ao convívio social, mas também pela reintegração da própria instituição prisional à cidade: a proposta de Espinas está voltada a “apagar a linha de demarcação, suporte do antagonismo entre a comunidade urbana e carcerária, para estabelecer um espaço intermediário, não de confrontação, mas de troca”⁴⁰. Este espaço, que o arquiteto denomina “interface”, seria ocupado pelos pólos esportivos, de formação profissional e de produção, de atividades culturais ou socioeducativas que, a depender do contexto de implementação e das características do estabelecimento, podem ser utilizadas conjuntamente ou em turnos, pela comunidade e pelos cidadãos(ãs) em privação de liberdade. A nova relação que Espinas estabelece entre a prisão e a cidade identifica como beneficiários “da abertura da prisão ao mundo exterior” não somente “os atores do espaço carcerário”, mas a comunidade urbana que poderá também desfrutar dos equipamentos sociais, culturais e esportivos. E, sobretudo, essa nova relação permite que *o todo* “se engaje conjuntamente, através de suas respectivas contribuições, ao processo de reinserção”.

Referências

Butler, Paul. *Let's get free. A hip-hop theory of justice*. New York: The New Press, 2009.

39 Este texto não poderá repertoriar as experiências interessantes que estão sendo gestadas e desenvolvidas na sociedade civil, em instâncias governamentais, em órgãos do sistema de justiça e nas universidades. No campo das sanções não prisionais e às estratégias de mediação e conciliação, as primeiras compilações de experiências inovadoras têm sido registradas e difundidas pela Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, no âmbito do Ministério da Justiça. Ver, nesse sentido, o documento “Melhores práticas de penas e medidas alternativas” (2010).

40 Espinas, J.D. “Révolution pénitentiaire: les chemins de l'architecture”. *Déviance et Société*, vol. XIII, n° 4, 1989, p. 367-378. Além de maiores detalhes sobre a concepção arquitetônica, o texto traz também plantas baixas e desenhos em perspectiva dessa “reconquista do espaço urbano”.

Campos, Marcelo. *Crime e Congresso Nacional: Uma análise da política criminal aprovada de 1986 a 2006*. São Paulo: IBCcrim, 2010.

Cordeiro, Suzann. *Até quando faremos relicários. A função social do espaço penitenciário*. 2ª ed. revista e ampliada. Maceió: EDUFAL, 2010.

Codeiro, Suzann. *De perto e de dentro: a relação entre o indivíduo-encarcerado e o espaço arquitetônico penitenciário a partir de lentes de aproximação*. Maceió: EDUFAL, 2009.

Daufemback, Valdirene. A experiência da Justiça. Parte I. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. nº 22, 2009/2010, p. 301-314.

Espinas, J.D. “Révolution pénitentiaire: les chemins de l’architecture”. *Déviante et Société*, vol. XIII, nº 4, 1989, p. 367-378.

Goncalves, Marylene; Panjer, Melissa; Greenber, Theodore; Magrath, William. “Justice for Forests: improving criminal justice efforts to combat illegal logging”. *World Bank Series*, 2012.

Ferreira, Carolina. *Legislar sobre a exclusão social: um estudo sobre a atividade legislativa sobre cumprimento da pena privativa de liberdade de 1984 a 2011*. Dissertação de mestrado em Direito e Desenvolvimento (Direito GV, 2012);

Ferreira, Carolina e Machado, Maira. “Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil” em *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. J. R. Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77-105.

Haq, Mahbud. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995.

Kates, Robert; Parris, Thomas; Leiserowitz, Anthony. What’s sustainable development? Goals, indicators, values and practices. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, Volume 47, Number 3, pages 8—21.

Machado, Maira; Pires, Álvaro; Ferreira, Carolina; Schaffa, Pedro. *A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 17, 2009.

Machado, Maira *et alli*. *Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 32, 2010.

Machado, Marta (coord.). *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, Vol. 18, 2009.

Miraglia, Paula; Salla, Fernando. O PCC e a Gestão dos Presídios em São Paulo. Entrevista com Nagashi Furukawa. *Novos Estudos Cebrap*, 80: 21-41, 2008.

Paiva, Luiz Guilherme. A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

Pires, Alvaro. “Les peines radicales: construction et “invisibilisation” d’un paradoxe” (introduction) Italo Mereu. *La mort comme peine. Essai sur la violence légale*. Bruxelles: Larcier, 2012 (no prelo).

Pires, Alvaro et ali. *Histoire des Savoirs sur le crime e la peine*. Vol. I, II e III. Bruxelles: Larcier, 2008.

Sachs, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

Salla, Fernando. *As prisões em São Paulo 1822-1940*. 2ª edição. São Paulo: Annablume, 2006.

Sen, Amartya. *The Idea of Justice*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

Walmsley, R. *World prison population list*. 8th Edition. King’s College London International Centre for Prison Studies, 2009. http://www.prisonstudies.org/info/downloads/wppl-8th_41.pdf

C) INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL

1) PRINCÍPIOS

CRITICISM ON SDGS AND PRESENTATION OF THE PRINCIPLE OF INTEGRATION AS AN INTERNATIONAL LAW INSTRUMENT TO CONTRIBUTE TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

NITISH MONEBHURRUN¹

Abstract

Sustainable development goals (SDGs) constitute a dominant leitmotiv of the ongoing Rio+20 debates. However, SDGs are far from being innovative and doubts can be cast of their use in the present debate. This article criticises the fashionable reference to SDGs claiming it to be a much ado about nothing. It hereinafter alternatively presents the principle of integration as an appropriate instrument of international law to facilitate the consideration of sustainable development, which is a self-standing goal, in this law field.

Introduction

The opinion in this paper states that the proposition for upholding sustainable development goals (hereinafter SDGs) during the Rio+20 preparatory process is superfluous and useless and proposes an alternative by presenting the principle of integration.

Methodology from a legal perspective. Before explaining this position, some methodological imperatives have to be considered. The present context being a legal one, it is paramount to enlighten and justify the legal perspective which will be adopted. Normally, jurists study, comment, analyse and interpret existing laws. They examine and understand the law as it is, that is the positive law²; they deliver an opinion on a set of existing norms, that is the objective law³. In the present case, the approach is different. The discussion is not based on established norms but on potentially to-be-adopted ones. It is a pre-law environment, that of the process of its creation, full of subjectivity.

1 The author is a Phd Fellow at the Doctoral School of International and European Law, School of Law of Sorbonne, Paris-1.

2 KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, pp.42-43.

3 KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, pp.94-95.

And the jurist can also have a role at this level. Legal opinion is paramount to construe existing laws but also to assess and accompany the drafting of laws, whether in the national or in the international field. In this case, the argumentation is therefore geared towards law makers and towards their will to implement a given policy by enacting an appropriate law. Here, those concerned are especially, but not only, the States which are presently discussing during the preparatory meetings in view of the United Nations Rio+20 Conference on sustainable development due to take place in June this year (2012). It is on these discussions that a legal comment will be formulated and more specifically on what is being presented and accepted as SDGs by discussing members.

Difficulties from a legal perspective. In trying to start up the analysis, another methodological problem, double in nature, comes up. Firstly, defining SDGs is in itself a whole conundrum and secondly, in this preliminary cycles of conferences the available material to study the matter is limited. And it is with the latter that the former must be enlightened. The raw material which will be considered and used here is the so-called draft zero of the outcome document, that is, the draft of the declaration which shall be adopted during the Rio+20 conference⁴. The document will be used as a working tool as it is to date; obviously, it is prone to changes until its final adoption but this is a necessary methodological concession when dealing with a draft endowed with a pre-legal dress. In any case, what this paper seeks to examine is the idea of SDGs in its principle. The content of SDGs may change in two months but its principle, which is to fix a set of sustainable development goals, has already been determined. In a section entitled “*Accelerating and Measuring Progress*”, the draft reads:

“We recognize that goals, targets and milestones are essential for measuring and accelerating progress towards sustainable development and agree to launch an inclusive process to devise by 2015:

a) a set of global Sustainable Development Goals that reflect an integrated and balanced treatment of the three dimensions of sustainable development, are consistent with the principles of Agenda 21, and are universal and applicable to all countries but allowing for differentiated approaches among countries (...)”⁵.

Moulding SDGs on MDGs. The year 2015 is of course remindful of the Millenium Development Goals (MDGs)⁶ which were and still are the far-fetched objectives to end poverty in the whole world by 2015. The SDGs are now pre-

4 The Draft is available on: <http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=144>.

5 See Draft: §105.

6 See: <http://www.un.org/millenniumgoals/reports.shtml>

sented as the legitimate successor of the MDGs. SDGs appear as a MDGs plus; they seek to deepen and revigorate the environmental and social components of the MDGs⁷. The aim is not to start anew but to build on the past experience so as to sharpen future directions considering that sustainable development is development in its actual and desired form. In his speech to the 66th General Assembly of the United Nations, “We the Peoples”, the Secretary-General, Ban Ki-moon had stated the necessity to achieve the MDGs but had added that there is a need to think even beyond and to “*develop a new generation of sustainable development goals to pick up where the MDGs leave off*”⁸. Still, the proposition of SDGs is mainly a Colombian one done in collaboration with Guatemala⁹ and supported by the civil society organisations¹⁰. The Governments of Colombia and Guatemala proposed to mould SDGs on the MDGs; these would be universal goals reflecting national realities and geared towards them. The two Governments presented SDGs as being very appropriate as a means enabling States to identify their flaws and priorities and, thereby, as a tool for fruitful cooperation in consideration of the three pillars of sustainable development¹¹. The draft zero in turn presents SDGs as complementing and strengthening the MDGs in view of the post-2015 period¹² and highlights the importance of sustainable production and consumption¹³. It also mentions some SDGs priority fields which are oceans, food security and sustainable agriculture, sustainable energy for all, water access and efficiency, sustainable cities, green jobs, decent work and social inclusion, and disaster risk reduction and resilience¹⁴. Whilst paving the way towards such achievement, the

7 MIYAZAWA (I.), “What are Sustainable Development Goals?”, *IGES Rio+20 Issue Brief*, vol.1 (available on: <http://www.iges.or.jp/en/rio20/proposal.html>); EVANS (A.), STEVENS (D.), “Sustainable Development Goals — a useful outcome from Rio+20?”, *Center on International Cooperation*, 20/01/2012, pp.1-4 (available on: <http://www.globaldashboard.org/2012/01/20/sustainable-development-goals/>).

8 Ban Ki-moon, *Address to the 66th General Assembly: “We the Peoples”*, 21 September 2011 (available on: http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/search_full.asp?statID=1310).

9 Ministerio de Relaciones Exteriores (Republica de Colombia), *Rio+20: Sustainable Development Goals (SDGs). A proposal from the Governments of Colombia and Guatemala*, 2011.

10 Declaration of the 64th Annual UN DPI/NGO Conference (2011), Chair’s Text, Bonn, Germany, 3-5 September 2011, Sustainable Societies; Responsive Citizens, pp.12-17.

See also: UNCSD Secretariat, “Current Ideas on Sustainable Development Goals and Indicators”, *Rio 2012 Issues Briefs*, no.6 (available on: <http://www.uncsd2012.org/>).

11 See: Ministerio de Relaciones Exteriores (Republica de Colombia), *Rio+20: Sustainable Development Goals (SDGs). A proposal from the Governments of Colombia and Guatemala*, 2011.

12 See: Zero draft of the outcome document, §108; see also: VIDAL (J.), “Leaked document reveals Rio+20 sustainable development goals”, *The Guardian*, 10/01/2012 (available on: <http://www.guardian.co.uk>).

13 See: Zero draft of the outcome document, §107.

14 See: Zero draft of the outcome document, §107.

draft states that an appropriate methodology based on indicators and evaluation techniques should be devised to assess any progress¹⁵.

Consensus and doubts on SDGs. With all the debates covering the issue, SDGs have become unavoidable and are accorded considerable importance by States and by non-State entities participating in ongoing meetings. They are now well-anchored in the draft and they will surely appear in the final document. In their submissions to the preparatory Rio+20 process, many States had mentioned their will to support SDGs¹⁶ even though some States, like Japan, had cast a doubt on the use of SDGs. The Japanese submission of the 31st October 2011 stated:

“Although the term “Sustainable Development Goals” (SDGs) is often mentioned, the term sustainability implies various meanings, and there are diversified opinions on the scope and target of SDGs. Some say SDGs should supplement the current MDGs, understanding sustainability in a narrow meaning which is not covered in the current MDGs. Others say SDGs are similar to the postMDGs. SDGs could be interpreted in various ways, but eventually they need to converge into the post-MDGs. Japan therefore does not use the term SDGs, in order to avoid confusion.”¹⁷

Uselessness of SDGs. More than a simple confusion, this article argues that SDGs constitute a mere mirror of the past, an obvious déjà-vu which, practically, does not change the general configuration of sustainable development. They will have the same dwindling effects of a sword cutting through water. As often, in this field, instead of focusing on real serious questions, image, rhetoric and abstraction are preferred. A new word or a new expression is always coined to decorate the discourse and a whole ‘marketing’ process is afterwards undertaken to entrench these new inventions in every mindset. “Green economy” is, for example, another one of these. Slogan, sometimes empty one, and alibis¹⁸ are seriously celebrated. SDGs are a repetition of what had already been discussed and fixed 20 years ago. The success of implementing existing sustainable development policies or of their legal attribution has definitely been relative but asserting once more that sustainable development is a goal, as if this statement had not been

15 See: Zero draft of the outcome document, §§109-110.

16 These include for example: Brazil, Indonesia, Australia, Botswana, China, Colombia, Croatia, El Salvador, Ghana, Kenya, Liberia, Liechtenstein, Mexico, New Zealand, Norway, Korea, Russia, Switzerland, Turkey, USA (see: <http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=119>).

17 The Japanese submission is available on: <http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?page=view&type=510&nr=113&menu=20>

18 See: LATOUCHE (S.), “Développement durable, un concept alibi”, *Tiers Monde*, Tome 35, n°137, 1994, pp.77-94.

well understood, poorly contributes to enhance the debate towards concrete results and objective solutions. It is another means of procrastinating. *A much ado about nothing*. It will hence be explained why SDGs constitute no revolution and why they appear as a stagnant and retrograde (I) before formulating an alternative proposition about the intergration of sustainable components in international law (II). It has to be recalled that the immediate legal context of this paper is that of international law and that propositions herein will consider the system of this law field.

I. The Doubtful contribution of SDGs in paving the way towards sustainable development.

SDGs already exist in soft law instruments. What the draft zero fixes as SDGs to be determined by 2015 and what are presently being considered as SDGs¹⁹ relate to debates which already took place in the post-Brundtland period²⁰. Actually, apart from being a concept or a principle for some²¹, sustainable development is a goal by its sole standing. On this point, talking of sustainable development goals is in itself peculiar. In fact, there is only one goal which is that to attain sustainable development. And in any case, linking sustainable development and goal or goals is somehow tautological. What is practically plural and diverse is not the goal but the various means to achieve it and the diverging propositions to implement it. Besides, the principles for realising the objective of sustainable development are already present in the Rio Declaration and further mechanisms for its national implementation have been designed in the Agenda 21, Program of action for sustainable development²². The priority areas and the seemingly challenging problematics which are now being negotiated in order to be included firstly in the draft and afterwards in the final document have long been stamped in the above mentioned texts. Concerns which are dear to actual debates on SDGs are in fact the same which justified the adoption of the Rio Declara-

19 MIYAZAWA (I.), "What are Sustainable Development Goals?", *JGES Rio+20 Issue Brief*, vol.1 (available on: <http://www.iges.or.jp/en/rio20/proposal.html>).

20 On these debates see: MALJEAN-DUBOIS (S.), "Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg: et au-delà?", *Annuaire français de droit international*, vol.48, 2002, pp.592-623; KISS (A.C.), DOUMBE-BILLE (S.), "La conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement durable (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992)", *Annuaire français de droit international*, vol.38, 1992, pp.823-843.

21 See: Case related to the *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia)*, Decision, 25 September 1997, Individual Opinion du Judge Weeramantry, I.C.J., Recueil 1997, p.95.

22 Available on: <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/french/action0.htm>

tion and the Agenda 21. The latter indeed contains provisions on poverty²³, consumption²⁴, climate issues²⁵, water²⁶, forests²⁷, desertification²⁸, oceans and seas²⁹, health³⁰, sanitation³¹, education³², energy³³, carbon emissions³⁴, gender and equality³⁵.

SDGs already exist in hard law instruments. Moreover, various international conventions have been adopted during the last twenty years to build the steps towards this sustainable development objective³⁶; they constitute a tool to ground the principles of sustainable development in international law. Obviously, it cannot be affirmed that the process of applying sustainable development principles is always a very successful one, especially in international law. However, the aim here is to explain that the objective, the goal, which is now being claimed already exists and that a machinery has been started up to enable its realisation. Evidence can easily be brought. Indeed, sustainable development is very tentacular and polymorphous³⁷ and as a ubiquitous concept it has been continuously discussed in many international conferences, for instance, in Cairo, Beijing, Istanbul, Kyoto, South Africa, Copenhagen, in New York or in Monterrey³⁸. It has consequently been stated as a goal in agreements related to climate change³⁹,

23 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §§3.1-3.2.

24 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §4.6, §4.10, §4.15.

25 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §18.90; §19.2

26 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §7.35, §12.46, §13.2, §13.5(c), §14.53, §16.11, §17.6, Chapter 18.

27 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 11.

28 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 12.

29 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 17.

30 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 6.

31 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 7.

32 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §8.10, §25.9.

33 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 9.

34 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: §7.47, §11.14.

35 See Agenda 21, Program of action for sustainable development, for example: Chapter 24.

36 SCHRIJVER (N.), *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, The Hague, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2008, , pp.104 - 141.

37 L'Huillier (H.), " Qu'est-ce que le développement durable? ", *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*. N°78, 2003, p.81.

38 On these conferences, see: CORDONIER SEGGER (M.C.), KHALFAN (A.), *Sustainable Development Law. Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp.15-55; SCHRIJVER (N.), *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, The Hague, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2008, , pp.42-99.

39 United Nations Framework Convention on Climate Change, 9/05/1992, article 2 (*available on*: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>); Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11/12/1997, article 2 (*available on*: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>).

to biological diversity⁴⁰, to cultural heritage⁴¹, to marine biodiversity⁴², to fisheries⁴³, to lakes and freshwater resources⁴⁴, to marine pollution⁴⁵, to air pollution⁴⁶, to desertification⁴⁷, to toxic and hazardous wastes⁴⁸, to public

-
- 40 United Nations Convention on Biodiversity, 05/06/1992, article 1 (*available on*:<http://www.cbd.int/convention/text/>): Cartagena Protocol to the United Nations Convention on Biodiversity, 29/01/2000, (*available on*: <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>); Treaty on the conservation and sustainable management of Forest Ecosystems in Central Africa and to Establish the Central African Forests Commission, 05/02/2005 (*available on*: http://www.cbfp.org/tl_files/archive/comifac/traitecomifac.pdf).
- 41 European Landscape Convention, 20/10/2000. (*available on*: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/176.htm>).
- 42 Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, 10/06/1995 (*available on*: http://195.97.36.231/dbases/webdocs/BCP/ProtocolSPA9596_fre_p.pdf); Black Sea Biodiversity and Landscape Conservation Protocol to the Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution, 14/06/2002 (*available on*: http://www.blacksea-commission.org/_convention-protocols-biodiversity.asp); Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific, 18/02/2002 (*available on*: <http://www.unep.ch/regionalseas/main/nep/nepconve.html>).
- 43 Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 10/05/1993 (*available on*: <http://sedac.ciesin.org/entri/texts/acrc/Bluefin.txt.html>); Agreement for the Establishment of the Indian Ocean Tuna Commission, 25/11/1993, article V(*available on*: <http://www.iotc.org/files/proceedings/misc/ComReportsTexts/accord%20CTOI.pdf>); Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and central Pacific Ocean, 19/06/2004, article 5 (*available on*: <http://www.wcpfc.int/doc/convention-conservation-and-management-highly-migratory-fish-stocks-western-and-central-pacific->); Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, 20/04/2001, article 2, 3, 23(*available on*: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:234:0040:0055:FR:PDF>).
- 44 Helsinki Convention on transboundary Watercourses and International Lakes, 17/03/1992, article 1 (*available on*: http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/details.jsp?treaty_id=263); Convention on the Cooperation for the Protection and Sustainable use of the Danube River, 29/06/1994, article 2 (*available on*: <http://www.icpdr.org/icpdr-pages/drpc.htm>); Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River basin, 05/04/1995, article 1, article 18 (*available on*: <http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/agreements/agreement-Apr95.pdf>).
- 45 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, 22/09/1992, preamble and annexes (*available on*: http://www.ospar.org/html_documents/ospar/html/ospar_convention_f_actualisee_en_2007s.pdf); Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, 10/06/1995, article 4 (*available on*: http://195.97.36.231/dbases/webdocs/BCP/bc95_fre_p.pdf).
- 46 ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution, 10/06/2002, article 2 (*available on*: http://www.aseansec.org/pdf/agr_haze.pdf).
- 47 United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 14/10/1994, articles 1, 2, 4, 5, 9, 10, 17, 18 (*available on*: http://www.unep.org/french/downloads/Conventions%20textes/Convention_desertification.pdf).
- 48 Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10/09/1998, preamble (*available on*: <http://www.pic.int/LaConvention/Aper%C3%A7u/TextedelaConvention/tabid/1786/language/fr-CH/Default.aspx>); Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22/05/2001, preamble, article 13, annexe (*available on*: http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_fr.pdfv).

participation⁴⁹, to human rights⁵⁰, to energy⁵¹, to security⁵², to health⁵³, to corruption⁵⁴ and is present in regional agreements⁵⁵, in commercial and free trade agreements⁵⁶ and in some investment agreements⁵⁷.

SDGs as an eclipse hiding real priorities. As such, SDGs are neither original nor innovating. Their components, as shown by the above-mentioned conventions, already have a practical life and need not necessarily be set again as a goal; this would be superfluous. In fact, the true concern should not have been on sustainable development goals but on the effective binding means to achieve the goal of sustainable development. It is unquestionable that taking stock from past experience is paramount. However, this should be done to improve an existing situation, not to repeat it. Consequently, it is the difficulties suffered by sustainable development in international law which have to be considered and examined before stating what are future strategies to be adopted. If sustainable development is not a pariah of the international law field,

49 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25/06/1998 (available on: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43f.pdf>); Convention on Strategic Environmental Assessments to the convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 21/05/2003, preamble, article 1 (available on: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolofrench.pdf>).

50 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, 11/07/2003, preamble, article 1 (available on: http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Protocole%20sur%20le%20droit%20de%20la%20femme.pdf).

51 Energy Charter Treaty and Energy Charter protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, 17/12/1994, article 19 (available on: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i7/0.730.0.fr.pdf>).

52 African Nuclear-Weapon-Free-Zone Treaty, 21/06/1995, preamble (available on: http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Traite%20de%20Pelindaba.pdf).

53 WHO Framework Convention on Tobacco Control, 21/05/2003, articles 4, 26 (available on: http://www.who.int/tobacco/framework/WHO_FCTC_french.pdf).

54 United Nations Convention against Corruption, 21/10/2003, preamble, article 62 (available on: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf).

55 The Constitutive Act of the African Union, 11/07/2000, article 3(j) (available on: http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Acte%20Constitutif.pdf); Amsterdam Treaty Establishing the European Community 02/10/1997, articles 1, 2 (available on: <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>); The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 13/12/2007 (available on: <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>); Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy, 05/07/2001, articles 15, 51, 55, 56, 58, 60, 61, 64, 69, 71, 135, 140 (available on: http://www.caricom.org/jsp/community/revisead_treaty-text.pdf); North American Free Trade Agreement, 17/12/1992, preamble (available on: <http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?conID=590>); Charter of the Association of South-East Asian Nations, 20/11/2007, article 1 (available on: <http://www.ccc.org/Page.asp?PageID=1226&SiteNo=deID=567>).

56 Agreement establishing the WTO, 15/04/1994, preamble (available on: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm); see also the recent USA free-trade-agreements, (available on: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>).

57 See for example the USA Bilateral investment Treaty Model, article 12 (available on: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>).

its integration therein is still yet to be done in a binding sense. International law agreements have not been provided the appropriate flexibility to integrate principles of sustainable development in their provisions. These principles are those related to economic law, to environmental law, to social law and to human rights. They are the legal representation of the different components of sustainable development. It is true that such principles do not directly highlight human rights aspects but human rights are, firstly, in close connection to environmental law⁵⁸ and, secondly, Principle 1 of the Rio Declaration states that the human being is at the very heart of sustainable development, which justifies the consideration of his basic rights. The principles relating to these law fields must be articulated and harmonised to contribute to sustainable development. The contribution might not have the colours of a revolution but this is one of the humble ways in which jurists can help in practically highlighting the interaction between the goal of sustainable development and the legal means to attain it. There is no uniform way of realising sustainable development. It obeys to a global construction process, a brick-laying one, whereby each and every one can contribute at his level with his competences. In what follows, it is the principle of integration which will be presented as a contribution to the current debates.

58 BARRAL (V.), "Le rayonnement intrasystémique du concept de développement durable", in, RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p.394; BOYLE (A.), "Human Rights and the Environment: A Reassessment", *Communication pour le Programme des Nations unies pour l'environnement*, 2010 (mise à jour de l'article publié dans le *Fordham Environmental Law Review*, vol.18, 2008, pp. 471-511), pp.1-39; DESGAGNE (R.), "Integrating Environmental Value into the European Convention on Human Rights", *The American Journal of International Law*, vol.89, 1995, pp.263-294; EATON (P.J.), "The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment", *Boston University International Law Journal*, vol.15, 1997, p.293; FITZMAURICE (M.), "Case Note: The European Court of Human Rights, Environmental Damage and the Applicability of Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms", *Environmental Law Review*, vol.13, 2011, pp.107-114; GRADONI (L.), "Systèmes juridiques internationaux: une esquisse", in, RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p.49; HECTORS (K.), "The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right", *European Energy and Environmental Law Review*, vol.17, juin 2008, pp.165-175; LENZERINI (F.), "The Interplay Between Environmental Protection and Human and Peoples' Rights in International Law", *African Yearbook of International Law*, vol.10, 2002, pp.65-108; SHELTON (D.), "Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment", *Stanford Journal of International Law*, vol.28, 1991-1992, pp.103-138; SHELTON (D.) "Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies", *Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment, Genève, Background Paper No. 2 14-16 January 2002*, pp.1-15; THORME (M.), "Establishing Environment as a Human Right", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol.19, no.2, 1991, pp.301-342.

II. An Alternative Proposition to Reach Sustainability by international law instruments: the principle of integration.

Instead of reaffirming indefinitely that sustainable development is a goal, it would be more constructive to bluntly and boldly integrate this goal in all the relevant parts of the international life. In international law, this can be materialised by the integration of sustainable development concerns and principles in existing or future international agreements.

Explaining the principle of integration. Debates on integration currently fit the concerns on the fragmentation of international law⁵⁹. Sustainable development itself has an integrated reality, that is, it is made up of economical, environmental and social components⁶⁰. Their harmonious interaction potentially contributes to sustainability. In international law, however, these components are often separated. An economic agreement on trade or investment for example, will often be isolated from environmental and social questions. This is normal in the context of treaty specialisation and is perfectly understandable; each treaty has its object and ambit and therefore it cannot englobe an inexhaustible amount of items. It is expected that an investment protection agreement contains provisions on investment protection. At the same time, a treaty on marine pollution or on transboundary hazardous wastes will focus principally on environmental questions. In practice, however, economical activities can trigger environmental damages or human rights violation or both at a time⁶¹. Put in legal terms, a State can enforce an economic agreement protecting an economic activity which is in turn leading to an environmental or a social dam-

59 See: KOSKENNIEMI (M.) [dir.], *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Genève, Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 2006, 279p.

60 CANS (C.), " Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences ", *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2003 (www.dalloz.fr); CORDONIER SEGGER (M.-C.), NEWCOMBE (A.), " An Integrated Agenda for Sustainable Development in International Investment Law ", in, CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M.W.), NEWCOMBE (A.) [eds.], *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp.107-108; GEHRING (M.W.), NEWCOMBE (A.), " **An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law** ", in, CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M.W.), NEWCOMBE (A.) [eds.], *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p.6; SANDS (P.), " **International Courts and the Application of the Concept of "Sustainable Development"** ", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol.3, 1999, p.390; SCHRIJVER (N.), *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, The Hague, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2008, p.99; TOUZET (A.), " Droit et développement durable ", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, no.2, 2008 (available on: www.lextenso.fr).

61 ABRAHAM (C.M.), ABRAHAM (S.), " The Bhopal Case and the Development of Environmental Law in India ", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.40, 1991, pp.334-365; BOURDON (W.) *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens?*, Paris, La Découverte, 2010, pp.28-46.

age protected by another agreement. Leaving aside questions of *jus cogens*, no hierarchy can be established between these two sets of agreements. If no clear rule of conflict exists for a tribunal to examine the situation, it will consider its specialisation and statute to exclude the least relevant agreement. For an investment tribunal for example, the investment protection agreement is the most relevant one. For sustainable development to shine as a goal, such situations have to be prevented and therefore, international economical agreements must include provisions related to other aspects of sustainable development. This is even more advisable considering that environmental claims are seldom standalone ones; they often involve other legal fields in the sense that an environmental damage can be raised in a commercial case, an investment one, in a maritime one, or in a human rights case⁶². That is why discussing States should define more thoroughly the tentacular lines of sustainable development when it is to be included in an international agreement. This integration process must of course be done only after having analysed the reality, the context, the applicability and the ambit of each convention. This task goes beyond the present article and that is why the latter is addressed mainly to law-makers. Some examples of a starting integration can nevertheless be given.

Illustrating the principle of integration. The NAFTA which has been mentioned provides some interesting glimpses of this integration process. Whilst being an economic agreement based on free trade and investment, it also provides for some environmental protection. It states in its article 104 that if its provisions are in conflict with those of the trade obligations of some environment and conservation agreements⁶³ binding on the State members, the latter obligations must prevail “*provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with the other provisions*” of NAFTA⁶⁴. Some of the recent United States Free Trade Agreements also contain provisions considering some principles of sustainable development⁶⁵. In other Agreements, such as the one establishing the World Trade Organisation, reference to sustainable

62 SANDS (P), “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals And The Progressive Development of International Environmental Law. *The Policy Framework for Investment: The Social and Environmental Dimensions*”, *Global Forum on International Investment*, OCDE, 27-28 mars 2008, pp.1-10

63 These are amongst others: The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 03/03/1973 (amended 22/06/1979); The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16/09/1987 (amended 29/06/1990); The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, 22/03/1989.

64 Available on: <http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/nafta.pdf>

65 Available on: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>

development appears as a preambular notification⁶⁶. These agreements do not reflect the zenith of an integration process but it is in this sense, by combining in a single text, elements of economic objectives but at the same time environmental and social considerations, that sustainability can have a more serious impact in the international field. This does not necessarily mean that all agreements should always contain such tryptical provisions. A single provision of an economic agreement which simply states that other exterior sustainable development-related agreements must be considered during its enforcement can be sufficient; as such, provisions of the latter will be automatically imported and integrated to the former without them constituting a unique instrument⁶⁷. Integration enables a check-and-balance system whereby the components of sustainable development control each other when they are present in the application of an instrument.

Applying the principle of integration. This control is exerted by a given tribunal whenever the agreement leads to hermeneutical and application problems. The system of integration gives a clearer vision to tribunals on the applicable law. An integrated agreement will clearly mention the applicability of a given sustainable development principle which the relevant tribunal cannot ignore and which any of the disputing parties can highlight if they deem that it has been violated or ignored. The tribunal does not have to put forward any value judgement on sustainable development by stating its necessity or not; with an integrated system, sustainable development automatically comes to it as a goal and will find its consecration by the application of the integrated agreement. If an environmental law question is set to a tribunal applying a free-trade-agreement, it will have to consider if an environmental provision is available in the agreement or if the latter refers to an exterior environmental text. In an international investment case for example, an arbitral tribunal had to consider both the NAFTA, protecting an American investor, and the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal⁶⁸ because of the relevance of the already mentioned article 104 of NAFTA and also because of article 1114 of the same agreement which provides for environmental measures. Hence, the tribunal had to apply provisions protecting the investor and his investment by simultaneously referring to applicable environmental conventions and laws. It specified that “*where a state can achieve its chosen level of environmental protection through a variety of*

66 Agreement establishing the WTO, 15/04/1994, preamble (available on: http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm).

67 For example article 104 of NAFTA.

68 See: *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13/12/2000), (North American Free Trade Agreement).

equally effective and reasonable means, it is obliged to adopt the alternative that is most consistent with open trade” by adding that “[t]his corollary also is consistent with the language and the case law arising out of the WTO family of agreements.⁶⁹”. In some cases, the Appellate Body of the WTO has referred to sustainable development imperatives only by construing the WTO Agreement’s preamble. In *United States-Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products*, it stated that the preamble which reveals the objective of trade liberalisation also points out that the latter is not compatible with an abusive and irresponsible use of the world’s resources because besides mere development, sustainable development is also a common aim of negotiating States which are concerned by economical priorities as long as they are in line with environmental and social ones⁷⁰; other reports follow a similar direction⁷¹. In the famous *Iron Rhine* arbitration, the tribunal has followed this integrated approach by stating that “[e]nvironmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm.⁷²”.

These advances have been made possible even if the agreements which were applied in these case were poorly integrated ones. Still, sustainability has found its way, even swayingly. That is why it can be argued that an evolution in the drafting of international agreements towards more integration can lead to a greater contribution of international law to consider the sustainable development goal.

BIBLIOGRAPHY

International Agreements

- United Nations Framework Convention on Climate Change, 9/05/1992.
- United Nations Convention on Biodiversity, 05/06/1992.

69 *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13/12/2000), (North American FreeTrade Agreement), §221.

70 *United States-Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, §13, §17, §129, §131, §153.

71 For example: *European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, Report of the Appellate Body, WT/DS246/AB/R, 7/04/2004, §94; *China — Measures Related to the Export of Various Raw Materials*, Report of the Appellate Body, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30/01/2012, §306.

72 *Arbitration Regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway* [Belgium v. Netherlands], Permanent Court of Arbitration, 25/05/2005, §59 (available on: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20corrected%20200905.pdf>)

- Helsinki Convention on Transboundary Watercourses and International Lakes, 17/03/1992.
- Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, 22/09/1992.
- North American Free Trade Agreement, 17/12/1992.
- Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 10/05/1993.
- Agreement for the Establishment of the Indian Ocean Tuna Commission, 25/11/1993.
- Marrakesh Agreement establishing the WTO, 15/04/1994.
- Convention on the Cooperation for the Protection and Sustainable use of the Danube River, 29/06/1994.
- United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 14/10/1994.
- Energy Charter Treaty and Energy Charter protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, 17/12/1994.
- African Nuclear-Weapon-Free-Zone Treaty, 21/06/1995.
- Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, 10/06/1995.
- Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River basin, 05/04/1995.
- Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, 10/06/1995.
- Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11/12/1997.
- Amsterdam Treaty Establishing the European Community 02/10/1997.
- Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10/09/1998.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25/06/1998.
- Cartagena Protocol to the United Nations Convention on Biodiversity, 29/01/2000.
- The Constitutive Act of the African Union, 11/07/2000.
- European Landscape Convention, 20/10/2000.
- Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, 20/04/2001.
- Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22/05/2001.

- Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy, 05/07/2001.
- Black Sea Biodiversity and Landscape Conservation Protocol to the Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution, 14/06/2002.
- Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific, 18/02/2002.
- ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution, 10/06/2002.
- Convention on Strategic Environmental Assessments to the convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 21/05/2003.
- WHO Framework Convention on Tobacco Control, 21/05/2003.
- United Nations Convention against Corruption, 21/10/2003.
- Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, 11/07/2003.
- Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and central Pacific Ocean, 19/06/2004.
- Treaty on the conservation and sustainable management of Forest Ecosystems in Central Africa and to Establish the Central African Forests Commission, 05/02/2005.
- Charter of the Association of South-East Asian Nations, 20/11/2007.
- The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 13/12/2007.

Decisions and Awards

- Case related to the *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia)*, Decision, 25 September 1997, Individual Opinion du Judge Weeramantry, I.C.J., Recueil 1997.
- *United States-Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998.
- *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13/12/2000), (North American Free Trade Agreement).
- *European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, Report of the Appellate Body, WT/DS246/AB/R, 7/04/2004.
- *Arbitration Regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway* [Belgium v. Netherlands], Permanent Court of Arbitration, 25/05/2005.

- *China — Measures Related to the Export of Various Raw Materials*, Report of the Appellate Body, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30/01/2012.

Books and articles

- ABRAHAM (C.M.), ABRAHAM (S.), “ The Bhopal Case and the Development of Environmental Law in India “, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.40, 1991, pp.334-365.
- BARRAL (V.), “ Le rayonnement intrasystémique du concept de développement durable “, in, RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p.394.
- BOURDON (W.) *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens?*, Paris, La Découverte, 2010, pp.28-46.
- BOYLE (A.), “ Human Rights and the Environment: A Reassessment “, *Communication pour le Programme des Nations unies pour l’environnement*, 2010 (mise à jour de l’article publié dans le *Fordham Environmental Law Review*, vol.18, 2008, pp. 471-511), pp.1-39.
- CANS (C.), “ Le développement durable en droit interne: apparence du droit et droit des apparences “, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2003 (www.dalloz.fr).
- CORDONIER SEGGER (M.C.), KHALFAN (A.), *Sustainable Development Law. Principles, Practices and Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp.15-55.
- CORDONIER SEGGER (M.C.), GEHRING (M.W.), NEWCOMBE (A.) [eds.], *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 902p.
- DESGAGNE (R.), “ Integrating Environmental Value into the European Convention on Human Rights “, *The American Journal of International Law*, vol.89, 1995, pp.263-294.
- EATON (P.J.), “ The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Right to a Healthy Environment “, *Boston University International Law Journal*, vol.15, 1997, p.293.
- EVANS (A.), STEVENS (D.), “Sustainable Development Goals — a useful outcome from Rio+20?”, *Center on International Cooperation*, 20/01/2012, pp.1-4.

- FITZMAURICE (M.), “Case Note: The European Court of Human Rights, Environmental Damage and the Applicability of Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms “, *Environmental Law Review*, vol.13, 2011, pp.107-114.
- GRADONI (L.), “ Systèmes juridiques internationaux: une esquisse “, in, RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p.49.
- HECTORS (K.), “ The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right “, *European Energy and Environmental Law Review*, vol.17, juin 2008, pp.165-175.
- LATOUCHE (S.), “ Développement durable, un concept alibi “, *Tiers Monde*, Tome 35, n°137, 1994, pp.77-94.
- LENZERINI (F.), “ The Interplay Between Environmental Protection and Human and Peoples’ Rights in International Law “, *African Yearbook of International Law*, vol.10, 2002, pp.65-108.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, 205p.
- KISS (A.C.), DOUMBE-BILLE (S.), “La conférence des Nations unies sur l’environnement et le développement durable (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992)”, *Annuaire français de droit international*, vol.38, 1992, pp.823-843.
- KOSKENNIEMI (M.) [dir.], *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l’expansion du droit international*, Genève, Rapport du Groupe d’Étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 2006, 279p.
- L’Huillier (H.), “ Qu’est-ce que le développement durable? “, *Autres Temps. Cahiers d’éthique sociale et politique*. N°78, 2003, p.81.
- MIYAZAWA (I.), “What are Sustainable Development Goals?”, *IGES Rio+20 Issue Brief*, vol.1 (available on: <http://www.iges.or.jp/en/rio20/proposal.html>).
- MALJEAN-DUBOIS (S.), “Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg: et au-delà?”, *Annuaire français de droit international*, vol.48, 2002, pp.592-623.
- SANDS (P.), “ International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development” “, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol.3, 1999, p.390.

- SANDS (P.), “ Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals And The Progressive Development of International Environmental Law. *The Policy Framework for Investment: The Social and Environmental Dimensions* “, *Global Forum on International Investment*, OCDE, 27-28 mars 2008, pp.1-10.
- SHELTON (D.), “ Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment “, *Stanford Journal of International Law*, vol.28, 1991-1992, pp.103-138.
- SHELTON (D.) “ Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies “, *Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment, Genève, Background Paper No. 2 14-16 January 2002*, pp.1-15.
- SCHRIJVER (N.), *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, The Hague, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2008, 265p.
- THORME (M.), “ Establishing Environment as a Human Right “, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol.19, no.2, 1991, pp.301-342.
- TOUZET (A.), “ Droit et développement durable “, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, no.2, 2008 (available on: www.lextenso.fr).
- VIDAL (J.), “Leaked document reveals Rio+20 sustainable development goals”, *TheGuardian*, 10/01/2012 (available on: <http://www.guardian.co.uk>).

Official Documents

- Ban Ki-moon, *Address to the 66th General Assembly: “We the Peoples”*, 21 September 2011 (available on: http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/search_full.asp?statID=1310).
- Ministerio de Relaciones Exteriores (Republica de Colombia), *Rio+20: Sustainable Development Goals (SDGs). A proposal from the Governments of Colombia and Guatemala*, 2011.
- Declaration of the 64th Annual UN DPI/NGO Conference (2011), Chair’s Text, Bonn, Germany, 3-5 September 2011, Sustainable Societies; Responsive Citizens, pp.12-17.
- UNCSD Secretariat, “Current Ideas on Sustainable Development Goals and Indicators”, *Rio 2012 Issues Briefs*, no.6 (available on: <http://www.uncsd2012.org/>).

2) INSTITUIÇÕES

LES AUTORITÉS LOCALES DANS LA GOUVERNANCE MONDIALE DE L'ENVIRONNEMENT

HUBERT DELZANGLES¹

La mondialisation s'accompagne, paradoxalement pourrait-on dire, d'un mouvement général d'autonomisation et de décentralisation des structures étatiques. En effet, le premier rapport mondial de Cités et Gouvernements Locaux Unis (UCLG) de 2007, intitulé " la décentralisation et la démocratie dans le monde "² dresse le constat suivant: " l'universalisation de la décentralisation comme politique et comme modèle d'organisation administrative est donc un phénomène relativement récent lié aux mutations socio-économiques engagées depuis les années 80. (...) La décentralisation de la fin du XXe siècle est associée à la remise en cause du keynésianisme et de l'Etat providence, ce qui se traduit par la recherche d'alternatives à la prise en charge des grandes fonctions collectives par l'Etat. Cette évolution, qui s'opère dans le contexte de la mondialisation, de la fin des conflits internes et des processus autoritaires qui ont affecté un grand nombre de pays en Amérique latine, en Afrique, en Asie, et de l'effondrement de l'Union soviétique, oriente les différents Etats du monde vers la logique de marché et vers des réformes institutionnelles parmi lesquelles la décentralisation " .

En outre, cette décentralisation s'appuie sur un processus démocratique. Le même rapport souligne que " dans la plupart des pays, l'administration locale est placée entre les mains d'une assemblée élue au suffrage direct et d'un exécutif, élu également. Les élections locales se sont généralisées en Afrique, en Amérique latine, en Asie, en Eurasie et elles progressent depuis quelques années au Moyen-Orient "³.

1 Professeur de Droit public, Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux, Membre associé du CRIDE-AU (Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme, Limoges).

2 GRALE, premier rapport mondial " la décentralisation et la démocratie dans le monde ", 2007, Cités et Gouvernements locaux unis, p. 56.

3 Charte européenne de l'autonomie locale, signée à Strasbourg le 15 novembre 1985, par l'ensemble des Etats membres de l'UE, (ratifiée par la France via la loi du 10 juillet 2006 et par 45 Etats membres actuellement).

L'ensemble se traduit d'ailleurs au sein du Conseil de l'Europe par la Charte européenne de l'autonomie locale, signée à Strasbourg le 15 novembre 1985⁴ et ratifiée par la quasi-totalité des Etats membres. Cette dernière considère plusieurs éléments fondamentaux et incontestés: les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique ; elles sont le maillage idéal pour l'exercice du droit des citoyens à participer à la gestion des affaires publiques et leur existence permet une administration à la fois efficace et proche du citoyen.

Ces considérations peuvent être avancées de la même manière dans le cadre international. Pour autant, la place des collectivités territoriales sur la scène internationale est encore embryonnaire. En effet, si elles sont dotées d'une personnalité juridique interne, elles ne disposent en aucun cas de la personnalité juridique internationale. Les autorités locales sont donc théoriquement dépourvues de toute capacité d'action internationale sauf dans le cas de certains Etats fédéraux qui autorisent leurs entités décentralisées à conclure des traités⁵. Elles ne peuvent donc agir que dans le cadre d'un traité international de coopération signé par les Etats dont elles émanent⁶.

Néanmoins, le droit régional commence à leur faire une place suivi en cela, de façon beaucoup moins caractérisée, par le droit international public.

D'une part, le droit de l'Union européenne en tant que droit régional octroie un certain statut aux autorités locales. Il prend en compte ces dernières en en faisant des sujets d'obligations, autrement dit en les soumettant directement à son droit.

Ainsi les juges de l'Union européenne considèrent que les collectivités locales européennes sont soumises aux prescriptions de ce droit⁷. En ce sens, les autorités locales sont appréhendées en tant qu'organes de l'Etat et non en tant que personne morale classique⁸. Elles doivent donc faire application des dispositions des directives non transposées par le jeu de la théorie de l'effet direct.

4 Seuls certains Etats fédéraux reconnaissent la capacité juridique de conclure des Traités à leurs entités fédérées alors pourtant que nombre d'autres collectivités comme en France, exercent une action extérieure et se sont engagées dans des actions de coopération territoriale. Le fondement de l'action extérieure des entités infra-étatiques n'est par conséquent à rechercher, ni du côté du droit international, ni du *treaty making power*, mais bel et bien au sein des droits nationaux.

5 Voir, par exemple, le Traité de Bayonne, relatif à la coopération entre collectivités territoriales de l'Espagne et de la France signé le 10 mars 1995, décret n° 97-322 du 2 avril 1997 portant publication du traité entre la République française et le Royaume d'Espagne relatif à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales.

6 CJCE, 18 juin 1985, *Ville de Biarritz*, aff. 197/84.

7 CJCE, 22 juin 1989 *Commune de Milan*, aff. 103/88.

8 CJCE, Ord., 21 mars 1997, *Région wallonne contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-95/97 ; Confirmé par CJCE, Ord., 1er octobre 1997, *Regione Toscana contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-80/97 ; de même, voir CJCE, 2 mai 2006, *Regione Siciliana contre Commission*, aff. C-417/04.

Le droit de l'UE prend aussi en compte les autorités locales en tant qu'acteur de la construction européenne et non plus en tant que sujet d'obligations. Avec la décision rendue en 1997 par la CJCE sur un recours en annulation formé par la Région wallonne contre une décision de la Commission⁹, la Cour confirme la capacité des autorités locales à exercer un recours devant le juge européen mais sans bénéficier du statut privilégié accordé aux États membres ou aux institutions de l'Union.

L'UE a aussi fait une réelle place à la représentation formelle des intérêts propres des autorités locales, ceci par l'intermédiaire du Comité des régions, instance consultée sur une multitude de projets de textes et disposant de pouvoirs de plus en plus conséquents au fur et à mesure des Traités. Il sera brièvement décrit plus en avant afin d'appréhender la place des autorités locales dans la prise de décision européenne et de l'évoquer comme un possible modèle pour envisager la place des autorités locales dans une nouvelle gouvernance internationale de l'environnement.

On le voit, la représentation des autorités locales est déjà organisée au niveau régional dans certaines parties du monde comme l'Union européenne. Néanmoins, ceci représente l'espace le plus abouti de leur représentation. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, autre organisation internationale à vocation régionale mais plus élargie, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, s'il est représentatif des autorités locales au sein des 47 États membres, reste un organe purement consultatif¹⁰.

D'autre part, dans un cadre plus général, les autorités locales ne sont que très peu représentées. En effet, elles n'ont pas non plus d'accès privilégié aux juridictions internationales ou cours d'arbitrage ad hoc¹¹. De plus, la seule action des autorités locales sur la scène internationale se fait sous la forme de ce qu'il serait possible de qualifier de Lobbys ou groupes de pression. Les autorités locales se réunissent, sur un plan mondial, dans le cadre d'associations telles Cités et gouvernements locaux unis ou des réunions plus orientées sur le déve-

9 Le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe est une assemblée politique paneuropéenne composée de 636 élus — conseillers régionaux et municipaux, maires et présidents de région - représentant plus de 200000 collectivités de 47 pays européens. Il a pour mission de promouvoir la démocratie territoriale, d'améliorer la gouvernance locale et régionale et de renforcer l'autonomie des collectivités. Le Congrès du Conseil de l'Europe veille, en particulier, à l'application des principes contenus dans la Charte européenne de l'autonomie locale. Il encourage les processus de décentralisation et de régionalisation ainsi que la coopération transfrontalière entre les villes et les régions.

10 Il en va ainsi, par exemple, devant le *Compliance Committee* de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel, et l'accès à la justice en matière d'environnement.

11 GRALE, premier rapport mondial " la décentralisation et la démocratie dans le monde ", 2007, Cités et Gouvernements locaux unis, p. 60.

loppement durable avec le Conseil international pour les initiatives écologiques locales (ICLEI), ou enfin de façon plus restreinte avec Metropolis ou C 40 *Cities Climate leadership group*.

La place des autorités locales dans la gouvernance mondiale est donc tout à fait résiduelle puisque peu représentées et sans aucun moyen d'action institutionnalisé. Il en va de même lorsque l'on aborde le thème de l'environnement. La dimension décentralisée de ce dernier a sûrement quelque peu été étouffée par sa nécessaire prise en compte globalisée.

Ce constat est dommageable dans la mesure où les autorités locales ont un rôle éminent à jouer dans le domaine spécifique de la protection de l'environnement. On se souvient que le dixième principe de la déclaration de Rio en 1992 soulignait que " la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient ". Le principe de subsidiarité¹² se trouve bien évidemment en toile de fond et il va sans dire que l'environnement est un domaine faisant intervenir de concert une multitude d'autorités locales, terrain de prédilection de la subsidiarité.

En effet, si la protection de l'environnement n'est pas en tant que telle une compétence naturellement décentralisée, les compétences décentralisées ont en revanche un impact notable sur l'environnement. Selon le premier rapport mondial de Cités et Gouvernements Locaux Unis en 2007, il se dégage un ensemble de domaines dans lesquels les collectivités locales de toutes les régions du monde exercent normalement des compétences. Il en va ainsi, par exemple, de l'urbanisme, du développement économique, de la voirie, des transports urbains, du logement et de la fourniture d'eau potable. S'il reste encore de très fortes disparités, la distribution de l'énergie, voire sa production, tendent à être des domaines en voie de décentralisation¹³.

Dès lors, il convient de se pencher sur la place actuelle des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement (§1) avant de se poser la question de la place à venir des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement (§2).

12 Sur la question de la compétence des collectivités territoriales à mettre en œuvre des relations extérieures, la Convention-cadre opère des renvois systématiques au droit interne, le texte de la Convention-cadre ne faisant qu'inciter les États à encourager la coopération transfrontalière.

13 Voir la Communauté de travail des Pyrénées avec le projet de coopération transfrontalière dans le domaine de la recherche juridique dans le domaine de l'environnement sur l'axe pyrénéen.

I Le place actuelle des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement

Evoquer l'action des autorités locales dans la protection de l'environnement n'a d'intérêt pour démontrer l'importance de leur place sur la scène internationale que si cette action fait intervenir un élément d'extranéité.

Dès lors, tout en évoquant l'existence d'outils de coopération internationale et la réalité de coopérations entre collectivités d'Etats différents afin d'œuvrer pour la protection de l'environnement, il convient d'apprécier les deux dimensions de cette coopération. Elles caractérisent l'idée sous-jacente qui est celle de démontrer l'interaction réciproque évidente entre " penser global et agir local " : il s'agit, d'une part, de la dimension horizontale de l'action des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement (A) puis, d'autre part, de sa dimension verticale uniquement pour l'heure actuelle dans une optique descendante ou " *top/down* " (B). Cette dernière mettra en valeur de façon flagrante le manque de dimension ascendante ou " *bottom-up* ", autrement dit la participation des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement.

A) La dimension horizontale de l'action des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement

La dimension horizontale de l'action des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement se matérialise par la coopération transnationale ou transfrontalière.

En Europe, ce type de coopération a une très forte tendance à se développer. En effet, la réalisation la plus importante a certainement été le fait du Conseil de l'Europe au travers de sa Convention-cadre sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales adoptée le 21 mai 1980 à Madrid¹⁴. Cette convention, tout en opérant des renvois aux droits nationaux, donc à la conclusion de traités bilatéraux, pour mettre en œuvre les coopérations, incite les Etats membres à les développer.

Dans ce cadre, des structures de travail peuvent être mises en œuvre, comme les Communautés de travail ou les Eurorégions et devenir des enceintes d'échange tout à fait propices à la promotion de l'environnement¹⁵.

14 En effet, les traités précédents, comme l'accord franco-italien de Rome du 26 novembre 1993 ou le traité franco-espagnol de Bayonne du 10 mars 1995 n'instituaient pas de telles structures, même si pour ce dernier le traité prévoyait la possibilité de participation des collectivités françaises et étrangères à des organismes de coopération, mais existants

15 Décret 97-798 du 22 août 1997 article 11 à 15.

De façon plus opérationnelle, une structure comme le groupement local de coopération transfrontalière (GLCT) constitue un outil juridique spécifique pour ce type d'actions. Il s'agit du premier instrument de coopération transfrontalière créé par un accord international¹⁶, le traité de Karlsruhe entre la France, l'Allemagne, le Luxembourg et la Suisse¹⁷. Le GLCT est une personne morale de droit public dotée de la capacité juridique et financière. Le premier, constitué entre la Suisse et la France, a partie liée avec la gestion durable et rationnelle de l'environnement puisqu'il s'agissait de construire et de faire exploiter une galerie souterraine de transport des eaux usées reliant les deux réseaux d'assainissement¹⁸.

La Commission européenne, consciente de l'insuffisance des dispositifs de l'Union en matière d'outils permettant une coopération transnationale, a décidé de s'engager dans la voie d'une réglementation. Elle a adopté un texte créant le Groupement Européen de Coopération Territoriale (GECT). Ce règlement de 2006¹⁹ met pour la première fois à disposition des collectivités territoriales des Etats membres une structure juridique spécifique, personne morale de droit communautaire, qui peut avoir des missions très larges allant évidemment jusqu'à l'environnement. Il en va ainsi, par exemple, du GECT créé en janvier 2011 entre l'Office de l'Environnement de la Corse et le Parc National de l'Archipel de la Maddalena en Sardaigne pour la gestion du Parc Marin International des bouches de Bonifacio²⁰.

Au-delà de ces instruments spécifiques, d'autres exemples de coopération transnationale peuvent être évoqués, débordant du cadre européen. Il en va ainsi de l'initiative Yasuni ITT visant la protection du Parc naturel du Yasuni en Equateur, reconnu comme étant la zone de plus grande biodiversité de la planète et déclaré Réserve Mondiale de la biosphère par l'UNESCO. De nombreuses autorités locales, comme la Région Limousin en France par exemple, affectent des fonds pour soutenir la décision de l'Etat équatorien de ne pas exploiter le pétrole contenu dans le sous-sol et conserver ce site exempt de toute pollution industrielle. Mais ce type de coopération n'est pas exclusivement ho-

16 La Communauté de Communes du Pays de Gex et le Canton de Genève ont créé ce GLCT dénommé "Galerie de Chouilly".

17 règlement n° 1082/2006

18 <http://www.parcmarin.com/parc.php>

19 La Conférence de Vancouver, en 1976, "Habitat I", consacrée aux habitats et établissements humains a abouti à une déclaration qui donne une définition de l'habitat convenable, ainsi que des recommandations pour les pays afin qu'ils puissent offrir un habitat convenable à tous ; La Conférence d'Istanbul en 1996 "Habitat II", se place sur le terrain de l'établissement humain durable, fait suite au deuxième Sommet de la Terre de Rio en 1992 et met l'accent sur la participation des autorités locales et des ONG et sur les répercussions sociales de l'urbanisation.

20 Charte d'Aalborg du 27 mai 1994, sur les villes européennes pour la durabilité.

horizontal dans la mesure où le PNUD gère un fond d'affectation spécialement consacré à la mise en œuvre du projet.

B) La dimension verticale descendante de l'action des autorités locales dans la protection internationale de l'environnement

Les villes utilisent 75% de l'énergie mondiale et seraient responsables de 75% des gaz à effet de serre. En outre, l'évacuation de leurs déchets est un problème majeur tout comme leur impact sur les ressources en eau. Responsables d'une grande partie des pollutions, il va de soi que les autorités locales ont aussi une place très importante dans la dimension verticale descendante de la protection internationale de l'environnement.

Dès lors, sans rentrer dans une litanie des conventions internationales qui reposent sur la mise en œuvre des autorités locales, il est possible de citer, de façon spécifique, les déclarations relatives à l'Habitat en 1976 et 1996²¹, séparées par la Charte d'Aalborg, qui reposent presque exclusivement sur la responsabilité des autorités locales²².

Plus globalement, les collectivités locales sont identifiées dans l'agenda 21 comme des acteurs-clés de la promotion du développement durable. Le chapitre 28 de ce document, intitulé " Initiatives des collectivités locales à l'appui d'action 21 ", suggère que les autorités locales préparent des stratégies d'action répondant, à leur échelle, à la préoccupation du développement durable, appelées " agendas 21 locaux ". Ceci consiste dans l'éradication des modèles de développement non durables en insistant sur plusieurs axes: la lutte contre le changement climatique, la préservation de la biodiversité, le respect de la diversité culturelle et la lutte contre les exclusions, le soutien aux filières environnementales et à l'économie sociale, la coopération internationale et, pour finir, l'éducation au développement durable.

Les réseaux de villes (Fédération Mondiale des Cités Unies et *International Union of Local Authorities* — aujourd'hui Cités et gouvernements locaux unis (UGCL), Metropolis, *International Council for Local Environmental Initiative* (ICLEI)) initient des travaux pour veiller à la mise en œuvre concrète des Agendas 21 locaux.

Mais ces initiatives restent dans une logique verticale descendante. Elles témoignent de la cruelle absence de dimension ascendante ou " *bottom-up* ",

21 En ce sens, voir la Déclaration des collectivités locales et territoriales françaises pour Rio + 20, signée le 28 octobre 2011 à Toulouse suite aux assises nationales du développement durable.

22 Sur ce point, voir *Joint Messages of Local and Sub-national Governments, Cities, Metropolises and their association contributing to Rio + 20 presented to UN Secretary General, 23 April 2012.*

autrement dit la participation des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement.

II La place à venir des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement

Pour déterminer la place à venir des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement il convient de prendre en compte la réalité selon laquelle ces dernières ne sont plus des exécutants dans le processus de gouvernance, mais bien des niveaux décisionnels pertinents, donc envisager les autorités locales dans une perspective verticale descendante ou " *top-down* ".

Toutes les acteurs préparant le futur de la gouvernance mondiale de l'environnement plaident pour une " participation des autorités locales et une prise en compte de leur contribution dans les négociations internationales ainsi qu'une consécration de leur rôle actif dans la future gouvernance mondiale de l'environnement " ²³. Pour autant, peu se prononcent sur les modalités de cette nouvelle participation.

Il y a deux façons d'envisager la place des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement. La première, que l'on pourrait qualifier de banalisante, serait en continuité avec l'existant. Autrement dit, il s'agirait d'améliorer la prise en compte des autorités locales en tant que *Major Group* participant à une organisation mondiale de l'environnement (A). La deuxième manière d'envisager la place des autorités locales serait de prendre en compte leur nature réelle: la représentation de l'intérêt général local, élues démocratiquement et disposant de prérogatives de puissance publique. Dans ce cadre, il serait possible, à l'image de ce qui se fait déjà dans des organisations internationales à vocation régionale, de créer un Comité des Régions du Monde disposant de prérogatives consultatives spécifiques (B).

A) La prise en compte banalisante des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement

Les autorités locales sont actuellement représentées en tant que *Major Group* au sein des organisations onusiennes traitant des problématiques environnementa-

23 Voir « Appel des participants du forum de Lyon », Forum francophone préparatoire à Rio + 20, Lyon, 8 et 9 février 2012, p. 10 ; Appel de la société civile en vue de Rio + 20, Paris, 31 janvier 2012.

les. Sans remettre en cause l'effectivité de leur action, il convient de remarquer qu'elles ont donc une place qu'il serait possible de qualifier de banalisante au sein des autres groupes d'intérêts particuliers.

La Conférence des Nations Unies de 1992 sur l'environnement a adopté l'Agenda 21 qui inclut une section relative au " renforcement du rôle des *Major Groups* ". Les 9 *Major Groups* sont l'industrie et le Commerce, les enfants et les jeunes, les agriculteurs, les populations indigènes, les ONG, la Communauté scientifique et technique, les femmes, les salariés et ouvriers puis les autorités locales.

Les secrétariats des trois Conventions de Rio — à savoir la Convention des nations unies relative à la lutte contre la désertification (UNCCD), la Convention relative à la biodiversité (UNCBD) et la Convention cadre sur le changement climatique (UNFCCC) — tout comme le Programme des Nations Unies pour l'environnement (UNEP) et la Commission des Nations Unies relative au développement durable (CSD), reconnaissent globalement cette même structure relative aux *Major Groups*.

Grâce à cette reconnaissance, les *Major Groups* ont pu s'investir dans les initiatives onusiennes relatives à l'environnement et enrichir le débat au sein des plateformes évoquant ces thématiques.

Pour autant, cette situation n'est pas réellement satisfaisante pour les autorités locales.

Ainsi, tout d'abord, les autorités locales appellent à une meilleure reconnaissance de leur place en tant qu'organisations pertinentes et responsables et non plus comme de simples exécutants des politiques nationales et internationales. Elles deviendraient plus qu'actuellement des parties prenantes dans l'élaboration des programmes, politiques et mesures mettant en jeu leur responsabilité²⁴. Elles pourraient aussi, dans ce nouveau cadre, faire remonter au niveau international des consensus locaux ce qui n'est pas réellement le cas actuellement.

Il faut ensuite appeler à une reconnaissance de la coopération décentralisée comme outil primordial pour rationaliser les efforts et diffuser la connaissance et de l'innovation entre Etats²⁵. La signature de conventions internationales garantissant la possibilité de coopérer et donnant des instruments de coopération uniformes serait une avancée intéressante.

24 En ce sens, voir la Déclaration des collectivités locales et territoriales françaises pour Rio + 20, signée le 28 octobre 2011 à Toulouse suite aux assises nationales du développement durable.

25 Sur ce point, voir *Joint Messages of Local and Sub-national Governments, Cities, Metropolises and their association contributing to Rio + 20 presented to UN Secretary General, 23 April 2012.*

Il convient enfin de reconnaître que la “ gouvernance multi-niveaux “, qui implique une redéfinition des missions de chaque niveau de pouvoir en fonction du principe de subsidiarité, doit devenir un objectif à atteindre sur du court terme.

Néanmoins, ces mesures ne sont le reflet que d’une vision traditionnelle de la gouvernance internationale et la traduction *a minima* de ce qu’il est urgent de réaliser pour sauver le modèle de prise de décision dans le domaine de l’environnement. Une optique plus ambitieuse peut être abordée visant la différenciation des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l’environnement.

B) Vers une différenciation des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l’environnement

Actuellement, l’UNEP, la CSD et les secrétariats des Conventions donnent une place semblable à tous les *Major Groups*. La nature des autorités locales est pourtant tout à fait différente des autres composantes des 8 *Major Groups* restants. En témoigne le COP 16 de l’UNFCCC qui a adopté pour la première fois la terminologie “ *Governmental Stakeholders* “, autrement dit partie prenante gouvernementale lorsqu’il se réfère à une *Major Group* des autorités locales et ce en opposition aux parties prenantes non gouvernementales incluant tous les autres *Major Groups*²⁶. Ceci dénote une certaine évolution dans la prise en compte des autorités locales ou plus vraisemblablement un retour à une prise en compte reflétant la réalité des ces autorités dans la gouvernance mondiale de l’environnement.

Les autorités locales sont le reflet de la représentation démocratique locale. En tant qu’émanation démocratique de la volonté locale, elles disposent généralement de prérogatives de puissance publique. En ce sens, les autorités locales apparaissent comme la représentation de l’intérêt général local. Qui dit intérêt général implique une synthèse, un compromis, une vision, qui dépasse les intérêts particuliers. Les autorités locales peuvent donc généralement édicter des actes normatifs qui s’imposent au particulier et ceci avec un degré plus ou moins élevé d’autonomie vis-à-vis de l’autorité centrale afin de mettre en œuvre la puissance publique locale, traduction même de l’intérêt général local.

En ce sens les autorités locales ne peuvent être rapprochées des autres *Major Groups* qui ne traduisent qu’un intérêt particulier: celui des organisations d’agriculteurs, de l’industrie et du commerce ou des salariés et ouvriers, etc...

²⁶ FCCC/SBI/2010 §143 ; FCCC/CP/2010/Add1 §7.

Si une même personne peut être jeune, femme et commerçante, elle est difficilement représentée dans ou par l'ensemble des *Major Groups*. En revanche, les autorités locales ont cette particularité d'être en même temps la représentation de l'ensemble des autres *Major Groups*. Dès lors, toute revendication a un ancrage local et peut être relayé par les autorités locales à l'échelon supérieur que constitue l'Etat puis la Communauté internationale. On revient à l'idée selon laquelle le local est l'échelon pertinent et le plus à même de prendre en compte l'ensemble des réalités des citoyens, qu'elles soient environnementales ou autres.

Il convient par conséquent d'admettre la distinction entre autorités locales et autres *Major Groups* et de la traduire dans des termes institutionnels afin de renforcer leur place dans la gouvernance mondiale de l'environnement. En effet, la prise en compte de cette distinction ne peut se contenter d'une place différenciée au sein des *Majors Groups*. Cette distinction tendrait à pondérer l'avis des *Major Groups* et à les hiérarchiser ce qui ne pourrait que porter préjudice aux 8 autres sans réellement mettre en valeur la voie des autorités locales. D'ailleurs, la solution d'une distinction binaire qui reposerait sur la détention de prérogatives de puissance publique pourrait s'avérer dangereux et réducteur pour les autres groupes. En effet, la terminologie " *Governmental Stakeholders* " qui prend en compte les autorités locales par opposition aux parties prenantes non gouvernementales incluant tous les autres *Major Groups* semble réducteur de la place de ces derniers en les fusionnant dans un groupe et en réduisant d'autant leur influence. L'ICLEI propose en sens inverse de cette idée que les autorités locales et régionales soient reconnues en tant que " partie prenante gouvernementale " à côté de deux autres groupes principaux que seraient le groupe " Commerce et Industrie " et le groupe " Société Civile " réunissant les peuples indigènes, les femmes, la communauté scientifique, les agriculteurs les jeunes et les ONG²⁷.

Selon nous, la seule façon de marquer la réelle différence de nature entre ces partenaires semblerait être celle d'une extraction des autorités locales de la liste des *Major Groups* puis d'une institutionnalisation de cette réalité locale.

Le Comité des Régions de l'Union européenne peut être un exemple institutionnel de la réelle prise en compte de l'avis et de la place particulière des autorités locales dans la gouvernance mondiale et particulièrement celle de l'environnement.

Le Comité des régions de l'UE a été institué en tant qu'organe de l'Union en 1994 afin de représenter tous les niveaux d'autorités locales. Il est composé

27 ICLEI submission for Rio + 20 Compilation document for Zero Draft, 31 october 2011.

d'un nombre de membres qui ne pourra dépasser 350²⁸ répartis en fonction de l'importance politique et économique de chaque Etat²⁹. Au-delà d'un forum de discussions entre représentants des autorités locales, le Comité des régions est aussi partie prenante dans le débat européen. En effet, il est consulté avant toute mesure législative de façon obligatoire mais aussi facultative dans un grand nombre de domaines le concernant³⁰, y compris la coopération transfrontalière. Il peut aussi émettre des avis de sa propre initiative. En outre, lorsqu'il estime qu'un acte de l'Union est contraire au principe de subsidiarité, autrement dit violerait les compétences des autorités locales, il peut saisir la Cour de Justice afin d'opérer ce constat et d'annuler l'acte le cas échéant.

Deux solutions peuvent être envisagées en s'inspirant de l'idée d'un Comité des Régions afin de reconnaître la place des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement.

La première, la plus restrictive mais aussi peut-être la plus réaliste, serait la création d'un *standing committee* des autorités locales dont la consultation serait obligatoire. Il serait placé auprès de l'instance responsable, qu'elle soit agence de l'environnement, PNUE renforcé, Organisation Mondiale de l'Environnement ou Conseil du Développement durable³¹.

La seconde, la plus optimiste et globalisante, serait la création d'un véritable Comité des Régions à l'image du Conseil économique et social des Nations Unies et en s'inspirant du Comité des Régions de l'Union européenne³². Cette évolution ambitieuse passerait par une révision de la Charte des Nations Unies mais l'idée de création d'une organisation mondiale de l'environnement serait peut-être l'occasion d'une réforme générale et institutionnelle de l'organisation onusienne.

Pour autant, quelle que soit sa place, générale ou spécifique, dans le domaine environnemental, ce Comité des régions aurait le double avantage, d'une part, de garantir une prise en compte nécessaire des autorités locales dans les décisions relatives à l'environnement et, d'autre part, d'être le cœur de la coo-

28 24 représentants pour la France nommés par le Premier Ministre après consultation des Maires, de départements et de régions de France, 12 pour les Régions, 6 pour les départements et 6 pour les Communes.

29 Articles 305 et s. du TFUE.

30 Article 307 al. 1 du TFUE.

31 Sur ce point, voir la proposition du Comité des Régions de l'UE, " *Contribution of the EU's local and regional authorities to Rio + 20 — The CoR position on the Zero Draft*", Conférence "Towards Rio + 20", 25 avril 2012, EP Intergroup "Climate Change, Biodiversity and Sustainable Development", Gerhard Stahl, p. 7.

32 Sur ce point, voir la proposition du Comité des Régions de l'UE, " *Contribution of the EU's local and regional authorities to Rio + 20 — The CoR position on the Zero Draft*", Conférence "Towards Rio + 20", 25 avril 2012, EP Intergroup "Climate Change, Biodiversity and Sustainable Development", Gerhard Stahl, p. 7.

pération internationale et transfrontalière de l'ensemble des autorités locales. Ainsi, seraient réunies au sein de la même instance les logiques horizontales et verticales, à la fois *bottom-up* et *top-down*, de la gouvernance mondiale de l'environnement.

Si cette proposition globale, puisqu'elle semble aller au-delà de l'aspect environnemental de la gouvernance mondiale, n'est pas la priorité absolue du sommet de Rio + 20, son intérêt majeur pour l'aspect institutionnel de la gouvernance mondiale de l'environnement implique nécessairement que les conclusions du sommet appellent à la réflexion sur la création d'un Comité des Régions garantissant la représentation des autorités locales, maillon indispensable d'une bonne gouvernance de la protection de l'environnement.

Conclusion

La place des autorités locales dans la gouvernance mondiale de l'environnement n'est pas satisfaisante. Pourtant, par le biais des coopérations transfrontalières, elles échangent et ont la volonté d'agir entre elles pour protéger l'environnement de façon horizontale. Dans une logique verticale ascendante (" *bottom-up* "), les autorités locales sont aussi le relai indispensable de la mise en œuvre des traités et des politiques internationales et régionales de protection de l'environnement.

Il convient désormais de consacrer impérativement leur rôle actif dans la future gouvernance mondiale de l'environnement par une prise en compte dans la dimension verticale descendante ou " *top-down* ". Trois solutions s'offrent à la communauté internationale.

En premier lieu, il s'agirait, *a minima*, de reconnaître leur place en tant que parties prenantes dans l'élaboration des programmes, politiques et mesures mettant en jeu leur responsabilité et de leur fournir les moyens juridiques de développer leur collaboration. Cette option ne prend malheureusement pas en compte la particularité des autorités locales comme garant de l'intérêt général local et détenteur d'une part de la puissance publique.

En deuxième lieu, comme solution intermédiaire, il serait possible de créer un *standing committee* des autorités locales placé auprès de l'instance onusienne responsable de l'environnement, qu'elle soit Organisation Mondiale de l'Environnement ou PNUE renouvelé, en rendant sa consultation obligatoire sur tous les sujets la concernant.

En dernier lieu, comme solution idoine, il serait possible d'envisager la création d'une nouvelle institution des Nations Unies à l'image du Conseil économique et social en s'inspirant du Comité des Régions de l'Union européenne. Ainsi l'importance cruciale des autorités locales serait enfin reconnue en fonction de la place centrale qu'elles occupent dans la mise en œuvre des politiques internationales en général et plus particulièrement de l'environnement.

O TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA, A AGENDA ESTRATÉGICA E A RIO+20

SOLANGE TELES DA SILVA¹

Introdução

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável — Rio+20, que acontecerá em junho de 2012 no Rio de Janeiro, tem como proposta debater três questões: a avaliação do cumprimento dos compromissos acordados pelos países na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento — Rio 92; a economia verde — “*green economy*” — e, igualmente, a arquitetura institucional do desenvolvimento sustentável. Mas, na realidade, o verdadeiro desafio desse momento histórico, que reunira não apenas chefes de Estado em um evento oficial, mas também a sociedade civil em eventos paralelos — destacando-se aqui a Cúpula dos Povos — encontra-se, por um lado, nas possibilidades de nos indagarmos sobre os caminhos para superar a ideia da primazia do crescimento econômico como vetor do desenvolvimento sustentável — consubstanciado agora na fórmula da economia verde e; por outro lado, nas perspectivas de transformação das instâncias atuais, construindo novos espaços de participação, abertos a uma efetiva correlação de forças, na qual efetivamente a sociedade civil possa construir com os demais atores novas agendas para uma solidariedade universal, com respeito às diferenças e justiça socioambiental.

Nesse contexto, é possível, então, nos questionarmos sobre o papel que têm as organizações internacionais na construção dessas alternativas. Assim, considerando o potencial existente na Amazônia em relação a sua sócio e biodiversidade, algumas reflexões são necessárias: o posicionamento comum dos países membros da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) em relação à Rio+20 aponta para a construção de um desenvolvimento sustentável para a região, ou ainda a OTCA constitui uma instância aberta à participação

1 Doutora em Direito pela Universidade Paris I. Professora de Direito Ambiental da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direito e desenvolvimento sustentável: a proteção das florestas e dos recursos hídricos na Região Amazônica em face da mudança climática”, CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq.

da sociedade civil, notadamente aos povos indígenas e comunidades tradicionais? Quais proposições podem ser realizadas nesse sentido?

1. O Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) e o desenvolvimento sustentável

As discussões em relação à negociação de um tratado regional para a Amazônia partiram do governo brasileiro² com o objetivo de uma integração física da região amazônica, proposta que foi inicialmente rechaçada pelos demais países amazônicos.³ O texto que foi então acordado entre os Estados Partes do TCA estabeleceu como seu objetivo principal a realização de esforços em comum para promoção do desenvolvimento harmônico⁴ de “seus respectivos territórios amazônicos”, de forma que tais ações conjuntas produzissem resultados equitativos e mutualmente proveitosos, assim como a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios (art. 1º). Assinado em Brasília em 03.07.1978, pelas repúblicas de Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela, o TCA entrou em vigor em 02.08.1980, trinta dias depois de depositado o último instrumento de ratificação do tratado pela Venezuela.⁵

Seu campo de aplicação abrange os territórios das Partes Contratantes na Bacia Amazônica, como, também, “qualquer território de uma Parte Contratante que, pelas suas características geográficas, ecológicas ou econômicas, se considere estreitamente vinculado à mesma.” Observa-se, no entanto, que não há no texto do tratado uma delimitação da Bacia Amazônica Continental⁶, e os países amazônicos partes do TCA utilizam suas próprias definições de Amazônia, conside-

2 RICUPERO, Rubens: “A Amazônia e a Rio+20: uma proposta para a revitalização da cooperação amazônica” In *Política Externa* vol. 20 n. 4/2012, pp. 34-35.

3 Nesse artigo faremos referência aos países amazônicos ou Estados amazônicos como equivalente das Partes Contratantes do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) — Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Venezuela e Suriname — não incluindo, portanto, a Guiana Francesa (França).

4 ANTIQUERA, Daniel de Campos. *A Amazônia e a política externa brasileira: análise do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) e sua transformação em Organização Internacional (1978-2002)*. Dissertação de Mestrado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas/SP, 2006.

5 Ware analisa como o tratado permitiu uma aproximação entre o Brasil e a Venezuela, como também outras questões políticas associadas às negociações, considerando que a época (1980) seria difícil prever se o tratado poderia significar um passo para o objetivo de construção de uma nação latino-americana ou não. WARE, David. “The Amazon Treaty: A Turning Point in Latin American Cooperation?” In *Texas International Law Journal* 15, 1980, pp. 117-137.

6 EVA H.D. and HUBER O. (ed.) *Proposta para definição dos limites geográficos da Amazônia — Síntese dos resultados de um seminário de consulta a peritos organizado pela Comissão Europeia em colaboração com a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica — CCP ISpra 7-8 de junho de 2005*. European Commission, OTCA, 2005, Disponível em: [http://ies.jrc.ec.europa.eu/uploads/fileadmin/Documentation/Reports/Global_Vegetation_Monitoring/EUR_2005/eur21808_bz.pdf], acesso em 07/05/2012. Essa proposta, no entanto, não levou em consideração as características econômicas da região.

rando a floresta, a bacia amazônica, ou ainda as divisões político-administrativas ou a questão do planejamento.⁷ Assim, qualquer território que “*se considere estreitamente vinculado*” à Bacia Amazônica integra o campo de aplicação desse tratado. Nesse sentido há de se fazer referência, por exemplo, aos “rios que vêm do cerrado e altiplanos do centro do Planalto Brasileiro”, que drenam a bacia sedimentar amazônica, como destaca Ab’Saber,⁸ o que faz com que o campo de atuação do TCA se estenda até partes do cerrado e altiplanos do Planalto Central brasileiro. Coloca-se, então, o desafio para os governos dos países amazônicos de observar as interações existentes entre o que legalmente denominam como sendo “Amazônia” e os territórios que se vinculam a ela na definição de suas políticas públicas, considerando igualmente as demais interações no meio ambiente e os compromissos internacionais assumidos pelos países amazônicos, como aqueles que se referem ao Protocolo de San Salvador (direito ao meio ambiente sadio), Convenção 169 da OIT (consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas), Convenção da Diversidade Biológica (CDB — conservação da biodiversidade, uso sustentável e repartição equitativa dos benefícios) e seus Protocolos, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (contribuir com ações de mitigação e adaptação).

Tal qual estabelece o TCA, as políticas públicas comuns devem observar alguns princípios, dentre os quais está o princípio da soberania nacional sobre os recursos naturais, o princípio da cooperação regional e o tratamento específico para as questões amazônicas.⁹ Se há o reconhecimento internacional que os Estados têm direitos soberanos de explorar seus próprios recursos naturais, de acordo com as suas respectivas políticas ambientais e de desenvolvimento, há também o dever estatal de exercer esse direito de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, cabendo-lhes assegurar que as atividades realizadas nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.¹⁰

7 SILVA, Solange Teles da. “Tratado de Cooperação Amazônica: gestão integrada dos recursos naturais na Região Amazônica” In *Revista de Direito Ambiental*, v. 52/2008, pp. 183-198.

8 BORELLI, Dario Luis “Aziz Ab’Saber: problemas da Amazônia brasileira” In *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 53, Apr. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000100002&lng=en&nrm=iso] Acesso em 07.05.2012.

9 De acordo com o art. IV do TCA “*As Partes Contratantes proclamam que o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais de seus respectivos territórios é direito inerente à soberania do Estado e seu exercício não terá outras restrições senão as que resultem do Direito Internacional*”.

10 Cf. Princípio 21 da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano — Declaração de Estocolmo de 1972 e, princípio 2º da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento — Declaração do Rio de 1992.

Na realidade, o direito internacional ampliado pelas preocupações ambientais comuns não deve ser analisado apenas como o direito dos Estados, mas o direito da humanidade¹¹ presente e futura. Assim, se por um lado afirmou-se que essas atividades, que se referem à exploração, ao desenvolvimento e à disposição dos recursos naturais, devem ser exercidas de acordo com o interesse do desenvolvimento nacional e bem-estar da população de cada Estado¹², por outro lado, há o dever de não causar danos aos outros Estados e preservar os interesses das presentes e futuras gerações. Os Estados amazônicos devem, portanto, realizar a gestão dos seus recursos naturais considerando a necessidade de assegurar a equidade intrageracional e intergeracional, uma gestão que propicie a integração de suas políticas públicas¹³ e o bem-estar da população, conduzindo à sustentabilidade.

A dificuldade pode estar em encontrar um denominador comum entre os países amazônicos, partes do TCA, para dar um significado a expressão “desenvolvimento sustentável” ou “sustentabilidade”, já que seus significados revelam diferentes concepções das relações dos seres humanos com a natureza e do desenvolvimento com o meio ambiente.¹⁴ Certo, a Declaração de Manaus de 1989, resultado da I Reunião dos Presidentes dos Países Amazônicos, afirmou a importância de proteger o patrimônio cultural, econômico e ecológico dos respectivos territórios amazônicos e a necessidade de mobilizar esse potencial de desenvolvimento econômico e social de seus povos, reiterando que “o patrimônio amazônico deve ser conservado por meio da utilização racional dos recursos da região para que as gerações atuais e futuras possam aproveitar os benefícios desse legado da natureza”. Esse discurso em prol da sustentabilidade amazônica

11 STEC. Stepen. “Humanitarian Limits to Sovereignty: Common Concern and Common Heritage Approaches to Natural Resources and Environment” In *International Community Law Review* 12 (2010), p. 389.

12 Resolução n. 1803 (XVII) de 1962 da Assembleia Geral das Nações Unidas que declarou o princípio da soberania nacional sobre os recursos naturais. Essa resolução integra um equilíbrio entre os direitos de soberania dos Estados sobre os seus recursos naturais e os deveres dos Estados. SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997, p. 372. Outras resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas merecem destaque em relação a essa questão; são, por exemplo: a) Resolução 2158 (XXI) de 1966, sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais; b) a Resolução 3201(S-VI) de 1974, referente ao estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional, que afirma entre os seus princípios o da soberania permanente dos Estados em relação aos seus recursos naturais e atividades econômicas; c) Resolução 3281 (XXIX) de 1974, que adotou a Carta dos direitos e dos deveres econômicos dos Estados que proclama em seu artigo 2º o livre exercício da soberania permanente dos Estados, incluindo posse, uso e gozo de suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas.

13 Destacamos aqui notadamente as políticas públicas ambiental, territorial, agrícola, energética e de transportes.

14 Aqui um primeiro dilema: optar por uma sustentabilidade forte que afirma a impossibilidade de substituição do capital natural, ou por uma sustentabilidade fraca que considera substituível o capital natural e aposta na tecnologia para a solução de todos os problemas ambientais?

nos conduz a considerar igualmente os compromissos internacionais assumidos por esses países em matéria de mudança climática e biodiversidade.¹⁵

2. A Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) e a Agenda Estratégica de Cooperação Amazônica

Em 14.12.1998, os países amazônicos, em um processo de institucionalização de uma visão comum da região e fortalecimento do TCA, assinaram o seu Protocolo de Emenda e acordaram a criação da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA). Instalada com sede permanente em Brasília em 2002, a OTCA é dotada de personalidade jurídica e é um organismo com mandato específico dos oito países da região para defender os recursos naturais da Amazônia Continental, região que se estende por cerca de 40% do território da América do Sul. Destaque-se que o TCA não é aberto a adesões, e, portanto, participam como membros plenos da OTCA os Países Partes do TCA; a Guiana Francesa, território ultramarino da França, tem apenas o *status* de observador na OTCA.

Incumbe à OTCA gerar consensos e soluções adaptadas aos problemas socioambientais compartilhados, ainda que diante de situações heterogêneas; estabelecer um espaço para o diálogo político e técnico; administrar regionalmente a execução de atividades, programas e projetos de acordo com os mandatos dos países membros; bem como identificar fontes de financiamento, produzindo informação de referência para a região e o fortalecimento da capacidade institucional. Na Cúpula dos Presidentes Amazônicos de 2009, na qual foi adotada a Declaração de Manaus, os Chefes de Estados decidiram “dar à OTCA um papel renovado e moderno como fórum de cooperação”, como também reconheceram que o desenvolvimento sustentável da Amazônia é uma prioridade e deve ser realizado “por meio de uma administração integral, participativa, compartilhada e equitativa, como forma de dar uma resposta autônoma e soberana aos desafios ambientais atuais”.

Ainda que na esfera regional haja ao menos esse “consenso” em termos discursivo sobre a necessidade de um desenvolvimento sustentável da Amazônia, infelizmente na prática os conflitos socioambientais, que resultam do desenvolvimento de políticas insustentáveis, se multiplicam, notadamente no Brasil. E assim é possível observar:

15 De acordo com Ricupero, “(...) existe ao menos um tema estruturante capaz de unir a todos numa luta comum. Esse tema é o de enfrentar de forma proativa a ameaça que a mudança climática faz pesar sobre a região”. RICUPERO, Rubens. Op. cit., p. 33.

- a) os efeitos negativos da política brasileira que favorece a construção de grandes hidrelétricas na Amazônia¹⁶, notadamente os impactos socioambientais de comunidades afetadas com o primeiro barramento do Xingu na construção da usina hidrelétrica de Belo Monte. Isso sem falar das duas notificações que o Brasil recebeu da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para prestar esclarecimentos sobre as violações de direitos humanos. A resposta dada pelo governo brasileiro foi o não comparecimento em outubro de 2011 à audiência sobre medidas cautelares que determinam a suspensão da obra de Belo Monte na CIDH, e a suspensão da contribuição orçamentária do país à Organização dos Estados Americanos (OEA);
- b) os impactos negativos que podem advir da sanção presidencial do Projeto de Código do Desmatamento e Destruição — Código Florestal (PL 1876/1999) —, ora aprovado pelo Congresso Nacional e já evidenciados em estudos científicos da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e da Academia Brasileira de Ciência — SBPC e ABC. Isso sem falar que esse texto é uma afronta ao princípio do não retrocesso da proteção socioambiental; na realidade, o que deveríamos estar discutindo é como podemos preservar, conservar e utilizar o patrimônio que temos: a nossa biodiversidade;
- c) a violência no campo e as mortes de lideranças camponesas e indígenas — o ano de 2011 registrou um aumento de aproximadamente 15% dos conflitos no campo em relação à 2010.

Então, como refletir sobre uma estratégia para a Amazônia? Em termos de planejamento das ações da OTCA, em novembro de 2010 foi aprovada a Agenda Estratégica de Cooperação Amazônica (2010-2020) na X Reunião de Ministros das Relações Exteriores do TCA.¹⁷ A síntese dessa agenda, que confere à OTCA um papel como fórum de cooperação, intercâmbio, conhecimento e ações de curto, médio e longo prazo, para fortalecer o processo de cooperação,

16 Há, no Plano Decenal de Energia 2020, a previsão de construção de 10 (dez) novos projetos hidrelétricos na Amazônia a serem viabilizados de 2016 a 2020. Cf. BRASIL, MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2020*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em; [http://www.cogen.com.br/paper/2011/PDE_2020.pdf], acesso em 07.05.2012.

17 O Plano Estratégico (2004-2012) foi submetido à consideração da XII Reunião do Conselho de Cooperação Amazônica (CCA) e da VII Reunião dos Ministros de Relações Exteriores. Para uma visão de alguns dos espaços de intervenção desse plano cf. SILVA, Solange Teles da. *Op. cit.* Em relação à estrutura orgânica do TCA cf. SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

pode ser analisada a partir da matriz do quadro a seguir apresentado. Dois são os eixos de abordagem transversal, o da conservação e uso sustentável dos recursos naturais renováveis e o do desenvolvimento sustentável, que foram considerados para estabelecer as diretrizes de atuação da Secretaria Permanente e o ciclo de projetos da OTCA. Por um lado, em alguns dos temas apresentados, há expressamente a previsão de ações específicas voltadas para uma participação de todos os atores envolvidos, como é o caso, por exemplo, da promoção, do fortalecimento e da participação social na gestão florestal; do incentivo à participação de populações vulneráveis, povos indígenas e outras comunidades tradicionais em debates sobre recursos hídricos; a promoção do desenvolvimento de diálogos sobre temas relevantes para a gestão das áreas protegidas. Por outro lado, no que diz respeito a temas como energia, infraestrutura e transportes, não há a previsão de nenhum espaço de participação. Destaque-se que, de acordo com o Ministério das Relações Exteriores do Brasil, representantes da sociedade civil brasileira são sempre chamados a participar das reuniões da Comissão Nacional Permanente do Tratado de Cooperação Amazônica e a colaborar na elaboração de textos sobre a Amazônia.¹⁸ Seria então o caso de estabelecer um espaço institucional de participação: poderiam ter os povos indígenas e comunidades tradicionais, o *status* de observadores na OTCA? (Quadro I, pág. 194)

Aqui o papel da OTCA é fundamental para fomentar o diálogo e construir esse espaço de reflexão para analisar as perspectivas de desenvolvimento para a região, possibilitando a participação de todos os atores — notadamente populações tradicionais e indígenas — observando-se uma correlação de forças na formulação de ações conjuntas e implementação dos objetivos do TCA. Nessa esteira de ações para alcançar o desenvolvimento sustentável, importante ressaltar o Compromisso de Manaus firmado na XI Reunião de Ministros das Relações Exteriores dos Países Membros da OTCA em 22.11.2011. De acordo com esse texto, a Reunião de Ministros, órgão supremo do TCA, comprometeu-se a adotar medidas, dentre as quais destacamos aquelas que refletem preocupação com a necessidade de desenvolver um maior conhecimento em relação à Amazônia como também aquelas que se referem à participação da sociedade civil. Fazem parte do primeiro tipo de medidas, destinadas a promover o conhecimento em relação à Amazônia: a promoção da mobilidade acadêmica; a iniciativa equatoriana de criar uma Universidade Regional Amazônica; o desenvolvimento de um sistema de informação integrado e indicadores regionais padronizados

18 MRE. *Balanco de Política Externa 2003/2010 — América do Sul — OTCA*. Disponível em: [<http://www.tamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.4-america-do-sul-otca/view>] Acesso em 07.05.2012.

Quadro I — Visão da Amazônia e da OTCA¹

Conteúdo Temático Geral	Eixos de Abordagem Transversal	
	Conservação e uso sustentável dos recursos naturais renováveis	Desenvolvimento Sustentável
Agendas setoriais	Conservação e uso sustentável dos recursos naturais renováveis <ul style="list-style-type: none"> • Florestas. • Recursos hídricos. • Gestão, monitoramento e controle de espécies da fauna e da flora selvagens ameaçadas pelo comércio. • Áreas Protegidas. • Uso sustentável da biodiversidade e promoção do biocomércio. • Pesquisa, tecnologia e inovação em biodiversidade amazônica. 	Missão e Objetivos Estratégicos
	Assuntos indígenas <ul style="list-style-type: none"> • Povos Indígenas em isolamento voluntário e em contato inicial. • Proteção dos conhecimentos tradicionais dos Povos Indígenas e outras comunidades tribais. • Terras e territórios indígenas e outras comunidades tribais. • Novos temas. 	
	Gestão do conhecimento e intercâmbio de informação	

(continua)

1 OTCA. Agenda Estratégica de Cooperação Amazônica — aprovada na X Reunião de Ministros de Relações Exteriores do TCA, novembro 2010 — 2011. Disponível em: [http://www.otca.info/portal/admin/_upload/apresentacao/AECA_ptu.pdf] Acesso em 07.05.2012.

Quadro I (continuação)

Conteúdo Temático Geral	Eixos de Abordagem Transversal	
	Conservação e uso sustentável dos recursos naturais renováveis	Desenvolvimento Sustentável
Gestão regional de saúde	<ul style="list-style-type: none"> • Coordenação com outras iniciativas. • Vigilância epidemiológica. • Saúde ambiental. • Desenvolvimento de sistemas de saúde. • Tecnologias para melhorar a eficiência e eficácia de intervenções em saúde. • Determinantes de saúde na Amazônia. • Políticas de recursos humanos para a Amazônia. • Impulso, fortalecimento e consolidação da investigação na Amazônia. • Financiamento da agenda de saúde. 	
Agendas setoriais	Infraestrutura e transporte	<ul style="list-style-type: none"> • Infraestrutura de transporte. • Navegação comercial.
	Turismo	<ul style="list-style-type: none"> • Sistematização da informação turística na Amazônia. • Criação de circuitos regionais integrados. • Desenvolvimento do turismo de base comunitária ambientalmente sustentável. • Fortalecimento da imagem turística da Amazônia. • Proposta para contar com um mecanismo de financiamento regional de turismo.
	Fortalecimento Institucional, financeiro e jurídico	
	Temas emergentes	<ul style="list-style-type: none"> • Mudanças Climáticas. • Desenvolvimento Regional. • Energia.
Mapa de Atividades e Papel da SP/OTCA		
Missão e Objetivos Estratégicos		

para facilitar a pesquisa sobre a Amazônia realizada pelas instituições nacionais e regionais; a promoção da inclusão dos conhecimentos ancestrais e práticas comunitárias e locais dos povos indígenas; e a implementação do “Observatório Amazônico”, fórum permanente que reunirá instituições e autoridades relacionadas ao tema, com ênfase no estudo da biodiversidade amazônica.

O segundo tipo de medidas que se referem à participação da sociedade civil dizem respeito a priorizar, no âmbito das iniciativas de cooperação entre os Países Membros, ações que aproximem a OTCA, conjuntamente com as autoridades nacionais e locais, das populações que vivem na região amazônica, visando facilitar o processo de identificação de demandas locais para projetos de cooperação regional. Aqui também se aponta a necessidade de desenvolver espaços de diálogo com as populações amazônicas, com a realização de um seminário regional, visando estudar e analisar as propostas apresentadas em cada um dos seminários nacionais.

3. A Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) e a Rio+20

No que diz respeito à Rio+20, a Reunião de Ministros assumiu o compromisso de contribuir para o sucesso da conferência “a partir do aprofundamento de experiências bem-sucedidas no âmbito da cooperação amazônica, para atingir o desenvolvimento por meio do equilíbrio entre o aproveitamento sustentável dos recursos, sua proteção e sua conservação, de maneira que promova a transformação do modelo atual em modelos de desenvolvimento sustentável, economicamente inclusivos, respeitosos com a natureza, seus ecossistemas e os direitos dos povos”. Ora veja-se, aqui conhecimento e informação estabelecem passarelas privilegiando-se as microexperiências amazônicas, fundamental para encontrar soluções adequadas à especificidade amazônica, o que deve ser feito com a máxima transparência.

Ainda na esfera ministerial, os Ministros de Meio Ambiente dos Países membros da OTCA, em 21.03.2012, firmaram a Declaração de Lima reconhecendo que o desenvolvimento sustentável da Amazônia é uma prioridade e deve ser realizado através de uma gestão integral, participativa, compartilhada e equitativa. Essa declaração afirma o papel da OTCA como um mecanismo importante para alcançar o desenvolvimento sustentável considerando o direito dos povos e dos Estados ao desenvolvimento, o direito das populações de superar a pobreza no marco de respeito e harmonia com a natureza, e do direito dos povos indígenas e outras comunidades tribais, bem como dos compromissos internacionais assumidos pelos países do TCA, notadamente os

referentes à Mudança Climática, Diversidade Biológica e Luta contra a Desertificação e a Seca.

A Declaração de Lima reafirma o Princípio 7º da Declaração do Rio sobre as *responsabilidades comuns, mas diferenciadas*.¹⁹ Trata-se do reconhecimento de dois elementos chaves à implementação do desenvolvimento sustentável: responsabilidades comuns e responsabilidades diferenciadas. Das responsabilidades comuns decorre a interdependência e interconexão da natureza e o reconhecimento de uma necessária parceria global, quer dizer, da obrigação de cooperação em matéria ambiental. Responsabilidades comuns, mas diferenciadas significa que todos devem cooperar e se esforçar para a proteção do meio ambiente global. Das responsabilidades diferenciadas observa-se que há o reconhecimento de diferentes contribuições em termos de degradação ambiental e pressão sobre os recursos naturais, reconhecendo-se, portanto, a poluição histórica e a dívida ecológica dos países do Norte em relação aos países do Sul, o que enseja a aplicação do princípio do poluidor-pagador. Responsabilidades comuns, mas diferenciadas estabelece um dever de assistência dos países desenvolvidos em face dos países em desenvolvimento, para que estes consigam cumprir os compromissos internacionais ambientais e alcancem um desenvolvimento que possa ser qualificado de sustentável.

Na realidade, duas fórmulas principais são utilizadas para a aplicação desse princípio: a alocação de direitos ou a redistribuição de recursos. Assim, a Declaração de Lima exorta os países desenvolvidos a reconhecerem e apoiarem o papel que os povos indígenas e as comunidades tradicionais cumprem na conservação da Floresta Amazônica, e para tanto incrementarem seus compromissos financeiros a valor da efetividade e proteção de seus direitos territoriais e seus saberes ancestrais. Mais uma vez, a necessidade de participação, portanto, desses povos e comunidades tradicionais no momento de definição de tais políticas — pagamento por serviços ambientais, repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso ao conhecimento tradicional —, e, sobretudo, em seu controle, assegurando a transparência na destinação dos recursos financeiros. Há notícias que a Presidenta Dilma Rousseff pretenda anunciar que os recursos financeiros do Fundo Amazônia passarão a ser compartilhados entre

19 Esse princípio afirma que “Os Estados devem cooperar, em um espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as distintas contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que têm na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e das tecnologias e recursos financeiros que controlam”. O Esboço Zero do documento final da Rio+20 reafirma esse princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas.

os demais países da OTCA, e isso com o objetivo de dar uma demonstração a comunidade internacional dos esforços brasileiros para a proteção e o desenvolvimento sustentável da floresta amazônica.²⁰ Entretanto, de que adiantará o compartilhamento desse fundo, enquanto internamente estamos em via de ter a sanção de um Projeto de lei de Código Florestal que coloca o país no estágio do “Apagão das Florestas”?²¹

A Declaração de Lima ainda afirma que os países amazônicos devem igualmente reduzir ou eliminar os modos de produção e consumo que não são viáveis e promover políticas demográficas apropriadas. Estudo realizado por Davidson e outros demonstrou que demandas internacional e nacional para o gado e a alimentação animal estão cada vez mais conduzindo a mudança do uso da terra na Amazônia, constituindo um dos vetores do desmatamento.²² Aqui faz-se necessária uma política que considere na produção os impactos ambientais e sociais dessa atividade econômica. Como salienta Ricupero, “Salta aos olhos, de igual modo, a falácia de que o desmatamento é condição do desenvolvimento, quando se constata que a prática é ligada ao que de mais retrógrado existe no país: o latifúndio pecuarista cuja rentabilidade se deve aos subsídios e as externalidades, isto é, aos custos da destruição não assumidos pelos destruidores, mas pela nação”²³. E destaque-se, ainda, que o mesmo estudo acima mencionado aponta que a expansão de áreas protegidas teve um papel fundamental na redução do desflorestamento na Amazônia Brasileira.²⁴ Ou seja, há a necessidade de uma transversalidade das políticas públicas, sem o que os esforços realizados por determinadas políticas podem ser mitigados por iniciativas em outras políticas.

Ora veja-se, a necessidade de fomentar o conhecimento vem acompanhada da necessidade da existência de espaços de reflexão e diálogo, auxiliando o poder público na tomada de decisões. Para tanto há a necessidade, em primeiro lugar, de fomentar o conhecimento em relação à Amazônia, e o projeto de “Observatório da Amazônia” deve, então, ter como objetivo a integração dos programas de pesquisa socioambientais com agendas de sustentabilidade e desenvolvimento. Mas, como sustenta Veiga, “(...) o desempenho econômico não poderá continuar a ser avaliado com o velho viés produtivista, e sim por medida da renda familiar disponível (...) [e] será necessária uma medida de qualidade de

20 *Brasil quer dividir recursos do Fundo Amazônia*. O Valor Econômico, 20.04.2012.

21 SILVA, Solange Teles da. “Código Florestal e a lógica do desenvolvimento sustentável” In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, e alii (orgs.) *Código Florestal 45 nos: estudos e reflexões*. Curitiba: Letra da Lei, 2010, pp. 263-274.

22 DAVIDSON, Eric A. e alii. “The Amazon basin in transition” In *Nature* Vol 481, 19 January 2012, p. 323.

23 RICUPERO, Rubens. *Op. cit.*, p. 37.

24 *Idem, ibidem*.

vida (ou de bem-estar) que incorpore as evidências científicas desse novo ramo que é a economia da felicidade”.²⁵ Há a necessidade de considerar as especificidades amazônicas no estabelecimento de indicadores de sustentabilidade.

O “Observatório da Amazônia” pode ter um papel central em matéria de constituir uma plataforma para o conhecimento da biodiversidade na região — inclusive proteção do conhecimento tradicional associado — o que deverá estar associado ao conhecimento sobre o clima, a floresta e às águas, constituindo uma rede das pesquisas entre centros já existentes²⁶ e propiciando a constituição de novos centros onde for necessário. É fundamental que sejam reunidas equipes interdisciplinares, cientistas ambientais e sociais, como também representantes dos povos indígenas e comunidades tradicionais detentores de conhecimentos tradicionais. Esse observatório poderá então propiciar, tal qual prevê o TCA, a troca de informações. Necessário destacar que a informação, de acordo com Buckland, pode ser analisada a partir de diferentes prismas de acordo com diversas áreas do conhecimento, sendo possível distinguir a informação tangível (informação como algo corpóreo — base de dados, documentos) ou intangível (como conhecimento).²⁷ Na Amazônia observa-se a necessidade de gerar informação, bem como de sua divulgação para propiciar bases para as tomadas de decisões. Aqui talvez o ponto crucial: refletir sobre mecanismos que assegurem a associação entre informação-conhecimento-participação e que impulsionem decisões que considerem efetivamente a proteção da sócio e biodiversidade amazônica.

4. Considerações finais

Às vésperas da Rio+20, esse trabalho teve como objetivo apontar algumas pistas para nossa reflexão. Se o Brasil deseja ser protagonista nessa conferência necessariamente deve, em primeiro lugar, anunciar a intenção de trabalhar com uma agenda positiva e deixar para o século passado a visão completamente equivocada de que meio ambiente pode atrapalhar o desenvolvimento — inclusive

25 VEIGA, José Eli da. “Indicadores de Sustentabilidade” In *Estudos Avançados* 24 (68), 2010, p. 49.

26 Por exemplo, em relação ao clima, é possível citar o “Large-Scale Biosphere Atmosphere Experiment in Amazônia — LBA”, um projeto de cooperação internacional liderado pelo Brasil e iniciado em 1998 tornou-se, em 2007, um programa de governo e tem atualmente três focos de pesquisa: “o ambiente amazônico em mudança (processos); a sustentabilidade dos serviços ambientais e os sistemas de produção terrestres e aquáticos (consequências); e a variabilidade climática e hidrológica e sua dinâmica: retroalimentação, mitigação e adaptação (respostas)”. LBA — Apresentação. Disponível em: [http://lba.inpa.gov.br/lba/?p=intro&t=1] Acesso em 07.05.2012.

27 BUCKLAND, Michael K. “Information as Thing” In *Journal of the American Society for Information Science*. Jun 1991: 42 (5), pp. 351-360.

com o veto integral da Presidente Dilma Rousseff ao PL 1876-E/1999 — em razão deste afrontar o princípio do não retrocesso da proteção socioambiental²⁸. Em segundo lugar há a necessidade de redefinir o papel da biodiversidade e das florestas para o desenvolvimento do país e da Amazônia continental. Não há possibilidade de desenvolvimento que seja qualificado de sustentável sem considerar a sócio e biodiversidade amazônica. Nesse sentido a OTCA pode constituir um espaço de diálogo, de trocas, fomentando a produção do conhecimento. O “Observatório da Amazônia” pode constituir um centro de referência para análise das questões ambientais amazônicas, notadamente aquelas que dizem respeito à proteção e gestão da biodiversidade, mudança do clima e desertificação. Para tanto é fundamental que nessa instância regional seja possível a participação, considerando-se a correlação de forças: o *status* de observador na OTCA para os povos indígenas e comunidades tradicionais se coloca, então, como imperativo e uma medida necessária para o estabelecimento de novas agendas para uma solidariedade universal. E, enfim, a reafirmação do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas orientando-se pelo objetivo da equidade intergeracional e intrageracional nos coloca diante da responsabilidade pelo futuro do planeta. Talvez também aqui o anúncio da ratificação dos Protocolos da Convenção da Diversidade Biológica sobre Responsabilidade e Compensação por Danos Ambientais (Protocolo Nagoya-Kuala Lumpur) e sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização (Protocolo de Nagoya) pelos países amazônicos possa ter um significado concreto, ao assumirem esses compromissos internacionais em prol da proteção da biodiversidade do desenvolvimento sustentável da Amazônia.

Referências

ANTIQUERA, Daniel de Campos. *A Amazônia e a política externa brasileira: análise do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) e sua transformação em Organização Internacional (1978-2002)*. Dissertação de Mestrado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, Campinas/SP, 2006.

BORELLI, Dario Luis “Aziz Ab’Sáber: problemas da Amazônia brasileira” In *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 53, Apr. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142005000100002&lng=en&nrm=iso] Acesso em 07.05.2012.

28 O texto aprovado anteriormente no Senado Federal (PLC 30/2011) guarda equivalência ao da Câmara no que diz respeito a afrontar o princípio do não retrocesso da proteção ambiental.

BRASIL, MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2020*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em; [http://www.cogen.com.br/paper/2011/PDE_2020.pdf] Acesso em 07.05.2012.

BUCKLAND, Michael K. “Information as Thing” In *Journal of the American Society for Information Science*. Jun 1991: 42 (5), pp. 351-360.

DAVIDSON, Eric A. e alii. “The Amazon basin in transition” In *Nature* Vol 481, 19 January 2012, pp. 321-328.

EVA H.D. and HUBER O. (ed.) *Proposta para definição dos limites geográficos da Amazônia — Síntese dos resultados de um seminário de consulta a peritos organizado pela Comissão Europeia em colaboração com a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica — CCP ISpra 7-8 de junho de 2005*. European Commission, OTCA, 2005, Disponível em: [http://ies.jrc.ec.europa.eu/uploads/fileadmin/Documentation/Reports/Global_Vegetation_Monitoring/EUR_2005/eur21808_bz.pdf] Acesso em 07/05/2012.

LBA—Apresentação. Disponível em: [<http://lba.inpa.gov.br/lba/?p=intro&t=1>] Acesso em 07.05.2012.

MRE. *Balanco de Política Externa 2003/2010 — América do Sul — OTCA*. Disponível em: [<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.4-america-do-sul-otca/view>] Acesso em 07.05.2012.

OTCA. *Agenda Estratégica de Cooperação Amazônica — aprovada na X Reunião de Ministros de Relações Exteriores do TCA, novembro 2010 — 2011*. Disponível em: [http://www.otca.info/portal/admin/_upload/apresentacao/AECA_prt.pdf] Acesso em 07.05.2012.

RICUPERO, Rubens: “A Amazônia e a Rio+20: uma proposta para a revitalização da cooperação amazônica” In *Política Externa* vol. 20 n. 4/2012, pp. 34-35.

SCHRIJVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.

SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. “Código Florestal e a lógica do desenvolvimento sustentável” In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de e alii (orgs.) *Código Florestal 45 nos: estudos e reflexões*. Curitiba: Letra da Lei, 2010, pp. 263-274.

_____. “Tratado de Cooperação Amazônica: gestão integrada dos recursos naturais na Região Amazônica” In *Revista de Direito Ambiental*, v. 52/2008, pp. 183-198.

STEC. Stepen. "Humanitarian Limits to Sovereignty: Common Concern and Common Heritage Approaches to Natural Resources and Environment" In *International Community Law Review* 12 (2010), pp. 361-389.

WARE, David. "The Amazon Treaty: A Turning Point in Latin American Cooperation?" In *Texas International Law Journal* 15, 1980, pp. 117-137.

VEIGA, José Eli da. "Indicadores de Sustentabilidade" In *Estudos Avançados* 24 (68), 2010, p. 39-52.

3) RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

UN SYSTÈME GLOBAL SUR LE *REPORTING* COMME UNE ALTERNATIVE À UNE CONVENTION SUR LA RESPONSABILITÉ SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE DES ENTREPRISES?

CARINA COSTA DE OLIVEIRA¹

Abstract

Rio + 20 negotiations bring back the usual discussion on UN meetings on development about a framework to engage companies to contribute to the sustainable development. Two possibilities have been pointed out: the Corporate Sustainability Reporting which could be implemented by a Convention or by a global voluntary structure similar to the Global Reporting Initiative (GRI); or a Convention on Social and Environmental Corporate Liability. The first option would be able to improve the lack of control of transparency on information related to the amount invested by companies for social and environmental purposes. However, a Convention on Social and Environmental Corporate Liability would deal with much broader topics than transparency.

Resumo

A Rio + 20 resgata o debate recorrente nas negociações ligadas ao desenvolvimento com relação ao enquadramento das empresas para garantir que elas contribuam com o desenvolvimento sustentável. Duas opções estão sendo debatidas: o *Reporting* sustentável que poderia ser implementado por meio de uma Convenção ou por meio de uma estrutura global voluntária, no sentido do modelo do *Global Reporting Initiative-GRI*; ou uma Convenção sobre a responsabilidade social e ambiental das empresas. A primeira opção poderia auxiliar a falta de transparência e de controle no plano internacional, regional e nacional das informações sobre os investimentos que são feitos no âmbito social e ambiental pelas empresas. No entanto, uma Convenção sobre a responsabilidade social e ambiental das empresas poderia tratar de temas muito mais amplos que poderiam ir além da transparência.

1 Professeur et chercheur au Programme en Droit et l'Environnement à l'École de Droit à Rio de la Fundação Getúlio Vargas, Brésil. Docteur en droit à Paris II-Panthéon-Assas, France.

Introduction

Le rôle plus actif des entreprises pour la mise en œuvre du développement durable a été souligné dans toutes les Déclarations précédant celle de Rio + 20 sur le développement durable. La Déclaration de Stockholm de 1972², les principes de la Déclaration de Rio³, plusieurs articles du plan d'action 21⁴ et des paragraphes de la Déclaration de Johannesburg⁵ ont déjà exhaustivement abordé le sujet. En revanche, il y a encore une grande lacune au niveau des instruments permettant de contrôler les activités des entreprises dans le cadre international. Lorsque ces instruments existent, ils relèvent souvent de la *soft law*⁶ et sont caractérisés par des normes volontaires. Dans le cadre des négociations de Rio + 20 ce contexte est encore dans le sens des normes volontaires. Le *draft zero* de négociation cite d'un système global de *Corporate Sustainability Reporting* et, par ce choix, n'envisage pas une Convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Il est important tout d'abord de préciser le terme *Corporate Sustainability Reporting* et sa place dans le cadre des débats sur la responsabilité des entreprises.

-
- 2 Paragraphe 7 du préambule de la Déclaration de Stockholm: "(...) tous, citoyens et collectivités, entreprises et institutions, à quelque niveau que ce soit, assument leurs responsabilités et se partagent équitablement les tâches".
 - 3 Spécialement les principes 11, 12, 13 et 16. Comme exemple le principe 13 prévoit que : "Les Etats doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle".
 - 4 Exemples d'articles : 7.17, 8.50, 19.16, 19.40, 19.52, 30.3, 30.8, 30.9, 30.10, 10.14, 30.22, 30.26, 36.20.
 - 5 Spécialement les paragraphes 18, 19, 27. Ce dernier souligne que : " (...) dans le cadre de ses activités légitimes, le secteur privé dans son ensemble, c'est-à-dire les grandes entreprises comme les petites, a le devoir de contribuer à l'émergence de communautés et de sociétés équitables et durables".
 - 6 À ce propos voir : DELEBECQUE (P.), CORNELOUP (S.), JACQUET (J.-M.), *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007, p. 188, " Ont été adoptées le 20 juin 1976 trois recommandations par le Conseil des ministres de l'OCDE édictant des principes réactualisés en l'an 2000 (principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales). Le Conseil d'administration de l'OIT a également adopté une réglementation de principe sur les firmes multinationales, le 16 novembre 1979. De même, la Commission de l'ONU sur les firmes transnationales a adopté, en 1984, un projet de Code de conduite. Ce Code insiste particulièrement sur la nécessité, pour ces firmes, de respecter la souveraineté des États dans lesquels elles sont implantées: souveraineté sur les ressources naturelles, respect des objectifs de politique générale fixés par les gouvernements, protection de l'environnement, promotion de l'innovation et des transferts de technologie. Récemment, l'Institut de droit international a adopté une résolution sur les obligations des sociétés transnationales et leurs sociétés membres, permettant aux États d'imputer, en vertu de leurs lois et dans certaines conditions, une responsabilité aux sociétés dominantes ". Dans le même sens: ROLLAND (B.), " Responsabilité environnementale : qui va payer ? ", *Bulletin Joly Sociétés*, n. 4, avril 2008, " Dans le livre blanc européen il a été prévu d'éviter que la personnalité morale des filiales des sociétés ne soit un obstacle et que la responsabilité puisse remonter aux actionnaires ou aux administrateurs, à défaut de capacités financières suffisantes des filiales (...) ".

De manière générale, les mesures sur la responsabilité des entreprises sont volontaires⁷ et font partie du contexte des démarches de la “ Responsabilité Sociale des Entreprises(RSE) ”. La RSE correspond plus à un cadre d’auto-régulation que de réglementation⁸. Parmi les outils de cette auto-régulation, peuvent être cités: les standards privés, les codes de conduite⁹, les rapports sociaux ou environnementaux¹⁰ pour la construction d’une responsabilité sociale¹¹, l’adoption des Principes de l’Équateur¹² en tant que référentiels du secteur financier pour l’identification, l’évaluation et la gestion du risque social et environnemental en matière de financement du projet.

-
- 7 Pour les engagements environnementaux des entreprises hors et dans la contrainte réglementaire voir: GIRARD (J.), *L’engagement des entreprises et la protection de l’environnement*, thèse, Paris I, 2007; TRÉBULLE (F.-G.), “ Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) ”, *Rép. Sociétés Dalloz*, mars 2003.
- 8 TRÉBULLE (F.-G.), “ Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) ”, *Rép. Sociétés Dalloz*, mars 2003, p. 4. Pour l’origine du terme voir : Livre Vert de la Commission de l’UE, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM [2001] 366 final, de juillet 2001. Voir aussi : DOUCIN (M.), “ Il existe une doctrine française de la responsabilité sociale des entreprises ”, *Revue Droits fondamentaux*, n° 4, 2004. Disponible sur : <<http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article88>>. Consulté le 17 déc. 2011.
- 9 Sur une étude des codes de conduite voir : PROTOSALTIS (P.M.), *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers : réflexions sur un cadre juridique inachevé*, thèse, Paris I, 2008, p. 179-183 ; MUCHLINSKI, (P.T.), *Multinational enterprises and the law*, deuxième édition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 653-674. Voir aussi : TRÉBULLE (F.-G.), “ Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) ”, *Rép. Sociétés Dalloz*, mars 2003, p. 6, “ Les codes de conduite volontaires sont donc bien de nature à faire naître des obligations. D’ailleurs un grand nombre de codes contiennent des éléments relatifs à la mise en place d’un système de surveillance et d’évaluation destiné à s’assurer qu’ils sont bien effectivement respectés. Pour autant certains s’arc-boutent sur l’affirmation, présente dans les principes directeurs à l’intention des entreprises multinationales de l’OCDE, selon laquelle le respect des principes formulés est volontaire “ et ne constitue pas une obligation susceptible d’être sanctionnée juridiquement”.
- 10 MERLIN-BROGNIART (C.), DEPRET (M.-H.), LE MASNE (P.), *Développement durable et responsabilité sociale des acteurs*, Paris, L’Harmattan, 2009, p. 23 ; ZERK (J.A.), *Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas*, Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper no. 59, Cambridge, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010, p. 176-178. Disponible sur : <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf>. Consulté le 17 déc. 2011.
- 11 Sur le développement de ce concept, voir : ALLOUCHE (J.), HUAULT (I.), SCHMIDT (G.), “ La responsabilité sociale de l’entreprise (RSE): discours lénifiant et intériorisation libérale, une nouvelle pression institutionnelle ”, in, LE ROY (F.), MARCHESNAY(M.), *La responsabilité sociale de l’entreprise, Mélanges en l’honneur du professeur Roland Pérez*, Paris, Éditions EMS, 2005, p. 178 et s., p. 179 : “ Dans une conception actuelle, la RSE intègre trois éléments : honorer des obligations à l’égard de la pluralité des parties prenantes, répondre aux demandes sociales émises par l’environnement socio-économique, utiliser le concept et son champ d’application comme outil de gestion. C’est ainsi un engagement de l’entreprise qui s’accomplit au-delà des obligations légales et économiques ”; MERLIN-BROGNIART (C.), DEPRET (M.-H.), LE MASNE (P.), *Développement durable et responsabilité sociale des acteurs*, Paris, L’Harmattan, 2009, p. 19 et s.
- 12 Disponible sur : <http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_french.pdf>. Consulté le 19 juin 2011.

Au plan international, quelques développements d'une coordination des mesures volontaires liées aux entreprises peuvent être cités. Les études réalisées par l'ONU sur la base du Global Reporting Initiative (GRI) de 1997¹³, des dix principes contenus dans le "Pacte Mondial" de l'ONU de 1999, ainsi que des principes directeurs de l'OCDE de 2000 sur le gouvernement des entreprises¹⁴ et le projet de "Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme"¹⁵ en sont autant d'exemples. Les mesures sont encore hétérogènes et peu contraignantes vu les différences d'intérêts entre les États¹⁶. Le Global Compact en est un exemple¹⁷. Cette initiative vise plutôt à inciter les entreprises du monde entier à mener leurs activités et non à apporter des mesures de contrôle et de surveillance concrètes¹⁸.

En ce qui concerne le GRI, qui est plus concerné dans le cadre des discussions de Rio + 20, ce système correspond à la mise en place de la transparence des activités réalisées par l'entreprise en matière de protection de l'environnement. Il s'agit d'un système d'*accountability* qui essaye d'assurer que les entreprises soient plus transparentes grâce à l'application de standards définis dans le cadre international¹⁹. Il a pour objectif de normaliser la diffusion d'informations sociales et environnementales²⁰. La nécessité de ce type de système s'est fait particulièrement sentir après la marée noire de l'Exxon Valdez et la formation de la *Coalition for Environmentally Responsible Economies* (CERES), qui a été

13 Disponible sur : <<http://www.globalreporting.org/Home>>. Consulté le 22 juin 2011.

14 À ce propos voir : PROTOPSALTIS (P.M.), *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers : réflexions sur un cadre juridique inachevé*, thèse, Paris I, 2008, p. 179-183 ; MUCHLINSKI, (P.T.), *Multinational enterprises and the law*, deuxième édition, Oxford, Oxford University Press, 2007. Guide Disponible sur : <http://www.oecd.org/document/28/0,3343,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html>. Consulté le 22 févr. 2010.

15 Voir à ce propos : DECAUX (E.), "La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme", *Revue de science criminelle*, 2005 p. 789 ; WEISSBRODT (D.), KRUGER (M.), "Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", *American Journal of International Law*, oct. 2003, p.901-923.

16 MERLIN-BROGNIART (C.), DEPRET (M.-H.), LE MASNE (P.), *Développement durable et responsabilité sociale des acteurs*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 23. Sur les différents intérêts des acteurs qui participent à ce processus voir : p. 24 et s.

17 Disponible sur : <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>>. Consulté le 22 juin 2011.

18 Exemple de mesures envisagées : 1. Inciter les entreprises dans le monde entier à conduire leurs activités en respectant les dix principes énoncés dans le Pacte ; 2. Mobiliser l'actio' à l'appui des grands objectifs des Nations Unies, y compris les objectifs du Millénaire pour le développement.

19 Pour le concept de *accountability* voir : MORGERA (E.), "Human Rights Dimension of Corporate Environmental Accountability", in, DUPUY (P.M.), FRANCONI (F.), PETERSMANN (E.V.) (Eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford Unipress, 2009, p. 513, "Accountability has been defined as a system of power control as a means to furnish substantial reasons or a convincing explanation of one's action, a system of quasi-judicial answerability based on standards that are internationally defined and implemented".

20 Voir aussi le site du GRI disponible sur : <<http://www.globalreporting.org/>>. Consulté le 12 sep. 2011.

l'origine du GRI. La transparence ne peut être garantie que s'il y a des systèmes capables de contrôler les informations et de les comparer.

En juin 2000, le GRI a publié les "Lignes directrices pour la production de rapports Développement durable". Un des aspects les plus importants du GRI est le fait qu'il offre un service d'organisation du niveau d'application national, avec des indicateurs de performance qui sont requis pour chaque niveau²¹. Il y a trois niveaux d'application différents: A, B et C. Ces niveaux correspondent aux informations transmises par l'entreprise, ce qui est prévu dans des lignes directrices indications spécifiques. Pour garantir une efficacité nationale, des points nationaux existent dans les États qui doivent contrôler ces informations. Ce système établit des standards communs pour que les informations puissent être comparées.

L'incitation des entreprises peut être réalisée par ce système, mais l'engagement serait plus efficace si des exigences plus contraignantes étaient présentées par les États dans un cadre national ou régional. Dans ce contexte, il est important d'analyser: les insuffisances juridiques pour rendre les entreprises responsables pour les dommages sociaux et environnementaux (1); les négociations sur le texte concernant la responsabilité des entreprises dans la Déclaration *The Future we want* (2); les contributions qu'une Convention sur la responsabilité environnementale ou sur le *Corporate sustainability Reporting* pourraient apporter pour la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises (3).

1) Les insuffisances juridiques pour rendre les entreprises responsables pour les dommages environnementaux

L'existence de mesures plutôt volontaires pour le contrôle des activités des entreprises mène à une responsabilisation insuffisante de ces acteurs pour les dommages environnementaux. Il est important d'observer dans ce contexte: des exemples de l'insuffisance du droit international pour contrôler les entreprises et l'hétérogénéité de mesures volontaires existantes pour essayer de leur encadrer.

Dans le contexte international, certaines affaires démontrent que différentes opérations sont réalisées par les multinationales qui se rendent parfois coupables de graves atteintes à l'environnement et aux personnes. Les affaires liées au déversement de pétrole montrent bien les manœuvres juridiques opérées par les entreprises pour augmenter leur profit, ce qu'illustre les cas *Amoco-Cadiz* et *Prestige*. Dans le premier cas, il s'agit d'une affaire dont le jugement a pris 14 ans en raison de complexités substantielles et procédurales. Les décisions finales ont été adoptées le 11 janvier 1988 par le District de l'Illinois, puis le 24 janvier 1992

21 Disponible sur: <<https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>>. Consulté le 18 mai 2012.

par la Cour d'appel du 7^e Circuit des Etats-Unis²². Le contexte de cette affaire dévoile la complexité des opérations mises sur pied par les entreprises.

Le navire pétrolier, objet de l'affaire, avait été commandé et construit en Espagne et enregistré au Libéria. La société propriétaire l'Amoco Transport Cy était de droit libérien et était elle-même une filiale d'un groupe pétrolier chimique, la Standard Oil Cy. Cette société de l'Indiana a son siège et son lieu d'activité à Chicago. La Standard Oil Cy disposait d'une autre filiale, l'Amoco International Oil Cy, société du Delaware, dont le siège comme l'activité principale étaient situés à Chicago dans l'Illinois, et qui avait été chargée de la commande et de la réception de l'*Amoco Cadiz*. Le navire était assuré en Grande-Bretagne et avait un capitaine italien au moment du sinistre. Le groupe Shell était propriétaire de la cargaison²³. Il a été dûment constaté que le propriétaire du navire et le groupe pétrolier, avaient utilisé toutes les manœuvres juridiques possibles pour ne pas être identifiés et que d'autres filiales avaient aussi été créées dans d'autres États pour faire apparaître qu'il ne s'agissait pas de la même société.

L'affaire du *Prestige* est aussi très représentative des manœuvres juridiques des entreprises et de la complexité des scénarios à traiter. Il s'agissait d'un pétrolier monocoque, fabriqué au Japon, qui appartenait aussi à une compagnie libérienne. Autour de lui s'imbriquaient des liens sociétaires assez confus: l'opérateur du bateau venait de l'Univers Maritime; l'armateur appartenait à la Mare Shipping; l'affréteur de la cargaison à Crown Resources; la société de classification était l'American Bureau of Shipping. Le navire appartenait à Mare International, société ayant son siège au Liberia qui, pour limiter sa responsabilité, déclarait pour seul patrimoine ce bateau. Le produit rejeté par le *Prestige* appartenait à la société commerciale pétrolière Crown Resources, créée à Gibraltar en 1996. Le *Prestige* avait été enregistré à l'Autorité Maritime de Bahamas, institution dont le bureau central se trouve à Londres.

Ces deux cas sont bien représentatifs de la complexité, à la fois factuelle et juridique, mise en place de façon volontaire par les entreprises²⁴ et sont emblématiques des grandes catastrophes environnementales. Il résulte de cette situation qu'il est difficile, pour les juges, d'identifier si ils ont ou pas compétence pour juger les cas, de même qu'il est difficile, pour les victimes, d'identifier qui sont les acteurs du dommage. Les insuffisances juridiques permettant de faciliter les

22 RAULIN (A.), "L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz", *JDI*, 1, 1993, p. 44.

23 RAULIN (A.), "L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz", *JDI*, 1, 1993, p. 43.

24 HEREDIA (J.M.S.), "L'affaire du *Prestige* : cadre juridique communautaire", in, RAIGON (R.C.) (dir.), *L'Europe et la mer : pêche, navigation et environnement marin*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2005, p. 215.

fraudes qui naissent de ce contexte étant: l'indétermination de la loi applicable à la société (a) et l'indétermination du concept de contrôle d'entreprise (b).

a) Les indéterminations de la loi gouvernant la société

Les indéterminations de la loi gouvernant la société dans le cas d'un dommage environnemental international causé par une entreprise constitue une insuffisance juridique qui peut permettre des fraudes. La loi applicable ne sera pas la *lex societatis* applicable à la gouvernance de la société²⁵, même si cette loi s'avère tout de même importante pour l'analyse des stratégies d'implantation des entreprises. Il peut être soutenu, en effet, que, lorsque la société mère contrôle ses différentes filiales, la *lex societatis* régissant la société mère devrait également s'appliquer aux filiales. Le contrôle exercé par une société dominante justifierait l'extension de la loi régissant la société dominante aux filiales. Cette solution n'est retenue ni par la doctrine²⁶, ni par la jurisprudence en France, par exemple. En effet, l'application distributive de la *lex societatis* par la règle qui définit que chaque société du groupe est régie par sa *lex societatis* respecte l'autonomie de la personnalité morale. De plus, elle permet parfois de protéger la filiale contre une décision imposée par le groupe, qui se révèle contraire à ses intérêts²⁷. Ainsi, l'indétermination de la loi applicable aux sociétés peut être perçue comme une des lacunes du droit permettant l'utilisation de la société écran pour commettre des fraudes.

Une des stratégies utilisées par les entreprises pour profiter des règles d'un État spécifique peut se décrire de la manière suivante: dans l'État d'accueil de l'activité réelle de la société, celle-ci sera considérée comme "pseudo-étrangère", vu qu'elle a été artificiellement constituée à l'étranger pour contourner les règles locales. Le problème se pose lorsque l'État d'accueil, par exemple l'Allemagne, adhère au système du rattachement à la loi du siège social réel. Les juges du pays de l'activité réelle seront tentés d'imposer l'application de leur propre législation, vu qu'ils refuseront de reconnaître la société constituée à l'étranger²⁸. Une autre insuffisance juridique pour rendre une multinationale responsable concerne l'indétermination du concept de contrôle d'entreprise.

25 CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 87.

26 LOUSSOUARN (Y.), "Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés", in, *Études Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 167.

27 CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 93.

28 CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 120.

b) L'indétermination du concept de contrôle d'entreprise

En ce qui concerne la notion de contrôle, plusieurs questions doivent encore être tranchées par les tribunaux. Il n'y a pas de notion de contrôle exacte permettant de savoir s'il s'agit d'une domination ou d'une intervention de la société mère. Dans le cas où la société-mère s'engage par le biais d'une garantie ou d'une caution donnée à la filiale, sa responsabilité personnelle est plus facile à prouver²⁹. Lorsqu'il n'y a pas de preuves claires de la relation entre la société-mère et ses filiales, en raison des activités réalisées par le groupe sous la personnalité juridique de la filiale³⁰, sa responsabilisation est plus complexe parce qu'il faut prouver l'apparence³¹ ou la fictivité de la confusion du patrimoine entre la filiale et la société mère³². Il n'est pas sûr qu'il faille considérer seulement les critères économiques du contrôle ou qu'il faille vérifier s'il est opportun d'utiliser aussi les critères juridiques. La difficulté de poursuivre la responsabilité environnementale de plein droit des sociétés-mères s'explique notamment par l'indétermination de cette notion de contrôle³³.

Une première interprétation a conduit à une vision économique du contrôle par la société mère qui se matérialise dans l'exploitation de fait de cette dernière. L'étude de certaines lois françaises telle que la loi n°2008-757 du

29 On peut citer le cas des installations classées où la société mère pourra être considérée en raison des dommages environnementaux, art. L.516-1 du Code de l'environnement.

30 HANNOUN (C.), " La responsabilité environnementale des sociétés-mères ", *Environnement*, n° 6, juin 2009, p. 4. Pour une autre classification des conditions d'engagement de la responsabilité voir : HOFSTETTER, (K.) " Multinational Enterprise Parent Liability: Efficient Legal Regimes in a World Market Environment ", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, n. 15, 1990, p.299-335, spéc. 313. Cet auteur présente la possibilité d'un abus, redevable à la société mère, de la responsabilité limitée de la filiale ; la réduction ou la perte des actifs de la filiale suite à l'intervention de la société mère dans les affaires de la filiale et le préjudice direct et séparable des créanciers de la filiale causé par la société mère. Pour des commentaires plus détaillés sur cette classification voir : PROTOSALTIS (P.M.), *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers : réflexions sur un cadre juridique inachevé*, thèse, Paris I, 2008, p. 132-143.

31 CUTAJAR-RIVIÈRE (C.), *La société écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 181, " La théorie de l'apparence soutient aussi l'importance de l'aspect extérieur d'une chose ou d'une personne. L'apparence révèle alors la réalité. Mais dans un second sens, l'apparence est synonyme de vraisemblance et de probabilité. Or, la probabilité s'entend comme ce qui se rapproche de la réalité ; elle est le trait de ce qui est conforme à la marche ordinaire des choses. La véritable question n'est plus celle de savoir s'il convient de reconnaître des droits à celui qui s'est fié à une fausse apparence, mais de se demander s'il ne faudrait pas, pour des raisons tirées de l'efficacité économique, adapter le droit aux situations de fait ".

32 Versailles, 13 Ch. 29 mars 1990, *Bull.Joly*, 1990, par. 154, note Petel, " Il y a une confusion de patrimoine lorsqu'il existe une véritable communauté d'intérêts indivisibles au point qu'il serait arbitraire d'envisager une séparation des patrimoines. La confusion ne peut exister que s'il est démontré qu'il existe un actif et un passif commun. Pour qu'il y ait confusion des patrimoines, il faut que des personnes se soient comportées comme si les patrimoines leur étaient communs. La preuve résultera de ce que les personnes réalisent habituellement des transferts d'actifs sans contrepartie d'un patrimoine à un autre ".

33 HANNOUN (C.), " La responsabilité environnementale des sociétés-mères ", *Environnement*, n° 6, juin 2009, p. 1.

1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale permet, à la lumière de l'article 1, de trouver une précision sur la notion de contrôle. Celui-ci doit porter sur l'activité de la filiale, ce qui rejoint l'idée précédemment évoquée de l'exploitation de fait de l'activité économique de la filiale par la société mère³⁴. Cette interprétation de la notion de contrôle pourrait permettre à la société-mère d'échapper à sa responsabilité, dès lors qu'elle s'abstiendrait de faire des actes apparents de contrôle de l'exploitation, situation pour laquelle la poursuite de la responsabilité par la société mère devient un réel défi juridique.

Une seconde interprétation, résultant de la responsabilité de la société mère, considère que, non seulement le contrôle de fait doit être considéré, mais aussi le contrôle de la direction de la société qui exploite, ou le contrôle de la nomination des dirigeants qui exploitent l'activité polluante. Cette interprétation serait plus proche de l'article L. 233-3 du Code du commerce, et le contrôle effectif s'appliquerait dans ces conditions à la personne morale et non uniquement à l'activité économique³⁵. Malgré tout l'intérêt perceptible de cette dernière interprétation de la notion de contrôle, celle-ci n'a pas été adoptée.

Pour les États de la *common law*, la théorie de la levée du voile social apparaît comme un équivalent des systèmes romano-germaniques au plan du concept de fraude, laquelle est établie en raison d'une simulation, d'un abus de la personnalité morale et d'un abus de droit par exemple³⁶. Dans l'ordonnement juridique de la *common law*, la preuve du contrôle ou de l'influence de la filiale n'est pas considérée de façon restrictive pour l'activité économique. La prise en compte de critères juridiques est également présente³⁷. Néanmoins, il est toujours délicat de définir clairement quelles seront les circonstances dans lesquelles la responsabilisation de la société mère aura lieu. A titre d'illustration, la jurisprudence américaine traditionnelle sur la levée du voile social combine

34 Article L160-1 du Code de l'environnement, créé par la Loi n°2008-757 du 1er août 2008 - art. 1, " Le présent titre définit les conditions dans lesquelles sont prévenus ou réparés, en application du principe pollueur-payeur et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant. L'exploitant s'entend de toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative ". Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A6AD46AC5481DD941EC0311E0AF522CF.tpdjo08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006074220&cidArticle=LEGIARTI000019280423&dateTexte=20100320&categorieLien=id#LEGIARTI000019280423>. Consulté le 20 mars 2010. **À ce propos voir:** HANNOUN (C.), " La responsabilité environnementale des sociétés-mères ", *Environnement*, n° 6, juin 2009, p. 6.

35 HANNOUN (C.), " La responsabilité environnementale des sociétés-mères ", *Environnement*, n° 6, Juin 2009, p. 6.

36 MUCHLINSKI (P.T.), *Multinational enterprises and the law*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 314.

37 Pour la jurisprudence liée à cette situation voir: MUCHLINSKI (P.T.), *Multinational enterprises and the law*, 2ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p.312-313.

le critère du contrôle de l'entreprise mère sur la filiale avec d'autres critères, en particulier, avec: l'absence d'indices d'organisation séparée ; le non respect des formalités sociales ; la capitalisation inadéquate; l'intégration du groupe ou, enfin, l'utilisation d'une personnalité publique commune³⁸.

De toute façon, même dans les États de *common law* où ces interprétations de contrôle peuvent être plus évidentes, il y a aussi des limites qui sont toujours jugées au cas par cas. En Inde, par exemple, la catastrophe de Bhopal peut être citée. Le tribunal a considéré que le voile social devrait être levé, mais les critères établis sur le contrôle n'étaient pas très clairs.

La responsabilité pour un dommage environnemental devrait prendre en considération une notion plus élargie de l'entreprise en considérant la société mère comme responsable des dommages commis par les filiales contrôlées³⁹. Une des premières manifestations de la responsabilité de la société mère en matière environnementale s'est présentée à travers une résolution de l'Institut de droit international⁴⁰. Ce dernier propose un texte de droit international uniforme prévoyant la mise en jeu de la responsabilité contractuelle, mais également délictuelle, des entités qui détiennent la totalité ou la quasi-totalité des actions d'une société, ou qui exercent un contrôle effectif sur elle, ou qui ont profité directement de l'activité à l'origine de la responsabilité. Selon ce projet, le rattachement de la société mère et des filiales à un État déterminé doit être pris en compte si ces entreprises gardent des liens avec ces États. En outre, la résolution encourage la conclusion de traités entre les États pour envisager une coopération législative, exécutive et judiciaire dans le domaine du contrôle des sociétés mères et de leurs filiales. Il s'agit de propositions qui peuvent conduire à une meilleure mise en oeuvre des procédures, laquelle peut avoir pour résultat la considération de la liaison entre l'État et la société mère ou peut aboutir à la coopération entre les États concernés. En revanche, la résolution n'a pas débouché sur des résultats concrets.

Le problème posé par la mise en oeuvre de ces dispositions est que les entreprises ne présentent pas clairement leurs relations avec les filiales. Il est difficile d'analyser les informations qu'elles rendent publiques pour pouvoir établir ces notions de contrôle. Étant donné que cette obligation de *reporting* n'est pas uniformisée dans le contexte international, régional ou national, ces prévisions nor-

38 PROTOPSALTIS (P.M.), *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers : réflexions sur un cadre juridique inachevé*, thèse, Paris I, 2008, p. 137.

39 Cour d'appel de Paris, 30 mars 2010, *JCP* 2010, I, p. 432, note K. Le Couvieur.

40 GOLDMAN (B.) (Rapporteur), " Les entreprises multinationales ", Institut de droit international, Session d'Oslo — 1977. Disponible sur : < http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1977_oslo_02_fr.pdf >. Consulté le 19 mars 2010.

matives sont difficilement prouvées dans le cas d'une affaire, ce que les affaires traitées permettent d'observer. Il ressort de ce contexte l'importance d'analyser de quelle manière les mesures volontaires peuvent contribuer avec ce contexte.

À ces arguments présentés dans ces dernières affaires, s'ajoutent des mesures considérées comme des démarches volontaires qui sont de plus en plus étudées. Des règles matérielles et des définitions plus précises sur la responsabilité des sociétés mères sont importantes pour que les interprétations de la notion de contrôle de la chaîne de production soient plus considérées par les tribunaux⁴¹. Arrivent en complémentarité de ces mesures, les démarches volontaires qui peuvent ouvrir la voie à l'établissement d'une coutume de " *disclosure* ", de transparence à propos des informations portant sur les actions de protection environnementale. Les critères communs mis en place par des organisations comme le GRI sont un début d'institutionnalisation dans le contexte international, début qui dépend cependant directement des systèmes régionaux et nationaux pour la mise en pratique des rapports.

Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de sanctions lorsque l'entreprise ne respecte pas ses engagements. Cela ne signifie pas non plus que, si les mesures sont volontaires, il y aura un manque d'effectivité⁴². Ce qui manque c'est un contrôle de la prise en compte de ces engagements et une exigence que les engagements pris soient précis. Dans le cas où ces mesures volontaires, comme les rapports annuels sur les dépenses en matière sociale et environnementale, sont fiscalisées et contrôlées, elles peuvent être efficaces. Le fait que les entreprises rédigent ces rapports, et qu'ils soient contrôlés et comparés par un organe tiers, peut encourager les autres entreprises à faire la même chose et à divulguer ces informations.

Toutefois, dans la mesure où il n'y a aucun contrôle des informations qui doivent être présentées dans un rapport environnemental car les critères d'évaluation de la gestion du risque environnemental ne sont pas bien définis, ces mesures ne peuvent pas être comparées entre elles et ne peuvent pas fournir d'indices sur leur effectivité. Au plan juridique, les responsabilités ne peuvent pas être vraiment pointées car rien n'apparaît clairement, ni les obligations, ni à qui elles incombent, ni comment

41 Voir à ce propos le projet de loi qui est en discussion au Brésil sur ce sujet: " Projeto de lei número 6826/2010, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências". Disponible sur: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Consulté le 27 octobre 2011.

42 FURTAK (O.), " Application of foreign law to determine punitive damages: a recent U.S. Court contribution to choice-of-law evolution ", *in*, GOTTSCHALK (E.), MICHAELS (R.), RÜHL (G.) (Eds.), *Conflict of laws in a globalized world*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 158.

ces mesures doivent être respectées. A telle enseigne qu'elles semblent être là surtout pour aider les entreprises à échapper à la contrainte juridique en s'autogérant.

Dans ce contexte, le résultat le plus apparent est l'inexistence d'un organe de contrôle central dans le cadre international pour contrôler le mouvement des entreprises⁴³. Il est difficile d'aboutir à une coordination des intérêts des États par le biais de règles communes et contraignantes, étant donné que les États adoptent des mesures différentes en matière de protection de l'environnement. D'autre part, vu l'absence de hiérarchies supérieures dans le contexte international, des mesures d'interaction entre les diverses initiatives doivent être envisagées, même s'il faut passer par l'étape intermédiaire des contextes régionaux, comme celui de l'Union européenne, pour ensuite accéder au niveau international⁴⁴. Dans ce contexte, Rio + 20 pourrait engendrer les discussions sur une Convention sur la responsabilité des entreprises ou une Convention sur le *Corporate Sustainability Reporting*, ce qui doit être analysé.

A) Les négociations sur le texte concernant la responsabilité des entreprises dans la Déclaration *The Future we want*

La Déclaration *The Future we want*⁴⁵ qui est en train d'être négociée démontre une tendance plus dirigée vers un texte qui n'engage pas les entreprises d'une manière plus contraignante. Il peut être constaté qu'il y a beaucoup de résistance à un cadre juridique sur la responsabilité des entreprises de la part de plusieurs États. Même une partie de la société civile qui a initialement démontré pendant les premières négociations une volonté pour une Convention sur la *Responsability* et l'*accountability* des entreprises est maintenant de plus en plus dirigée vers le *Corporate Sustainability Reporting*⁴⁶. Il est important d'analyser quels sont les paragraphes qui traitent de ce sujet et les manifestations des États sur ce texte.

43 FAURE (M.), *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 270.

44 Voir à ce propos : <<http://www.uncsd2012.org/rio20/futurewewant.html>>. Accès le : 19 mai 2012.

45 Pendant les négociations du mois de mars 2012 (pendant la 3^{ème} réunion *Intersessional*) il a été aperçu que plus de *side events* ont été réalisés sur le sujet de l'appel à une Convention sur la Responsabilité des entreprises. Voir à ce propos : <<http://www.csradialogue2012.org/>>. Accès le : 19 mai 2012. Pendant les négociations informelles de la fin du mois d'avril, il y a eu plus de *side events* sur un cadre international pour le *Corporate Sustainability Reporting*. Voir à ce propos : <<http://www.wbcsd.org/Pages/EDocument/EDocumentDetails.aspx?ID=14461&NoSearchContextKey=true>>; <<https://www.globalreporting.org/network/report-or-explain/Pages/default.aspx>>. Accès le : 19 mai 2012.

46 "CST 24. We recognize the need to establish a process aimed at agreeing on, and developing a reliable and robust global system for national sustainability accounting and reporting. We recognize the need for a global commitment on corporate sustainability reporting which promotes and encourages large private and public companies to take sustainability issues into account in conducting their activities and to integrate sustainability information within their reporting cycles. The Global Reporting Initiative launched in Rio in 1992 can serve as one useful point of reference in this regard". Texte copié lors de la présence de l'auteur de cet article pendant les négociations informelles à New York entre le 23 avril et le 4 mai 2012.

Les articles qui traitent de ce sujet sont, principalement, l'article 19 et l'article 24 du projet de déclaration. Le premier article traite les partenariats entre le pouvoir public et privé⁴⁷. L'article 24 traite plus directement sur la possibilité d'un système global pour l'*accountability* et pour le *reporting* nationaux. Le 17 avril le texte du paragraphe qui avait été suggéré par le Secrétariat de la Conférence⁴⁸ prévoyait une reconnaissance par les États de l'établissement d'un système global "*for national sustainability accounting and reporting*". Le GRI avait été cité comme un exemple de la mise en œuvre d'un système global sur le *reporting*.

Toutefois, pendant les négociations informelles du début du mois de mai 2012, beaucoup d'États n'ont pas accepté le texte qui a été suggéré par le Secrétariat. Par exemple, les États-Unis et le Canada ne sont pas en faveur de normes internationales sur l'*accountability* ou sur le *reporting*. La Suisse, soutenue par le Mexique, a suggéré d'effacer le term *accountability*, mais a proposé de laisser le terme *reporting* de la manière suivante: "(...) *call upon the UN Secretary-General to establish a process which involves Governments and relevant stakeholders for national sustainability reporting which encourages public and private companies to take sustainability issues into account in conducting their activities and invite them to integrate sustainability information into their reporting cycles*"⁴⁹. Ce texte n'a pas été accepté par les États-Unis, par le Canada et par le G77.

Une des critiques à un système global sur le *reporting* concerne le fait que les entreprises ont des conditions différentes si elles sont des petites, des moyennes ou des grandes entreprises. L'Union Européenne a proposé un article alternatif qui laisse plus claire cette différence. Le texte proposé prévoit que: "(...) *all listed and large public companies to integrate sustainability into their reporting cycle, or explain why if they do not*". Cette proposition fait aussi référence au GRI comme exemple de paramètre pour réaliser un *reporting*. Cependant, ce paragraphe n'a pas été accepté par le Canada par exemple.

Il ressort de ce contexte que le *reporting* sera probablement prévu dans la Déclaration comme un outil de la mise en œuvre du développement durable.

47 Texte copié lors de la présence de l'auteur de cet article pendant les négociations informelles à New York entre le 23 avril et le 4 mai 2012.

48 Les propositions sur le sujet qui seront présentées ont été coordonnées par le Professeur Trébulle lors du Rencontre de juristes à Limoges. Elles peuvent être consultées sur les sites suivants en anglais, en français et en portugais: <<http://www.cidce.org/>>, <<http://diretorio.fgv.br/recomendacoes-riomais20>>.

49 Les propositions sur le sujet qui seront présentées ont été coordonnées par le Professeur Trébulle lors du Rencontre de juristes à Limoges. Elles peuvent être consultées sur les sites suivants en anglais, en français et en portugais: <<http://www.cidce.org/>>, <<http://diretorio.fgv.br/recomendacoes-riomais20>>.

Cependant, il est peu probable qu'il y ait un cadre juridique international sur la responsabilité des entreprises qui soit adopté.

Dans ce contexte il est important de souligner de quelle manière une Convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises ou une Convention sur le *Corporate Sustainability Reporting* pourrait contribuer à une institutionnalisation internationale de la responsabilité des États, des entreprises, des propres organisations internationales et des institutions financières.

C) Les contributions d'une Convention sur la responsabilité environnementale ou sur le *Corporate Sustainability Reporting* pour la mise en œuvre du développement durable

Dans ce contexte, il est toutefois nécessaire de dépasser cette approche volontaire par une approche plus mandataire et globale. En outre, le texte doit être contraignant pour pouvoir faire l'objet de mécanismes efficaces de surveillance et de sanction. Deux solutions en ressortent: une Convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises ou une Convention sur le *Corporate sustainability Reporting*.

Une Convention sur la responsabilité des entreprises serait capable de renforcer les sujets suivants vers la responsabilisation des entreprises⁵⁰: 1) Les obligations des organisations internationales ; 2) les obligations des États; 3) les obligations des entreprises ; 4) les obligations des institutions financières. En ce qui concerne une Convention sur le *Corporate sustainability reporting*, il ressort de ces critères que seuls les éléments qui seront soulignés ci-dessous y seraient potentiellement inclus.

Quelques obligations des organisations internationales pouvant être considérées dans une Convention sont: a) l'élaboration des indicateurs de développement durable considérant les différentes conditions géographiques et économiques des États ; b) la recherche des informations contenues dans les *Corporate Sustainability Reporting* avec des informations de la société mère et des filiales de l'entreprise multinationale; c) l'élaboration des schémas minimaux d'éco-étiquetage et de labels environnementaux auxquels les Etats se référeront dans leurs procédures nationales; d) l'existence d'un système de *peer review* des mesures qui sont adoptées par les États concernant la responsabilité des entreprises ; e) l'existence d'approches sectorielles en matière de responsabilité des entreprises par des domaines comme ceux-ci: transports, gestion des déchets, chimie, eau, agriculture et foresterie, énergie, industries extractives, construction et

50 Les propositions sur le sujet qui seront présentées ont été coordonnées par le Professeur Trébulle lors du Rencontre de juristes à Limoges. Elles peuvent être consultées sur les sites suivants en anglais, en français et en portugais: < <http://www.cidce.org/>>, <<http://diretorio.fgv.br/recomendacoes-riomais20>>.

travaux publics, finance ; f) des partenariats et des réseaux liées au transfert de technologie entre les entreprises des différents États.

Parmi les obligations des États concernant la responsabilité des entreprises, une Convention pourrait prévoir les points suivants: “ a) prévoir des mesures de surveillance pour assurer l’efficacité de la responsabilité des entreprises sur le terrain ; b) informer et alerter le public ; c) s’assurer de l’existence et de l’efficacité de voies de recours adéquates et accessibles devant un juge national, permettant d’obtenir une réparation satisfaisante ; d) garantir un engagement de la responsabilité des entreprises dans au plan national, régional, et international; e) définir la responsabilité des entreprises comme une “ obligation de répondre tant de ses actions que de ses inactions pouvant, directement ou indirectement, causer des dommages graves à l’environnement, que ces dommages soient purement environnementaux ou se traduisent par des atteintes aux personnes ou aux biens, et de réparer les atteintes ainsi causées ” ; f) mettre à la disposition des entreprises les instruments nécessaires à la détermination des coûts écologiques ; g) favoriser des modes de consommation et de production respectueux de l’environnement et de la santé ; h) veiller à ce que les règles du droit de la concurrence garantissent la prise en compte des objectifs du développement durable ; i) définir le terme entreprise dans un sens large considérant toutes les entreprises, privées ou publiques, simples ou composées de plusieurs entités. En cas de pluralité d’entités, le terme “entreprise” doit se référer aux diverses entités et aussi aux entités sur leur sphère d’influence comme sur leurs relations commerciales avec leurs sous-traitants et fournisseurs ; j) mettre en place un cadre de recyclage permettant la récupération des matières premières dans des conditions respectueuses de l’environnement et de la santé des personnes et prévoir qu’il appartient à chaque opérateur de recyclage de s’assurer du respect de ces intérêts ; k) prendre des mesures appropriées pour assurer une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d’intimidation des témoins et des experts qui déposent concernant ces alertes sanitaires ou environnementales ; l) mettre en œuvre des achats publics durables par la présentation par les entreprises des démarches volontaires dans les domaines environnementaux, sociaux et de gouvernance, vérifiées par un organisme tiers indépendant qu’ils agréent ; m) travailler avec les institutions financières publiques et privés pour que les financements puissent prendre en

considération des critères de développement durable ; n) assurer que les institutions financières sont en train d'appliquer les critères les plus efficaces pour contribuer avec le développement durable"⁵¹.

Concernant les obligations des entreprises, les obligations qui devraient être soulignées sont: “ a) prévoir et réparer les atteintes à l'environnement résultant de leurs activités; b) utiliser les meilleurs standards pour la gestion qui intègre les objectifs économiques, sociaux et environnementaux; c) s'assurer de l'absence de défaillance sociale et environnementale dans leur chaîne d'approvisionnement et, le cas échéant, assister leurs partenaires pour les aider à y mettre fin ; d) évaluer les impacts de leurs actions et proposer des mesures d'accompagnement limitant, le cas échéant, les conséquences sur l'environnement et la santé de l'introduction sur un marché donné de produits; e) utiliser de manière rationnelle les ressources naturelles ; f) prévenir la production de déchets ; g) donner une préférence au recyclage, tant des résidus de production que des produits en fin de vie ; h) avoir l'obligation d'information et d'échanges avec les “parties prenantes”; i) intégrer dans les règles de comptabilité les informations pertinentes en matière sociale et environnementale, de manière accessible et intelligible; j) produire des rapports diffusés en matière de résultats économiques, sociaux et environnementaux ; k) élaborer un code de conduite préconisant les meilleures pratiques et l'action de rendre compte de son application ou expliquer pourquoi elles ne le font pas; l) donner accès aux salariés et aux représentants à l'ensemble des informations environnementales détenues par l'entreprise. Les entreprises doivent s'assurer que leurs salariés sont correctement formés aux questions liées au développement durable et notamment aux conséquences environnementales et sanitaires de leurs activités ; m) informer les consommateurs de ses produits ou services et du public une information sur l'impact environnemental et sanitaire de ces produits ou services ”⁵².

En ce qui concerne les obligations des institutions financières, publiques comme privées: 1) intégrer les objectifs du développement durable dans l'ensemble de leurs activités ; 2) communiquer aux États, aux organisations internationales et aux entreprises les critères de financement liés au développement durable qu'elles appliquent et dans quelle mesure elles les appliquent ou expliquer pourquoi elles n'en appliquent pas ; 3) réserver leurs financements

51 Les propositions sur le sujet qui seront présentées ont été coordonnées par le Professeur Trébulle lors du Rencontre de juristes à Limoges. Elles peuvent être consultées sur les sites suivants en anglais, en français et en portugais: <<http://www.cidce.org/>> ou <<http://diretorio.fgv.br/recomendacoes-riomais20>>.

52 Les propositions sur le sujet qui seront présentées ont été coordonnées par le Professeur Trébulle lors du Rencontre de juristes à Limoges. Elles peuvent être consultées sur les sites suivants en anglais, en français et en portugais: <<http://www.cidce.org/>>, <<http://diretorio.fgv.br/recomendacoes-riomais20>>.

à des activités intégrant de manière significative et vérifiable les objectifs du développement durable ; 4) déterminer les critères de sélection des projets financés de manière prédéterminée, claire et vérifiable et rendre compte de leur application annuellement.

Conclusion

Dans ce contexte, l'option pour une Convention sur le *Corporate Sustainability Reporting* permettra une plus grande transparence, un contrôle plus efficace et une organisation des informations liées au développement durable et à la responsabilité des entreprises. Des règles matérielles doivent être envisagées pour qu'un grand nombre d'entreprises soit concernées avec un rapport direct avec les contrôles réalisés par les États. En outre, la surveillance doit être institutionnalisée pour qu'un contrôle international, régional et national puisse exister. De cette manière un système global qui ne soit pas basé sur une Convention ne va pas résoudre le manque d'institutionnalisation du contrôle des informations. En revanche, l'option pour une Convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises est, sans comparaison, capable d'engendrer la mise en œuvre de plusieurs lacunes juridiques qui ne sont pas comblées ni dans le cadre international ni dans le cadre national.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES POR DAÑOS GRAVES AL MEDIO AMBIENTE¹

ANTONI PIGRAU SOLE²

1. La injusticia ambiental en el plano internacional, una realidad incontestable

El concepto de justicia ambiental fue acuñado en los Estados Unidos para hacer frente a la discriminación y a las desigualdades en la distribución de los beneficios y las cargas derivadas del desarrollo económico. Las principales manifestaciones de estas desigualdades eran la concentración en las comunidades habitadas por personas de raza negra y personas pobres del depósito de residuos peligrosos y productos químicos tóxicos o de la ubicación de vertederos o incineradoras de residuos y de las rutas para su transporte³. Para conseguir la justicia ambiental, en esta formulación, se requiere que todos gocen de un mismo nivel de protección frente a los riesgos para la salud y de un igual acceso a la participación en los procesos de adopción de decisiones relativos al medio ambiente.

La injusticia ambiental, entendida en estos términos, ha adquirido una dimensión agravada en perspectiva internacional, puesto que, en este plano, con frecuencia, las comunidades que asumen las cargas no solamente no participan

1 Este trabajo se basa en la investigación que se está llevando a cabo desde el *Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona* (CEDAT), tanto en el marco del Proyecto *Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade (EJOLT)*, VII Programa Marco Unión Europea, No FP7-SCIENCE-IN-SOCIETY-2010—1, como del proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “La garantía jurídica de la vertiente intrageneracional de la justicia ambiental como aspecto social del desarrollo sostenible”, ref. DER2010-19529. Y recoge algunas de las ideas expuestas en el informe elaborado por Antoni PIGRAU, Susana BORRÀS, Jordi JARIA y Antonio CARDESA; *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>.

2 Catedrático de Derecho Internacional Público y Director del CEDAT, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona

3 “Environmental justice challenges discrimination and disparities in the allocation of the benefits and burdens of economic development. It fights against the discriminatory practices of dumping hazardous waste and toxic chemicals and placinf waste disposals, incinerators, depots, and transportation routes in communities inhabited by people of color and poor people”, STEADY, Filomina Chioma, “Introduction”, en STEADY, Filomina Chioma (Ed.), *Environmental Justice in the New Millennium: Global Perspectives on Race, Ethnicity, and Human Rights*, Palgrave Macmillan, New York, 2009., pp. 1-2. “Environmental Justice is the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws, regulations, and policies.”; <http://www.epa.gov/environmentaljustice/index.html>.

de manera apreciable en los beneficios de la actividad económica que las genera, sino que carecen de cualquier ninguna capacidad para oponerse a los proyectos que se desarrollan junto a ellas pero que se deciden y se gestionan a miles de kilómetros de distancia⁴. Así encontramos, con frecuencia, por ejemplo, grandes proyectos hidroeléctricos que conviven con comunidades a las que no llega la luz eléctrica, o provechosas actividades de extracción de oro, diamantes o petróleo, en las tierras vecinas o incluso en las propias tierras de comunidades que viven en la pobreza extrema.

El acento en la participación en los beneficios derivados de las actividades económicas que causan un impacto al medio ambiente es un aspecto central de la noción de justicia ambiental, cuando ésta se plantea en un escenario internacional:

“The term ‘environmental injustice’ implies any undue or undeserved imposition of environmental harm on innocent bystanders who are not directly involved in the industry or market operation generating such harm. It also involves the failure to include minority communities in decisions concerning undesirable environmental outcomes of industrial activities posing potential threats to their livelihood, health, and well-being.”⁵.

Los impactos injustos de las actividades económicas desarrolladas en los países más empobrecidos se manifiestan en particular, en el plano ambiental, en la contaminación atmosférica en sus diversas formas, incluida la emisión de gases de efecto invernadero, la contaminación de suelos, ríos y mares, la deforestación, la pérdida de biodiversidad o la apropiación de los recursos genéticos y de los conocimientos asociados a ellos; y, en el plano social, entre otras, en las afectaciones a los derechos a la salud, la alimentación y la vida de las personas, en el proceso de apropiación de tierras ajenas, y en la destrucción de las formas de organización y de subsistencia tradicionales de las comunidades afectadas (muy especialmente las comunidades indígenas) y — en los casos más graves — en la vulneración de otros derechos humanos, como el derecho a la vida y a la integridad física o las libertades de expresión, de reunión o de asociación.

4 Al respecto, y en una que coincide en muchos puntos con las ideas aquí expuestas, EBBESSON, Jonas, “Piercing the state veil in pursuit of environmental justice”, en EBBESSON, Jonas; OKOWA, Phoebe (Eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 270-294.

5 ADEOLA, Francis O., “From colonialism to internal colonialism and crude socioenvironmental injustice: anatomy of violent conflicts in the Niger Delta of Nigeria”, en STEADY, Filomina Chioma (Ed.), *Environmental Justice in the New Millennium ...*, cit., pp. 148.

2. Un marco jurídico confortable para las empresas transnacionales (ETN): derechos sólidos y obligaciones débiles

La otra cara de la moneda la constituye el blindaje jurídico del que se benefician las grandes empresas transnacionales (ETN), en relación con sus responsabilidades por la vulneración de los derechos humanos y los daños graves al medio ambiente.

En términos generales, los Estados más industrializados no han tenido históricamente ningún interés en limitar las posibilidades de acción de sus ETN fuera de sus propias fronteras, como no lo habían tenido respecto de sus compañías comerciales durante el período de las colonizaciones de África, Asia o América. Ello explica las pautas del desarrollo de normas internacionales dirigidas, directa o indirectamente, a regular la actividad de las ETN: máxima exigencia en cuanto a la protección de las inversiones, a la liberalización del comercio internacional y a la eliminación de restricciones a su libertad de actuación pero enorme resistencia a crear obligaciones directas para las mismas. De esta manera estos Estados han mantenido una política de *dejar hacer*, en lo que se refiere a la actuación de esas MNC más allá de sus propias jurisdicciones nacionales⁶, eludiendo cualquier actividad de control de su comportamiento apoyándose en la ficción de que no es la empresa madre la que actúa, sino sus filiales, que poseen otras nacionalidades.

Una consecuencia fundamental de esa política ha sido la casi imposibilidad de hacer a las ETN directamente responsables de las violaciones de normas de Derecho Internacional que cometen, ordenan cometer o ayudan a cometer, puesto que la mediación del Estado ha hecho jurídicamente invisibles a las ETN en el ámbito del derecho internacional. En general, no se establecen obligaciones directas para las empresas y los Estados no se hacen responsables internacionalmente del comportamiento de los particulares, salvo cuando sea el propio comportamiento del Estado el que colabore en el incumplimiento de una obligación internacional que éste haya asumido.

En particular, en el ámbito penal internacional, las jurisdicciones establecidas solamente se ocupan de la responsabilidad penal de las personas físicas, lo que permite que las mismas, vinculadas o no a una ETN, puedan ser declaradas responsables a título individual de ciertas violaciones de los derechos humanos de especial gravedad, por ejemplo ante la jurisdicción de la Corte Penal Inter-

6 McCORQUODALE, Robert; SIMONS, Penelope, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", (2007) 70(4) *The Modern Law Review*, pp. 598-625.

nacional, siempre que se cumplan las condiciones previstas en su Estatuto, pero excluyen la persecución penal de la empresa misma.⁷

No obstante, desde la segunda mitad del siglo XX se han sucedido los intentos de formular un conjunto de obligaciones para las empresas desde el derecho internacional que sometieran a las ETN a ciertas reglas básicas de comportamiento en el desarrollo de su actividad económica:

En el seno de la ONU ha habido tres momentos significativos.

Los dos primeros se centraron en la elaboración de propuestas de textos jurídicos vinculantes:

- A través de la creación de la Comisión de Empresas Transnacionales en 1974, durante varios años, entre 1975 y 1983, se desarrollaron sin éxito, los trabajos dirigidos a la adopción de un “Código de Conducta de las Empresas Multinacionales”⁸.
- En lo que fue el último intento de adoptar un texto vinculante, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, aprobó, en 2003, las “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”, pero dicho texto no fue asumido por la Comisión de Derechos Humanos.⁹

El tercer momento, aunque no excluía el mismo enfoque, ha acabado eludiendo la formulación de normas internacionales vinculantes para las empresas y dando prioridad a los mecanismos de autoregulación voluntaria.¹⁰ La Comisi-

7 CLAPHAM, Andrew, “The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an international Criminal Court”, en KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.) *Liability of Multinational Corporations under International Law*, cit., pp. 139-195, en especial pp. 141-160.

8 Sobre esta iniciativa, véase NU, “Informe del Secretario General: Progresos realizados en la formulación de un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales”, Doc. E/C.10/1990/5, 29 enero 1990.; y “Draft Code of Conduct on Transnational Corporations”, UN doc. E/1990/94, 12 June 1990.

9 NU, Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 agosto 2003.

10 En este proceso, las propias empresas se han visto impelidas por distintos motivos a adoptar políticas de empresa sobre estos aspectos, vinculadas a medidas más o menos consecuentes según los casos, para rendir cuentas públicamente del impacto de sus actividades. Esta dinámica ha acabado por generar una serie de marcos colectivos de regulación de las empresas, auspiciados por distintas organizaciones y foros internacionales, que tienen en común que incluyen solamente a un número relativamente limitado de empresas, que no se basan en normas jurídicamente vinculantes para las empresas sino en compromisos voluntariamente asumidos, con vías de control variables y, en general, con escasas consecuencias en caso de incumplimiento. Entre los marcos generales de regulación voluntaria, los más significativos son tres: las “Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales”, adoptadas en 1976 y revisadas en distintas ocasiones, la última en 2011 (el texto en línea puede consultarse [acceso libre] en la web de la OCDE: <http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines>); la “Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social”, adoptada en 1977 en el seno de la OIT, y cuya

ón de Derechos Humanos — después Consejo de Derechos Humanos — abrió en 2006 un amplio proceso de debate de la mano del *Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, John Ruggie.

Para el Representante Especial: “Las actuales condiciones de permisividad en relación con las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas son producto de un desajuste entre las fuerzas económicas y la capacidad de gobernanza.”

Y lo ha descrito con estas palabras:

“En principio, son las autoridades públicas las que establecen las reglas en base a las cuales se desarrollan las actividades comerciales. Pero, en el plano nacional, algunos gobiernos pueden sencillamente ser incapaces de tomar medidas efectivas, tanto si existe la voluntad como si no. Y, en el escenario internacional, los propios Estados compiten por el acceso a los mercados y a las inversiones, de modo que los problemas de acción colectiva pueden limitar o impedir su actuación como “autoridad pública” de la comunidad internacional. Las personas y las comunidades más vulnerables son quienes pagan el precio más alto por este déficit de gobernanza.”¹¹

Por otra parte:

“Los Estados de origen de las empresas transnacionales pueden ser reacios a regular contra los perjuicios causados en el extranjero por estas empresas, porque el alcance permisible de la reglamentación nacional con efectos extraterritoriales sigue entendiéndose mal, o por la preocupación de que estas empresas puedan perder oportunidades de inversión o trasladar sus sedes.”¹²

última modificación es de 2006 (el texto de la Declaración tripartita en línea puede consultarse [acceso libre] en la web de la OIT http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf; OIT, Ginebra, Cuarta Edición 2006); y el *Global Compact*, auspiciado por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan, en 1999, (puede consultarse en línea [acceso libre] en la web: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>). Pueden verse distintas críticas a las limitaciones del enfoque de la regulación voluntaria en CLAPP, Jennifer; UTTING, Peter, “Corporate Responsibility, Accountability, and Law”, en UTTING, Peter, CLAPP, Jennifer (Eds.) *Corporate Accountability and Sustainable Development*, New Delhi, Oxford University Press, 2008, pp. 4-20; McNERNEY, Thomas, “Putting Regulation Before Responsibility: Towards Binding Norms of Corporate Social Responsibility”, *Cornell International Law Journal*, Winter, 2007, Vol.40, pp. 171-199.

- 11 Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John RUGGIE: “Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas”; NU; Doc. A/HRC/4/35, 19 de febrero de 2007, par. 82.
- 12 Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John RUGGIE: “Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008; NU, Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008), par.14.

Como es notorio, el marco jurídico propuesto por Ruggie para abordar la cuestión está basado en tres pilares: la obligación de proteger los derechos humanos por parte de los Estados; la obligación de respetar los derechos humanos por parte de las empresas; y la existencia de vías eficaces de reparación, tanto judiciales como no judiciales, y tanto en el marco del Estado de origen de la actividad como en el Estado de recepción de la misma¹³. El proceso ha culminado con la aprobación por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el 16 de junio de 2011¹⁴, del documento *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, propuesto en su informe final por John Ruggie¹⁵.

En relación con el primero de los pilares — la obligación de proteger los derechos humanos por parte de los Estados — el Representante Especial se ha referido a este fenómeno en el plano de las políticas como una doble incongruencia tanto en los Estados de origen (home state) como de los de acogida de las ETN (*host state*):

“La incongruencia “vertical”, cuando los gobiernos asumen compromisos en materia de derechos humanos sin tener en cuenta su aplicación; y la incongruencia “horizontal”, cuando los ministerios —por ejemplo los ministerios de comercio, fomento de las inversiones, desarrollo o relaciones exteriores— trabajan en contra de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y de los organismos encargados de cumplirlas.”¹⁶

13 “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos”; Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie; NU, Doc. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

14 Mediante la Resolución 17/4, “Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”. El Consejo ha creado también un Foro sobre las empresas y los derechos humanos y un Grupo de Trabajo formado por cinco expertos para dar continuidad a los trabajos en esta esfera.

15 “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”; Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie; NU, Consejo de Derechos Humanos; NU, Doc. A/HRC/17/31, 21 marzo 2011. Las grandes líneas de este documento son perfectamente aplicables al ámbito del medio ambiente a pesar de que las referencias expresas al mismo son mínimas. La relación entre el marco conceptual de Ruggie y el medio ambiente se ha llevado a cabo en un proyecto desarrollado para la Unión Europea por la Universidad de Edimburgo: AUGENSTEIN, Daniel, *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union*. Véase también el informe previo de MORGERA, Elisa, “Final Expert Report. Corporate Responsibility to Respect Human Rights in the Environmental Sphere”; y el de BOYLE, Alan, “Preliminary Draft Core Report: Human Rights & the Environment”; ambos disponibles [en línea] en la web de la Universidad de Edimburgo [libre acceso]: <http://www.law.ed.ac.uk/euenterpriseslf/documents/expertreports.aspx>.

16 Doc. A/HRC/4/35, 19 febrero 2007, par. 33.

Sin poder entrar aquí a fondo en la cuestión, este análisis parece incompleto. Existe una tercera incongruencia, que viene dada por la contradicción entre el discurso de derechos humanos del modelo de las Naciones Unidas y ese confortable marco jurídico para las ETN deliberadamente diseñado desde las políticas económicas de los Estados más poderosos, mediante las normas internacionales relativas a la protección de las inversiones y al comercio internacional¹⁷ y las políticas de privatización y desregulación impuestas por las instituciones financieras internacionales (en especial el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial), en el contexto de la crisis de la deuda externa de los países en desarrollo¹⁸; una incongruencia que afecta al corazón del modelo dominante de producción y consumo¹⁹ y que se basa justamente en un apoyo decidido e incondicionado de los Estados a sus respectivas ETN en la competencia por el acceso a los mercados, ciego hasta ahora a consideraciones ambientales o de derechos humanos.

El hecho de que estas consideraciones estén esencialmente ausentes del modelo propuesto por Ruggie tiene como consecuencia que no hay, en el mismo, ninguna mención a medidas que deban ser adoptadas en el plano internacional o desde el derecho internacional. En definitiva, se pone el acento en las obligaciones ya existentes del Estado, en especial el *host state*²⁰, y no se contempla ninguna obligación para las empresas o para los *home state*, respecto de ellas²¹.

17 SIMONS, Penelope, "International law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations of human rights", *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol.3, No1, March 2012, pp. 19-29.

18 Véase GEORGE, Susan, *The Debt Boomerang. How Third World Debt Harms Us All*, Pluto Press/TNI, London, 1992; PIGRAU, Antoni, "Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los derechos de los pueblos", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 29-30, 1995, pp. 139-175;

19 "... the root causes of corporate impunity for violations of human rights are deeply embedded in the international legal system. International law has been used progressively since colonial times to protect and facilitate foreign investment and trade activity while at the same time undermining the ability of Third World states to control and regulate transnational corporate actors. The policies and practice of international financial institutions have played a central role in this process. [...] During his tenure, the SRSG identifies certain aspects of this reality but failed to examine the deep structural roots of this problem. Ruggie's focus on state governance capacity, for example, did not lead to any meaningful consideration of the impact of the policies and practices of the World Bank and IMF, despite their important implications for human rights governance."; SIMONS, Penelope, "International law's invisible hand and the future ...", cit., pp. 35.

20 Salvo la referencia a los escenarios de conflicto; Doc. A/HRC/17/31, cit.

21 Como se deja claro en el preámbulo de los Principios: "En ningún caso debe interpretarse que estos Principios Rectores establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos."; Doc. A/HRC/17/31, cit. Véase la formulación de los distintos principios, en particular los correspondientes al deber del Estado de proteger los derechos humanos.

Y ese es un punto central, por cuanto dejarlo todo a merced de la voluntad de las empresas o de la capacidad de los *host state*, considerados uno a uno, nos devuelve al escenario de partida, ya conocido y poco novedoso: el del desajuste entre las fuerzas económicas y la capacidad de gobernanza descrito por el propio Ruggie, que no valora en su justa medida el poder económico y la capacidad de influencia política que han alcanzado las ETN; tan enormes que, desde fuera o incluso desde dentro de la estructura de los Estados, son capaces de imponer sus puntos de vista en las políticas públicas que marcan las reglas del juego económico tanto nacional como internacional. Una tendencia, por cierto, que parece haberse agravado con la crisis económica que afecta actualmente a las economías occidentales. Otro ejemplo preocupante, en este sentido, es la deriva voluntarista experimentada por la Comisión Europea al respecto²².

En resumen, jamás, por ahora, ha sido posible adoptar, a través de instrumentos internacionales, ningún cuerpo de normas obligatorias para las ETN. Y, en general, cabe afirmar que existe una completa falta de correlación entre la capacidad de incidencia negativa de las ETN, incluida en particular la capacidad de cometer o verse implicadas en la comisión de graves violaciones de normas de derecho internacional vigentes para los Estados y para las personas físicas y la posibilidad de hacer efectiva su responsabilidad civil o penal ante el Derecho internacional²³.

La realidad que se ha esbozado hace difícil, para las víctimas de la injusticia ambiental, encontrar instrumentos jurídicos viables en el ámbito internacional para exigir la responsabilidad de las ETN cuando de su actividad se derivan daños graves para el medio ambiente y para las personas.

Con independencia de que se adopte un enfoque más antropocéntrico, que integre el medio ambiente entre los derechos humanos o más ecocéntrico que ponga el acento en el medio ambiente sano como precondition de la vida

22 Véase al respecto el trabajo de WOUTERS, Jan y CHANET, Leen, "Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol.6, Spring, 2008, pp. 262-303, en especial pp. 272-281.

23 Con carácter general, entre la muy abundante bibliografía sobre la materia: MUCHLINSKI, Peter K., *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, Cambridge, 1995; KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIFI, Saman (Eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000; WALLACE, Cynthia Day, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, 2nd ed., The Hague, Martinus Nijhoff, 2003; FAFO, "Business and International Crimes: Assessing the Liability of Business Entities for Grave Violations of International Law", Oslo, Fafo-Report 467, 2004; MORGERA, Elisa, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; HERNANDEZ ZUBIZARRETA, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, 2009. También, el Informe de John Ruggie: "Las empresas y los derechos humanos: catálogo de las normas internacionales sobre responsabilidad y rendición de cuentas por actos cometidos por empresas"; Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos; Doc. A/HRC/4/35, 19 febrero 2007.

y de los demás derechos humanos²⁴, las conexiones entre medio ambiente y derechos humanos han sido señaladas en numerosos textos de distintas organizaciones internacionales y en las decisiones de distintos tribunales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos no judiciales internacionales²⁵, en relación con los derechos a la vida, a la salud o a la propiedad, entre otros. Y es esta confluencia de la agenda de medio ambiente y la de derechos humanos²⁶ la que ha permitido que ambos sectores del Derecho — tanto en el Derecho nacional como en el internacional — puedan ser utilizados por las víctimas en escenarios de graves daños al medio ambiente, tanto desde el punto de vista de las normas, como de las instituciones a las que cabe recurrir. Y ello tanto si nos referimos al *host state*, como al o a los *home state*²⁷.

-
- 24 Para una panorámica del debate sobre la relación entre derechos humanos y medio ambiente, véase BOSSELMANN, Klaus, “Human Rights and the Environment: Redefining Fundamental Principles?”, en: B. Gleeson and N. Low (eds.), *Governance for the Environment: Global Problems, Ethics and Democracy*, London, Palgrave, 2001, pp. 118-134; también: BOYLE, Alan, ‘Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment’ (2007) *Fordham Environmental Law Review* Vol XVIII, pp.471-511. Sobre la conexión entre desarrollo, derechos humanos y medio ambiente: “Los derechos humanos y el medio ambiente”, Informe final de la Relatora Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Sra. Fatma Zohra KSENTINI; Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 julio 1994, par. 54.
- 25 Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o los órganos de control establecidos por distintos convenios internacionales de protección de derechos humanos, especialmente el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales.
- 26 Que no supone una completa identidad o concordancia, como ha señalado S.J. ANAYA: *Environmentalism, Human Rights and Indigenous Peoples: A Tale of Converging and Diverging interests*, 7 *Buffalo Environmental law Journal*, Fall 1999 — Spring 2000, pp. 1-12. Sobre las diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el del medio ambiente, véase ORELLANA, Marcos A. “Derechos humanos y ambiente: desafíos para el sistema interamericano de derechos humanos”, nov. 2007; disponible [en línea] en la web de CIEL [libre acceso].: http://www.ciel.org/Publications/Morellana_DDHH_Nov07.pdf. Consultado el 16.02.2012.
- 27 En el informe mencionado en la nota 1 se ha llevado a cabo un primer análisis de algunos casos emblemáticos, en el marco de un proyecto que continuará en los próximos años. Los casos elegidos han sido los siguientes: el impacto de Shell en Nigeria; el impacto de Texaco/Chevron en Ecuador; el caso Trafigura en Costa de Marfil ; el impacto de Río Tinto en Bougainville, Papua Nueva Guinea; el impacto de Yanacocha en Perú; el impacto de las fumigaciones de Dyncorp para Colombia en Ecuador; el impacto del cambio climático sobre los Inuit; los efectos sobre los trabajadores de la minería de uranio en Namibia a través del caso Connelly; el impacto de Vedanta en la India, y la problemática de la tenencia de la tierra, los desplazamientos forzados y el cultivo de la palma africana en el Departamento del Chocó, en Colombia. Aunque las vías utilizadas por las víctimas en los casos de estudio incluyen el recurso a mecanismos previstos en el Derecho internacional, en los marcos de regulación de aceptación voluntaria, y a tribunales de opinión e incluso a la movilización de los accionistas, solamente se incluyeron en las siguientes páginas referencias al empleo en los casos citados, de instrumentos jurídicos en el derecho nacional del *host state* y a los instrumentos jurídicos en el derecho nacional del *home state*; PIGRAU, Antoni; BORRÁS, Susana; JARIA, Jordi; CARDESA, Antonio; *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>.

Pero, en su mayoría estas vías son complejas en su accesibilidad, limitadas en sus efectos y costosas para las víctimas en términos de tiempo, energía y dinero. Además el poder de las grandes ETN y de los Estados que las respaldan hace que esos intentos se enfrenten a notables y variadas dificultades²⁸.

3. Los obstáculos para la justicia ambiental ante los tribunales nacionales

Como se ha visto, de una parte el derecho internacional establece la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y su responsabilidad de controlar las actividades que se llevan a cabo en su territorio o bajo su jurisdicción; de otra parte las empresas tienen la obligación de respetar el marco jurídico nacional de los países en los que operan.²⁹

Por distintas razones el Estado puede tener dificultades en ejercer un control efectivo sobre las empresas, entre ellas, las dificultades para modificar las reglas del juego de la presencia de las ETN en su territorio, fijadas en textos jurídicos anteriores, ajenos a consideraciones ambientales o de derechos humanos y blindadas por el derecho mercantil internacional³⁰; las limitaciones en recursos humanos y materiales a la hora de supervisar el cumplimiento de la ley, una información insuficiente sobre la tecnología utilizada y los riesgos que

28 Peter UTTING se ha referido a esta dinámica contraponiendo, por una parte, la *subaltern legality* — expresión tomada de DE SOUZA SANTOS, Boaventura y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (eds.) *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 — that “involves efforts of the part of social groups and communities whose livelihoods, identity, rights and quality of life are negatively affected by states and corporations to use the existing legal apparatus to seek redress for injustice, and to participate in struggles and processes associated with accountability” y, por otra, la *hegemonic legality*, used “to refer to a variety of ways in which powerful actors, institutions, and discourses counteract or dilute the progressive potential of institutional and legal reforms, promote “soft” or normative alternatives to deflect harder ones, and assume leadership positions in reform movements”; “Social and Environmental Liabilities of Transnational Corporations. New Directions, Opportunities and Constraints”, en UTTING, Peter, CLAPP, Jennifer (Eds.) *Corporate Accountability and Sustainable Development*, cit., pp. 106 y 111.

29 En relación con las vías judiciales, el documento de Principios elaborado por John Ruggie incluye el siguiente principio: “26. Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.”; Doc. A/HRC/17/31, cit. Pero el propio comentario al mismo pone de relieve distintas dificultades que suscita la aplicación del mismo: “Muchos de estos obstáculos vienen dados o se ven agravados por las frecuentes desigualdades entre las partes de las causas de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular por lo que respecta a los recursos financieros, el acceso a la información y las competencias profesionales. Además, ya sea por discriminación activa o como consecuencia involuntaria de la estructura y funcionamiento de los mecanismos judiciales, las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación enfrentan a menudo obstáculos culturales, sociales, físicos y financieros adicionales para acceder a estos mecanismos, utilizarlos y aprovecharlos.”

30 SIMONS, Penelope, “International law’s invisible hand and the future ...”, cit., pp. 14-17.

comporta, o las dificultades para llegar a exigir responsabilidades a la empresa matriz, cuando ésta actúa a través de filiales con recursos limitados para hacer frente a sus responsabilidades³¹.

Y, por otra parte, algunos factores favorecen la autolimitación del Estado: el interés económico en recibir inversiones extranjeras y los ingresos que de ellas pueden derivarse; la propia implicación de los órganos estatales en los procesos de concesión de explotaciones o de autorización de actividades o el hecho frecuente de la participación económica del Estado directamente o a través de empresas públicas en la actividad económica concreta junto con la ETN extranjera³².

Además, en muchas ocasiones el marco jurídico es débil, incompleto o incoherente desde el punto de vista normativo³³; carece de un sistema de garantías administrativas o judiciales suficientes, la práctica de los tribunales es inconsistente o su operatividad está limitada por la ineficacia de la Administración o por escenarios estructurales de corrupción³⁴, lo que conlleva la incapacidad del sistema para dar una respuesta a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos o de daños causados al medio ambiente.

En los peores escenarios es la propia empresa la que goza de una capacidad de influencia tan grande que le permite nombrar funcionarios gubernamentales y participar en la redacción de sus propias regulaciones y en la definición de las políticas públicas, lo que hace ineficaz cualquier acción jurídica³⁵.

Y por supuesto, cuando se llega a obtener una efectiva protección judicial, las empresas tienen muy variados y poderosos recursos para hacer frente a los intentos de los Estados donde operan de controlar efectivamente su actividad³⁶: empezando por el derecho relativo a la protección de las inversiones o a la liberalización comercial y siguiendo por la capacidad de prolongar interminablemente los procedimientos judiciales, trasladándolos a distintos países, hasta la amenaza de la desinversión, pasando por la presión directa o indirecta a través

31 MORGERA, Elisa, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, cit. pp. 27-28.

32 *Ibid.*, pp. 28-29.

33 Como se manifiesta en el caso de Dyncorp en los tribunales de Colombia, el de Yanocha en Perú, o el de Vedanta en la India. Salvando las distancias, este aspecto también aparece en el caso Kivalina, en Estados Unidos. PIGRAU, Antoni; BORRÁS, Susana; JÀRIA, Jordi; CARDESA, Antonio, *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, cit., disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>

34 El caso del Chocó, en Colombia es especialmente ilustrativo en este sentido; pero también dan muestras de algunos de estos problemas los de Dyncorp ante los tribunales de Ecuador, Vedanta en la India, Shell en Nigeria o Trafigura en Costa de Marfil; *Ibid.*

35 Como es el caso de la influencia que llegó a tener Rio Tinto en Papúa Nueva Guinea; *Ibid.*

36 Aquí resulta paradigmático el caso de Texaco ante los tribunales ecuatorianos; *Ibid.*

de sus Estados de origen para favorecer cambios de política o de personas en los gobiernos de los Estados donde operan³⁷.

4. La virtualidad de las vías extraterritoriales de defensa de la justicia ambiental

El Sr. Ruggie abordó, en sus últimos informes, la cuestión de la posibilidad de actuación extraterritorial de los Estados de origen, en relación con las actividades de sus empresas en el extranjero³⁸:

Para el Representante Especial:

“Aunque aún no se ha determinado la dimensión extraterritorial del deber de protección de los Estados en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, cabe señalar que las orientaciones actuales no exigen a los Estados regular o juzgar las actividades extraterritoriales de las empresas registradas bajo su jurisdicción, pero tampoco se lo prohíbe, siempre que haya una base jurisdiccional reconocida y se satisfaga un criterio general de razonabilidad. Dentro de esos parámetros, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han alentado a los Estados a adoptar medidas para impedir las violaciones en el extranjero por empresas registradas bajo su jurisdicción y exigirles responsabilidades.”³⁹

Y efectivamente, sin entrar aquí en la discusión de si existe o no una obligación para los Estados de controlar las actividades de sus empresas en el extranjero, que probablemente debería conectarse con una relectura de la obligación de prevención bien establecida en relación con las prohibición de causar daños a otros Estados desde el territorio de un Estado o de espacios sometidos a su jurisdicción y con la deseable consolidación consuetudinaria de los derechos reconocidos en el Convenio de Aarhus de 1998⁴⁰, lo cierto es que son numerosas

37 JOSEPH, Sara, “An Overview of the Human Rights Accountability of Multinational Enterprises”, en ‘KAMMINGA, Menno; ZIA-ZAFIRI, Saman (Eds), *The Liability of Corporations in International Law*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 75-93.

38 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie: “Adición. Obligación de los Estados de facilitar el acceso a medios de reparación de las violaciones de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas: visión de conjunto de las disposiciones, las observaciones y las decisiones internacionales y regionales”; NU, Doc. A/HRC/11/13/Add.1, 15 de mayo de 2009, p.3.

39 El informe cita, en este punto, la “Observación general Nº 19”, NU, Doc. E/C.12/GC/19, párr. 54 (2008), en que se utiliza un lenguaje similar a observaciones generales anteriores del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

40 Véase SECK, Sara. L., “Home State Responsibility and Local Communities: The Case of Global Mining”, Symposium, Corporate Social Responsibility in the Extractive Industries: Yale Law School, March 8, 2008; *Yale Human Rights & Development Law Journal*, Vol. 11, 2008, pp. 177-206. La autora sostiene, en el ámbito de las empresas mineras canadienses que operan en el extranjero, que cualquier apoyo

las vías que permiten a los Estados llevar a cabo dicho control, en unos casos a través de medidas nacionales no jurisdiccionales, y en otros a través de vías de jurisdicción extraterritorial.

En el plano del Derecho administrativo, en un primer nivel, los Estados pueden crear un marco normativo que estimule y haga más fiable la aplicación de compromisos voluntarios: a través de medidas como los incentivos a las empresas que acrediten su cumplimiento; el establecimiento de un sistema de acreditación fiable del comportamiento de las empresas en relación con dichos compromisos voluntarios; la sanción en el marco de la publicidad engañosa para quienes aleguen el cumplimiento sin acreditarlo adecuadamente; o el establecimiento de etiquetas sociales que garanticen a consumidores, inversores y trabajadores el comportamiento acorde de la empresa con compromisos voluntariamente asumidos en materia de derechos humanos y medio ambiente. Por otra parte, los Estados pueden asegurarse que no apoyan con sus políticas o sus actos administrativos de ninguna manera a empresas que vulneran los derechos humanos o el medio ambiente en sus actividades. Hay ejemplos interesantes en la práctica internacional⁴¹. Pero la cuestión de fondo radicaría en articular los mecanismos legales para que el Estado exija a las empresas que cumplan en terceros países con los mismos estándares de protección del medio ambiente que se les exigen para las mismas actividades en el país en que tienen su sede principal y que asuman los costes de los daños causados al medio ambiente en los mismos términos.

En el plano del Derecho Penal, algunos convenios internacionales de protección ambiental han articulado la persecución de penal para ciertos comportamientos previstos en ellos en lo relativo al tráfico ilícito de residuos peligro-

del Estado a las mismas a través de mecanismos financieros, fondos de inversiones, agencias de crédito, apoyo comercial o las propias leyes aplicables a dichas empresas, debería estar sujeta a la acreditación del ejercicio de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia de las comunidades afectadas en el Estado donde se desarrolla la actividad minera.

41 Uno de ellos es el Norway's Sovereign Wealth Fund . Dicho Fondo público de inversiones cuenta con un Consejo de ética que analiza no el comportamiento de las empresas en sí, sino la posible complicidad de Noruega en actividades de las empresas consideradas como no éticas y recomienda no invertir en empresas que producen armas que a través de su uso normal pueden violar los principios humanitarios fundamentales, producen tabaco, o venden armas o material militar a determinados Estados, respecto de los cuales existen restricciones. Igualmente recomiendan retirar las inversiones cuando constatan la existencia de actos u omisiones que constituyen un riesgo inaceptable de que el Fondo contribuya a: Graves o sistemáticas violaciones de los derechos humanos, como el asesinato, la tortura, la privación de libertad, el trabajo forzoso, las peores formas de trabajo infantil y otras formas de explotación infantil; Graves violaciones de los derechos de los individuos en situaciones de guerra o de conflicto; Daños graves al medio ambiente; Corrupción grave, u Otras violaciones particularmente graves de normas éticas fundamentales. Al respecto, véase CHESTERMAN, Simon; "The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations-The Case of Norway's Sovereign Wealth Fund", *American University International Law Review*, Vol.23, 2008, pp. 577-615.

sos o de materiales nucleares o al comercio de especies protegidas, entre otros supuestos, lo que constituye una base para la persecución penal en los Estados Parte en dichos acuerdos. Pero en los países en que rige el principio “*Societas delinquere non potest*” no es posible exigir la responsabilidad penal directa de las empresas. Hay que dirigirse entonces contra las personas físicas con las complicaciones que eso puede conllevar. No obstante existe una clara tendencia internacional que empuja a favor del reconocimiento de la responsabilidad penal de las empresas. Esta tendencia ha sido impulsada, entre otras, por normas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000)⁴² o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de Octubre de 2003)⁴³; o europeas, como la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal⁴⁴.

Más allá de la responsabilidad penal de las empresas, dos son las vías principales que, en general, el derecho penal, contempla para dirigirse contra los responsables de una Empresa por sus actividades en el exterior: la jurisdicción universal, si no son nacionales del país que persigue y la personalidad activa, si tales responsables tienen la nacionalidad del mismo. Aunque depende exclusivamente de la legislación nacional y las leyes de algunos países permiten una y otra opción, la práctica internacional es mínima en cuanto a la responsabilidad penal extraterritorial en relación con daños graves al medio ambiente⁴⁵.

Las vías civiles suelen ser procedimientos lentos en los que caben múltiples recursos y que se prolongan durante años, especialmente cuando una de las partes es una gran ETN que dispone de recursos suficientes para contratar los servicios de grandes firmas de abogados. El desgaste psicológico y los costos económicos son obstáculos que pueden llegar a ser insalvables para los particulares demandantes. Solamente en los casos en que la gravedad de los hechos o la responsabilidad de la empresa son suficientemente visibles, el desgaste en la imagen de la empresa es también de tal grado que puede llevar a un escenario en que prefiera un arreglo económico entre las Partes antes que ir a juicio. Estas posibilidades de arreglo plantean a las víctimas la necesidad de elegir entre

42 Adoptada mediante la resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

43 Adoptada mediante la resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

44 DOUE 6.12.2008.

45 Merece ser destacado el caso *Trafigura* ante los tribunales de los Países Bajos, vinculado a la vulneración de las normas derivadas del Convenio de Basilea relativo a los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos; PIGRAU, Antoni; BORRÀS, Susana; JARIA, Jordi; CARDESA, Antonio, *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, cit., disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>

seguir buscando una condena completa y una eventual reparación más elevada y acorde con los daños, a costa de proseguir con las cargas del litigio, o zanjar el asunto a costa de aceptar una reparación tal vez menor a la que obtendrían y aceptar las condiciones de la empresa respecto de la liberación formal de responsabilidades⁴⁶.

En el seno de la Unión Europea, en el ámbito del derecho civil y mercantil, el Parlamento Europeo, en su “Resolución sobre Responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación”, de 13 de marzo de 2007, ya había pedido a la Comisión “que controle la aplicación de la responsabilidad directa extranjera de conformidad con la Convención de Bruselas, y la aplicación de la Directiva 84/450/CEE sobre la publicidad engañosa y de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales con el fin de adherir a las empresas a sus códigos de conducta voluntarios en materia de RSE”

Y es que, en efecto, el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷, dispone que “las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado” (artículo 2) y que “las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro” (artículo 5). Ello incluye claramente a las personas jurídicas y, por otra parte, nada se dice en cuanto a la nacionalidad o el lugar de residencia del demandante⁴⁸.

Existen, por tanto vías, civiles abiertas en el seno de la Unión Europea, a pesar de que al parecer son todavía pocos los casos en que han sido utilizadas. Entre ellos se han planteado distintos litigios con fundamento extraterritorial ante los tribunales de los Países Bajos⁴⁹ y del Reino Unido⁵⁰.

46 Como ha sucedido en los casos Trafigura, en el Reino Unido, y Wiwa/Shell en Estados Unidos; *Ibid.*

47 DOUE, serie L, núm. 12, de 16 de enero.

48 Además ya no es aplicable la doctrina del *forum non conveniens* ya que el TJCE ha considerado que una discrecionalidad excesiva es incompatible con la previsibilidad que deben tener las normas de jurisdicción y que los acusados están mejor defendidos en la jurisdicción de su domicilio. El Tribunal estableció que la aplicación del *forum non conveniens* en las acciones iniciadas en contra de demandados domiciliados en la UE, donde la jurisdicción alternativa esté en un país fuera de la UE, no era compatible con la normativa europea sobre la competencia judicial; Case C-281/02, *Andrew Owusu v N.B. Jackson, trading as 'Villa Holidays Bal-Inn Villas' and Others* (Reference for a preliminary ruling from the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division)); Judgment of the Court (Grand Chamber), 1 March 2005.

49 Son relevantes los procedimientos abiertos por las demandas de 2008 contra *Shell Development Company Petroleum (SPDC)* de Nigeria ante el Tribunal de Distrito de La Haya, PIGRAU, Antoni; BORRÁS, Susana; JARIA, Jordi; CARDESA, Antonio, *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, cit., disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>.

50 Entre otros procedimientos, los relativos a los efectos de la minería de uranio sobre la salud de distintos trabajadores de Río Tinto en Namibia y al caso Trafigura; *Ibid.*

En Estados Unidos se han suscitado también algunos litigios civiles con base extraterritorial relativos a daños graves para el medio ambiente. Ello se debe a dos razones principales. Es el Estado donde todavía se concentran la mayor parte de las mayores ETN. Y allí se dispone de un instrumento como es la *Alien Tort Claims Act* (ATCA), que permite demandar, en la vía civil, a los causantes, fuera de Estados Unidos, de violaciones de ciertas normas internacionales⁵¹. No obstante la vía del ATCA no está exenta de dificultades que se pueden agrupar en dos categorías. En primer lugar los requisitos básicos para la admisibilidad del asunto, entre los que es especialmente importante el fundamento material de la demanda y, en segundo lugar, la existencia de una serie de posibles excepciones que pueden llevar a que el asunto sea rechazado de manera discrecional por el Juez, sin llegar a entrar en el fondo. En la gran mayoría de demandas planteadas contra empresas en el marco de la ATCA, hasta ahora, o bien no se ha llegado a entrar en el análisis de la responsabilidad, por distintos motivos, o bien ha sido desestimada en el caso concreto. En todo caso, los asuntos en los que se ha alegado la vulneración de normas internacionales de protección del medio ambiente por parte de empresas multinacionales son todavía muy escasos⁵².

Por otra parte, como consecuencia de la decisión de 17 de septiembre de 2010, de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, contraria a la posibilidad de demandar a las empresas en el marco del ATCA, este asunto ha llegado en apelación ante la Corte Suprema⁵³. A la espera de su decisión, el acceso a los tribunales de los Estados Unidos a través del ATCA sigue abierto. Si la decisión es favorable a la posibilidad de continuar demandando a las empresas el problema de fondo se situará especialmente, más allá de las alegaciones por complicidad con violaciones de otras normas internacionales, en conseguir que la

51 PIGRAU SOLÉ, A , “La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente: explorando la vía de la Alien Tort Claims Act”, en BADIA MARTÍ, A.; PIGRAU SOLÉ, A.; OLESTI RAYO, A. (Coords.), *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009; pp. 517-569.

52 Pero esta vía ha sido utilizada, entre otros, en: Texaco en Ecuador; DynCorp en Ecuador; Río Tinto, en Papúa Nueva Guinea (en el que, por primera vez, una Corte federal en Estados Unidos admite que una norma ambiental puede fundamentar una demanda en el marco del ATCA por tener la consideración de derecho consuetudinario); y las demandas contra Shell en los casos Wiwa y Kiobel.; PIGRAU, Antoni; BORRÁS, Susana; JARIA, Jordi; CARDESA, Antonio, *Legal Tools for Environmental Justice Organizations*, cit., disponible [en línea] en <http://www.ejolt.org>.

53 De hecho la Corte de Apelación del Segundo Circuito es la única entre las Cortes de Apelación que ha aplicado este criterio. Antes y después de la decisión de la Corte de Apelaciones de Nueva York, por lo menos otras tres Cortes de Apelaciones se han pronunciado en sentido contrario afirmando la aplicabilidad del ATCA a las empresas. La trascendencia de la decisión de la Corte Suprema para el futuro de la aplicabilidad del ATCA a las empresas puede ser enorme.

prohibición de causar daños graves al medio llegue a ser considerada por los tribunales de los Estados Unidos como una norma protegible a través del ATCA⁵⁴.

Por tanto, los principales factores pertinentes a los efectos de evaluar las posibilidades de acción jurídica en el *home state* son su legislación nacional, en lo que se refiere a las distintas vías de acción; a la existencia o no de un alcance extraterritorial de las normas nacionales y a la existencia o no de una jurisdicción extraterritorial de los tribunales de ese país⁵⁵; así como el contenido de los compromisos internacionales que ha asumido, incluida su plasmación en el derecho nacional. Por eso, como lo muestran los casos de Estados Unidos, Reino Unido y Países Bajos, dichas posibilidades varían de un Estado a otro.

5. Consideraciones finales

En la práctica, las víctimas de graves daños sobre el medio ambiente y las organizaciones de justicia ambiental (EJO) que les dan apoyo, combinan todo tipo de vías políticas y jurídicas, nacionales e internacionales, territoriales y extraterritoriales, para encontrar formas eficaces de hacer efectiva la responsabilidad de los autores de graves daños ambientales. Y efectivamente ésta parece ser la mejor forma de actuar.

Las vías existentes son muy diversas, cada una con sus ventajas e inconvenientes, aunque todas ellas comportan un grado de dificultad elevado y requieren períodos de tiempo considerables. Otros factores, tales como cual es el Estado en el que se ha producido el daño (*host State*) y cual el Estado en que tiene su sede principal la empresa (*home State*), el tipo de problema ambiental, el tipo de actividad y la identidad de la empresa o empresas implicadas, o la manera en que la empresa o empresas han accedido a los recursos naturales, hacen que cada caso tenga sus particularidades que hacen más viables unas vías u otras.

Pero en este ámbito, las lagunas del Derecho internacional se hacen cada vez más insoportables. En un planeta con algunos recursos cada vez más limitados y una enorme proporción de la población mundial sin capacidad para

54 Ello puede venir por dos vías: la primera es que se considere incluida en la categoría de *ius cogens*, las únicas atribuibles a autores no estatales; la segunda porque se acabe aceptando, contra la jurisprudencia anterior que, aún no tratándose de la vulneración de normas de *ius cogens*, los daños al medio ambiente no requieren necesariamente un autor estatal, sino que, por el contrario, una tendencia apreciable en el derecho internacional convencional del medio ambiente en materia de responsabilidad es la de repercutir los costos de los daños a los operadores concretos, públicos o privados, que los causen, de acuerdo con el principio quien contamina paga, en la medida en que ellos son los que suelen causarlos.

55 Al respecto, véase: ZERK, Jennifer A., 2010. "Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas." *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59*. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University.

poder cubrir sus necesidades básicas no es posible por más tiempo mantener al margen de la ley a los principales actores económicos. La predominante irresponsabilidad de las ETN ante los daños que causan al medio ambiente es reflejo de la falta de responsabilidad y de compromiso de los Estados que las apoyan ciegamente, en relación con la sostenibilidad del Planeta y con la justicia que requieren las personas de las generaciones presentes.

4) BIODIVERSIDADE

QUELLE STRATÉGIE POUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE ET LA PROTECTION FONCIÈRE DES ESPACES NATURELS ET RURAUX DE LA PLANÈTE?

MICHEL DUROUSSEAU¹

Resume

Les acquisitions massives de terres dans plusieurs régions du monde aggravent encore une situation déjà critique pour la diversité biologique. Elles constituent une facette spectaculaire des facteurs en cause dans la destruction et la dégradation des habitats naturels. Insuffisamment pris en compte par les politiques internationales d'aide au développement et à l'alimentation, peu ou insuffisamment intégré dans les politiques internationales en faveur de la protection de la biodiversité, ce processus de concentration des terres est encore trop peu suivi et documenté sur une base scientifique. Parallèlement, on assiste à l'apparition de phénomènes insidieux comme le changement d'affectation des sols indirect et le double impact pour les espaces naturels. Les droits nationaux fonciers, ainsi que les pratiques coutumières, sont le plus souvent démunis face à la mondialisation de ces pratiques. Seule une prise de conscience au niveau mondial est susceptible d'inverser cette tendance. C'est pourquoi une série de recommandations d'ordre juridique a été formulée à l'intention de la Conférence Rio + 20, dans la perspective de l'adoption d'un Protocole pour la protection foncière des espaces naturels et ruraux de la planète.

Summary

The massive land acquisitions and their allocation for agriculture, forestry, energy or mining in several parts of the world exacerbate an already critical situation for biological diversity. They are a spectacular face of the factors involved in the destruction and degradation of natural habitats. This process of land concentration is still not followed and documented on a scientific basis, not sufficiently taken into account by the international policy of development and food assistance, not or insufficiently in-

¹ Directeur du Conservatoire d'Espaces Naturels Alsace, Vice-président de la Société Française pour le Droit de l'Environnement, Expert-associé au Centre du Droit de l'Environnement de l'Université de Strasbourg (France)

tegrated into the international policies for the protection of biodiversity. At the same time, insidious problems like the change in indirect use of lands and double impact on natural areas are emerging. National land laws and customary practices are often helpless about the globalization of these practices. Only a globally awareness can reverse this trend. Therefore a series of legal recommendations was formulated for the Rio + 20 Conference, with a view to the adoption of a Protocol for the land protection of natural and rural areas of the planet.

Introduction

De nombreux chercheurs et praticiens du droit, des ONG et des personnalités de tous horizons ont déjà signé l'Appel de Limoges². Dans la perspective de la tenue de la conférence Rio+20, cette plate-forme présente toute une série de mesures d'ordre juridique destinées à améliorer concrètement la prise en compte de la protection de l'environnement à l'échelle internationale. Parmi ces mesures figure l'objectif de l'adoption d'un *Protocole pour la diversité biologique et la protection foncière des espaces naturels et ruraux de la planète*. Alors que les indicateurs de la biodiversité mondiale sont toujours dans le rouge, qu'advient-il de cette proposition? La conférence Rio+20 privilégie certes le verdissement de l'économie mondiale, mais en inscrivant du coup la biodiversité dans les comptes annexes au bilan. Si à Johannesburg un chef d'Etat pouvait affirmer avec force que " Notre maison brûle et nous regardons ailleurs " ³, cette déclaration n'a guère eu de suites dans les faits et plus que jamais les vues à court terme prennent le pas sur les considérations à long terme.

Dans le monde, 19 000 espèces dans le monde sont menacées d'extinction⁴. En Europe, plus de 500 km² d'espaces naturels sont imperméabilisés chaque année, c'est-à-dire recouverts de macadam ou de béton, soit près de 400 m² par habitant. Dans le même temps, l'érosion de la diversité biologique se poursuit au niveau mondial, en dépit des diverses mesures mises en œuvre par les Etats et des programmes soutenus par les organisations internationales. Les atteintes répétées aux habitats naturels (destructions, dégradations) constituent l'une des causes majeures de ce recul. Trois facteurs principaux sont en présence: la fragmentation des milieux, la régression de leurs superficies, leurs dysfonctionnements. Il faut ajouter à ce registre les acquisitions massives et les locations de

2 3^{ème} Réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement organisée par le Centre International de Droit Comparé de l'Environnement, Limoges 29-30 sept. et 1^{er} oct. 2011 www.cidce.org

3 J. Chirac, 2002, discours à l'assemblée plénière du Sommet de la Terre, à Johannesburg

4 UICN, 2011, Liste rouge des espèces menacées

terres arables et de forêts dans les pays émergents. Cette pratique déjà ancienne connaît une brusque augmentation depuis les années 2000, atteignant des volumes jamais constatés auparavant, de l'ordre de plusieurs centaines de milliers d'hectares par an. Les transactions sur les seules terres agricoles ont porté sur 45 millions d'hectares en 2009, soit 10 fois plus que ce qui a été enregistré en moyenne dans le courant de la décennie passée⁵.

En 1992, la Convention sur la diversité biologique (CDB) avait pour ambition de parvenir à stopper l'érosion de la biodiversité au niveau mondial. Mais 20 ans plus tard, les indicateurs mondiaux montrent que cet objectif n'a pas été atteint. Après avoir pris la mesure de l'ampleur des mouvements fonciers dans le monde et de la pression exercée tant sur les milieux naturels que sur les terres (I), on présentera les solutions envisageables au plan international pour parvenir à réguler le phénomène et si possible inverser la tendance, en insistant sur la dimension stratégique caractérisant cette initiative (II).

I. Course aux terres: complexification socio-économique, simplification écologique

Il faut nécessairement clarifier les termes du débat et impérativement compléter le niveau de nos connaissances. En effet, il ne s'agit plus de considérer classiquement des milieux naturels en tant qu'unités de biodiversité " impactées " par un ouvrage ou par un aménagement, ou concernées par l'évaluation environnementale d'un plan ou d'un programme. On se trouve ici en présence d'un décompte net, c'est-à-dire de superficies soustraites aux espaces naturels et aux espaces ruraux⁶. Il s'agit d'un phénomène bien réel identifié par la communauté internationale, la communauté scientifique, les ONG et dans certains cas par les acteurs fonciers eux-mêmes. Déforestations à grande échelle, industries minières, cultures d'agrocarburants, submersions de régions entières par des barrages, artificialisation des sols: la liste est longue. Depuis une décennie, on assiste à un phénomène d'acquisition ou de locations de régions entières par des groupes industriels ou/et par des fonds d'investissement, quand ce n'est pas à l'initiative des gouvernements étrangers eux-mêmes. Pour bien comprendre l'ampleur encore insoupçonnée du problème, il convient d'avoir à l'esprit les caractéristiques des grands systèmes de comptes. Ces derniers quantifient la

5 Banque mondiale, Rapport 2010

6 Autrefois désignés par l'appellation générique " la campagne " par opposition à la ville, les espaces ruraux se composent le plus souvent d'entités semi-naturelles ou naturelles où les populations sont structurées autour de petites communautés, de villages et le cas échéant de villes moyennes. Si les activités agricoles ou forestières occupent généralement une superficie importante, d'autres activités économiques cohabitent dans ces espaces (tourisme, artisanat, petites et moyennes industries, pêche, services,...)

consommation de l'espace principalement selon deux approches: l'observation spatiale et physique de la couverture des sols d'une part; d'autre part la connaissance des mouvements fonciers des terres. Celles-ci sont préalablement zonées par l'urbanisme planificateur et préalablement classées selon leur affectation: terres urbanisables, forêts, terres agricoles elles mêmes subdivisées en prairies, cultures, vignes, landes,... La première approche permet de mesurer avec précision l'évolution des surfaces forestières ou des cultures, notamment sur de grandes superficies, au moyen de techniques avancées comme l'information géographique et la télédétection. La seconde agrège des données issues de la planification urbanistique ainsi que les données du marché foncier, notamment les ventes de terres. Or, ces approches, pour nécessaires qu'elles soient, ne permettent pas à elles seules d'appréhender trois critères écosystémiques fondamentaux: le statut des espèces de la flore et de la faune sauvages, l'état de conservation de leurs habitats, la fonctionnalité des écosystèmes. Peu à peu, des systèmes régionaux de comptabilisation et d'évaluation des habitats voient le jour⁷, notamment en Europe avec le réseau des sites Natura 2000 — à ce jour le plus vaste au monde avec 27 000 sites couvrant 18% du territoire européen, hors réseau des zones maritimes dont la désignation ne sera achevée en principe qu'en 2012 —. Mais ceci reste encore une exception au plan mondial.

L'urgence d'une définition scientifique. Si la distinction s'établit assez aisément entre les terres agricoles et les forêts⁸, il règne en revanche une confusion quasi-systématique entre les terres agricoles et les espaces naturels. Les statistiques sont trompeuses: ainsi les données sur la diminution des terres agricoles ne fournissent pas à elles seules une information pertinente sur la perte de la diversité biologique des prairies humides. La distinction traditionnelle se trouve aujourd'hui dans une triple impasse. Impasse juridique d'abord, car le principe de spécialité empêche la prise en compte de la transversalité de la diversité biologique. Impasse socio-économique ensuite, car elle ne prend pas en compte la distribution équitable des terres arables, la situation des populations les plus démunies, l'accès aux ressources naturelles comme l'eau, les situations de famine, la crise alimentaire. Impasse écologique enfin, car la perte de biodiversité n'est qu'un symptôme visible de la dégradation accélérée des écosystèmes

7 Sur les résultats de l'évaluation de l'état de conservation des habitats naturels et des espèces, voir notamment " La Biodiversité remarquable en France : résultats de la première évaluation des habitats et espèces d'intérêt communautaire ", bibl. citée

8 Les termes " forêt ", " boisement ", " reboisement " : voir notamment les définitions proposées par l'Agence européenne de l'environnement et la définition basée sur des seuils en rapport avec l'utilisation des terres, le changement d'affectation des terres et la foresterie (UCAFT) issue des Accords de Marrakech adoptés à la septième Conférence des Parties (2011) à la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique (CCNUCC)

terrestres et marins, lesquels sont également confrontés à d'autres phénomènes comme le changement climatique, l'impact des pollutions, la crise de l'eau. Au niveau international et dans les grands comptes nationaux de la biodiversité, ne devrait-on pas privilégier dorénavant le critère de l'habitat naturel et le critère de l'espèce? A cet égard, le système mis en place en Europe par la directive Habitats du 21 mai 1992⁹, offre des perspectives intéressantes et cohérentes avec l'article 2 de la CDB qui donne une définition large de la diversité des espèces incluant la diversité des écosystèmes.

La mer, grande absente du débat global foncier, n'en est pas moins concernée au premier chef, du fait de la multiplication des exploitations offshore, de l'attribution de nouveaux périmètres pour l'exploration et la prospection pétrolière et de l'exploitation minière en grande profondeur des minerais et des gisements de terres rares¹⁰. Les experts redoutent désormais à terme un effondrement des écosystèmes marins du fait du réchauffement, de l'acidification des mers et des pollutions¹¹.

La crise du droit foncier. Dans les droits nationaux, il existe déjà une large panoplie d'outils d'intervention spécifiques au foncier. Elle comprend notamment les droits de préemption¹², la réglementation des marchés, les modalités de cession du foncier, les mécanismes de régulation mis en place par les Etats¹³, les systèmes de comptabilisation et les observatoires du foncier. Toute-

9 Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages

10 En 2011, le gouvernement de Papouasie-Nouvelle Guinée a accordé une concession minière sous-marine pour l'exploitation de gisements de cuivre et d'or par 1600 mètres de fond ; des recherches ont lieu également au Japon, à Wallis-et-Futuna

11 Conclusions du colloque organisé par l'UICN et IPSO publiées le 21 juin 2011

12 Ainsi le droit français fait-il cohabiter différents dispositifs spécifiques d'intervention foncière, non exclusifs des formes d'acquisition amiable. *Foncier urbain, aménagement et développement durable* : la commune peut instaurer et exercer un droit de préemption urbain (DPU) ; les collectivités locales et leurs groupements sont habilités à créer un établissement public foncier local (EPFL) ; l'Etat peut créer des établissements publics fonciers et des établissements publics d'aménagement. *Foncier agricole* : faculté pour des établissements de droit privé mais dotés de prérogatives de puissance publique, les SAFER, de faire usage de leur droit de préemption ; depuis une loi de 2005, les Départements peuvent également mettre en œuvre une politique de protection et de mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains, créer un périmètre et exercer un droit de préemption spécial. *Foncier naturel* : le Conservatoire du Littoral et des Rivages Lacustres, établissement public administratif sous tutelle du ministère de l'écologie, peut faire usage de son droit de préemption; les Départements peuvent instaurer des périmètres au titre de la législation sur les espaces naturels sensibles (ENS) pour y mener des acquisitions foncières en vue de la protection des milieux naturels et de leur ouverture au public, instaurer une taxe départementale spécifique affectée à cette forme de protection et exercer un droit de préemption spécial. Depuis l'adoption de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II, la reconnaissance de l'action des Conservatoires Régionaux d'Espaces Naturels est désormais inscrite dans le code de l'environnement sans que des moyens d'intervention spécifiques ne leur soient attribués.

13 Confrontée à un niveau persistant de régression des terres agricoles, la France s'est dotée au plan national d'un outil spécialisé, l'Observatoire de la consommation des espaces agricoles ainsi que - au plan local

fois, ces moyens ne sauraient à eux seuls résoudre la crise de la biodiversité ni même l'endiguer de manière efficace, que ce soit au plan régional ou au niveau mondial. De la même manière, les politiques publiques en faveur de la biodiversité sont condamnées à rester peu efficaces si elles n'intègrent pas une large palette de mesures compatibles entre elles, c'est-à-dire des mesures réglementaires (protection des espèces, aires protégées), des mesures incitatives (aides publiques, fiscalité positive, ...) ainsi que des mesures foncières spécifiques à l'objectif de la protection physique des espaces naturels et des espèces sauvages. Dans différents pays, la législation nationale relative au foncier n'a pas empêché les acquisitions à grande échelle par des investisseurs non-nationaux, souvent au détriment des communautés rurales¹⁴.

Les facteurs aggravants. Sont en cause principalement, l'augmentation de la démographie mondiale, le développement de l'urbanisme, du logement, des zones et des infrastructures d'activités, la réalisation de nouvelles infrastructures de communication, le poids grandissant des pays comme la Chine et l'Inde qui représentent la plus grande part de la demande mondiale de matières premières et d'énergie, mais aussi la phase de raréfaction du pétrole et l'envolée des prix des énergies.

La mondialisation des marchés fonciers. Selon la Banque mondiale¹⁵, 56 millions d'hectares, soit près de deux fois la superficie de l'Italie, ont fait l'objet de négociations sur la période 2008-2009. International Land Coalition évoque 80 millions d'hectares depuis 2011. Egalement en 2011, le projet Land Matrix Partnership citait le nombre de 227 millions d'hectares échangés ou en cours de transaction à des fins agricoles, minières, forestières ou touristiques. A l'occasion de la mise en service d'un nouveau site internet entièrement dédié aux transactions foncières à des fins agricoles, le rapport Land Matrix recense 1217 transactions internationales réalisées ou en cours depuis 2000 concernant 83, 2 millions d'hectares¹⁶. Dans les faits, on constate une vague d'acquisitions d'une ampleur sans précédent, dont les médias se font principalement l'écho (voir bibl. citée). De nombreuses études consacrées à l'accès au foncier, au droit à l'alimentation, et aux transactions foncières ont permis de mettre en éviden-

- d'une instance consultative spécifique en matière de suivi des mutations du foncier agricole. Dans chaque département, une commission de la consommation des espaces agricoles peut être consultée sur les questions relatives à la régression des surfaces agricoles et sur les moyens contribuant à la diminution de la consommation de ces surfaces. Elle émet un avis sur certaines procédures et autorisations d'urbanisme

14 Une illustration intéressante est apportée par l'analyse de la loi sur le domaine national, qui a instauré en 1964 le régime de la domanialité des terres au Sénégal mais qui demeure une législation peu connue et mal appliquée, voir Faye, I.M., et autres, bibl. citée

15 Rapport 2010, Banque mondiale

16 Land Matrix 2012, bibl. cit.

ce que les effets conjugués de la mondialisation des marchés fonciers et des acquisitions massives de terres accentuaient les phénomènes de concentration des terres agricoles, la déforestation et la paupérisation des populations locales. L'International Land Coalition¹⁷ préconise la mise en œuvre de diverses recommandations, essentiellement sous la forme d'un code de bonne conduite pour les investisseurs et les gouvernements hôtes et l'édition de lignes directrices relatives à l'aménagement foncier¹⁸. Ses travaux tentent de démystifier dix clichés que l'on rencontre fréquemment, depuis le mythe des terres en friche jusqu'au pseudo " accaparement " des terres. Elle a également formulé une série de réponses sous la forme de recommandations¹⁹. On retiendra principalement que la plupart des acquisitions massives de terres s'effectuent dans un cadre légal et que des réponses adaptées aux enjeux du foncier agricole sont parfaitement envisageables dans un contexte régional. Plus récemment, des travaux de grande ampleur ont dressé un tableau particulièrement préoccupant de l'ampleur de ces mouvements dans le monde et de leurs conséquences²⁰ ainsi que du bilan économique, social et environnemental des stratégies foncières développées par les grands investisseurs²¹.

Toutefois, et c'est là sans doute une limite inhérente à l'approche sectorielle de type agricole ou forestière, les conséquences sur la diversité biologique — si elles sont évoquées en termes généraux— sont rarement mesurées avec autant de précision. On constate globalement que les liens entre les mouvements fonciers et la biodiversité ne font pas l'objet d'un effort scientifique, statistique, socio-économique et juridique, de la même ampleur de la part des institutions. C'est symptomatique.

Le rôle irremplaçable des lanceurs d'alerte²². Sur la période 2010-2011, les ONG et les médias ainsi que les chercheurs ont recensé des phénomènes de concentration au Guatemala dans l'agriculture industrielle de l'huile de palme, au Brésil dans la canne à sucre, en Ukraine pour le blé, en Ethiopie pour la production de riz, maïs, canne à sucre et oléagineux pour le marché saoudien (10 000 ha loués pour un loyer annuel de 1, 20 euros/ha), en Afrique

17 Cette plate-forme regroupe plus d'une centaine d'organisations issues de la société civile, des agences intergouvernementales, des institutions multilatérales ou des autorités gouvernementales

18 Voir International Land Coalition, *Strategic Framework 2011-2015*

19 Voir les 6 recommandations formulées par l'ILC, *ibid.* citée

20 ILC, *Land rights and the rush for land : finding of the global commercial pressures on land research project* ; GRAIN, *Ampleur de l'accaparement des terres par des intérêts étrangers pour la production alimentaire : surfaces des terres agricoles vendues ou louées dans quelques pays*, *ibid.* citée

21 GRAIN, *Les fonds de pension : des acteurs clés dans l'accaparement mondial des terres agricoles*, *ibid.* citée

22 Sur la reconnaissance encore incomplète au plan juridique de l'action des lanceurs d'alerte, voir Prieur, M., *ibid.* citée

pour les palmeraies, en Ethiopie et au Kenya pour la production horticole. Dans d'autres pays du Sud, des fonds d'investissement ont mis sur pied un fond spéculatif agricole de 300 millions de dollars dont 30 millions dédiés à l'acquisition de terres. Il existe aussi des projets de cultures d'agrocarburants en Afrique subsaharienne sur 1, 5 millions d'hectares, au Brésil pour la production d'agrocarburants à partir de canne à sucre sur les terres indiennes, au Mali, en Guinée et au Sénégal pour la production d'agrocarburants (900 000 hectares acquis par un seul groupe), à Madagascar également pour la production d'agrocarburants (450 000 hectares acquis), au Soudan pour l'exploitation de " toutes les ressources de la terre " une société a conclu un bail d'une durée de 49 ans pour 60 000 hectares et pour un montant de 17 400 euros.

Les Etats eux-mêmes procèdent à des investissements colossaux. L'Arabie Saoudite serait en train d'investir de 250 millions à 1 milliard de dollars sur les 5 continents, principalement en Ethiopie où 500 000 hectares seraient en cours de transaction et 3 milliards de dollars pourraient être investis en échange, au Soudan, en Mauritanie, aux Philippines et en Asie centrale ; l'Inde, le Brésil, la Chine acquièrent ou envisagent d'acquérir des terres en Afrique pour produire des agrocarburants et de la nourriture. D'autres formes d'investissement se font jour, sous forme d'accords directs. En 2011, une société d'Etat chinoise a signé un accord avec la fédération agricole d'un Etat brésilien garantissant l'achat des récoltes de soja (6 millions de tonne) pendant 10 ans en contrepartie d'investissements équivalents à 3 milliards d'euros pour développer et moderniser la culture dans la région. D'ici à 2018, ce même Etat prévoit, avec l'aide chinoise, de doubler sa production actuelle, en convertissant au soja 3 millions d'hectares de pâturages qui ne sont plus cultivés sur les 8 millions existants dans la région. Toujours en 2011, une autre compagnie chinoise a conclu dans un autre Etat du Brésil un accord avec des producteurs locaux prévoyant la construction d'une usine et d'un terminal terrestre pour un montant de 1,8 milliard d'euros. Au Brésil, selon l'Institut National de la Colonisation et de la Réforme Agraire, plus de 4 millions d'hectares ont été acquis par des investisseurs étrangers en 2008. Premier partenaire commercial du Brésil, la Chine achète surtout des matières premières comme le minerai de fer, le pétrole et le soja.

Parfois des projets ont été abandonnés suite aux vives oppositions suscitées localement, comme par exemple en Inde de la part des populations Dongriah Kondh contre un projet minier ou au Botswana chez les Bushmen du Kalahari à l'issue d'un procès contre leur gouvernement ou les Indiens Awa au Pérou contre l'exploitation illégale de la forêt.

On estime que pour la seule année 2009, 60 millions d'hectares de terres agricoles, soit l'équivalent de la superficie de la France, ont été achetés ou loués par des investisseurs étrangers dans les pays en développement. Plusieurs ONG ont pointé l'absence de réponse aux exigences d'investissements responsables et aux enjeux de sécurité alimentaire ainsi que le déplacement de communautés entières de petits paysans et leur appauvrissement²³. Dans une vaste analyse des projets d'investissement réalisés en Afrique publiée en 2011, le cercle de réflexion Oakland Institute indique qu'au Mali entre 2009 et 2010 la surface des terres passées sous contrôle étranger s'est accrue des deux tiers, atteignant 550 000 hectares, et qu'en Ethiopie 3, 5 millions d'hectares avaient été cédés depuis 2008.

Privilégier les agro-systèmes afin de nourrir la planète. Dans le monde, près d'un milliard de personnes souffrent de la faim, dont 98% dans les pays en développement. Pour nourrir 9, 1 milliards d'humains en 2050²⁴, la production alimentaire devra augmenter de 70% globalement et de 100% dans les pays en développement. A une échéance encore plus rapprochée, plus de deux milliards d'individus vivront dans des régions où l'eau est rare. Or, les réserves d'eau disponibles sont déjà surexploitées et d'ici 2050, le volume d'eau douce nécessaire pour nourrir la planète devra augmenter de 70% à 90%. La modification des pratiques agricoles constitue dès lors une priorité absolue. Afin que les écosystèmes puissent continuer à fournir divers services associés à la préservation des sols et de l'eau, la production agricole et la protection de l'environnement doivent être intégrées au sein d'une même démarche. Diverses solutions existent, issues du concept nouveau d'agro-systèmes²⁵. Mais *in fine* la réversibilité des atteintes aux écosystèmes dépendra d'abord de la capacité à maintenir, ou à restaurer dans un proche avenir, les habitats naturels avec leur diversité biologique, et ce à l'échelle planétaire.

Le CASI et le DIB, deux phénomènes insidieux. On connaît mieux à présent le phénomène du report sur les derniers espaces " disponibles " (plus exactement " déclarés disponibles " par leurs utilisateurs): à leur tour, les pratiques agricoles déplacées doivent se chercher d'autres espaces. On parle d'un changement d'affectation des sols indirects (CASI)²⁶. Ce phénomène insidieux

23 Sur l'émergence d'un droit à la terre dans les pays pauvres et la question foncière, Harissou, A., bibl. citée

24 Même réévalué par l'ONU à 10 milliards d'individus en 2100, ce scénario démographique évolutif serait remis en cause par la courbe décroissante de population et par la concomitance des courbes de décroissance population-énergie conjecturant l'image d'un déclin démographique de la population mondiale de 3 milliards d'individus d'ici 2100-2200, Stoeckel, H., bibl. citée

25 Voir rapport IWMI-UNEP, bibl. citée. Le rapport recense notamment des expériences réussies d'exploitation d'écosystèmes à des fins agricoles qui préservent aussi l'environnement et préconise une rupture avec les modèles agricoles antérieurs.

26 ou ILUC : Indirect Land Use Change

n'a été mis en évidence et quantifié que récemment²⁷. La diversification des énergies entraîne l'affectation de zones de cultures traditionnellement destinées à l'alimentation humaine vers la production de biomasse énergétique, par exemple pour les agrocarburants²⁸. Les traditionnelles cultures vivrières se raréfient, les sols s'épuisent rapidement, les communautés locales sont confrontées à de sérieux problèmes d'alimentation et elles s'appauvrissent encore. Ces scénarii correspondent en fait à un système de production intensif, de type industriel, avec des cultures mono spécifiques, nécessitant le plus souvent des quantités massives d'intrants. Ces pratiques se traduisent également par une simplification radicale de l'écosystème, entraînant une perte nette de la diversité biologique. En fait, le CASI génère à son tour un phénomène de double impact pour la biodiversité (DIB): à la perte nette de milieux naturels vient s'ajouter une érosion accrue de la biodiversité du fait des nouvelles déforestations, des brûlis, du surpâturage. En réalité, notre planète est devenue depuis longtemps un espace fini et nous consommons en le dilapidant allégrement le précieux capital " Terre ".

Mesurer la surexploitation de la Terre en complétant l'empreinte écologique par un indicateur des habitats naturels L'empreinte écologique globale a augmenté de 22% en dix ans. Selon cet indicateur, il faudrait en fonction du mode de vie 1, 4 Terre à l'échelle du Monde, 5 Terres aux Etats-Unis, 2,7 Terres à la France, 1 Terre à la Chine et 0,4 Terre à l'Inde. Cette approche tend à mesurer l'impact des activités humaines par rapport à la surface disponible ainsi que de la biocapacité, c'est-à-dire la quantité de services que la biosphère est capable de régénérer. Système comptable nouveau, l'empreinte écologique des nations prenant en compte les habitats naturels aurait toute sa place aux côtés du PIB²⁹. Dans cette optique, le foncier deviendra un critère d'évaluation important.

27 Analysis of ILUC based on the national renewable energy actions Plans, Institute for European Environmental Policy (IEPP), 2011

28 Pour répondre à la directive européenne sur les énergies renouvelables qui prévoit d'incorporer 10% d'énergies renouvelables - agrocarburants principalement - dans les transports d'ici 2020, la Commission européenne a validé en 2011 sept mécanismes volontaires pour certifier des agrocarburants vertueux répondant à des critères de durabilité. Les agrocarburants ne doivent notamment pas se mettre en place sur des surfaces actuellement en forêts ou en tourbières, ni au détriment des zones humides ou de terres à forte biodiversité. En revanche, si les agrocarburants remplacent des cultures alimentaires, rien n'empêche que ces dernières se déplacent sur des surfaces actuellement en forêts, induisant déforestation et émissions de CO2. Selon une étude de l'IEPP, la politique européenne des agrocarburants mobiliserait dans le monde une superficie équivalente à deux fois la Belgique. Il en résulterait aussi à l'échelle de la planète une émission de 27 millions à 56 millions de tonnes de CO2 supplémentaires (d'après communiqué France Nature Environnement, 20 juillet 2011)

29 Voir les recommandations formulées par la Commission Stiglitz, bibl. citée

II. Vers une initiative stratégique pour la biodiversité et la protection foncière des espaces naturels et ruraux

L'impact sur la diversité biologique généré par la demande massive de terres et la perspective d'une amplification de cette tendance dans les prochaines décennies nécessitent de trouver rapidement des réponses adaptées. Afin de dépasser le stade du constat et pour favoriser la mise en place d'un véritable cadre d'action au plan mondial, la 3^{ème} réunion mondiale des juristes et associations de droit de l'environnement a demandé aux parties à la Conférence Rio+20 de se prononcer sur l'adoption d'un *Protocole pour la diversité biologique et la protection foncière des espaces naturels et ruraux de la planète*. Ce cadre stratégique comprend un ensemble de principes et de mesures opérationnelles. Ces dernières présentent, pour certaines d'entre elles, un degré de technicité nécessaire car inhérent à la combinaison de la thématique environnementale et du droit foncier.

Les principes guidant l'élaboration d'une stratégie mondiale

L'amélioration du niveau des connaissances. Parce qu'il repose sur des bases objectivement fondées et parce qu'il implique un processus d'évaluation périodique, le critère scientifique de l'habitat naturel devrait être favorisé et généralisé. En premier lieu, dans les systèmes de comptabilité nationaux et au plan international, et notamment par les observatoires de la biodiversité, au niveau de la mesure de l'empreinte écologique, dans l'évaluation des services écosystémiques rendus par la nature, par les indicateurs du développement durable³⁰. En second lieu, au niveau des politiques publiques qui ont pour objet la protection de la diversité biologique au plan international et au niveau régional.

La reconnaissance d'un droit aux services rendus par la nature et à un environnement naturel de proximité. Confronté à un changement d'échelle, le regard porté sur le foncier doit impérativement changer. Les espaces naturels constituent d'abord des milieux naturels vivants, évolutifs, en interaction constante les uns avec les autres, ainsi que les réservoirs de la diversité des espèces. Les écosystèmes rendent également de nombreux services écologiques. Leur bon fonctionnement constitue un facteur essentiel pour l'avenir de la planète toute

30 Concernant les indicateurs du développement durable, différents travaux ont été publiés ou sont en cours : partenariat Eurostat-Instituts statistiques de 16 pays de l'UE ; OCDE ; Commission statistique de l'ONU ; Commission Stiglitz en France ; travaux du Comité d'analyse économique français (CAE) et du Conseil allemand des experts en économie (GCEE) issus de la commande du Conseil des ministres franco-allemand du 4 février 2010

entière. Les espaces sollicités forment aussi des territoires ruraux ou semi-ruraux caractérisés par une mosaïque complexe d'entités: espaces naturels, terres pâturées ou cultivées, espaces périurbains et qui jouent un rôle essentiel dans les relations " ville-campagne ", mais aussi pour les continuités écologiques entre les espaces naturels et la nature en ville. En différents endroits du monde, l'existence de populations entières dépend de la conservation d'entités naturelles, lesquelles constituent à la fois leur cadre de vie et le fondement de leurs pratiques coutumières. Un droit aux services rendus par la nature et à un environnement naturel de proximité doit leur être reconnu.

Le principe d'une exploitation économe de l'espace et des terres. Il y a une véritable urgence à promouvoir des modèles beaucoup plus économes de l'utilisation des terres dans le monde tout comme il existe une nécessité d'enrayer la chute de la biodiversité au niveau mondial. Sécurité alimentaire ou protection de la biodiversité? Les deux facettes du problème ne doivent pas être traitées séparément et encore moins en les opposant. Elles doivent être envisagées simultanément dans le cadre d'une stratégie mondiale. Aussi contraignant que cela puisse paraître à court terme sur un plan économique, c'est en se dotant d'un cadre stratégique foncier que la communauté internationale parviendra à enrayer l'accaparement des terres. Economiser l'espace, promouvoir un usage modéré des ressources naturelles et privilégier les pratiques réversibles, tels sont les principes d'une économie compatible avec le maintien de la diversité biologique et le droit à l'alimentation.

La mise en place de cadres juridiques. L'aide internationale doit permettre aux pays émergents et aux pays les plus pauvres de la planète d'acquérir rapidement les outils scientifiques de connaissance des habitats naturels et de la diversité biologique et d'évaluation de leur état de conservation. Elle doit également leur permettre de se doter d'un cadre juridique foncier apte à garantir la mise en œuvre des mesures de protection des habitats naturels. Les Etats qui le souhaiteraient devraient être aidés à se doter d'un système cadastral informatisé permettant d'asseoir les politiques foncières en général et la politique en faveur de la biodiversité en particulier, en veillant tout particulièrement à prendre en compte les droits coutumiers et les droits des peuples autochtones. De même, la mise en place d'un réseau d'habitats naturels et d'espèces, doit être encouragée au niveau régional. Les réglementations des Etats sur les études d'impact des projets d'ouvrages et d'équipements et sur l'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et des programmes, doivent être complétées par l'insertion d'un volet foncier. Celui-ci renseignera, à l'échelle de la parcelle, la surface totale du projet, les habitats naturels présents et, lorsque le milieu

est dégradé, les habitats naturels susceptibles d'être restaurés ou renaturés. Il présentera également les mesures destinées à éviter, réduire, et le cas échéant compenser, les impacts sur la diversité des espèces et ses habitats. Lorsque les impacts ne peuvent pas être évités ou réduits, il faut encourager les Etats à inscrire dans leur réglementation l'obligation d'une compensation foncière. Pour une efficacité de ce dispositif et pour éviter les dérives, les modalités suivantes sont préconisées: proscrire toute compensation financière ainsi que le calcul surfacique à parité; la compensation doit être foncière, basée sur un coefficient multiplicateur surfacique et avoir pour objet unique la conservation d'un ou plusieurs habitats ou sa renaturation ; la compensation foncière doit être réalisée sur le site ou aux alentours.

Accès à l'information, participation du public en matière de protection foncière de la biodiversité et des espaces naturels et ruraux. Il s'agit essentiellement d'encourager les Etats à mettre en place un système de suivi des mouvements fonciers dans les espaces naturels et ruraux, sur la base d'indicateurs pertinents et actualisés régulièrement. La transparence et la publicité des transactions foncières dans les espaces naturels et ruraux sera assurée au moyen de la publication en ligne des contrats fonciers et des actes de vente des terres conclus ainsi que le montant des transactions réalisées. La mise en place sous l'égide de l'ONU d'observatoires régionaux et la création d'un observatoire mondial des habitats naturels et de la biodiversité permettront une appréciation objective de leur état de conservation. A cet égard, la prise en compte de la fonction assurée par les lanceurs d'alerte dans le domaine de l'environnement s'avère essentielle. Elle doit être reconnue et encouragée.

Formation au droit Afin de permettre un accès à la connaissance, le projet de protocole envisage l'élaboration de programmes régionaux de formation au droit de l'environnement intégrant le droit foncier, dans la perspective de l'émergence d'une filière professionnelle de négociateurs fonciers pour la biodiversité.

Les outils et les moyens d'une intervention foncière pour la biodiversité et la protection des espaces naturels et ruraux.

Création d'agences publiques foncières pour la biodiversité. Les Etats sont encouragés à adapter leurs politiques structurelles et à prendre des mesures spécifiques comme la création d'agences publiques spécialisées, nationales ou/et locales, destinées à mettre en œuvre, à titre principal, des mesures foncières spécifiquement orientées vers la protection des habitats naturels et de la biodiversité.

Autorités indépendantes de régulation foncière Le projet de protocole prévoit également la création d'autorités indépendantes de régulation foncière chargée de veiller aux droits d'accès à la terre et à leur mise en œuvre équitable.

Développement des protections conventionnelles. Les Etats sont encouragés à compléter leur droit national par des mesures réglementaires en faveur de la protection conventionnelle des espaces naturels et de la biodiversité, telles que des baux sur la longue durée et des clauses contractuelles types permettant une protection et une gestion intégrées des habitats sur le long terme.

Fonds mondial pour la conservation des habitats naturels. Au plan international, la création d'un fonds mondial pour la conservation des habitats naturels doit permettre à des ONG agréées, ayant pour objet statutaire à titre principal la conservation et la gestion des espaces naturels, d'acquérir, ou de louer sur le long terme, de grandes superficies pour protéger les habitats naturels prioritaires, tout en associant les populations locales à une gestion durable et écologique de ces territoires³¹. Les moyens d'une gestion pérenne doivent leur être alloués, dans l'objectif de la conservation et de la fonctionnalité des habitats et des espèces.

Aires protégées. Dans les aires protégées, les Etats sont invités à encourager la mise en œuvre d'une stratégie foncière qui complètera utilement les mesures réglementaires.

Droit de préemption en cas de vente. La généralisation dans les droits nationaux de l'inscription d'un droit de préemption destiné à la protection des espaces naturels, susceptible d'être mis en œuvre à l'initiative des Etats ou des pouvoirs locaux, constituera une avancée importante. En cas de création d'une agence publique chargée de l'exercice de ce droit de préemption, une composition équilibrée de ses instances délibérantes devra être garantie, notamment vis à vis des peuples autochtones et des ONG ayant pour objet statutaire à titre principal la conservation et la gestion des espaces naturels. Le projet de protocole recommande aux Etats et aux pouvoirs locaux, de prévoir la faculté d'affecter la gestion des biens préemptés à une ONG agréée ayant pour objet statutaire principal la conservation et la gestion des espaces naturels.

Désignation des aires prioritaires d'intervention foncières. L'élaboration d'un inventaire des régions du monde atteignant un seuil critique doit permettre à la communauté internationale d'identifier des aires d'intervention foncière, de recommander des outils d'intervention fonciers adaptés aux contextes locaux et d'élaborer des programmes fonciers d'objectifs et de moyens spécifiques pour

31 Notamment sur le modèle du National Trust en Grande Bretagne, de Natuurmonumenten aux Pays-Bas, des Conservatoires d'Espaces Naturels en France

les régions prioritaires du monde, telles que l’Afrique et Madagascar, l’Amérique du Sud, l’Asie du Sud-Est.

Une valorisation équilibrée et durable des ressources naturelles

Le principe de reconquête de la nature. Afin de freiner l’érosion de la biodiversité, une dynamique de reconquête de la nature doit être recherchée pour les espaces naturels dégradés, dans les espaces ruraux exploités ainsi que pour les milieux artificialisés. Les modalités de sa mise en œuvre font appel à un large éventail de mesures: identification de trames vertes et de trames bleues, maintien ou rétablissement de corridors écologiques, réhabilitation fonctionnelle des milieux naturels, équipement des obstacles artificiels par des dispositifs fonctionnels de franchissement pour les espèces, La reconnaissance d’un principe de gestion écologique des infrastructures linéaires (bords de routes, digues, canaux, ...) serait aussi de nature à contribuer à cet objectif.

Une meilleure cohérence des politiques et des programmes internationaux

Des progrès peuvent être envisagés en inventoriant au sein des programmes internationaux les dispositions qui auraient pour effet contradictoire d’aggraver l’érosion de la biodiversité, notamment les mesures qui accentuent la disparition des habitats naturels et de la diversité des espèces³². Surtout, la protection foncière de la biodiversité et l’aide au développement devraient être soigneusement coordonnées dans les programmes mondiaux et régionaux d’aides au développement et à l’alimentation. Deux directions sont plus particulièrement privilégiées: l’avantage donné au maintien des formes d’agriculture et de sylviculture compatibles avec un fonctionnement durable et équilibré des écosystèmes présentant un intérêt au niveau régional; l’élaboration de guides locaux des pratiques agricoles et forestières compatibles avec le maintien du bon état de conservation des habitats naturels.

Conclusion Il appartient à la communauté internationale de tirer les conséquences d’un état de fait toujours plus préoccupant pour l’avenir de notre planète. Loin des bénéfices économiques annoncés, en réalité l’acquisition massive des terres accentue en les cumulant des effets destructeurs sur l’environnement et des conséquences drastiques pour les populations locales,

³² Une réflexion intéressante sur la mise en cohérence des politiques publiques est fournie en France par le rapport du Conseil d’analyse stratégique sur les aides publiques dommageables à la biodiversité, bibli. citée

souvent les plus démunies. La promotion de modèles respectueux de la biodiversité et des besoins des communautés locales, prenant en compte la longue durée, constitue une nécessité. Confronté aux limites des logiques financières, il convient de doter le droit international d'instruments fonciers spécifiques. Tel est le sens de l'initiative émanant de la société civile demandant aux États de compléter la CDB par un protocole intégrant la diversité biologique et la protection foncière des espaces. Aujourd'hui, moins de terres, moins de biodiversité! Et demain, moins d'Humanité?

Bibliographie

Accords internationaux

CONVENTION RELATIVE A LA CONSERVATION DE LA VIE SAUVAGE ET DU MILIEU NATUREL EN EUROPE, conclue à Berne le 19 septembre 1979.

CONVENTION-CADRE DES NATIONS UNIES SUR LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, conclue à New York le 9 mai 1992.

CONVENTION POUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE, conclue à Rio le 5 juin 1992.

PROTOCOLE DE KYOTO A LA CONVENTION-CADRE DES NATIONS UNIES SUR LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES, conclue à Kyoto le 11 décembre 1997.

Articles, revues

ALIX, G., 2011, Les banlieues champignons prospèrent en France, *Le Monde*, 5 juillet.

AU BRESIL, MENACE SUR LA LUTTE CONTRE LA DEFORESTATION, 2011, *Le Monde*, 26 novembre.

BOISSEAU, L., 2011, Les financiers achètent massivement des terres en Afrique, *Les Echos*, 9 juin.

CARAMEL, L., 2011, Au nom des peuples isolés, *Le Monde*, 17 juin.

CARAMEL, L., 2011, Le sort des forêts divise le gouvernement indonésien, *Le Monde*, 15 janvier.

COTULA, L., 2011, Acquisitions foncières en Afrique: Que disent les contrats?, IIED, Londres.

ETUDES FONCIERES (Revue éditée par l'ADEF): www.etudesfoncier-res.fr.

FOUCART, S., 2011, La forêt du Guatemala victime de la course à la terre, *Le Monde*, 29 juin.

FOUCART, S., 2011, Les océans seraient à la veille d'une crise biologique inédite depuis 55 millions d'années, *Le Monde*, 24 juin.

FOUCART, S., MESMER, P., 2011, Sous le Pacifique, des gisements de terres rares de grande ampleur, *Le Monde*, 7 juillet.

HADDOK, E., 2011, Le Guatemala sous la coupe de l'agro-business, *Le Monde Magazine*, 4 juin.

JACQUET, P., 2008, L'impératif agricole, *Chronique économie du développement*, *Le Monde*, 10 juin.

KEMPE, H., 2007, La prime à la "déforestation évitée", une idée qui fait son chemin à Bali, *Le Monde*, 15 décembre.

KEMPE, H., 2011, Les professionnels du foncier et les élus s'inquiètent du "gaspillage" de terres, *Le Monde*, 5 juillet.

KLEMM (de), C., 2000, Les diverses méthodes contractuelles pour la préservation des espaces naturels. Approche comparative et critique, in *La protection conventionnelle des espaces naturels*, PULIM (ouvr. cité).

LANGELLIER, J.-P., 2011, Terres agricoles: accords vertueux entre Brésil et Chine, *Le Monde*, 10 juin.

LE DEBAT, 2011, n° 164 mars-avril, Gallimard.

LEGRAND, C., 2011, En Argentine, le soja tire l'économie, la faillite est oubliée, *Le Monde*, 22 octobre.

LE HIR, P., 2011, Des biocarburants nocifs pour l'environnement, *Le Monde*, 20 juillet.

Limiter l'accaparement des terres agricoles, Editorial *Le Monde*, 28 avril.

MORIN, H., 2011, Nourrir la planète: le pari des agro-systèmes, *Le Monde*, 24 août.

POLET, F., 2011, Nord-Sud: agrocarburants: une expansion lourde de conséquences, revue *Démocratie*, 15 mai.

REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT (éditée par la SFDE): www-sfde.u-strasbg.fr.

VAN KOTE, G., 2007, Biodiversité, Le déclin continue, *Le Monde*, 13 septembre.

VAN KOTE, G., 2011, Un vaste programme de réhabilitation des sols lancé en Ethiopie, *Le Monde*, 26 novembre.

VAN KOTE, G., 2012, La course aux terres ne profite pas aux pays du sud, *Le Monde*, 28 avril.

VAN EECKHOUT, L., 2011, Les fonds d'investissement participent à la ruée vers l'Afrique, *Le Monde*, 10 juin.

Ouvrages

BOURG, D., WHITESIDE, K., 2010, Vers une démocratie écologique, Seuil.

CANS, C., BILLET, Ph., 2012, Code de l'environnement commenté, 15^{ème} éd., Dalloz.

COHEN, D., 2009, La prospérité du vice, Albin Michel.

DOUSSAN, I., DUROUSSEAU, M., MARTIN, G., PRIEUR, M., UNTERMAIER, J., (dir.), 2008, Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature: réflexion prospective, n° spécial *Revue juridique de l'environnement*.

KISS, A., BEURIER, J.-P., 2000, Droit international de l'environnement, 2^{ème} éd., Pedone.

LE BRAS, H., 2009, Vie et mort de la population mondiale, Editions Le Pommier/Cité des sciences et de l'industrie.

LES HOMMES ET L'ENVIRONNEMENT, QUELS DROITS POUR LE VINGT-ET-UNIÈME SIÈCLE? Mankind and the environment, What rights for the twenty-first century? Etudes en hommage à Alexandre KISS, 1998, Editions Frison-Roche.

GIRAUDEL, C., (direction), 2000, La protection conventionnelle des espaces naturels, PULIM.

HARISSOU, A., 2011, La Terre, un droit humain, Dunod.

PRIEUR, M., 2011, Droit de l'environnement, coll. Précis, 6^{ème} éd., Dalloz.

PRIEUR, M., SOZZO, G., (dir.), 2012, La non régression en droit de l'environnement, Bruylant.

SADELEER (de), N., 2009, La protection de la nature et de la biodiversité, Notice 16, in *Droit et politiques de l'environnement* (dir. PETIT, Y.), La Documentation française.

SADELEER (de), N., BORN, C.-H., 2004, Droit international et communautaire de la biodiversité, Dalloz.

STOECKEL, H., 2012, La faim du monde, Max Milo Editions.

Etudes et dossiers, rapports, sites internet

ANSEEUW, W., L. ALDEN WILY, L. COTULA, M. TAYLOR, 2012, Land rights and the rush for land: finding of the global commercial pressures on land research project, ILC.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, 2009, L'approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes, Rapport de la mission présidée par Bernard Chevassus-au-Louis, La Documentation française.

CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE et CONSEIL ALLEMAND DES EXPERTS EN ECONOMIE (GCEE), 2010, Evaluer la performance économique, le bien-être et la soutenabilité.

CENTRE D'ANALYSE STRATEGIQUE, 2011, Les aides publiques dommageables à la biodiversité, Rapport de la mission présidée par Guillaume Sainteny, Etudes et Documents, octobre.

COALITION INTERNATIONALE POUR L'ACCES A LA TERRE (ILC), 2011, Tirana Declaration: Securing land access for the poor in times of intensified natural resources competition.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2010, La biodiversité remarquable en France: résultats de la première évaluation des habitats et espèces d'intérêt communautaire, Le point sur n° 48, avril.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2010, Un an de mise en œuvre des recommandations de la Commission Stiglitz "vers une nouvelle génération d'indicateurs", Le point sur n° 64, septembre.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2010, Une expertise de l'empreinte écologique, Etudes et Documents n° 16, janvier.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2011, L'artificialisation des sols s'opère aux dépens des terres agricoles, Le point sur n° 75, février.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, 2011, L'occupation des sols dans les départements d'outre-mer, Le point sur n° 89, juin.

COMMISSION STIGLITZ, 2009, Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social.

DUROUSSEAU M., 2011, Diversité biologique et protection foncière des espaces naturels et ruraux, un enjeu planétaire, CIDCE — Actes de la 3^{ème} réunion mondiale des juristes et des associations de droit de l'environnement, Limoges 29-30 sept.-1^{er} oct.

GRAIN, 2010, Le rapport de la Banque mondiale sur l'accapement des terres: au delà du rideau de fumée, A Contre Courant, septembre.

GRAIN, 2011, Ampleur de l'accapement des terres par des intérêts étrangers pour la production alimentaire: surfaces des terres agricoles vendues ou louées dans quelques pays, décembre.

GRAIN, 2011, L'accapement des terres et la crise alimentaire, A Contre Courant, septembre.

GRAIN, 2011, Les fonds de pension: des acteurs clés dans l'accapement mondial des terres agricoles, A Contre Courant, juin.

FAYE, I.M., BENKAHLA, A., TOURE, O., SECK, S.M., Ba, C.O., 2011, Les acquisitions de terres à grande échelle au Sénégal: description d'un nouveau phénomène, Initiative Prospective Agricole et Rurale.

INSTITUT INTERNATIONAL DE LA GESTION DE L'EAU ET PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT, 2011, Une approche de l'eau et de la sécurité alimentaire basée sur les services écosystémiques, iwmi.cgiar.org/Topics/Ecosystems/.

LAND MATRIX, www.landportal.info/landmatrix.

OAKLAND INSTITUTE, 2011, Understanding land investment deals in Africa. Country report: South Sudan.

OXFAM, 2011, Terres et pouvoirs — Le scandale grandissant qui entoure la nouvelle vague d'investissements financiers, Note d'information, 22 septembre.

PNUD, 2008, Questions clés de l'utilisation des terres, changement d'affectation des terres et foresterie axées sur les perspectives des pays en voie de développement.

TRANSCONTINENTALES, 2011, La ruée vers la terre, Dossier n°10/11.

TAYLOR, M., BENDING, T., 2009, Pression commerciale accrue sur la terre: élaborer une réponse coordonnée, ILC/Coalition internationale pour l'accès à la terre/OCDE.

THE WORLD BANK, 2010, Rising Global Interest in Farmland. Can It Yield Sustainable and Equitable Benefits?

Emissions

MARANT, A., 2011, Planète à vendre/Dritte Welt im Aussverkauf, ARTE diff. 14 avril

O VALOR ECONÔMICO DA NATUREZA. QUAL A NATUREZA DESSE VALOR?

ALÉSSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE¹

Resumo:

Durante a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (UNCSD), que marcará o 20º aniversário da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), será apresentado o relatório *The Economics of Ecosystems & Biodiversity* (TEEB), inserido na temática “economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza”. Referido documento representa um importante marco para a mensuração do *quantum* ambiental. O Brasil enquanto país megadiverso deve ter conhecimento do real valor de sua biodiversidade, sobretudo no âmbito das negociações internacionais. Nesse sentido, o propósito do presente artigo é refletir sobre o TEEB como um instrumento válido para se mensurar o valor econômico da natureza.

Abstract

During the United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD), which marks the 20th anniversary of the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED) will be presented the report The Economics of Ecosystems & Biodiversity (TEEB), embedded in the theme “green economy in the context of sustainable development and poverty eradication”. This document represents an important milestone for the environment valuation. Brazil is a mega-diverse country and should be aware of the real value of its biodiversity, especially in international negotiations. In this sense, the purpose of this paper is to discuss the TEEB as a valid instrument to measure the economic value of nature.

1 Advogada. Professora Universitária. Doutoranda e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP.

Introdução

O presente artigo pretende analisar os fatos disponíveis sobre a natureza ontológica do valor econômico atribuído à biodiversidade. Para tanto, é preciso mudar o foco da retórica ambientalista, o mito apocalíptico da exaustão do capital natural² e verificar em que contexto é elaborado o *quantum* econômico ambiental.

Sob o aspecto de valoração global da biodiversidade, delimita-se como objeto de análise o relatório *The Economics of Ecosystems & Biodiversity* (TEEB), produzido no contexto do Programa das Nações Unidas para o meio ambiente e desenvolvimento (UNEP/PNUMA). Este documento é um instrumento que trabalha com indicadores econômicos da biodiversidade, a fim de motivar práticas governamentais para uma gestão ambiental mais eficiente³. De fato, o referido relatório pode não refletir o verdadeiro estado da biodiversidade, mas tratar de fatos disponíveis sobre esse contexto, em que grande parte dos dados são divulgados de forma passional e exageradamente alarmista.

O debate contemporâneo, que inclui a gestão da biodiversidade tem despertado para as orientações de parâmetros relativos à chamada *good governance*⁴. A boa governança demanda práticas eficientes. Assim, determinadas condições devem ser satisfeitas, entre as quais está o requisito de que as alternativas sejam claramente identificáveis. Uma visão cética e racional do contexto ambiental inclui a tentativa de se estabelecer a visibilidade do capital natural. Enxergar e trabalhar o *quantum* dessa realidade pode ser o primeiro passo para o desenvolvimento sustentável.

Economia e meio ambiente: o *quantum* ambiental.

As discussões atuais sobre o meio ambiente, elaboradas na comunidade internacional, demonstram a necessidade de uma quantificação econômica dos ecossistemas e da biodiversidade⁵. De fato, em termos de negociação internacional,

2 “Capital Natural” aqui considerando como o estoque de recursos naturais existentes que podem gerar um fluxo de serviços úteis aos seres humanos (renda natural). COSTANZA, R. Daly, H.E. *Natural capital and sustainable development*. **Conservation Biology**, v.6, p. 37-46, 1992. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

3 Uma gestão eficiente no contexto interno de um país demanda a elaboração de políticas públicas também em grau de eficiência. Nesse sentido, certos critérios podem ser necessários para sua elaboração, tais como: 1. Cálculo estimado de custos e alternativas de financiamento; 2. Fatores para uma avaliação de custo-benefício, *in casu*, sobre o capital natural; 3. Apoio e críticas prováveis (política, corporativa, acadêmica); 4. Clareza de objetivos; 5. Funcionalidade dos instrumentos. LAHERA, Eugenio P. Política y políticas públicas. Santiago de Chile: CEPAL, agosto de 2004. p. 9.

4 ALMEIDA, Paulo Roberto de. Globalização e Desenvolvimento (2004). Disponível em: <http://www.pralmeida.org/02Publicacoes/00Publicacoes.html>. Acesso em: 03 de setembro de 2011.

5 A palavra “biodiversidade” é definida pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), em seu artigo 2º, como “a variabilidade entre organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem

a linguagem econômica impõe-se. Sabemos que somos um país megadiverso⁶, mas qual o valor econômico dessa diversidade? A proteção de um ecossistema começa pela dimensão quantitativa e qualitativa desse bem. Nesse sentido, paralelamente ao discurso sobre o cumprimento ou adesão dos tratados ambientais por parte de um governo, a solução para uma administração mais eficiente do ‘capital natural’ passa pela avaliação do seu valor econômico e por políticas públicas que possam proteger e negociar esse valor nos processos de tomadas de decisões.

A dimensão numérica de uma realidade é uma via de mão dupla; ao mesmo tempo em que demonstra a ideia de custo/benefício para um bem, pode contribuir para a produção de falsos alarmes. Relembrando uma velha máxima estatística, ‘Números torturados dizem qualquer coisa’, podemos afirmar que na área do meio ambiente um discurso apocalíptico muitas vezes é um critério necessário para a divulgação de dados. Contudo, para Lomborg, na apresentação sobre o estado do mundo, é crucial que os números citados sejam verdadeiros, em outras palavras, as interpretações unilaterais ou midiáticas dada aos números devem ser tomadas com prudência. Nesse sentido:

Não devemos deixar que organizações de defesa do meio ambiente, os lobistas ou a mídia apresentem verdades e prioridades unilaterais. Ao contrário, devemos lutar pela cuidadosa verificação democrática do debate sobre o meio ambiente, conhecendo o verdadeiro estado do mundo, os fatos e conexões mais importantes nas áreas essenciais de nosso mundo.⁷

O primeiro fator a se considerar na quantificação econômica da biodiversidade é desmistificar o mito da natureza incomensurável, isto é, como precificar o que não tem preço?⁸ Desse mito, derivam duas constatações: i) a invisibili-

parte, compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”. A CDB é resultante da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 05 de junho 1992. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da Convenção em 28 de fevereiro de 1994, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 29 de maio de 1994. Disponível em: <http://www.cdb.gov.br/CDB>. Acesso em 23 de agosto de 2011.

- 6 O Brasil possui a maior biodiversidade do mundo. De cerca 1,5 milhão de espécies catalogadas pelos cientistas, 13% estão espalhadas pelos biomas brasileiros. Sobre os números da biodiversidade brasileira é importante destacar o relatório produzido por: LEWINSOHN e PRADO, Paulo Inácio. **Síntese do conhecimento atual da biodiversidade brasileira**. São Paulo: Contexto acadêmico, 2003.
- 7 LOMBORG, Bjorn. **O Ambientalista cético: medindo o verdadeiro estado do mundo**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p.18.
- 8 Na concepção de Coutinho: “[...] a manutenção da vida na terra tem um valor que não pode ser apurado por um raciocínio contábil ou financeiro qualquer, por melhores que sejam seus computadores e seus modelos de análise. A biodiversidade tem um valor intrínseco: trata-se de mantermos condições de permanência da vida; é, portanto, incomensurável. Senão, que medida usaríamos para medi-la? [...] Não conseguimos atribuir um valor financeiro à nossa própria vida, ainda que as companhias de seguro façam suas contas. Essas mesmas empresas, no entanto, não se arriscam a fazer seus cálculos para a vida no

dade como ausência de uma avaliação econômica constante de uma agenda pública governamental e, ii) a incomensurabilidade considerada como deficiência de estudos sistematizados do capital natural. Tais constatações servem de justificativas para o uso ineficiente dos serviços ecossistêmicos⁹.

O fato de que os estudos sobre a biodiversidade são incomensuráveis diante da mega-diversidade brasileira não pode servir de escudo para a real necessidade de metas e indicadores que incorporem os valores econômicos da natureza. O planejamento interno de uma agenda pública governamental e a negociação sobre o regime internacional de repartição de benefícios advindos da biodiversidade demandam esforços e investimentos para o mapeamento e cálculo do *quantum* econômico. Se a biodiversidade, em termos de um discurso metafórico, é incomensurável, a realidade econômica impõe seu preço.¹⁰

A mensurabilidade do capital natural possibilita uma gestão mais eficiente desses recursos. Para ilustrar, verifica-se que investir em áreas protegidas pode proporcionar benefícios múltiplos. As áreas protegidas cobrem cerca de 13,9% da superfície terrestre do planeta. Áreas marinhas protegidas cobrem 5,9% das águas territoriais. Existem boas razões socioeconômicas para uma gestão apropriada dessas zonas de proteção. Mais de um bilhão, uma sexta parte da população mundial, dependem de zonas protegidas para obter uma porcentagem importante de sua subsistência. Em parte, por essas razões, investir no funcionamento adequado das áreas protegidas pode oferecer rendimentos consideráveis¹¹.

Torna-se evidente a importância socioeconômica da biodiversidade. Essa não é uma constatação nova. Contudo, qual a forma mais significativa de aproveitamento do capital natural? Apenas para a produção de bens primários? Para a exportação de commodities agrícolas? O capital natural pode contribuir de modo expressivo para outras áreas do mercado, como, por exemplo, para os setores que dependem de recursos genéticos, o que, por sua vez, requer investimentos em pesquisas. Nesse sentido, é preciso despertar para uma gestão mais eficiente do capital natural. Atualmente, verifica-se que algumas deficiências de gestão são consequências de obstáculos, tais como:

planeta, assim, esperamos pelo absurdo de que com o fim da biodiversidade não teríamos ninguém para receber ou pagar o prêmio do seguro". COUTINHO, Paulo. O valor da biodiversidade. Revista Ciência: **Revista eletrônica de jornalismo científico**, UNICAMP, Nº 21, Junho de 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/framereport.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2011.

9 Serviços ecossistêmicos são as contribuições diretas e indiretas dos ecossistemas para o bem estar humano. Sinônimo de bens e serviços ambientais. (TEEB - *interim report*, 2010, p.38).

10 Nesse sentido: "A valoração não é vista como uma panaceia, mas sim como uma ferramenta para ajudar a recalibrar um compasso econômico falho, que nos leva a tomar decisões prejudiciais tanto para o bem-estar atual como para o bem-estar das futuras gerações." (TEEB, 2010, p.3).

11 TEEB, 2009, p. 20.

- i) a tomada de decisões baseadas no conceito limitado de PIB¹²;
- ii) a precária conscientização sobre o valor dos serviços ecossistêmicos;
- iii) um quadro jurídico obsoleto, formado por leis ineficientes;
- iv) benefícios privados que raramente correspondem com as necessidades públicas;
- v) uma governança ineficiente.

O quadro a seguir demonstra um indicativo de valores nos setores do mercado que dependem de recursos genéticos, um fator significativo para uma governança mais eficiente do capital natural.

Quadro 3. Setores do mercado dependentes dos recursos genéticos

Setor	Tamanho do mercado	Comentário
Farmacêutico	US\$ 640 bilhões. (2006)	25-50 % dos produtos derivam de recursos genéticos.
Biotecnológico	US\$ 70 bilhões (2006) das companhias públicas.	Muitos produtos derivam de recursos genéticos (enzimas, micro-organismos)
Indústria: botânica, de bebidas e alimentos e cosméticos.	US\$ 22 bilhões (2006) de suplementos botânicos US\$ 12 bilhões (2006) para indústria de cosméticos US\$ 31 bilhões (2006) por bebidas e alimentos.	Alguns produtos derivam de recursos genéticos. Representa o componente 'natural' do mercado.

Fonte: Elaborada pela autora a partir do TEEB — The Economics of Ecosystems and Biodiversity for National and International Policy Makers — Responding to the Value of Nature 2009, p. 18.

Constatado o impacto da biodiversidade para uma gestão governamental eficiente e os benefícios socioeconômicos advindos da utilização do capital natural, ainda resta a questão: uma vez que o valor da natureza é mensurável, como quantificar esse bem, como tornar visível esse valor?

12 “O significado econômico completo da biodiversidade e do ecossistema não figura nas estatísticas do PIB, mas, indiretamente, a sua contribuição para a subsistência e bem estar são reconhecidos. Contrariamente, o custo real de esgotamento ou degradação do capital natural (disponibilidade de água, qualidade da água, biomassa da floresta, fertilização do solo, solo arável, microclimas severos, etc.) se verifica no nível micro, mas não é registrado ou levado à atenção dos formuladores de políticas. [...] O uso final das valorações de ecossistemas e de biodiversidade na Contabilidade da Renda Nacional, ou por meio de contas-satélites (físicas e monetárias) ou em contas ajustadas do PIB (“Contas Verdes”), não garante que formuladores de política leram os sinais corretos para políticas com *trade-offs* significativos. (TEEB - *interim report*, 2010, p. 33).

A valoração econômica é um processo. Uma vez identificados os serviços ecossistêmicos, os tomadores de decisão devem analisar o *quantum* econômico, a fim de orientá-los na gestão eficiente de benefícios e custos de conservação ou recuperação da biodiversidade.

Diante desse contexto, a publicação do relatório sobre “a economia dos ecossistemas e da biodiversidade”, TEEB (*The Economics of Ecosystems & Biodiversity*), pode constituir um mecanismo importante para análise do “processo de gestão dos benefícios econômicos globais da biodiversidade, os custos de sua perda e as falhas das medidas de proteção versus os custos efetivos da conservação”¹³.

A economia dos ecossistemas e da biodiversidade: integrando a economia da natureza — o relatório TEEB

A Economia dos Ecossistemas e Biodiversidade (TEEB) é um estudo global, iniciado em 2007 pelo G8 +5.¹⁴ A proposta é promover uma melhor compreensão do real valor econômico fornecido pelos serviços ecossistêmicos e disponibilizar ferramentas econômicas que levem tais valores em consideração. O TEEB compõe o Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (UNEP/PNUMA) e tem por objetivo principal interligar o conhecimento multidisciplinar da biodiversidade e a arena das políticas nacionais e internacionais concernentes às práticas governamentais e o setor de negócios. Para tanto, há um relatório síntese de abordagens, conclusões e recomendações formadas no contexto dos formuladores de políticas nacionais, formuladores de políticas regionais e locais, e também na área de negócios empresariais. O quadro abaixo sintetiza as conclusões e recomendações do TEEB, para os países do G8+5 e G20:

Conclusão	Recomendação
<p>1. Contabilizar riscos e incertezas: A biodiversidade também contribui para manter a resiliência do ecossistema (RE). A RE do ecossistema fornece um tipo de seguro natural contra possíveis perdas de serviços ecossistêmicos.</p>	<p>1. Em situações de incerteza, uma política prudente deve incluir abordagens complementares com o princípio da precaução.</p>

¹³ TEEB, 2010, p. 3.

¹⁴ G8 + 5 inclui os representantes de governos dos países que compõe o G8 (Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos), além dos representantes de governo das cinco economias emergentes (Brasil, China, Índia, México e África do Sul). (TEEB, 2010).

Conclusão	Recomendação
<p>2. Valorando o futuro: É necessário cautela na escolha das taxas de descontos para diferentes classes de ativo, refletindo se são bens públicos ou privados e se são ativos manufaturados ou ecológicos.</p>	<p>2. A incerteza não justifica, necessariamente, uma taxa de desconto maior. Taxas de desconto diferentes devem ser usadas por diferentes tipos de ativos e serviços.</p>
<p>3. Mensurar melhor para gerenciar melhor: Os recursos naturais são ativos econômicos, mesmo que não entrem no mercado. No entanto, medidas convencionais do desempenho econômico nacional e da riqueza, como o PIB e as contas nacionais, não refletem os estoques de capital natural ou os fluxos de serviços ecossistêmicos, contribuindo para a invisibilidade financeira da natureza.</p>	<p>3. O atual sistema de contas nacionais (SCN) deve ser aprimorado para incluir o valor das mudanças dos estoques de capital natural e dos serviços ecossistêmicos. Essa mudança deve ser apoiada, em parte, por emendas no manual das Nações Unidas sobre contas ambientais e econômicas integradas. Os governos devem, ainda, desenvolver um painel de indicadores para monitorar mudanças no capital físico, natural, humano e social.</p>
<p>4. Mudando incentivos Incentivos econômicos, incluindo preços de mercado, taxas, subsídios e outros indicadores, influenciam fortemente o uso do capital natural.</p>	<p>4. Os princípios do poluidor-pagador e da recuperação do custo total são diretrizes para o realinhamento dos incentivos e a reforma fiscal.</p>

Fonte: Elaborada pela autora a partir do TEEB — *The Economics of Ecosystems and Biodiversity (interim report)*, 2010.

A metodologia utilizada para a formulação do relatório TEEB segue um processo de valoração. Em um primeiro momento, para cada decisão, identificar e avaliar os serviços ecossistêmicos. Como segundo passo, há a necessidade de se estimar e demonstrar o valor desses serviços, utilizando métodos apropriados.¹⁵ O terceiro passo consiste em capturar o valor dos serviços ecossistêmicos e buscar soluções para superar a subvaloração, utilizando instrumentos políticos que contenham informações econômicas.

Em termos gerais, a valoração permite que os formuladores de políticas públicas tratem as compensações de maneira racional, corrigindo a gestão ineficiente do capital natural. Capturar o valor envolve a introdução de mecanismos de decisões por meio de incentivos e índices de preços, como, por exemplo, pagamento por serviços ecossistêmicos, reforma de subsídios prejudiciais ao meio

15 Verifica-se que não há um único processo de valoração que possa ser utilizado em todas as situações. A escolha do método dependerá do contexto e os custos de implementação. Como exemplo, cita-se o valor de existência como o valor dado pelos indivíduos ao seu conhecimento da existência de um recurso, mesmo sem utilizarem tal recurso (valor do uso passivo). (TEEB, 2010, p. 15).

ambiente, incentivos fiscais para a conservação ou criação de novos mercados para bens produzidos de forma sustentável, quanto a esse último, como já se verifica no setor privado. A valoração da natureza para uma gestão mais eficiente deve seguir a equação: reforço no direito sobre os recursos naturais e reforço na responsabilidade pelos danos ambientais.

A partir da constatação de integrar os valores dos serviços ecossistêmicos e da biodiversidade nos processos de tomada de decisões, o estudo TEEB propõe mudanças significativas na gestão da natureza. A inclusão desses valores pode ser viável para o manejo sustentável, reconhecido como uma oportunidade econômica e não como um impedimento ao desenvolvimento.

Nesse sentido, O TEEB pode ser uma ferramenta de visibilidade da natureza, mas a aplicação de suas conclusões e recomendações deve ser observada no contexto de uma 'economia verde'.

A visibilidade da natureza: mensuração e gestão no âmbito de uma economia verde.

A valoração econômica do meio ambiente está presente como fundamento da economia ambiental neoclássica (*Environmental Economics*), que é uma tentativa de incorporação da problemática ambiental e de critérios de sustentabilidade por parte do *mainstream* econômico, como também compõe a base da economia ecológica (*Ecological Economics* / bioeconomia ou economia verde), uma corrente do pensamento econômico que tenta ampliar o escopo da análise dos problemas ambientais, através da interface com outras disciplinas, com o objetivo geral de apresentar uma visão sistêmica sobre a relação meio ambiente e economia.¹⁶ O quadro a seguir demonstra as diferenças de enfoque entre a economia ambiental neoclássica e a economia ecológica:

Quadro 6. Diferenças de enfoque entre a economia ambiental neoclássica e a economia ecológica

Economia ambiental neoclássica	Economia ecológica
Alocação ótima e externalidades	Escala ótima
Eficiência — Ótimo de Pareto	Desenvolvimento sustentável
Crescimento sustentável (modelos abstratos)	Desenvolvimento global

16 MATTOS, Katty Maria da Costa. MATTOS, Arthur. **Valoração econômica do meio ambiente: uma abordagem teórica e prática**. São Carlos: RIMA, FAPESP, 2004.

Economia ambiental neoclássica	Economia ecológica
Foco no curto e médio prazo	Foco no longo prazo
Monodisciplinar e analítica	Sistêmica e descritiva
Análise custo-benefício	Avaliação multidimensional
Maximização da utilidade e lucro	Incerteza e Precaução
Utilitarismo e funcionalismo	Ética ambiental

Fonte: Elaborada pela autora a partir de COSTANZA, Robert (et al.). *Ecological economics: the science and management of sustainability*. New York: Columbia University Press, 1991. Disponível em: <http://beinonline.org>. Acesso restrito, em 30 de agosto de 2011.

A economia ecológica foi formalmente estruturada em 1989 com a fundação da *International Society for Economics* (ISEE). No Brasil, a Sociedade Brasileira de Economia Ecológica (ECOECO), seção regional da ISEE, foi fundada no âmbito das discussões da Rio-92.¹⁷

A economia ecológica é um campo multidisciplinar e sistêmico do conhecimento. Sob o aspecto da decisão como dimensão fundamental para uma política pública e com fundamento no ‘ceticismo prudente’, constata-se que, em que pese a importância desse ramo do conhecimento sistêmico, a economia verde não é uma ‘fórmula milagrosa’ para a gestão eficiente do capital natural. Há o risco da economia verde não passar do acréscimo superficial de alguns setores ou camadas adicionais. Conforme as previsões de Sawyer:

Resumir a atividades ou projetos verdes atualmente na moda, tais como painéis fotovoltaicos, moinhos eólicos, parques nacionais remotos, pontos de reciclagem de lixo, hortas orgânicas e pousadas ecoturísticas na selva, sem mudar o principal, que são os padrões de produção de consumo insustentáveis. A economia verde facilmente acaba se tornando lavagem verde cosmética (*greenwashing*).¹⁸

Com efeito, a valoração de bens ambientais pode ser um instrumento essencial para aferir a eficiência da economia ecológica. As decisões relativas ao uso do capital natural devem ser incluídas nas políticas governamentais. Para May, o desenvolvimento sustentável não proíbe a exploração do recurso, mas

17 Sobre a ECOECO ver: <http://www.ecoeco.org.br/>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

18 SAWYER, Donald. Economia verde e/ou desenvolvimento sustentável? *Revista Economia verde desafios e oportunidades*, Nº 8, Junho 2011, p. 36-42. (2011, p.37).

sugere que, em vez de explorar até o esgotamento físico, deve haver um investimento em capital natural dos rendimentos derivados da extração do recurso.¹⁹

O economista ecológico pode fazer mais do que oferecer sugestões plausíveis e lúcidas quanto às prováveis consequências de determinadas decisões. A eficácia e monitoramento da aderência às regras do comportamento econômico dependem da mobilização política na elaboração de normas.²⁰

Em síntese, a contabilidade ambiental no contexto de uma economia verde é uma forma de conferir visibilidade real ao valor dos bens ecossistêmicos. Trata-se de um instrumental essencial nas mesas de negociações internacionais e um indicador fundamental no âmbito de uma gestão governamental eficiente. O manejo racional, cético e lúcido do capital natural intenta evitar a exploração desordenada advinda de uma agenda pública simbólica pautada somente em valores morais traduzidos como uma panaceia coletiva.

Considerações Finais

Se malgrado a grande elevação do preço do gado, esse sistema continua a prevalecer numa parte considerável do país, isso sem dúvida se deve, em muitos locais, à ignorância do povo e a seu apego aos velhos costumes, ainda que na maioria dos lugares isso seja efeito dos inevitáveis obstáculos que o curso natural das coisas opõe ao rápido e imediato estabelecimento de um sistema melhor. (ADAM SMITH em 1776, sobre a realidade da Escócia *in* “A riqueza das nações”, p. 284).

Qual é hoje a maior riqueza da nossa nação? A megadiversidade biológica? Quanto vale esse bem? Como trabalhar a dimensão custo-benefício? Como estimar preço e o valor do exuberante cerrado brasileiro? A quem pertence o capital natural? Todo esse patrimônio possui intrinsecamente um valor moral, estético e cultural, mas como mensurá-los no contexto das negociações produzidas nos mercados convencionais, acostumados menos com metáforas e mais com dados numéricos?

Todas essas questões demandam uma reflexão sobre a necessidade de visibilidade dos serviços ecossistêmicos. Nesse sentido, as regras de comportamento econômico referentes à gestão dos recursos naturais podem ser definidas mediante o grau de visibilidade desse bem. A tentativa de se estabelecer o *quan-*

19 MAY. Peter H. **Economia Ecológica: aplicações no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

20 MAY. Peter H. **Economia Ecológica: aplicações no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1995, p.12.

tum dos serviços ecossistêmicos representa uma dimensão significativa para a proteção e utilização sustentável dos espaços naturais. Integrar a valoração dos recursos naturais como componente essencial na formulação de políticas públicas representa um fator fundamental para avaliação de uma gestão governamental eficiente. Diante desse contexto, o relatório TEEB representa um fator de análise ‘disponível’.

O despertar para a importância dos serviços ecossistêmicos parece ser uma tarefa hercúlea e que dista da nossa realidade, porque requer investimentos em pesquisas e elaboração de pareceres técnicos; mais ação e diálogo, menos inércia e retórica apocalíptica.

Nesse sentido, o valor econômico da natureza representa, enquanto unidade valorativa, a natureza ontológica de visibilidade de uma riqueza nacional de impacto global. Estabelecer um *quantum* econômico natural pode ser um passo consciente e necessário para reconhecermos efetivamente que somos “gigante pela própria natureza, belos, fortes, impávidos colosso, e que nosso futuro espelha essa grandeza”.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Globalização e Desenvolvimento** (2004). Disponível em: <http://www.pralmeida.org/02Publicacoes/00Publicacoes.html>. Acesso em: 03 de setembro de 2011.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. **Democracia e Biossegurança de OGM: um debate jurídico, técnico e social**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 141.

COSTANZA, R. DALY, H.E. *Natural capital and sustainable development*. **Conservation Biology**, v.6, p. 37-46, 1992. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso restrito, em 30 de agosto de 2011.

COSTANZA, Robert (et al.). The value of the world’s ecosystem services and natural capital. Revista: **Nature**, n. 387, 15 de Maio de 1997, p. 253-260.

COSTANZA, Robert (et al.). **Ecological economics: the science and management of sustainability**. New York: Columbia University Press, 1991. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso restrito, em 30 de agosto de 2011.

COUTINHO, Paulo. O valor da biodiversidade. **Revista Com ciência: Revista eletrônica de jornalismo científico**, UNICAMP, Nº 21, Junho de 2001. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/framereport.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2011.

DIAZ e AMIN, Mário M. Sistemas de Contas Ambientais (SCA): a inclusão da exaustão e degradação dos recursos naturais nas estimativas econômicas. **Sociedade Brasileira de Economia Ecológica**. V Encontro Nacional da ECOECO, Caxias do Sul, 2003. Disponível em: http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/v_en/Mesa1/9.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2011.

Encyclopedia of Earth. Disponível em: http://www.eoearth.org/article/Environmental_and_ecological_economics?topic=58074. Acesso em 12 de setembro de 2011.

Hino nacional brasileiro. Letra: Joaquim Osório Duque Estrada. Música: Francisco Manuel da Silva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/hino.htm. Acesso em 28 de setembro de 2011.

LAHERA, Eugenio P. **Política y políticas públicas**. Santiago de Chile: CEPAL, agosto de 2004.

LEWINSOHN, Thomas Michel. PRADO, Paulo Inácio. **Síntese do conhecimento atual da biodiversidade brasileira**. São Paulo: Contexto acadêmico, 2003.

LOMBORG, Bjorn. **O Ambientalista cético: medindo o verdadeiro estado do mundo**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

LOMBORG, Bjorn. **Cool it: Muita calma nessa hora: o guia de um ambientalista cético sobre o aquecimento global**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAY, Peter H. **Economia Ecológica: aplicações no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

MATTOS, Katty Maria da Costa. MATTOS, Arthur. **Valoração econômica do meio ambiente: uma abordagem teórica e prática**. São Carlos: RIMA, FAPESP, 2004.

MOTA, José A. **O valor da natureza: economia e política dos recursos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001.

OECD — Environmental Outlook to 2030. **OCDE**, 2008. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/46/15/40220494.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2011.

SAWER, Donald. Economia verde e/ou desenvolvimento sustentável? **Revista Economia verde desafios e oportunidades**, N° 8, Junho 2011, p. 36-42.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Vol. I, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SHEERAN, Kristen A. Ecological Economics: a Progressive Paradigm? **Berkeley La Raza Law Journal**, vol. 17:21, 2006, p. 21-35.

TEEB — The Economics of Ecosystems and Biodiversity for National and International Policy Makers — Responding to the Value of Nature, 2009. Disponível em: <http://www.teebweb.org/Portals/25/Documents/TEEB%20for%20National%20Policy%20Makers/TEEB%20for%20Policy%20exec%20English.pdf>. Acesso em 3 de agosto de 2011.

TEEB — The Economics of Ecosystems and Biodiversity (interim report), 2010, p. Disponível em: <http://www.teebweb.org/LinkClick.aspx?fileticket=u2fMSQoWJf0%3d&tabid=1278&language=en-US>. Acesso em 3 de agosto de 2011.

TEEB — A Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade: integrando a Economia da Natureza. Uma síntese da abordagem, conclusões e recomendações do TEEB, 2010. Disponível em: http://www.teebweb.org/Portals/25/TEEB%20Synthesis/TEEB_Sintese-Portugues_web%5B1%5D.pdf. Acesso em 3 de agosto de 2011.

ISEE — The International Society for Ecological Economics. Disponível em: <http://www.ecoeco.org/content/about/>. Acesso em 12 de setembro de 2011.

SISTEMA DE PATENTES E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS ENVOLVENDO A BIOTECNOLOGIA MARINHA

MARIA EDELVACY P. MARINHO¹

TARIN CRISTINO FROTA MONTALVERNE²

1. Introdução

A proteção dos recursos genéticos marinhos é um desafio que está longe de ser alcançado. A problemática é ainda maior quando tais recursos se encontram em alto mar. Nas últimas décadas diversos produtos como medicamentos de combate ao câncer, contra malária, antirretrovirais e cosméticos são desenvolvidos a partir de recursos biológicos marinhos. Estima-se que houve um crescimento de 11% entre os anos 2007 e 2008 no número de moléculas isoladas nesse segmento³.

O mar encontra-se no centro do comércio internacional, tanto por ser via de comunicação que facilita as trocas econômicas internacionais quanto por abrigar recursos exploráveis, que só aumentam em função do progresso tecnológico⁴.

A biodiversidade marinha representa um rico patrimônio para a construção de um mundo sustentável. O valor dos bens e serviços ecológicos marinhos é estimado em US\$ 21 trilhões anuais — 70 % superior aos sistemas terrestres⁵.

Diversas empresas do setor farmacêutico e agroquímico, por exemplo, dispõem de setores específicos trabalhando nessa área. Apenas no tratamento do herpes calcula-se que o setor de biotecnologia marinha movimentou cerca de 237 milhões de dólares no ano de 2006⁶.

Ressalte-se que, durante muito tempo, a preocupação da comunidade internacional se concentrou prioritariamente na proteção dos ecossistemas terres-

1 Advogada, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1-Panthéon Sorbonne, Professora do programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília.

2 Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutorado em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité (Paris V) e Universidade de São Paulo (USP).

3 BRASIL. Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Caracterização do Estado da Arte em Biotecnologia Marinha no Brasil**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 14.

4 HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da OMI em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. (Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), p.15.

5 SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Panorama da Biodiversidade Global 3**. Brasília: MMA/SBF, 2010, p. 32.

6 BRASIL. Ministério da Saúde. **Op. cit.**, 2010, p. 99.

tres, entre outras razões, porque os impactos sobre tais ecossistemas eram mais perceptíveis. No entanto, a comunidade internacional tem constatado, através de relatórios elaborados pelas instituições internacionais, que as zonas costeiras, mares e oceanos de todo o mundo também sofrem gradativamente os efeitos da expansão da ocupação e dos usos humanos, sem receber a devida proteção⁷.

Ademais, o alto valor alcançado pelos produtos gerados a partir de recursos genéticos marinhos (RGM) não tem correspondência com a importância dada a proteção destes nos espaços internacionais. Apesar de diferentes instrumentos internacionais versarem sobre a atividade pesqueira, a preservação e proibição de comercialização de espécies em extinção e poluição de áreas marítimas, ainda há muito a ser feito em termos de regulação e “enforcement”.

A regulamentação sobre este assunto não é fácil, devido à diversidade de obstáculos identificados em vários países e as diversas facetas do tema em questão⁸.

Quase vinte anos após a adoção da Convenção sobre Diversidade Biológica, e quando a comunidade internacional está se preparando ativamente para a Conferência das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável — Rio + 20 — este é um momento importante para a inclusão dessa preocupação na agenda internacional ambiental com o intuito de contribuir para a construção de um compromisso global para a proteção da biodiversidade marinha.

O objetivo desse trabalho é analisar as atividades que envolvam a bioprospecção marinha, seu impacto na biodiversidade e as dificuldades encontradas na repartição de benefícios dos RGM. Para tanto, apresentaremos, primeiramente, como a questão da proteção dos RGM tem sido regulada pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) para, em seguida, analisarmos a proteção dos recursos sob o ponto de vista da propriedade intelectual no Acordo relativo aos aspectos do direito da propriedade intelectual relacionado ao comércio, conhecido por sua sigla inglesa TRIPS. Por fim, serão apresentados alguns dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM) para compreender as diferentes facetas da proteção da biodiversidade marinha.

Pretende-se, com o presente artigo, despertar os estudiosos e operadores do Direito para a relevância e urgência do tema, bem como fomentar o debate em busca de soluções para garantir a proteção da biodiversidade

7 SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB). **Panorama da Biodiversidade Global 3**. Brasília: MMA/SBF, 2010.

8 KATE K.; LAIRD S. **The Commercial Use of Biodiversity - Access and Benefit-sharing of Genetic Resources**. London : Earthscan, 2000, p.83.

marinha, sobretudo as que não estão sob a soberania ou jurisdição de um determinado Estado.

2. A proteção dos recursos genéticos marinhos a partir da CDB

A proteção dos recursos genéticos marinho é um tema bastante complexo, pois engloba diferentes questões: meio ambiente, propriedade, soberania, comércio, relações internacionais, propriedade intelectual, entre outras.

A biodiversidade marinha é sem dúvida uma das grandes questões do século XXI. A biodiversidade marinha é importante não apenas para a manutenção do equilíbrio ambiental, mas também pelo seu valor econômico que atualmente é evidenciado pela evolução da biotecnologia.

2.1 A importância da CDB para a proteção da biodiversidade marinha

No dia 22 de maio, comemora-se o Dia Internacional da Biodiversidade, dia em que, no ano de 1992, adotou-se o texto final da Convenção da Diversidade Biológica. Em 2012, o tema que será discutido é a “Biodiversidade marinha”. Neste contexto, após vinte anos da adoção da CDB, faz-se necessário analisar a importância deste instrumento internacional para a proteção da biodiversidade marinha.

a) Os objetivos da CDB

O mais importante instrumento jurídico internacional que trata da proteção da biodiversidade é a Convenção sobre a diversidade biológica, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992.

A CDB tem 42 artigos que definem um programa para conciliar o desenvolvimento econômico e a necessidade de preservar a diversidade biológica em todos os seus aspectos, incluindo a biodiversidade marinha. Mas é o seu artigo 1º que estabelece expressamente os objetivos da CDB:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos [...]”.

Trata-se de objetivos bastante amplos e complexos a serem implementados⁹. De um lado, eles permitem considerar a questão da biodiversidade de

9 SADELEER, N. *Droit international et communautaire de la biodiversité*. Paris : Dalloz, 2004, p.98.

uma forma abrangente e não apenas em termos de conservação. De outro lado, a eleição de objetivos tão amplos induzem a elaboração de um plano de trabalho extenso. Como consequência, se avança pouco na realização dos objetos propostos. No atual estado de discussão, os Estados não chegaram a um acordo nem mesmo sobre suas prioridades comuns.

A CDB representa, pois, o surgimento de uma abordagem mais holística da conservação da natureza no direito internacional, bem como o reconhecimento de sua dimensão econômica sob a ótica dos recursos genéticos e de sua exploração, mormente para o desenvolvimento da biotecnologia. Os textos anteriores sobre a biodiversidade apresentavam apenas uma abordagem ecológica, ou seja, viam a biodiversidade como um conjunto de recursos a ser conservado, sem perceber que a biodiversidade era também um capital de recursos genéticos para as indústrias de biotecnologia.

b) As decisões das Conferências das Partes

Considerando a importância da biodiversidade marinha na economia global, sobretudo com os avanços da biotecnologia, a comunidade internacional tem expressado sua preocupação com a proteção da biodiversidade marinha e tem incentivado o desenvolvimento de estudos e propostas de ação para conter e reverter as causas que conduzem ao comprometimento ambiental dos ecossistemas marinhos e costeiros.

Por isso, ao longo das Conferências das Partes¹⁰ da CDB, os Estados-partes têm aprovado decisões relacionadas à conservação da biodiversidade marinha, como a adoção do Mandado de Jacarta sobre Biodiversidade Marinha e Costeira quando as partes reconheceram a necessidade de elaborar e implantar um programa direcionado especificamente para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade nessas regiões, aprovando a Decisão II/10¹¹. Entre seus objetivos está a criação de instrumentos legais e programas relevantes, a cooperação técnica entre diferentes países e organizações e o desenvolvimento de ações inovadoras para a conservação da biodiversidade costeira e marinha.

10 A Conferência das Partes (COP) é formada por 194 países que ratificaram a Convenção, denominados “Estados Partes”, e reúne-se a cada dois anos para examinar todas as questões relativas à implementação da Convenção (art. 23 da CDB).

11 Tal documento foi adotado durante a Segunda Conferência das Partes (COP 2), realizada em Jacarta (Indonésia, 1995).

Ademais, interessante citar a Decisão VII/28¹² da COP 7 que definiu, como objetivo geral do Programa de Trabalho sobre Áreas Protegidas, “o estabelecimento e manutenção, até 2010, para áreas terrestres, e até 2012, para áreas marinhas, de sistemas nacionais e regionais de áreas protegidas abrangentes, eficazmente administrados e ecologicamente representativos”¹³. Tal decisão justifica-se pelo fato de que as mais de cinco mil áreas protegidas existentes no mundo, correspondentes a aproximadamente 11% da superfície da Terra, apenas 1,3 mil incluem componentes marinhos e costeiros, ou menos de 1% dos oceanos.

Outro ponto importante do Programa de Trabalho sobre Áreas Protegidas é o estabelecimento de áreas protegidas em zonas marinhas situadas fora dos limites de jurisdições nacionais, levando em consideração os ecossistemas que abranjam o território de mais de um país, conforme disposto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

No entanto, segundo o último Panorama Global da Biodiversidade, editado pelo Secretariado da CDB, os ecossistemas costeiros e marinhos continuam tendo sua extensão reduzida, o que ameaça serviços ecossistêmicos altamente valiosos e imprescindíveis, como, por exemplo, a absorção de dióxido de carbono da atmosfera, que cumpre papel relevantíssimo na mitigação das mudanças climáticas globais¹⁴. Tal documento destaca também que as metas mundiais estabelecidas para conter a perda de biodiversidade não foram cumpridas¹⁵, fato que reforça, ainda mais, a urgência de ações concretas e imediatas de conservação e de uso sustentável dos ecossistemas, principalmente os costeiros e marinhos.

O Panorama da Biodiversidade Global 3 apresenta, pois, fatos e números preocupantes e ainda destaca as diversas razões essenciais pelas quais o desafio de proteger a biodiversidade permanece inalcançado.

Diante deste contexto, a 10ª Conferência das Partes da CDB que aconteceu em Nagoya, em outubro de 2010, analisou a questão de forma pormenorizada, levando os países a se comprometerem com a redução de práticas insustentáveis que causem impactos negativos na zona costeira e marinha. Na ocasião, os países aprovaram, como parte de seu novo Plano Estratégico 2011-

12 Tal decisão foi adotada durante a Setima Conferência das Partes (COP 7), realizada em Kuala Lumpur (Malásia, 2006).

13 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010, p. 9.

14 SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB). **Op. cit.**, 2010, p. 7.

15 Idem.

2020¹⁶, um conjunto de 20 metas, das quais se destacam, para a zona costeira e marinha, as seguintes:

Meta 6: Até 2020, todos os estoques de peixes, invertebrados e plantas aquáticas devem ser geridos e explorados legalmente, de maneira sustentável e aplicando a abordagem ecossistêmica, de maneira a evitar a sobrepesca, com planos e medidas de recuperação em vigor para todas as espécies sobrepescadas, com a pesca praticada sem impactos adversos significativos sobre espécies ameaçadas e ecossistemas vulneráveis, e os impactos da pesca sobre os estoques, as espécies e os ecossistemas devem estar dentro dos limites de segurança ecológica;

Meta 10: Até 2015, as múltiplas pressões antrópicas sobre os recifes de coral e outros ecossistemas vulneráveis afetados pelas alterações climáticas ou pela acidificação dos oceanos devem ter sido minimizadas, de modo a manter sua integridade e funcionamento;

Meta 11: Até 2020, pelo menos 17% das áreas terrestres e de águas continentais e 10% das zonas costeiras e marinhas, principalmente as áreas de particular importância para a biodiversidade e para a manutenção dos serviços ambientais, devem estar conservadas por meio de sistemas ecologicamente representativos e integrados dentro de paisagens terrestres e marinhas mais amplas, compostos por áreas protegidas ou outras medidas de conservação efetivas *in situ*, bem conectadas e geridas com eficácia e equidade¹⁷.

Assim, as Partes deverão estabelecer estratégias nacionais, a partir das Metas de Aichi, de acordo com as suas prioridades, para serem apresentadas na 11^a Conferência das Partes (COP11) da CDB que acontecerá em outubro de 2012, em Hyderabad, na Índia.

2.2. O acesso e a repartição de benefícios oriundos da utilização dos recursos genéticos marinhos

O art. 15 da CDB prevê a repartição justa e equitativa dos benefícios gerados pelo acesso aos recursos genéticos. Deste modo, seriam viabilizados recursos para promover a conservação, o uso sustentável e pesquisas relacionadas à biodiversidade, além do desenvolvimento tecnológico, por meio de transferência de tecnologia, garantindo a implementação das Metas de Aichi.

16 Tal Plano Estratégico é conhecido como Metas de Aichi por terem sido firmadas na província de Aichi, da qual Nagoya é a capital.

17 Disponível em <http://www.cbd.int/cop10>. Acesso em 08/05/2012.

a) Os dispositivos da CDB sobre o acesso e a repartição de benefícios

Inicialmente, importante destacar que os dispositivos da CDB relativos ao acesso e a repartição de benefício também são aplicados à biodiversidade marinha, uma vez que o art. 2 da CDB estabelece que:

Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, **marinhos** e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.(grifo nosso)

Depreende-se deste dispositivo que a CDB contempla a biodiversidade marinha. Neste sentido, importante analisar o dispositivo da CDB que trata do acesso aos recursos genéticos e da repartição de benefícios, uma vez que contribuirá sobremaneira na compreensão da relação entre propriedade intelectual e recursos genéticos marinhos.

O artigo 15 da CDB é o principal artigo sobre os direitos e obrigações em matéria de acesso aos recursos genéticos e sua utilização posterior¹⁸. Neste artigo, a CDB estabelece que os governos têm o poder de decidir sobre o acesso aos recursos genéticos no âmbito da legislação nacional e reconhece que este poder é oriundo dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais.

A CDB institui um novo regime internacional de acesso aos recursos genéticos. Ela reconhece um princípio antigo de que os Estados têm direitos soberanos sobre seus recursos naturais e, como tal, podem determinar as modalidades de acesso aos recursos genéticos¹⁹. Ademais, a CDB exige a criação de condições para permitir tal acesso²⁰. A Convenção também determina que os benefícios da utilização desses recursos sejam repartidos de forma justa e equitativa²¹ e o acesso, quando concedido, seja regido pelas condições acordadas por mútuo acordo²² e pelo consentimento prévio fundamentado²³.

Duas modalidades relativas às regras de acesso aos recursos genéticos são levantadas pela CDB. As duas obrigações são de aplicação cumulativa e conforme uma ordem específica. Trata-se de uma obrigação de consentimento prévio do país fornecedor dos recursos e das condições de transferência celebradas de

18 BURHENNE-GUILLEMIN, F. L'accès aux ressources génétiques. Les suites de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique. In : **Les hommes et l'environnement, Mélanges à Alexandre Kiss**. Paris : Frison-Roche, 1998, p.552.

19 Art.15.1 da CDB.

20 Art. 15.2 da CDB.

21 Art. 1 da CDB.

22 Art.15.4 da CDB.

23 Art.15.5 da CDB.

comum acordo entre o país fornecedor e usuário dos recursos. O artigo 15.4 da CDB resume bem a natureza cumulativa e ordenada da obrigação, declarando: “O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo”.

Observa-se que o dispositivo da CDB sobre acesso aos recursos genéticos e repartição de benefícios estabelece uma condição importante, qual seja, a soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos.

Cumprir destacar que não existe dúvida quanto à aplicação do princípio da soberania sobre os recursos naturais quando estes se encontram em territórios terrestres, ou seja, o acesso aos recursos genéticos terrestres é condicionado ao consentimento prévio do país de origem desses recursos²⁴.

No entanto, o princípio da soberania estabelecido pela CDB não se aplica a todos os espaços marinhos, uma vez que alguns ambientes marinhos não estão sob a soberania ou jurisdição de um determinado Estado²⁵.

Por isso, a CDB no seu artigo 22.2 estabelece que os Estados-partes devem implementá-la, no que se refere ao meio ambiente marinho, em conformidade com os direitos e obrigações dos Estados decorrentes do direito do mar.

Ora, além dos limites das zonas de jurisdição nacional, existe um espaço que não está sujeito a apropriação estatal. Trata-se de um espaço comum, do qual todos podem aproveitar, mas não se apropriar²⁶. São espaços não submetidos à jurisdição nacional o alto-mar e os fundos marinhos, distinguindo-se o regime jurídico do fundo do mar e subsolo e o das águas sobrejacentes, conforme preceitua o CNUDM. A regulamentação desses espaços internacionais enseja enormes discussões sobre o regime jurídico dos recursos genéticos marinho.

A CDB estabelece ainda um princípio geral de repartição de benefícios oriunda dos recursos genéticos, exigindo dos Estados o estabelecimento de modalidades de repartição de benefícios.

A inclusão do princípio sobre repartição de benefícios no artigo 15 da CDB indica que a repartição de benefícios pode ser considerada como uma condição *sine qua non* para o acesso aos recursos. O controle sobre o acesso permite, pois, aos Estados assegurar a transferência de tecnologia e o retorno dos

24 O art. 15.5 da CDB estabelece que o acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte.

25 NOIVILLE, Christine. **Ressources Génétiques et droit. Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines**. Paris : Pédone, 1997, p. 364. HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da OMI em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. (Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), p.38. Arts.15.5 e 19.3 da CDB.

26 HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da OMI em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. (Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), p.38.

benefícios oriundos da biodiversidade. Trata-se de uma forma de recompensa legítima pela propriedade material dos países sobre os seus recursos genéticos.

A repartição de benefícios compreende muitas questões relacionadas aos recursos genéticos, transferência de tecnologia, participação em pesquisas biotecnológicas dos recursos genéticos e acesso aos resultados e benefícios da biotecnologia e propriedade intelectual, questões de financiamento e todas as medidas de apoio à produção da vida social, econômica, ambiental e cultural. Os acordos de repartição de benefícios são o resultado de um compromisso aceitável entre os fornecedores e usuários dos recursos, conforme as regras que regulam o acesso aos recursos genéticos.

No entanto, os países de todas as regiões do mundo estão enfrentando dificuldades consideráveis para desenvolver e aplicar suas políticas e, portanto, o princípio da repartição de benefícios não tem sido devidamente respeitado e aplicado.

Cumpre destacar alguns motivos pelos quais persiste essa situação de incertezas jurídicas: a necessidade de capacitação em nível nacional (recursos humanos e financeiros), as leis nacionais inconsistentes; a ausência de compromisso político por parte de alguns governos, falta de fiscalização, a dificuldade de formulação de leis sobre ABS²⁷.

Outro problema que surge é o caso de repartição de benefícios oriundos da utilização de biodiversidade coletada em alto-mar que será analisado na segunda parte deste trabalho.

b) O Protocolo de Nagoya e a repartição de benefícios

A implementação dos dispositivos da CDB, especialmente em matéria de acesso e repartição dos benefícios, continua a ser muito complexa. Deve-se ressaltar que o debate envolve principalmente o artigo 15 (“Acesso aos recursos genéticos”), o artigo 16 (“Acesso e transferência de tecnologia”) e o artigo 19 (“Gestão de biotecnologia e repartição de benefícios”) da CDB.

Existe ainda uma forte discussão sobre os problemas jurídicos que dificultam a implementação efetiva do acesso e repartição dos benefícios. Em alguns aspectos, o regime ABS é “único” porque se encontra no centro de certos conceitos novos, sobretudo em direito ambiental e direito da propriedade intelectual.

A CDB, ao consagrar o princípio da plena soberania aos Estados sobre seus recursos genéticos, condiciona a legitimidade (e, por conseguinte, a legalidade) das atividades de bioprospecção à estrita observância das prescrições normativas

²⁷ Acesso e repartição de benefícios é conhecido também pelo termo ABS, que quer dizer *Access and benefiting sharing*.

estabelecidas no interior de cada Estado nacional, em cuja circunscrição territorial sejam tais atividades realizadas, ou de onde seja extraído material orgânico objeto das atividades de bioprospecção²⁸.

Diante deste cenário, após anos de negociações, 193 países assinaram o Protocolo de Nagoya sobre acesso e repartição de benefícios quando da 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Biodiversidade, em outubro de 2010, considerado o maior pacto ambiental desde o Protocolo de Kyoto e um passo importante para o fim da biopirataria.

O Protocolo de Nagoya foi adotado com o objetivo de garantir a repartição dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos de forma justa e equitativa, sobretudo através do acesso adequado a esses recursos e da transferência apropriada das tecnologias, tendo em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias e com financiamento adequado, contribuindo para a conservação da diversidade biológica e uso sustentável de seus componentes.

Na verdade, o Protocolo de Nagoya enfatiza o que já era estabelecido pela CDB, ou seja, os Estados têm soberania sobre os recursos genéticos de sua biodiversidade e que o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos só poderão ser realizados pelo consentimento prévio do país fornecedor dos recursos e das condições celebradas de comum acordo entre o país fornecedor e usuário dos recursos²⁹.

Interessante destacar o art. 10 do Protocolo de Nagoya sobre a criação de mecanismo multilateral mundial de repartição de benefícios, ou seja, o texto prevê que as Partes devem examinar a necessidade e as modalidades de um acordo multilateral de repartição de benefícios para analisar a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais que estão em situações transfronteiriças ou porque não é possível conceder ou obter o consentimento prévio fundamentado. Tais benefícios deverão ser utilizados para promover a conservação da biodiversidade e uso sustentável de seus componentes em todo o mundo. Neste sentido, tal dispositivo poderá ser aplicado no caso de repartição de benefícios oriundos da utilização de biodiversidade coletada em alto-mar. No entanto, as questões levantadas sobre o mecanismo multilateral estão pendentes de negociação e dependendo das próximas negociações das Partes do Protocolo.

28 Arts.15.5 e 19.3 da CDB.

29 Art. 6 e 7 do Protocolo.

3. A proteção dos recursos genéticos marinhos a partir do direito de patentes: o problema da repartição de benefícios

O campo de atuação da biotecnologia marinha vai além do desenvolvimento de fármacos³⁰, abrange também o aprimoramento de espécies, a segurança alimentar, combustíveis e o desenvolvimento de métodos de proteção ambiental³¹.

Segundo dados da OMPI, a partir de 2001 observou-se um crescimento significativo dos pedidos de patentes relativos à biotecnologia marinha. Grande parte desses pedidos, cerca de 90%, foi depositada por titulares de países desenvolvidos. Apesar da alta concentração de patentes entre países desenvolvidos, estudos mostram que a China e a Índia têm aumentado significativamente os pedidos de patentes sobre recursos genéticos marinhos³². Estima-se que já foram identificadas mais de 15 mil novas moléculas de origem marinha e que o número de patentes no setor deva continuar aumentando³³. Apenas a empresa “The Procter & Gamble” detém 520 patentes³⁴.

Apesar do grande potencial de mercado, a concessão de patentes para inventos que tenham como matéria-prima a biodiversidade marinha é um tema pouco estudado. A explicação para tanto está nas dificuldades encontradas na proteção da biodiversidade como um todo. As Convenções ambientais evidenciam o papel positivo que o sistema de propriedade intelectual poderia desempenhar em favor do meio ambiente, mas reconhecem, ao mesmo tempo, a necessidade de um modelo de repartição de benefícios do uso do recurso natural. Entretanto, desde que o tema apareceu nas pautas das negociações internacionais, ainda não há consenso sobre o modelo de proteção a ser adotado.

3.1. O Sistema de patentes

O modelo utilizado para a proteção de produtos derivados da biotecnologia, seja ela marinha ou de outros setores, é normalmente a patente. A patente pode ser conceituada como um instrumento jurídico que garante a exploração exclusiva de um invento por seu inventor/titular por um período limitado de tempo.

30 O estudo acima citado do Ministério da Saúde cita diversos medicamentos em fase de testes e já no mercado, derivados de recursos biológicos de origem marinha, ver em especial páginas 28 e 30.

31 Brasil. Ministério da Saúde. **Op. cit.** 2010, p. 26

32 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Secretario Geral. **Os oceanos e o direito do mar.** A62/66/Add.2, 10 de dezembro de 2007, parágrafo 219.

33 BONFANTI, Angelica; TREVISANUT, Seline. TRIPS on the high seas: intellectual property rights on marine genetic resources. **Brooklyn Journal of International law**, 2011.

34 BRASIL. Ministério da Saúde. **Op. cit.** 2010, p. 95.

Hoje esse período não pode ser inferior a 20 anos, contados a partir da data do depósito do pedido.

O sistema de patentes integra o regime de proteção à propriedade intelectual administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). O tema é também objeto de discussões em diversos fóruns internacionais, a exemplo da FAO, da OMS e da OMC. A OMPI administra atualmente cinco tratados sobre o direito de patentes³⁵. Entretanto, o instrumento internacional mais utilizado como referência é o Acordo relativo aos aspectos do direito da propriedade intelectual relacionado ao comércio. Esse acordo é administrado pela Organização Mundial de Comércio (OMC) e foi assinado em 1994. A adoção do TRIPS é uma das condições necessárias para um Estado tornar-se membro da OMC. Além da grande abrangência territorial, o TRIPS se destaca por conter regras mínimas de proteção dos inventos. Isso quer dizer que os Estados podem ampliar os direitos concedidos aos titulares de propriedade intelectual, mas não podem, sob o risco de descumprir o Acordo, reduzir as garantias já asseguradas no TRIPS³⁶.

Dentre as normas acordadas destaca-se, aqui, as referentes aos requisitos de concessão e o princípio da não discriminação de setores tecnológicos. Os requisitos se restringem à prova da novidade, da atividade inventiva e da aplicabilidade industrial do invento.³⁷ O princípio da não discriminação³⁸ implica na recepção, a priori, de todos os setores tecnológicos pelo sistema de patentes, logo, um invento poderá ser protegido caso se prove a existência dos requisitos de patenteabilidade³⁹.

É importante destacar que a construção dos requisitos de patenteabilidade se deu no período em que os inventos se concentravam na área da mecânica. Portanto, em setores muito distintos como no caso da biotecnologia, os escritórios de patentes costumam elaborar linhas diretrizes de modo a especificar o

35 Convenção União de Paris (CUP), Tratado sobre direito material de patentes, Tratado de cooperação em matéria de patentes (PCT), o Tratado de Budapeste, o Acordo de Estrasburgo relativo à classificação internacional de patentes.

36 Art. 1 do TRIPS.

37 Art. 27.1 do TRIPS : “ qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial “.

38 Art. 27.2 do TRIPS : “ as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente “.

39 O TRIPS permite exceções: no caso de inventos considerados ofensivos à ordem pública e à moral e no caso de inventos que sejam considerados nocivos à saúde humana e ao meio ambiente, o Estado-membro pode recusar a concessão da patente. Em se tratando do setor da biotecnologia marinha a questão da moralidade e da ordem pública não tem sido utilizada como justificativa para o indeferimento do pedido de patentes.

que seria necessário para se considerar um invento novo, contendo atividade inventiva e aplicabilidade industrial. Os requisitos não mudam em razão do setor, mas o conteúdo, o significado deste pode apresentar diferenciações — desde que justificadas — em relação a outros setores. Para fazer jus à patente, os Estados podem exigir do depositante a apresentação de um relatório descrevendo o invento de tal maneira que uma pessoa da área seja capaz de reproduzi-lo.⁴⁰ A obrigação da descrição do invento seria um fator positivo para o desenvolvimento tecnológico de um Estado, seria, para alguns, a contrapartida que a sociedade receberia pela concessão do título⁴¹. Além disso, os concorrentes não precisariam utilizar seus recursos para desvendar o segredo do invento, tais recursos poderiam ser aplicados no melhoramento deste invento e no desenvolvimento de outros.

Apesar de, na teoria, o sistema de patentes ser considerado como um instrumento de desenvolvimento tecnológico para todos os países, se constata na prática que os países desenvolvidos são aqueles que mais se beneficiam do sistema. No caso da biodiversidade evidencia-se a seguinte situação: apesar dos países desenvolvidos não estarem incluídos na lista de países megadiversos, eles são os países que mais detêm patentes no setor. Cerca de 90% dos pedidos de depósito de patentes versando sobre biotecnologia marinha foram solicitados por titulares de países desenvolvidos⁴². Não há como se negar o desequilíbrio na apropriação de inventos de origem biológica.

3.2. A relação entre a CDB e o TRIPS

Como observamos anteriormente, a CDB estabelece diretrizes para que haja a repartição de benefícios de forma justa e equitativa entre os beneficiários dos recursos biológicos e o Estado de onde estes são originários. Seria uma forma de permitir que os montantes obtidos com a extração do recurso pudessem se reverter na preservação do mesmo. Contudo, o regime de acesso e repartição de benefícios não tem sido eficaz. Tem-se observado nos países que elaboraram um regime de acesso que o processo de licenciamento é lento, há um excesso de

40 Art. 29.1 TRIPS : “Membros exigirão que um requerente de uma patente divulgue a invenção de modo suficientemente claro e completo para permitir que um técnico habilitado possa realizá-la, e podem exigir que o requerente indique o melhor método de realizar a invenção que seja de seu conhecimento no dia do pedido ou quando for requerida prioridade, na data prioritária do pedido.”

41 LEMLEY, Mark A., *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*. **University Chicago Law Review**, Vol. 71, p. 129, 2004; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 144.

42 BONFANTI, Angelica; TREVISANUT, **op. cit.**, 2011.

burocracia e a repartição dos benefícios tem se apresentado como possibilidade pouco concreta.

Argumenta-se que para se alcançar a eficácia do sistema, seria necessário que os Estados desenvolvidos passassem a exigir dos seus depositantes a revelação da origem dos recursos genéticos utilizados no desenvolvimento do invento a ser protegido pelo sistema de patentes.

Para se alcançar a eficácia desses compromissos, entende-se que o local ideal para se inserir a obrigação de revelação da origem do recurso biológico seria o Acordo TRIPS. Tal fato se explica pelo número de Estados signatários do TRIPS, pela efetividade que o Acordo tem apresentado desde sua vigência e pela possibilidade de questionamento de um Estado pelo descumprimento do Acordo, o que poderia autorizar retaliações comerciais da parte afetada.

Contudo, tal proposta encontra empecilhos. O primeiro se refere à dificuldade encontrada por países em desenvolvimento em modificar o Acordo TRIPS. O Acordo teve, desde sua criação, apenas uma emenda, cujo objetivo foi permitir que empresas de Estados desenvolvidos e em desenvolvimento pudessem produzir o medicamento licenciado compulsoriamente por países que não dispõem de capacidade técnica para tanto. Na rodada de Doha foi criado um grupo para se estudar a relação entre TRIPS e a Convenção sobre Diversidade Biológica⁴³. Em 2008 foi apresentada uma proposta de inclusão do requisito da revelação de origem no texto do TRIPS, mas o tema ainda está em discussão no Conselho.

Há uma resistência de alguns países desenvolvidos na alteração do TRIPS. Para os EUA, a revelação da origem do recurso não deveria ser incorporada como um novo requisito, pois o objetivo do relatório descritivo é garantir a possibilidade de reprodução do invento, logo, a revelação só seria indispensável para esse fim caso o recurso utilizado fosse único, apenas existente em uma região bastante específica⁴⁴. Por se tratar de uma situação singular não caberia a criação de um novo requisito de patenteabilidade para todo o sistema.

A falta de consenso sobre o tema também é observada em outros fóruns de discussão, como o Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore da OMPI. Atualmente, também se discute a possibilidade de incorporação da obrigação de declaração de origem do material genético em pedidos depositados através do Acordo

43 Parágrafo 19 da Declaração de Doha.

44 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore. junho de 2003 OMPI/GRTKF/IC/2/15.

de Cooperação em matéria de Patentes, o PCT, administrado pela OMPI. É importante ressaltar que o sistema PCT não é responsável pela concessão do título, apenas facilita o depósito em diferentes países.

Na Europa, o tema da revelação da origem do recurso tem sido mais debatido que nos EUA, contudo o resultado prático não tem sido tão diferente. Segundo a diretiva 98/44 da Comunidade Europeia, “quando uma invenção disser respeito à matéria biológica não acessível ao público e que não possa ser descrita no pedido de patente de forma a permitir a sua realização por pessoa competente na matéria, ou implicar a utilização de matéria desse tipo, a descrição só será considerada suficiente para efeitos do direito de patentes se o pedido apresentado incluir as informações pertinentes de que o depositante dispõe relativamente às características da matéria biológica depositada”⁴⁵. O texto não obriga a revelação da origem do material, fala-se apenas da necessidade de descrição de suas características. A Comissão Europeia admitiu que, apesar de reconhecer o dever de estimular a divulgação da origem do recurso em razão da CDB, o direito comunitário não obriga o fornecimento dessas informações. Omiti-las não traz consequências jurídicas sobre o tratamento do pedido de patentes ou sobre a validade do título⁴⁶.

A compatibilidade da diretiva 98/44 com a CDB foi analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que entendeu que:

“não se pode ter por estabelecido, na falta da demonstração que se verifica no caso em apreço, que o simples facto de proteger com uma patente as invenções biotecnológicas teria por consequência, como é sustentado, privar um país em desenvolvimento da capacidade de controlar os seus recursos biológicos e de ter acesso aos seus conhecimentos tradicionais, ou que teria por consequência favorecer a monocultura ou desencorajar os esforços nacionais e internacionais de conservação da biodiversidade. Além disso, se o artigo 1.º da CDB tem por objectivo a partilha justa e equitativa dos benefícios que advêm da utilização dos recursos genéticos, designadamente através do acesso adequado a esses recursos e da transferência apropriada das tecnologias relevantes, esclarece que isto será alcançado tendo em conta todos os direitos sobre esses recursos e tecnologias. Nenhuma disposição da CDB prevê como condições para a atribuição de uma patente a invenções biotecnológicas que sejam tidos em conta os interesses dos países dos quais os recur-

45 Diretiva 98/44CE, artigo 13.1) b)

46 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore, WIPO/GR-TKF/IC/4/11, parágrafo 72.

“... os genéticos são originários ou a existência de medidas de transferência tecnológicas.”⁴⁷

Constata-se que para os Estados integrantes da União Europeia a indicação da origem do recurso não é uma obrigação da CDB. Apesar dessa decisão, a União Europeia tem sido atuante na busca da incorporação da origem dos recursos genéticos nos pedidos de patente. Em 2005, a U.E. apresentou uma proposta ao Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore da OMPI, onde expressamente solicita essa inclusão e detalha como esta deverá ocorrer nas diferentes formas de acesso ao recurso genético⁴⁸.

No Brasil, a Medida Provisória 2.186-16/01 determina no art. 31 que “ a concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.” Apesar da inserção da obrigação da revelação da origem nos pedidos de patentes brasileiros, poucos foram os resultados alcançados.

47 Acórdão do Tribunal de Justiça C-377/98, 9 de outubro de 2001, parágrafos 65 e 66.

48 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore, WIPO/GR-TKF/IC/8/11: “Divulgation de l’origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet”, initialement soumis par la Communauté européenne et ses États membres. “ En résumé, la CE et ses États membres proposent ce qui suit : a) une exigence juridiquement contraignante devrait être mise en œuvre concernant la divulgation du pays d’origine ou de la source des ressources génétiques dans les demandes de brevet; b) cette exigence devrait s’appliquer à toutes les demandes de brevet internationales, régionales et nationales au stade le plus précoce possible; c) le déposant devrait déclarer le pays d’origine ou, s’il n’en a pas connaissance, la source de la ressource génétique à laquelle l’inventeur a eu physiquement accès et dont il a toujours connaissance; d) l’invention doit être directement fondée sur les ressources génétiques considérées; e) le déposant pourrait également être tenu de déclarer la source des savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques, s’il sait que l’invention est directement fondée sur ces savoirs traditionnels; dans ce contexte, il convient d’approfondir la discussion sur la notion de “savoirs traditionnels”; f) si le déposant omet ou refuse de déclarer les informations requises, et persiste à le faire bien qu’il ait eu la possibilité de remédier à cette omission, l’instruction de la demande ne doit pas être poursuivie; g) si les informations fournies sont incorrectes ou incomplètes, des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives doivent être envisagées en dehors du droit des brevets; h) une procédure de notification simple doit être adoptée à l’intention des offices de brevets chaque fois qu’ils reçoivent une déclaration; il conviendrait notamment de désigner le Centre d’échange de la CDB comme organisme central auquel les offices de brevets devraient envoyer les informations en leur possession.

Assim como o Brasil, a Índia⁴⁹, a Costa Rica⁵⁰ e a Comunidade andina⁵¹ alteraram a lei de patentes de modo a incluir a obrigação de revelação da origem do recurso biológico nos pedidos de patentes depositados em seus escritórios.

Feitas essas considerações, passa-se a análise das especificidades do recurso genético marinho.

3.3 A questão da propriedade intelectual sobre recursos encontrados em áreas submetidas à soberania de Estados Costeiros

No Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNU-DM), também conhecida como Convenção de Montego Bay, os Estados reconheceram a necessidade de se promover a conservação dos recursos marinhos, o estudo, a proteção e a preservação do meio ambiente. A Convenção conceitua qual seria o alcance do Mar territorial, da Zona Contígua, da Zona Econômica Exclusiva (ZEE), da Plataforma continental e do Alto— Mar.

Os Estados costeiros possuem direitos soberanos sobre as áreas do Mar territorial da Zona Contígua, na ZEE e Plataforma continental, logo, os recursos biológicos ali encontrados deveriam se submeter às regras já apresentadas pela CDB.

Apesar da existência de divergências sobre a aplicação da CDB aos recursos genéticos marinhos, entende-se que a interpretação da Convenção juntamente com a CNUDM permitiria esta aplicação.

A CNUDM prevê a possibilidade de proteção dos recursos marinhos por outras convenções e regula como deveria ocorrer a compatibilidade en-

49 India: Section 10 (contents of specification) of the Patents Act 1970 as amended by the Patents Second Amendment Act (2002) provides that the applicant must disclose the source and geographical origin of any biological material deposited in lieu of a description. Also Section 25 (opposition to grant of patent) as amended allows for opposition to be filed on the ground that — the complete specification does not disclose or wrongly mentions the source or geographical origin of biological material used for the invention”.

50 Costa Rica, Lei de Biodiversidade, n. 7788, artigo 80 “Both the National Seed Office and the Registers of Intellectual and Industrial Property are obliged to consult with the Technical Office of the Commission (for the Management of Biodiversity) before granting protection of intellectual or industrial property to innovations involving components of biodiversity. They must always provide the certificate of origin issued by the Technical Office of the Commission and the prior informed consent. Justified opposition from the Technical Office will prohibit registration of a patent or protection of the innovation.”

51 Comunidade Andina, decisão 486 “applications for patents shall be filed with the competent national office and shall contain: h) a copy of the contract for access, if the products or processes for which a patent application is being filed were obtained or developed from genetic resources or by products originating in one of the Member Countries; i) if applicable, a copy of the document that certifies the license or authorization to use the traditional knowledge of indigenous, African American, or local communities in the Member Countries where the products or processes whose protection is being requested were obtained or developed on the basis of the knowledge originating in any one of the Member Countries, pursuant to the provisions of Decision 391 and its effective amendments and regulations”.

tre os textos. A Parte XII, seção 11 trata das “obrigações em virtude de outras convenções sobre a proteção e a preservação do meio marinho”. O artigo 237 deixa claro que outras Convenções poderão ser aplicadas à proteção e preservação do meio marinho: “Obrigações específicas contraídas pelos Estados em virtude de convenções especiais, no que diz respeito à proteção e preservação do meio ambiente marinho, deve ser realizada de uma maneira coerente com os princípios e objectivos gerais da presente Convenção.” Como os princípios e objetivos da CDB são compatíveis com o da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar não haveria razão para não aplicação desse dispositivo.⁵²

A CDB, por sua vez, também traz no seu texto um dispositivo que permitiria a afirmação da viabilidade de sua aplicação conjunta com a CNUDM em se tratando de recursos genéticos marinhos. O artigo 4 define o âmbito da jurisdição da Convenção e determina que “as disposições desta Convenção aplicam-se em relação a cada Parte Contratante: a) No caso de componentes da diversidade biológica, nas áreas dentro dos limites de sua jurisdição nacional; e b) No caso de processos e atividades realizadas sob sua jurisdição ou controle, independentemente de onde ocorram seus efeitos, dentro da área de sua jurisdição nacional ou além dos limites da jurisdição nacional”.

Desse modo, não haveria conflito de competências entre a CDB e a CNUDM no que se refere à repartição de benefícios sobre os recursos genéticos marinho. Os compromissos assumidos pelos Estados-partes de ambas serviriam para garantir uma melhor proteção ao meio marinho. Portanto, os RGM encontrados no Mar territorial, na Zona Contígua, na ZEE e na Plataforma continental estariam sujeitos à soberania do Estado Costeiro.

Diante dessa conclusão, entende-se que seria necessário, em razão da CDB, das Linhas Diretrizes de Bonn e do Protocolo de Nagoya, que o recurso utilizado para elaboração de um invento, seja ele patenteado ou não, fosse objeto do consentimento prévio do Estado provedor do recurso e que fosse realizada a devida repartição de benefícios de maneira justa e equitativa entre provedor e usuário.

Apesar da aplicabilidade da CDB aos recursos genéticos marinhos, a efetividade da obrigação de revelação da origem destes recursos nos pedidos de patentes enfrenta os mesmos problemas que os apontados no tópico acima quanto aos recursos genéticos em geral.

52 BONFANTI, Angelica; TREVISANUT, Seline. *Op. cit.*, 2011.

3.4 Propriedade intelectual dos RGM encontrados em Alto-Mar e na Área

O Alto-Mar corresponde a mais de 50% dos oceanos. Ele se define por exclusão: “são todas as partes do mar não incluídas na ZEE, no Mar territorial, nas águas arquipelágicas de um Estado arquipélago”⁵³. Corresponde à coluna de água que está além dos limites da jurisdição nacional dos Estados costeiros. O fundo marinho, ou “área”, conforme a CNUDM, corresponde ao leito do mar e dos oceanos e seu subsolo⁵⁴ situados no Alto-Mar. É importante que se faça essa distinção, pois a CNUDM dispensa um tratamento diferenciado à coluna de água e ao solo e subsolo no Alto-Mar.

Há três pontos relevantes na análise dos RGM presentes da Área e Alto-Mar. O primeiro ponto a se destacar é que a CNUDM não reconhece a soberania de nenhum Estado sobre esses espaços⁵⁵. O segundo, refere-se ao status concedido aos recursos encontrados na Área como patrimônio da humanidade. O terceiro diz respeito ao princípio de liberdade que vigora na zona de Alto-Mar.

Por se tratar de uma zona que está além da soberania dos Estados, argumenta-se que a CDB não poderia ser aplicada. Logo, não seria exigida a repartição de benefícios já que não se poderia identificar o Estado provedor. Contudo, em se tratando dos recursos encontrados na “área” a CNUDM reconhece a competência da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (AIEM) “para decidir sobre a partilha equitativa dos benefícios financeiros e outros benefícios econômicos derivados das atividades na área, de acordo com a presente Convenção e as normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade”⁵⁶.

É importante esclarecer que os recursos genéticos marinhos utilizados para o desenvolvimento de invenções patenteadas são obtidos, normalmente, a partir de amostras já coletadas por outros órgãos nacionais de pesquisas. As empresas não têm como procedimento padrão o envio de equipes de bio-prospecção nessas áreas. A coleta pode até ocorrer com o apoio financeiro de algumas empresas de biotecnologia, mas esta costuma ser realizada por órgãos nacionais de pesquisa que incluem as amostras coletadas na coleções de cultu-

53 Art. 1.1 da CNUDM.

54 Idem.

55 O Art. 89 da CNUDM dispõe que: “No State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty.” E o art. 137. 1 da CDUDM determina que :”No State shall claim or exercise sovereignty or sovereign rights over any part of the Area or its resources, nor shall any State or natural or juridical person appropriate any part thereof. No such claim or exercise of sovereignty or sovereign rights nor such appropriation shall be recognized.”

56 Art. 160 da CNUDM.

ras nacionais. É a partir desta fonte que as empresas de biotecnologia têm tido acesso ao recurso biológico⁵⁷.

A CNUDM reconheceu o status de patrimônio da humanidade da Área e os recursos que ali se encontrarem. A Convenção não faz menção direta aos recursos genéticos marinhos. De fato, os Estados concentraram a atenção nos recursos minerais e pouca importância se concedeu aos recursos biológicos. A própria conceituação do que seria denominado como recurso na Área nos permite essa conclusão: “a) “recursos” significa que todos os sólidos, recursos minerais líquidos ou gasosos *in situ* na área em ou abaixo do leito marinho, incluindo os nódulos polimetálicos; (b) os recursos, uma vez extraídos da área, são referidos como “minerais”.” Essa definição restrita de recurso tem levado a interpretações que retirariam o status de patrimônio comum da humanidade dos recursos biológicos presentes na Área. Contudo, tal interpretação não é compatível com os objetivos e princípios da Convenção. Deve-se ter em conta que o valor dos recursos genéticos marinhos eram pouco conhecidos no momento da celebração da Convenção e que, portanto, a definição restrita do conceito de recurso não foi baseada na exclusão consciente dos recursos biológicos.

Outro ponto relevante a ser considerado é a possibilidade do mesmo recurso marinho ser encontrado dentro e fora das zonas de jurisdição dos Estados. O que fazer nesses casos? O recurso poderia ainda ser considerado patrimônio da humanidade? O relatório da ONU sobre oceanos e direito do mar enfatiza a necessidade de se discutir o tema diante da inexistência de normas⁵⁸.

Hoje sabe-se que há um enorme valor de mercado nesses recursos biológicos. Por habitarem em condições extremas, os organismos destes espaços apresentam alto potencial de decomposição de produtos, característica valiosa e útil nos processos industriais⁵⁹.

No alto mar vige a liberdade para “pesquisa científica⁶⁰. O Estado é livre desde que obedeça aos objetivos da Convenção quanto à cooperação dos Estados para as pesquisas e a preservação do meio marinho. É importante enfi-

57 Tal afirmação pode ser encontrada no relatório do Secretário Geral, Os oceanos e o direito do mar, ONU, A62/66/Add.210 de dezembro de 2007 “il n'existe aucun indice qu'aucune entreprise privée ait organisé ses propres plongées dans les grands fonds marins en vue d'y prélever des échantillons à des fins de recherche-développement. L'intérêt du secteur industriel pour l'extraction d'échantillons dans les grands fonds semble se limiter au financement de plongées d'exploration par des organismes scientifiques nationaux et des instituts de recherche et à une collaboration dans le cadre des recherches en laboratoire. Les sociétés de biotechnologie semblent aussi utiliser les échantillons déposés dans les collections nationales de cultures”.

58 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS., *op. cit.*, 2007, parágrafo 240.

59 BRASIL. MINISTERIO DA SAUDE. *Op. cit.*, 2010.

60 Art. 87f da CNUDM.

zar que as pesquisas devem ter fins pacíficos e benéficos para a humanidade⁶¹. Segundo a Convenção, “os Estados-partes podem realizar investigação científica na área marinha. Os Estados-partes deverão promover a cooperação internacional na investigação científica na área marinha” através da difusão efetiva “dos resultados de pesquisas e análises, quando disponíveis, por intermédio da Autoridade ou de outros canais internacionais, quando apropriado”⁶². Esse artigo pode levar à interpretação de que não seria possível a proteção de inventos baseados em RGM.

No entanto, pode-se interpretar também que a difusão efetiva não é impedida pelo sistema de patentes, vez que o relatório descritivo informa como o invento poderia ser reproduzido. O acesso à informação é livre, mas o uso não. Esse problema preocupa os pesquisadores que temem limitações às pesquisas em razão da proteção por patentes. Alguns Estados incorporaram na legislação de propriedade intelectual exceções ao direito do titular, entre estas se destaca aqui a exceção para o uso experimental. Segundo esta exceção, os pesquisadores poderiam dar prosseguimento às pesquisas sem se preocupar com a violação do título. Porém, a exploração econômica advinda dos resultados da pesquisa poderia ser objeto de questionamentos pelo titular da patente, caso o avanço apresentado não constituísse um novo invento, apenas um melhoramento.

Os defensores da possibilidade de patenteamento argumentam que o desenvolvimento de um produto a partir de recursos genéticos demanda altos investimentos: além da descoberta da função de determinada substância, deve-se ainda estabilizá-la; a substância deve ainda ser submetida a testes clínicos e a aprovação do órgão sanitário...Calcula-se que o tempo dispendido nesses processos seja superior a quinze anos⁶³. A patente seria um meio de reaver os investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento do setor privado. Teme-se que sem esse incentivo os recursos genéticos marinhos poderiam não ser explorados em sua total potencialidade, ou que o tempo levado para a desenvolvimento de novos produtos fosse prologando, o que não beneficiaria a população.

Por outro lado, os defensores da impossibilidade de patenteamento de recursos genéticos marinhos sustentam que, além do reconhecimento de que tais recursos seriam patrimônio comum da humanidade, a Convenção no artigo 41 traria expressamente a proibição do patenteamento⁶⁴. O artigo determina que “Investigação científica marinha não deve constituir o fundamento jurídi-

61 Art. 143 da CNUDM.

62 Art. 143.3c da CNUDM.

63 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS., *op. cit.*, 2007, parágrafo 108.

64 BONFANTI, Angelica; TREVISANUT, Seline. *Op. cit.*, 2011.

co de nenhuma reivindicação de qualquer parte do ambiente marinho ou seus recursos”. Entende-se que o texto proíbe qualquer tipo de reivindicação, e o conteúdo intelectual dos RGM não estaria isento da proibição.

Como bem descreveu o relatório do Secretário sobre os oceanos e direito do mar, há, ainda, diversas questões a serem resolvidas quanto à possibilidade de patenteamento dos recursos genéticos marinhos:

“as seguintes perguntas podem surgir e exigem uma maior reflexão: se a apresentação de um pedido de patente é considerado como uma reivindicação de parte do ambiente marinho ou seus recursos; se os direitos conferidos por uma patente são susceptíveis de interferir com o direito de realizar investigação científica marinha; e se o grau de confidencialidade exigido antes da apresentação de patentes, a fim de salvaguardar o carácter de novidade de uma invenção, é compatível com a exigência de divulgação e publicação de dados e resultados da investigação.”⁶⁵

O tratamento da patenteabilidade dos recursos genéticos marinhos se caracteriza, atualmente, pela ineficácia do regime de acesso e repartição de benefícios da Convenção sobre Diversidade Biológica, pela falta de progressos concretos para inclusão da obrigação de revelação da origem do recurso no Acordo TRIPS e pelas incertezas geradas pelo artigo 41 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

4. Conclusão

A CDB determina que os benefícios da utilização da biodiversidade marinha devem ser repartidos de forma justa e equitativa, mas tais mecanismos de repartição de benefícios variam dependendo do tipo de benefício, das condições específicas dos países e das partes interessadas.

No entanto, faz-se necessário que as discussões sobre a proteção pelo direito de patentes de invenções relativas aos recursos genéticos marinhos levem em conta as diferentes organizações internacionais e tratados que compartilham a regulação do tema, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a Organização Mundial do Comércio, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

Ocorre que a falta de consenso sobre a possibilidade de patenteamento desses recursos por constituírem patrimônio da humanidade, em alguns casos, não deixa de ter consequências. É preciso definir a extensão da categoria patrimônio

65 Secretário Geral da ONU para Oceanos e direito do Mar, U.N. Doc. A/62/66/Add.2, setembro, 2010.

comum da humanidade, se esta abrangeria também o conteúdo intelectual e até que ponto; como tratar os recursos que se encontram tanto na zona sujeita à soberania dos Estados como também nas zonas além desta soberania; determinar se a necessidade de compartilhamento dos resultados obtidos com pesquisas no fundo marinho representaria, de fato, uma proibição ao patenteamento dos recursos genéticos marinhos, e caso seja possível a concessão da patente, se os benefícios obtidos com a sua comercialização deveriam ser repartidos e de que maneira isso poderia ser feito.

É de suma importância que a comunidade internacional apresente de forma efetiva instrumentos jurídicos para a proteção da biodiversidade marinha, uma vez que a falta de regras claras para as atividades de bioprospecção e o hábito de conduzi-las de maneira informal contribuem para o acesso desordenado e, em alguns casos, ilegal aos componentes da diversidade biológica. Observou-se, pois, que a ausência de um arcabouço jurídico claro tem permitido, ou até mesmo incentivado, a ocorrência de importantes controvérsias sobre a questão.

Neste contexto, torna-se fundamental o desenvolvimento de ações internacionais e nacionais que objetivem agregar valor aos componentes da biodiversidade marinha, de forma justa e equitativa, garantindo o desenvolvimento sustentável.

5. Referências

BONFANTI, Angelica; TREVISANUT, Seline. TRIPS on the high seas: intellectual property rights on marine genetic resources. **Brooklyn Journal of International Law**, 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Caracterização do Estado da Arte em Biotecnologia Marinha no Brasil**, Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BURHENNE-GUILLEMIN, F. L'accès aux ressources génétiques. Les suites de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique. In: **Les hommes et l'environnement, Mélanges à Alexandre Kiss**. Paris: Frison-Roche, 1998.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Synthesis of views with respect to the need for and modalities of a global multilateral benefit-sharing mechanism (article10)**. UNEP/CBD/ICNP/2/7, 2 March 2012.

HECK, Mariana. **A efetividade das Convenções da OMI em face da poluição marítima por óleo causada por navios**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. (Tese de Doutorado — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

KATE, K.; LAIRD, S. **The Commercial Use of Biodiversity — Access and Benefit-sharing of Genetic Resources**. London: Earthscan, 2000.

LEMLEY, Mark A., Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property. **University Chicago Law Review**, Vol. 71, p. 129, 2004; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 144.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Biodiversidade Brasileira: Avaliação e Identificação de Áreas Prioritárias para Conservação, Utilização Sustentável e Repartição de Benefícios da Biodiversidade Brasileira**. Brasília: MMA, 2002.

NOIVILLE, Christine. **Ressources Génétiques et droit. Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines**. Paris: Pédone, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Secretário Geral, **Os oceanos e o direito do mar**. A/60/63/Add.1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Secretário Geral, **Os oceanos e o direito do mar**, A62/66/Add.2, 10 de dezembro de 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore**, OMPI/GRTKF/IC/2/15, junho de 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore**, WIPO/GRTKF/IC/4/11.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Comitê Intergovernamental sobre propriedade intelectual, recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e folclore**, WIPO/GRTKF/IC/8/11.

SADELEER, Nicolas. **Droit international et communautaire de la biodiversité**. Paris: Dalloz, 2004.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Panorama da Biodiversidade Global 2**. Montreal: SCDB, 2006.

SECRETARIADO DA CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Panorama da Biodiversidade Global 3**. Brasília: MMA/SBF, 2010.

5) AGUA, OCEANO, ZONAS COSTEIRAS, OFFSHORES

POUR UNE REGULATION INTERNATIONALE DE L'EXPLOITATION PETROLIERE OFFSHORE ¹

LUCIEN CHABASON ²

Résumé

De graves accidents de forage pétrolier offshore survenus récemment ont attiré l'attention sur les évolutions technico-économiques de ce secteur qui voit se développer des forages de plus en plus profonds et distants des côtes suscitant, en conséquence, des risques mal maîtrisables de pollution du milieu marin et côtier tant dans les zones sous souveraineté ou juridiction qu'au-delà.

De plus, ces forages sont également effectués au large d'Etats côtiers dont les capacités d'intervention sont limitées.

En regard, le droit international, global ou régional, est caractérisé— par contraste avec les règles relatives à la sécurité de la navigation maritime— par des lacunes majeures qui concernent tant le contrôle du système de permis et la surveillance qui doit leur être attachée que le régime de responsabilité et de réparation.

Des tentatives ont eu lieu au sein du Comité Maritime International pour combler ces déficits mais n'ont pu aboutir à ce jour.

Les événements récents justifient la reprise de cette question dans un cadre de négociation à définir ; la Conférence des Nations Unies sur le Développement Durable(“ Rio+20) qui souhaite faire avancer le thème de l'Economie Bleue “ peut être l'occasion de cette relance.

Summary

Serious accidents of offshore rigs oil drilling which have occurred recently drew the attention to the technico-economic evolutions of this sector which sees developing deep and distant drillings, thus causing, consequently, badly

1 Cet article est la version remaniée et actualisée d'un article du même auteur paru dans l'Annuaire du droit de la mer, 2010 (éditions Pedone, Paris).

2 Conseiller à la Direction de l'Institut du Développement Durable et des Relations Internationales (Iddri).

controllable risks of pollution of the marine and coastal environment in the zones under sovereignty or jurisdiction and beyond.

Moreover, these drillings are also carried out with coastal states whose capacities of intervention are limited.

In glance, the international law, global or regional, is characterized by contrast with the rules relating to safety of sea transport, by major gaps which relate to so much the control of the system of licence and the monitoring which must be attached to them that the mode of liability and compensation.

Attempts took place within the International Maritime Committee to make up these deficits but could not succeed to date.

The recent events justify the resumption of this question within a framework of negotiation to define; the UN Conference nations on Sustainable Development (“Rio+20) which wishes to advance the topic of the Blue Economy” can be the occasion of this revival.

Une succession d’accidents de plates-formes pétrolières offshore a attiré l’attention sur les lacunes du droit international relatif à l’encadrement juridique de cette activité.

Le 21 août 2009, un puits exploité depuis la plate-forme Montana, située dans la zone économique exclusive (ZEE) de l’Australie, a explosé pendant le creusement d’un nouveau puits. Selon l’Autorité de sécurité maritime australienne (AMSA), une nappe de pétrole s’est répandue dans l’océan, couvrant dès le 30 août une superficie de 1 750 miles carrés, au sein d’une aire maritime riche en récifs coralliens et en biodiversité marine, un couloir important de migration de baleines et de tortues marines. La pollution qui s’est ensuite étendue sur 5 800 miles carrés a affecté les eaux sous juridiction indonésienne. La présence de pétrole a été notée à 38 miles de l’île indonésienne de Rote dans la Mer de Timor³.

Huit mois plus tard, le 20 avril 2010, la plate-forme pétrolière Deepwater Horizon, exploitée par Beyond Petroleum (BP), à 1 500 mètres de profondeur dans les eaux sous juridiction américaine du golfe du Mexique, a explosé, s’est embrasée puis a coulé, relâchant l’équivalent de 4,9 millions de barils pendant 85 jours avant qu’un couvercle puisse être posé, faute de pouvoir colmater la fuite.

En juin 2011, la plate-forme Penglai 19-3, exploitée par des sociétés chinoise et américaine, a laissé fuir une quantité substantielle de pétrole qui, en un mois, a couvert 840 km². L’affaire n’a été reconnue par les autorités chinoises qu’après un mois de fuite.

3 Document OMI LEG 97/14/1 du 10/09/2010

Ultérieurement, des fuites d'hydrocarbures se sont produites au large du Brésil et en mer du Nord ; le cas de la plate-forme Elgin en mer du Nord, non réglé au moment de la rédaction de cet article (mai 2012) confirme la difficulté des interventions en cas d'accident offshore.

En avril 2012, à l'occasion d'une rencontre du Shipping Club d'Oslo, le Président de Lloyds Assurances, Richard Ward, a présenté un rapport préparé par Chatham House intitulé " Arctic Opening: Opportunity and Risk in the High North " qui souligne la gravité des risques environnementaux générés par l'exploitation des hydrocarbures dans l'Arctique et les coûts qui pourraient être exposés par les compagnies ; il appelle à un renforcement des standards de sécurité et des cadres de gouvernance internationale pour contrôler de tels développements.

L'opinion publique a pris conscience de l'ampleur prise par l'exploitation pétrolière offshore dans des zones de plus en plus profondes⁴. L'exploitation offshore représente aujourd'hui 30 % de la production mondiale de pétrole et 20 % des réserves. L'offshore profond (plus de 500 mètres sous le niveau de la mer) et ultra-profond (plus de 1 000 mètres) atteint 3 % de la production totale de pétrole avec comme zones privilégiées le golfe du Mexique, la mer du Nord, l'Afrique de l'Ouest et la mer de Chine du Sud, et comme zones de développement à venir l'Atlantique au large de l'Atlantique-Sud, l'Est du Canada, la mer de Barents et l'océan Arctique.

Des autorisations récentes portent à 3 000 mètres et au-delà la profondeur sous-marine atteignable par les opérations de forage.

Ces événements, et de façon générale les risques potentiels liés aux activités d'exploitation offshore, notamment ceux qui vont toucher l'Arctique au fur et à mesure que des autorisations de forage y seront délivrées par les États côtiers, ne peuvent qu'attirer l'attention sur les déficiences du droit international face à un développement qui ne peut qu'affecter l'intégrité des océans et mers en tant que biens communs.

Là où le transport d'hydrocarbures est enserré par des réglementations internationales précises, qui ont contribué à réduire le volume du pétrole relâché à la mer par les tankers, à mieux maîtriser les risques d'accidents, à organiser l'alerte et la coopération internationales ainsi qu'un régime de réparation assorti d'un Fonds international, rien de tel n'existe dans le domaine des plates-formes offshore ; ce secteur est placé sous la responsabilité des seuls États, sans qu'ils aient de comptes à rendre. Une sorte d'étrangeté, alors que l'on compte des centaines d'accords multilatéraux d'environnement sur d'innombrables sujets.

4 ISEMAR — Note n°125 de mai 2010 — L'exploitation pétrolière offshore : enjeux maritimes

Faut-il y voir l'effet de la force politique de l'industrie pétrolière et des États qui tirent bénéfice de son activité? Quoiqu'il en soit, dans le contexte actuel de développement de l'offshore profond et ultra-profond, il apparaît nécessaire de progresser vers la construction d'un ordre international.

Récentes initiatives à portée internationale

Après l'explosion de la plate-forme Deepwater, le Président américain Barack Obama a mis en place une Commission d'enquête qui a abordé la question de la coopération régionale avec le Mexique et Cuba en matière de prévention des accidents de plates-formes et de lutte contre les pollutions issues de tels accidents.

Au niveau intergouvernemental, deux processus juridico— politiques ont été initiés:

- le premier par l'Indonésie, dont les eaux sous juridiction ont été polluées par une plate-forme installée dans les eaux australiennes. L'Indonésie a introduit une proposition auprès du Comité juridique de l'Organisation maritime internationale (OMI) visant à adopter un nouveau programme de travail relatif à la responsabilité et à la réparation des dommages dus à la pollution occasionnée par l'exploitation de la recherche et l'exploitation pétrolière offshore ;
- le second, initié par le Président russe Dimitri Medvedev, qui a annoncé en novembre 2010 lors du sommet du G20 de Séoul (Corée du Sud) que la Russie rechercherait en 2011 l'accord du G20 sur l'adoption d'une convention sur les pollutions résultant de l'activité pétrolière offshore. Dimitri Medvedev avait déjà abordé cette question le 5 juin 2010, à l'occasion de la Journée mondiale de l'environnement, en insistant sur les déficiences du droit international tant au niveau de la prévention des risques que de la réparation des dommages environnementaux. Dans son communiqué du 24 juillet 2010, le gouvernement russe expose les raisons de son initiative, mettant en avant les similitudes entre le mode de fonctionnement de l'industrie pétrolière et celui des banques tel que révélé par la crise de 2008: forte demande, énormité des risques, manque de transparence de ces branches, insuffisances du système de régulation externe, l'ensemble conduisant inmanquablement à des catastrophes. L'initiative russe, très ambitieuse dans son champ d'application potentiel, a abouti à la mise en place d'un groupe de travail intitulé "Global Marine Environment Protection Initiative" au sein du G20. Le groupe de travail s'est réuni à deux reprises en 2011.

Ces deux propositions partent du constat que le droit international ne traite pas, loin s'en faut, de l'ensemble des dimensions transfrontières de l'exploitation du pétrole offshore en tenant compte des risques croissants de l'exploitation, qualifiée par l'ancien Secrétaire général de l'OMI, Mr. Efthimios Mitropoulos, de "4D: Deep, Distant, Dangerous, Difficult"⁵ (" profond, distant, dangereux et difficile ").

Le droit international et ses lacunes

Le droit international relatif à l'exploitation du pétrole offshore est marqué par le fait que celle-ci se déroule dans des zones marines sous souveraineté ou sous juridiction. C'est donc avec prudence que le droit international traite des obligations des États.

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM)

La CNUDM fait une application stricte de la doctrine Truman énoncée en 1945: " les ressources du sous-sol [...] du plateau continental [...] appartiennent aux États-Unis et [sont] soumises à leur juridiction et contrôle. " Depuis, la CNUDM a étendu ce principe à la ZEE.

La Convention met en œuvre ce principe en l'assortissant de certaines obligations liées à la protection de l'environnement marin mais bien limitées, parmi lesquelles on mentionnera:

- l'article 60-4, qui permet d'établir des installations de forage assorties d'un périmètre de sécurité ;
- l'article 194-1, qui invite les États à prendre " toutes mesures [...] nécessaires pour prévenir, réduire ou maîtriser la pollution du milieu marin ... " ;
- l'article 194-3-c, qui dispose que l'État côtier doit limiter la " pollution provenant des installations des engins utilisés pour l'exploitation ou l'exploration des ressources naturelles des fonds marins et de leur sous-sol ". Il doit également adopter des dispositions législatives nationales pour contrôler l'activité offshore.

Selon l'article 208, les Parties sont également invitées à établir des régimes globaux ou régionaux pour prévenir la pollution liée aux activités offshore. Ils doivent établir des régimes de réparation et prescrire dans certaines conditions l'enlèvement des structures d'exploitations à l'issue de leur période d'activité (article 235-3).

⁵ Discours devant le Comité juridique de l'OMI — 15 novembre 2010.

On trouve donc dans la CNUDM les fondements juridiques permettant de créer des régimes internationaux relatifs à la pollution liée aux activités pétrolières offshore. Il reste encore à donner un contenu à ces dispositions. Les conventions adoptées au sein de l'OMI et les accords de mers régionales n'y pourvoient que dans une mesure très modeste.

Les conventions OMI

Bien que l'OMI s'en tienne à son mandat, qui concerne la navigation maritime et non les installations fixes, certaines des conventions adoptées sous son égide fixent des règles qui s'appliquent ou pourraient s'appliquer aux plates-formes. La question est néanmoins rendue complexe par le fait que les plates-formes sont de plus en plus constituées de structures flottantes mais qui ne peuvent naviguer par elles mêmes⁶.

Certaines dispositions de conventions sont explicitement applicables aux plates-formes pétrolières, quelle qu'en soit la technique. Il en est aussi de l'annexe V de la Convention MARPOL 73/78, qui prohibe le rejet des déchets ménagers solides, notamment les emballages, depuis les plates-formes comme depuis les navires. La Convention de Londres sur les immersions (1972/1996) s'applique également aux déchets produits par les plates-formes. La Convention OMI sur la Préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (OPRC) de 1990 s'applique également aux situations critiques affectant les plates-formes. De même, la nouvelle Convention "Anti-Fouling" (2009) de l'OMI et la Convention de Hong Kong sur le recyclage des navires en fin de vie (2009) s'appliquent aux unités offshore flottantes.

À l'inverse, en matière de responsabilité et de réparation, les plates-formes pétrolières, flottantes ou non, ne sont pas couvertes par un accord international analogue à la Convention sur la responsabilité civile en cas de pollution pétrolière (1992) ou à la Convention établissant le fonds international de réparation (FIPOL, 1992), conventions qui ne concernent donc que la pollution liée au transport de pétrole ou à son utilisation comme carburant par des navires.

On constate ainsi que les deux principales lacunes du droit international global se situent en amont: absence d'encadrement international des conditions dans lesquelles l'exploration/exploitation est autorisée et surveillée et, en aval, avec l'absence d'un instrument global relatif à la responsabilité et à la réparation

⁶ Note ISEMAR déjà citée.

des dommages comme l'a souligné l'Indonésie alors même que l'article 235(3) de la CNUDM et la Déclaration de Rio de 1992 invitaient à aller en ce sens.

On doit cependant rappeler qu'un projet de " Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources naturelles du sous-sol marin " (CLEE) a été adopté en 1976 à Londres. Le texte prévoyait un principe de responsabilité objective, financièrement limitée, une obligation d'assurance et la possibilité de se retourner contre l'assureur ; elle n'était pas accompagnée de la création d'un Fonds. Cette convention n'a fait l'objet d'aucune ratification.

Le droit régional

Conformément à l'encouragement figurant dans la CNUDM, quelques régions maritimes ou " mers régionales " ont pris l'initiative de coopérer à l'établissement de règles communes débordant le champ couvert par le cadre international global tel que décrit plus haut.

Il en est ainsi de la Convention OSPAR, qui dispose d'un système juridique très avancé⁷, de la Convention régionale du Koweït de 1978 et de la Convention d'Helsinki pour la protection de la mer Baltique de 1992 qui obligent les États Parties à lutter contre la pollution résultant d'activités offshore. Récemment (en 2011), la Convention d'Abidjan relative à la protection du milieu marin de l'Afrique de l'Ouest a exprimé ses préoccupations quant aux risques liés aux activités offshore pratiquées face aux côtes africaines. On ne peut en effet que s'inquiéter des risques liés aux développements actuels, s'agissant de pays dont beaucoup ont des capacités très limitées en cas d'incident, de pollution ou d'accident de plateforme. Songeons qu'au large des côtes de la Mauritanie, où le si remarquable Parc national du Banc d'Arguin a été créé en 1976, l'ensemble de la ZEE a été découpée en blocs ayant vocation à être exploités. Le " Panel pétrole " mis en place par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) dans ce pays a montré les risques potentiels ainsi que les déficits de régulation. Et quelle pourra être la régulation effective des exploitations pétrolières qui pourraient être autorisées dans les eaux si riches en biodiversité du Sahara occidental, un territoire dont le statut est encore incertain au regard du droit international?

La Méditerranée est couverte par la Convention de Barcelone de 1976, révisée en 1995 ; elle est accompagnée de sept protocoles, dont le Protocole dit

7 Voir Luisa Rodríguez Lucas, 2008, " La prevención de la contaminación por la explotación de hidrocarburos en el mar ", Tirant lo blanch.

“ offshore ” signé à Madrid en 1994 et entré en vigueur en 2010, après ratification par six États. Cependant, les pays européens riverains et l’Union européenne se sont jusqu’à présent abstenus de ratifier le Protocole en raison du caractère jugé trop contraignant de certaines dispositions. La Commission européenne semble vouloir rompre avec cette attitude négative et inciter les pays concernés (France, Italie, Grèce, Espagne, Slovénie, Malte) à ratifier le protocole.

Celui-ci peut être considéré comme très avancé et ambitieux⁸.

Non seulement le Protocole offshore couvre, sur le plan géographique, la totalité du sous-sol de la Méditerranée, mais il encadre également l’ensemble des activités d’exploration et d’exploitation et tous les types d’installation. Il fait peser des obligations précises sur les Parties en termes d’autorisations, de surveillance et d’obligation de recourir aux meilleures technologies. Les États doivent également s’assurer de la capacité technique et financière des opérateurs. Le Protocole va relativement loin sur la question de la responsabilité en précisant que les Parties doivent veiller à ce que les opérateurs, responsables des dégâts environnementaux que leur activité peut provoquer, s’assurent contre les risques.

On ne peut que souhaiter que l’ensemble des pays méditerranéens et, au premier chef, les États européens, ratifient ce protocole dont la nécessité s’impose face au développement des plates-formes pétrolières en Méditerranée (231 plates-formes en 2010).

On note enfin la démarche de l’Union européenne visant à instaurer un régime européen de contrôle de l’exploitation des hydrocarbures, une tentative non encore aboutie en Mai 2012 ; elle viserait à étendre les pouvoirs de l’Agence Européenne de Sécurité Maritime. On peut s’interroger sur la pertinence de traiter de telles questions dans le cadre européen plutôt qu’en ayant recours aux cadres de gouvernance maritime telles que les mers régionales qui bordent le continent européen.

Faire progresser le droit international relatif à l’exploitation pétrolière offshore

Les déficiences d’un droit régional très fragmentaire, qui risque d’être chroniquement absent, notamment en Asie ou, lorsqu’il existe, se révèle d’une effectivité très limitée (Convention d’Abidjan et de Nairobi pour l’Afrique), crée la tentation d’aller vers une approche globale de cette question en

8 Voir Evangelos Raftopoulos, 2010, “Sustainable Governance of Offshore Oil and Gas Development in the Mediterranean: Revitalizing the Dormant Mediterranean Offshore Protocol”, www.mepielanbulletin.gr.

- fixant un socle commun d'obligations pour les États (et les opérateurs) couvrant l'ensemble du processus d'autorisation, de surveillance, d'intervention, de sanctions ainsi qu'un régime de responsabilité ;
- visant à équilibrer la puissance des compagnies pétrolières et de leurs organisations professionnelles par la force d'un cadre juridique international créateur d'obligations, y compris celle de rendre compte, accompagné de la création d'un secrétariat de convention de niveau international dont l'existence, en tant que cadre de gouvernance ouvert et multi acteurs, permette à la société civile et en particulier aux ONG concernées par la protection de l'environnement marin de s'exprimer. Il s'agit, au fond, d'introduire plus de transparence et de responsabilité (*accountability*) sur un sujet livré pour le moment, dans la pénombre, à la confrontation singulière des Horace (les groupes pétroliers) et des Curiace (les États)⁹.

Une telle approche a déjà connu un début d'histoire, une histoire chaotique qui a vu s'esquisser des projets de convention globale qui n'ont eu, à ce jour, aucun aboutissement.

En 1977, le Comité maritime international (CMI), une ONG juridique, a proposé un projet de Convention sur les installations offshore mobiles (le texte dit " Rio "), qui n'a pas été validé par l'OMI. La question a cependant continué d'être travaillée par le CMI. Le CMI a examiné un nouveau projet lors de sa réunion de 1994 à Sydney ("1994 Sydney Draft") et confié son étude à un groupe de travail chargé " de l'étude et du développement, le cas échéant, d'une convention internationale sur les installations offshore ", en notant que la production mondiale de pétrole et de gaz avait augmenté de 144 % entre 1980 et 1993 et en se fondant sur la Déclaration de Rio de 1992, dont l'article 2 stipule que les États doivent s'assurer que les activités placées sous leur juridiction ou contrôle n'occasionnent pas de dommages à l'environnement, aux autres États ou à des zones situées au-delà de la juridiction nationale. De plus, après la Déclaration de Stockholm de 1972, la Déclaration de Rio a insisté sur la nécessité pour les États de développer des régimes internationaux traitant de la pollution transfrontière et de la responsabilité et de la réparation pour le dommage environnemental provoqué à l'intérieur ou à l'extérieur des espaces sous juridiction étatique.

Malgré la force politique et morale de la Déclaration de Rio (1994), soit deux ans après le Sommet de Rio (1992), le Comité de l'environnement marin

9 Histoire légendaire de la Rome Antique rapportée par l'historien Tite-Live et selon laquelle les villes de Rome et d'Albe se livrèrent combat par l'intermédiaire de trois champions sélectionnés dans chaque camp.

de l'OMI a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'adopter un instrument juridique sur les installations offshore.

Toutefois, en 1995, le Comité juridique de l'OMI a encouragé le CMI à poursuivre les travaux en adoptant une approche entièrement nouvelle qui ne ferait plus de distinction entre les plates-formes fixes et les plats-formes mobiles, et trancherait ainsi la question récurrente de la compétence de l'OMI au bénéfice d'une approche globale et positive. Le CMI a confié la conduite de cet exercice à l'Association canadienne de droit maritime (ACDM). Celle-ci s'est posé la question de l'opportunité d'une telle convention, au vu:

- des dispositions internationales déjà en place, telles que susmentionnées ;
- du développement actuel des législatives nationales ;
- des réticences de l'industrie pétrolière dont la coopération est souhaitable et même indispensable.

En définitive, dans un "Discussion Paper" publié en mars 1996, l'ACDM s'est prononcée en faveur de la préparation, par le CMI, d'un instrument global qui pourrait venir ensuite en négociation dans le cadre de l'OMI. Cependant, le travail mené à cette fin au sein du CMI a vite rencontré l'opposition de l'International Association of Drilling Contractors (Association internationale des maîtres d'ouvrage de forage) et de la Maritime Law Association of the United States (Association de droit maritime des États-Unis)¹⁰.

L'ACDM a néanmoins poursuivi ses travaux et rédigé, en 2000, un projet de convention en 14 articles, très complet et adapté aux développements techniques, juridiques et environnementaux. Lors de la Conférence du CMI à Vancouver (Canada), en juin 2004, le groupe de travail sur la convention offshore a constaté le manque d'intérêt de l'OMI pour cette initiative ainsi que l'opposition de l'Association de droit maritime des États-Unis. C'est pourquoi les activités du groupe de travail ont été mises en veille. En définitive, ce projet n'a pas connu de suite en raison de l'opposition des milieux industriels, de certains États et d'une certaine indifférence ou impuissance de l'OMI. Cette organisation est, dans cette affaire, chroniquement préoccupée par la question de la portée de son mandat qui ne couvre en principe que les questions de navigation maritime, et donc le transport mais non l'extraction de pétrole.

Cette question semblait reprendre vie avec les initiatives russes et indonésiennes mentionnées ci-dessus, mais les résultats sont, à ce jour, très décevants

Ainsi, à la suite de la demande de l'Indonésie de travailler sur la responsabilité et la réparation, le Comité juridique de l'OMI a créé, en 2010, un groupe

¹⁰ Documents IMO LEG 79/6/2.

consultatif informel incluant 14 États, 4 organisations professionnelles et le CMI. Les ONG environnementales n'en font pas partie.

Malheureusement, lors de sa réunion d'avril 2012, le Comité juridique de l'OMI a décidé de ne pas donner suite à l'idée de réglementation globale sur la responsabilité et la réparation. On notera la forte opposition du Brésil à la proposition de l'Indonésie dans une note LEG99/13/1, une opposition qui serait principalement justifiée par les limites du champ de compétence de l'OMI lequel ne permettrait pas de traiter des conséquences environnementales de l'installation et du fonctionnement de plateformes pétrolières offshore. Cette analyse ne fait pas consensus. De plus, s'agissant d'une activité économique à caractère global, il est discutable que la question de la responsabilité et de la réparation doive être traitée le cas échéant par voie régionale comme le suggère le Brésil suivi par le Comité juridique de l'OMI.

De même, le groupe de travail constitué par le G20 à l'initiative de la Russie a connu un début de travaux (à l'abri des regards de la société civile) ; mais en définitive, le G20 réuni en France en 2011 n'a abouti, sur ce point, à aucun résultat concret et s'est borné à recommander le développement des échanges de bonnes pratiques... ce qui est déjà fait par les professionnels et les autorités publiques de régulation.

Un conflit négatif?

À ce stade, on peut s'interroger sur ce que pourrait être le cadre de gouvernance le plus approprié pour relancer le projet de convention. Il est évident que des cadres fermés à la société civile comme le G20 ou fortement influencés par les milieux industriels comme l'OMI sont modérément propices à la prise en compte des enjeux environnementaux. L'OMI n'a jamais agi qu'à la suite des grands accidents (Torrey-Canyon, Amoco-Cadiz, Erika) et pour répondre à l'émotion de l'opinion, même si son travail quotidien est de qualité et sa contribution indispensable. De plus, des réticences très fortes s'expriment au sein de cette organisation pour traiter de la question des plates-formes offshore.

Le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) pourrait également être un acteur, à condition de renforcer sa capacité d'expertise dans le domaine très technique de l'offshore pétrolier et de recevoir un mandat approprié.

On note également que les ONG environnementales, souvent forces motrices de la protection internationale de l'environnement, se sont, à de rares exceptions près, peu intéressées à cette question, et que le CMI, qui avait beaucoup progressé, a fini par être paralysé.

Comme on le voit, on se trouve d'une certaine manière, selon une notion du droit français, dans le cas d'un conflit négatif de compétence, un cas de figure où face à un problème réel, aucune instance ne se sent investie du mandat de le traiter.

Conclusion

En conclusion, qu'est ce qui justifie aujourd'hui l'adoption d'un droit international relatif à l'exploitation pétrolière offshore? Rappelons ici quelques raisons déjà avancées:

- l'ampleur des risques environnementaux liés à l'exploitation en grande et très grande profondeur ;
- les déficiences béantes du système juridique international (règles communes surveillance, responsabilité, transparence) global ou régional. Le fait que dans de nombreuses régions, comme l'Afrique de l'Ouest, les problèmes de gouvernance sont majeurs, et que peu de pays ont les moyens de contrôler correctement les implantations, vérifier les études d'impact, intervenir en cas d'incident et procéder à des inspections. Un système conventionnel régional permettrait de construire un secrétariat et des structures de coopération, de monter des projets, de mobiliser des ressources financières, et ainsi de construire une capacité technique commune face à celle de l'industrie, d'obliger les pays et l'industrie à rendre compte des mesures qu'ils prennent pour limiter les immenses dangers écologiques que l'activité pétrolière offshore fait peser sur le milieu marin.

Un système à double étage: convention globale sur la responsabilité et la réparation, dispositions régionales relatives aux règles relatives aux permis, au contrôle et à la sécurité, pourrait être le plus approprié.

Ne s'agit-il pas en définitive de mettre en œuvre, en la circonstance, les sains principes de la Déclaration de Rio?

PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO Y ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS EN ZONAS SITUADAS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

JOSÉ JUSTE RUIZ¹

- I. Los océanos como fuente de riqueza y soporte de la vida
- II. Régimen jurídico de las zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional
- III. Administración y conservación de los recursos marinos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional
 - a) Principales desafíos ambientales
 - b) Marco jurídico regulador
- IV. Elementos para una mejor regulación y gobernanza de las actividades marítimas en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional
- V. Hacia un acuerdo internacional sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional
 - a) Las bases del proceso hacia un acuerdo internacional
 - b) Fundamento y contenido del nuevo acuerdo

I. Los océanos como fuente de riqueza y soporte de la vida

Desde hace algunos años, los científicos han comenzado a alertarnos de que, debido al creciente impacto de las actividades humanas sobre el medio ambiente natural, el planeta puede haber entrado en una nueva época geológica, el “antropoceno”, lo que marcaría un cambio radical con respecto a la época geológica anterior, el “geoceno”. Las consecuencias de este tránsito, que coinciden con un momento de expansión de la globalización económica, social y cultural, tendrían un impacto significativo sobre numerosos aspectos de la vida y, en particular, sobre el régimen de los océanos.²

1 Catedrático de Derecho Internacional Universidad de Valencia.

2 Ver VIDAS, D — SCHEI, PJ. “The World Ocean in Globalization: Challenges and Responses for the Anthropocene Epoch” en VIDAS, D. — SCHEI, PJ. (Ed) *The World Ocean in Globalisation*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2011, pp. 3 y sig.

En este contexto, es necesario subrayar el papel primordial que los mares y océanos, que ocupan un 72% de la superficie del planeta, juegan en el mantenimiento de la vida sobre la tierra. Los ecosistemas marinos cumplen, en efecto, funciones vitales para el mantenimiento del sistema ecológico global. Los océanos constituyen el soporte de la vida, modelan el clima, dominan el ciclo hidrológico y suministran recursos vitales para la humanidad. Como señaló el plan de aplicación de las decisiones de la Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible, celebrada en Johannesburgo en el año 2002:

“los océanos, los mares, las islas y las zonas costeras constituyen un componente integrado y esencial del ecosistema terrestre y son fundamentales para la seguridad alimentaria mundial y para sostener la prosperidad económica y el bienestar de muchas economías nacionales, especialmente de los países en desarrollo.”³

Pero el estado de salud de los océanos está amenazado por los impactos crecientes de las actividades humanas que se desarrollan tanto en tierra como en el propio medio marino. El concepto de desarrollo sostenible, hoy unánimemente aceptado y reconocido como un nuevo paradigma en la materia, ha puesto fin al viejo mito de la capacidad asimilativa ilimitada de los océanos, haciendo evidente que los recursos marinos (renovables y no renovables) y los ecosistemas oceánicos pueden ser llevados a un punto crítico que determine su agotamiento irreversible.⁴ El mantenimiento de la buena salud de los ecosistemas marinos resulta, por lo tanto, vital para el desarrollo sostenible de los mares y océanos, que constituyen el elemento central del ecosistema planetario. Los tres pilares del desarrollo sostenible, a saber, el ambiental, el económico y el social, dependen así en gran medida de la preservación y protección del medio marino global.

Las actividades humanas que se desarrollan en el mar, y en particular las actividades dirigidas a la exploración y explotación de sus recursos naturales, han aumentado exponencialmente en los últimos años, incrementando los impactos que se producen sobre los ecosistemas marinos. El vínculo entre el aumento de las actividades humanas en el medio marino y los riesgos que ello conlleva para su protección y preservación, constituye una realidad indiscutible. Sin embargo, hay que tener presente que los conocimientos científicos sobre los impactos de las actividades humanas en el medio marino sufren un retraso en-

3 Ver: A/CONF.1999/20, Informe de la cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Johannesburgo (Sudáfrica), 22 de agosto a 4 de septiembre de 2002, Anexo, p. 24, par 30.

4 Ver: JUSTE RUIZ, J. “The Implications of the Principle of Sustainable Development in International Law”, en *The Diversity of International Law, Essays in Honour of Profesor Kalliopi K. Koufa*. Edited by Aristote Constantinides & Nikos Zaikos. Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 639-664.

démico, situándose a menudo por detrás de los acontecimientos. Para mejorar la situación, la Asamblea General, en su resolución de 12 de diciembre de 2002 sobre los océanos y el derecho del mar, decidió crear para 2004 un proceso para a presentación periódica de informes y evaluaciones del estado del medio marino a escala mundial, incluidos los aspectos socioeconómicos (“el proceso ordinario”).⁵ Pese a los progresos realizados por el Grupo de Trabajo establecido al efecto, la Asamblea General, en su resolución de 24 de diciembre de 2011 sobre los océanos y el derecho del mar, ha exhortado a reforzar las actividades de creación de capacidad en la investigación científica marina⁶, especialmente en lo concerniente a la protección del medio marino y a la conservación y el uso sostenible de los recursos marinos.⁷

Por otra parte, la mejora de la relación de las actividades humanas con el medio oceánico aparece cada vez más como un elemento central de la reflexión sobre una “economía verde”, en el contexto de la erradicación de la pobreza y desarrollo sostenible, que corrija los desajustes de la actual economía neoliberal que campea a escala mundial. En este sentido, los trabajos preparatorios de la Conferencia Rio +20, han insistido en la idea de que una economía verde implica necesariamente un enfoque centrado en una “economía azul”, que conceda un papel primordial al desarrollo sostenible del océano y a la protección de los recursos marinos.⁸

Esta nueva visión del uso sostenible de los mares y océanos tiene también una dimensión humana, vinculada a la idea de justicia ambiental. Algunos de los elementos de esta dimensión humana de los mares se muestran claramente cuando se producen desastres naturales, especialmente maremotos y tsunamis, que en los últimos años han causado muerte y desolación en diversos países. De un modo más general, el informe de la decimoprimer reunión del proceso

5 A/RES/57/141 de 12 diciembre 2002 par. 45. Mas tarde, en el año 2009, la AG estableció a tal efecto un Grupo de Trabajo Plenario Especial sobre et proceso ordinario de presentación de informes y evaluación del estado del medio marino a escala mundial, incluidos los aspectos socioeconómicos (“el proceso ordinario”) Ver: A/64/88, p. 2.

6 A/RES/66/231, par. 14

7 *Ibid.*, par. 23.

8 Así lo recuerda la Secretaría de la CNUDS en la publicación *Rio 2012 Issues Briefs*, nº 4, p. 4: “One of the Rio+20 conference themes is “a green economy in the context of sustainable development and poverty eradication”. However, the development of this “green economy” will rely in part on the sustainable management and use of oceans and their resources. At the twelfth ICP meeting as well as at the second preparatory committee for Rio+20 held in March 2011, various member states emphasized the importance of sustainable management of oceans and the conservation of ocean resources while referring to a so-called “blue economy” approach, in line with Agenda 21. Many Small Island Developing States (SIDS) specifically called for Rio+20 to provide support for sustainable ocean development and protection of marine resources. Therefore, the topic of oceans is expected to figure prominently at the Conference. Furthermore, there will be several preparatory meetings covering the topic”.

abierto de consultas oficiosas de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar, celebrada en 2011, ha subrayado que el buen estado de salud de los océanos resulta fundamental para la vida, la seguridad alimentaria y la prosperidad de la humanidad.⁹

Aunque el medio marino se caracteriza por la diversidad de sus elementos componentes (aguas saladas, especies animales y vegetales que viven en su seno, lecho y subsuelo oceánico, formaciones geológicas y minerales), es indudable que los océanos y mares constituyen una unidad natural y forman un ecosistema unitario de dimensiones planetarias. Por lo tanto, como reconoce la propia Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, la Convención), los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados y han de considerarse en su conjunto¹⁰, aplicando un enfoque integrado, interdisciplinario e intersectorial.¹¹ Sin embargo, como veremos con mayor detalle en el apartado siguiente, el régimen jurídico internacional de los espacios marinos se caracteriza por una acusada fragmentación, distinguiéndose diversas zonas en las que los Estados tienen competencias y poderes diferenciados.

Históricamente, el punto de mira de los instrumentos jurídicos internacionales se ha centrado sobre todo en la regulación de las actividades humanas realizadas en las zonas cercanas al territorio de los Estados (zonas costeras *latu sensu*). Sin embargo, desde una perspectiva ecológica, resulta necesario prestar también una atención fundamental a las zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional, tales como las aguas del alta mar y el lecho el suelo y subsuelo marino pertenecientes a la zona internacional de fondos marinos y oceánicos. Estas zonas representan el 50% del espacio oceánico en su conjunto y, obviamente, juegan un papel esencial en el mantenimiento de las condiciones ecológicas y la salubridad de los mares y sus recursos naturales.

II. Régimen jurídico de las zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional

El régimen jurídico de los mares y océanos está hoy definido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982, que ha sido definida como la “Constitución de los océanos”.¹² La Convención, constituye efecti-

9 Ver A/66/186, par. 15. El proceso abierto de consultas oficiosas de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar (“el proceso de consultas” o UNICPOLOS) fue establecido por la A/RES/54/33 de 24 de septiembre 1999, par. 2.

10 Convención, tercer párrafo del preámbulo.

11 A/RES/66/231, de 24 de diciembre de 2011, Los océanos y el derecho del mar, p. 2.

12 “Una Constitución para los océanos”, Declaraciones de T.B. Koh, de Singapur, Presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. <http://www.un.org/depts/los/conven->

vamente un instrumento de aplicación universal, que ha sido formalmente suscrito por 162 Estados. Incluso algunos de los Estados que no son todavía parte en la Convención, como los Estados Unidos de América, reconocen que sus normas forman parte del Derecho internacional consuetudinario de aplicación universal.

Dentro del marco jurídico unitario establecido por la Convención, cuya integridad debe preservarse como un valor esencial en la Comunidad internacional contemporánea, las diversas zonas marinas en ella definidas y reguladas se caracterizan por una gran diversidad. Parte de estas zonas marinas, como las aguas interiores, el mar territorial, las aguas archipelágicas, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, responden a un régimen jurídico basado en la soberanía o jurisdicción del Estado ribereño. Por el contrario, otras zonas marinas, tales como el alta mar y la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos, se sitúan más allá de la jurisdicción nacional de los Estados y responden a un esquema jurídico basado en la libertad de los mares (el alta mar) o en la condición de “patrimonio común de la humanidad” (la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos).

Por lo que se refiere a las aguas de la alta mar, el régimen establecido en la parte VII de la Convención ha mostrado ciertas lagunas y fisuras. Dada la naturaleza residual de este espacio marino y el carácter sumario y falto de concreción de algunas disposiciones de la Convención, el debate sobre la naturaleza jurídica de esta zona se ha reproducido en los últimos tiempos. Las discusiones doctrinales sobre su condición de *res nullius* o *res communis* se mantienen abiertas y aparecen nuevas orientaciones que apuntan al reforzamiento de su dimensión colectiva o comunitaria (*public trust*).¹³ De una forma más concreta, muchos especialistas consideran hoy que algunos de los principios dogmáticos (y casi metafísicos) que afectan al régimen jurídico de la alta mar, como la libertad de navegación, deben ser revisados en profundidad a la luz de las necesidades actuales.¹⁴ En cualquier caso, parece un dato generalmente compartido que el papel primordial y prácticamente exclusivo que se atribuye a los Estados de pabellón en el ejercicio y control de las actividades marítimas en alta mar resulta en muchos casos inconveniente y debe ser reconducido a términos más compatibles con las exigencias y responsabilidades de los Estados en los asuntos oceánicos. En este punto se plantea también una cuestión colateral que adquiere cada día

tion_agreements/texts/koh_spanish.pdf

13 Ver: RAFTOPOULOS, E. **Studies on the Implementation of the Barcelona Convention: The Development of an International Trust Regime**. Athens (Sakkoulas Publishers) 1997.

14 Ver: SCOVAZZI, T. “The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges”, Hague Academy of International Law, Vol. 286 (2000), pp. 228-232.

mayor importancia. Se trata de saber si los nuevos usos a los que la evolución científica y técnica ha abierto la utilización de la alta mar deben regirse por la misma regla residual basada en la libertad de los mares o si, por el contrario, requieren de un tratamiento específico mejor adaptado a las circunstancias concretas de cada una de esas actividades.

Por lo que se refiere a la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos, el régimen establecido en la parte XI de la Convención reclama que las actividades en la Zona se desarrollen asegurando la eficaz protección del medio marino (Artículo 145). A tal efecto, la regulación establecida bajo la égida de la Autoridad internacional de los fondos marinos, ha tomado ampliamente en consideración las exigencias de la protección y preservación del medio marino al elaborar el régimen de explotación de los recursos de la Zona. Así lo ha reconocido la Asamblea General en su resolución de 2011 sobre los océanos y el derecho del mar en la que:

reitera la importancia del proceso de elaboración de normas, reglamentos y procedimientos que está llevando a cabo la Autoridad, de conformidad con el artículo 145 de la Convención, para asegurar la protección eficaz del medio marino, con el fin, entre otros, de proteger y conservar los recursos naturales de la Zona y prevenir los efectos nocivos sobre la flora y fauna del medio marino que puedan tener las actividades que se realicen en la Zona.¹⁵

Sin embargo, también aquí se plantean problemas de difícil solución. Estos problemas resultan, por una parte, de la existencia de numerosas fronteras aun indeterminadas entre la plataforma continental extendida de muchos Estados, sobre cuyos recursos naturales éstos ejercen derechos de soberanía¹⁶, y el régimen de la Zona internacional de fondos marinos y oceánicos, que posee la condición de patrimonio común de la humanidad.¹⁷ Por otra parte, de acuerdo con la Convención, el régimen de explotación de ese patrimonio común de la humanidad se aplica a los recursos minerales situados en los fondos marinos o en su subsuelo¹⁸, pero no a los recursos biológicos y genéticos de la Zona.

Con todo, el lado más oscuro de la relación entre los usos legítimos del mar en las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional y las exigencias de protección y preservación del medio marino de acuerdo con la parte XII de la Convención, se plantea con particular acuidad cuando se trata de estable-

15 A/RES/66/231, par. 41.

16 Convención, Art. 77.

17 Convención, Art. 136.

18 Convención, Art. 133, a).

cer reglas relativas a la responsabilidad por daños a estos espacios marinos. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado con claridad que la obligación de prevenir los daños a zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional forma parte del Derecho internacional ambiental contemporáneo. En efecto, en su opinión consultiva relativa a la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 8 de julio de 1996, a CIJ afirmó rotundamente:

La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen al medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente.¹⁹

Sin embargo, otras instituciones onusianas han ignorado paladinamente las consecuencias lógicas de este principio en el ámbito de la responsabilidad y la indemnización de daños, especialmente daños medioambientales. Tal ha sucedido, en particular, en los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas²⁰ y sobre asignación de la pérdida en caso del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas²¹. En ambos casos, los artículos y principios codificados por la Comisión se aplican únicamente a los “daños transfronterizos” causados a los espacios marinos sometidos a la soberanía o jurisdicción de los Estados, quedando por tanto excluidos los daños ambientales que se producen en zonas más allá de la jurisdicción nacional.²² El criterio así aplicado, que excluye incluso las obligaciones específicas de llevar a cabo estudios de evaluación de impacto ambiental previos a la realización de actividades potencialmente dañosas para el medio marino más allá de la jurisdicción nacional, parece actualmente claramente regresivo con respecto al estatus del Derecho internacional general en la materia.²³

19 Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Avis consultatif du 8 juillet 1986. CIJ. *Recueil* 1996. p. 242. par. 29.

20 Ver texto en: A/RES/62/68, de 6 de diciembre de 2007, Anexo.

21 Ver texto en: A/RES/61/36, de 4 de diciembre de 2006, Anexo.

22 En los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, el “daño transfronterizo” se define como “el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen” (Art. 2 c). Una definición similar se contiene en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (Principio 2 e)

23 Ver: JUSTE RUIZ, J. “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, *Pacis Artes Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, Vol. I, pp. 327-360.

III. Administración y conservación de los recursos marinos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional

Las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional contienen una gran variedad de recursos naturales que han despertado las apetencias crecientes de los Estados.²⁴ Entre las utilidades tradicionales cuya intensidad se ha mantenido o ha aumentado figuran la navegación y el transporte marítimo, la pesca en alta mar, la investigación científica marina, la explotación y explotación de recursos minerales del lecho del mar y su subsuelo, los oleoductos y gasoductos marinos y el tendido de cables submarinos.²⁵ Entre los usos más innovadores, cabe citar la explotación de los recursos genéticos, la producción de energías renovables (energía eólica y maremotriz), la captura y almacenamiento de CO₂ en formaciones geológicas submarinas y la fertilización oceánica como un medio para contener el cambio climático. La intensificación de estas actividades, en ausencia de un marco regulador específico, puede tener efectos perjudiciales sobre los equilibrios naturales del medio oceánico.

a) Principales desafíos ambientales

Entre los factores de degradación ambiental de las zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional figura, en primer lugar, la navegación y el transporte marítimos. Se trata de una actividad secular, regulada por numerosos convenios internacionales, pero que continúa constituyendo una importante fuente de contaminación del medio marino y un riesgo para sus recursos naturales.

A comienzos de 2010 la flota mercante mundial alcanzó los 1.276.000.000 de toneladas de peso muerto, lo que representa un aumento del 7% con respecto al año 2009. El informe del Secretario General sobre los océanos y el derecho del mar de 2011 señala entre las causas de deterioro ambiental resultantes de las actividades marítimas, la contaminación causada por buques, la introducción de especies exóticas invasoras, el ruido oceánico, el transporte, la eliminación y los movimientos transfronterizos de desechos y el desguace y reciclaje de

24 Históricamente, al margen del uso secular para la navegación, la extracción de recursos pesqueros constituyó prácticamente el único objetivo de las actividades llevadas a cabo en alta mar. Pero hoy en día se sabe que la alta mar y el fondo oceánico no sujetos a jurisdicción nacional contienen vastos recursos minerales y energéticos y abrigan recursos biológicos de gran importancia. Los avances tecnológicos hacen cada vez más viable el acceso y la explotación, en términos económicamente rentables, de esos recursos naturales que durante mucho tiempo se consideraron fuera del alcance humano.

25 El informe del Secretario General sobre los océanos y el derecho del mar de 2011 pone de relieve la importancia actual de los cables submarinos de fibra óptica por los que se transmiten más del 95% de las comunicaciones electrónicas del mundo y que están experimentando un crecimiento exponencial propiciado por la Internet (A/66/70/Add.2, par 122).

buques. Además, el informe subraya que no todas las partes cumplen con las obligaciones que les incumben con arreglo a los instrumentos internacionales destinados a promover la seguridad marítima y prevenir la contaminación por los buques, y señala la responsabilidad primordial que a este respecto tienen los Estados del pabellón²⁶. La Asamblea General, en su resolución de 24 de diciembre de 2011 sobre los océanos y el derecho del mar, ha puesto de manifiesto el problema que suponen hoy en día los detritos marinos (a veces también llamados “chatarra oceánica”) cuyo volumen y peligrosidad para la navegación y para la salubridad el medio marino ha aumentado exponencialmente.²⁷

Las actividades pesqueras también suponen un riesgo considerable para los recursos biológicos de la alta mar, que los instrumentos jurídicos existentes (Acuerdo de 1995 sobre especies transzonales y Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera) no han conseguido eliminar.

En efecto, la pesca de altura de ciertas especies migratorias (sobre todo atunes y especies similares, como los peces aguja) ha ido aumentando con los años, habiendo disminuido la biomasa de estas especies aproximadamente en un 90%.²⁸ De acuerdo con un estudio elaborado por la FAO en el año 2006 más de dos tercios de las especies transzonales y más de la mitad de las especies migratorias de alta mar han sido agotadas, sin que se tenga más que un mínimo conocimiento de las consecuencias.²⁹ Por otra parte, se ha producido una intensificación de las actividades pesqueras ilegales, no declaradas y no reglamentadas (la llamada pesca IUU), habiéndose estimado ya en 2008 que estas capturas alcanzaban entre 11 y 26 millones de toneladas anuales.³⁰ Otras causas importantes de deterioro de los recursos biológicos de la alta mar son las capturas incidentales, el uso persistente de redes de enmalle y deriva y, sobre todo, la pesca de profundidad con redes de arrastre de las especies bentónicas, que produce la destrucción de los ecosistemas vulnerables del fondo marino, especialmente los arrecifes de coral.³¹

26 A/66/70/ Add.2, par. 46.

27 A/RES/66/231, par. 141-142.

28 Ver: Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar, elaborado en el año 2005 (A/60/63/Add. 1, par. 136).

29 FAO. Fisheries and Aquaculture Department, *The State of the World Fisheries and Aquaculture*, 2006. (Rome FAO, 2007).

30 Ver: AGNEW, D. et al. *The Global Extent of Illegal Fishing*, Fisheries Ecosystems Restoration Research, Fisheries Centre, University of British Columbia, April 2008, www.mrag.co.uk/Documents/ExtentGlobalIllegalFishing.pdf

31 El informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar, elaborado en el año 2005 señalaba al respecto que: “La pesca de profundidad a menudo se practica sobre elementos como cordilleras y montes submarinos en los cuales las aportaciones alimentarias arrastradas por advección por corrientes topográficamente acentuadas mantienen a comunidades bentónicas dominadas

La Asamblea General ha reclamado la adopción de una serie de medidas ordenadas a asegurar la pesca responsable y respetuosa de los ecosistemas en las zonas de alta mar. Así, por ejemplo, la resolución 61/105 sobre la pesca sostenible de 8 de diciembre de 2006, exhortó a los Estados a adoptar inmediatamente medidas para prevenir los impactos adversos en la biodiversidad de los fondos marinos y “prohibir la pesca en los fondos marinos” en las zonas donde existan sistemas marinos vulnerables.³² En agosto de 2008, la FAO adoptó las directrices internacionales para la ordenación de las pesquerías de aguas profundas en alta mar, para ayudar a los Estados y organizaciones pesqueras regionales en la gestión sostenible de la pesca que se produce en zonas fuera de la jurisdicción nacional.³³ Sin embargo, la pesca marítima intensiva, con una flota sobredimensionada y altamente subsidiada, unida a otros factores de deterioro, sigue teniendo un impacto importante sobre los recursos biológicos y los ecosistemas marinos que tienden a simplificarse progresivamente hasta verse dominados por pequeños peces, sepias, medusas y microbios.³⁴

Las zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional albergan también importantes recursos genéticos, actualmente sometidos a un creciente proceso de investigación y análisis (bioprospección), que son inmediatamente explotables y potencialmente muy lucrativos.³⁵ Hoy se sabe que los fondos marinos, a pesar de las condiciones extremas de frío, completa oscuridad y alta presión, son el hábitat de diversas formas de vida con características genéticas únicas. Algunas comunidades animales viven en la total ausencia de luz solar

por corales duros y blandos, esponjas y otros organismos que se alimentan de partículas en suspensión. Las redes de arrastre de profundidad arrastran a estas comunidades bentónicas como capturas incidentales o si no, las reducen a escombros. Dado el lento crecimiento de los corales de fondo y las tasas inciertas de reclutamiento, el restablecimiento de los arrecifes de corales de fondo probablemente llevará siglos o milenios. Una pesca sin restricciones y continuada podría destruir arrecifes en muchas zonas, llevando a la extinción de la gran proporción de especies de montes submarinos que tienen distribuciones muy restringidas. La Asamblea General ha estudiado la ordenación de las redes de arrastre de profundidad (véase la resolución 59/25) y algunos Estados y organizaciones regionales de ordenación de la pesca han adoptado medidas de control. La cuestión también fue debatida en la sexta reunión del proceso de consultas oficiosas (véase el documento A/60/99). Ver: A/60/63/Add.1, par. 145.

32 A/RES/61/105, par. 80 y 83 c). Ulteriormente, otras resoluciones de la Asamblea General han reclamado medidas adicionales para asegurar la gobernanza de las pesquerías de alta mar y la protección de los ecosistemas (A/RES/63/112, A/RES/64/72 y A/RES/65/38).

33 Ver: <http://www.fao.org/docrep/014/i1064s/i1064s00.pdf>.

34 Como ha señalado una especialista en el tema: “The projected impacts of climate change — compounded by stressors of overfishing, habitat degradation, pollution and invasive species— mean that we have little choice if we do not wish to leave our children in a world of oceans where only jelly-fish and marine microbes thrive”. GDERKE, KM. “High Seas Fisheries Governance: Prospects and Challenges in the 21 Century”, VIDAS, D. — SCHEI, PJ. (Ed) *The World Ocean in Globalisation*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2011, p. 232.

35 GLOWKA, L. “The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research and the Area”, *Ocean Yearbook*, Vol. 12, 1996, pp. 154-178.

en torno a los llamados “respiraderos hidrotermales” (*hydrothermal vents*) por los que surge agua muy caliente de áreas tectónicamente activas. Allí se han encontrado varias especies de microorganismos, peces, crustáceos, poliquetos, equinodermos, celentéreos y moluscos, muchos de los cuales eran desconocidos para la ciencia. Estas comunidades no dependen de la fotosíntesis para su supervivencia, sino de la quimiosíntesis producida por microorganismos capaces de sintetizar los compuestos orgánicos a partir del dióxido de carbono, usando la energía calorífica del fluido hidrotermal de los respiraderos. La capacidad de algunos de estos organismos marinos para sobrevivir a temperaturas extremas (termófilos e hipertermófilos), alta presión (barófilos) y otras condiciones extremas (extremófilos) hacen que sus genes presenten un gran interés para la ciencia y la industria.³⁶ Como ha señalado el secretario General de las Naciones Unidas en su informe de 2011 sobre los océanos y el derecho del mar:

Paralelamente a las deliberaciones sobre cuestiones normativas en diversos foros, las investigaciones realizadas en el marco de varias iniciativas públicas, privadas y público-privadas continúan descubriendo, identificando y revelando las funciones de los organismos más pequeños en los ecosistemas marinos y el potencial de los recursos genéticos marinos, entre otras cosas, para la seguridad alimentaria, la agricultura, la salud, los usos industriales, la rehabilitación del medio ambiente y la producción de biocombustibles. En particular, se están intensificando las investigaciones relativas al potencial de las cianobacterias y algas marinas para la producción renovable de hidrógeno.³⁷

Los componentes de la biodiversidad marina, y en especial los recursos genéticos, se concentran a menudo en formaciones geológicas particulares que tienen también un valor ecológico esencial. Entre estas formaciones cabe destacar las barreras y arrecifes de coral, los montes marinos, los cañones marinos y los respiraderos hidrotermales.

Por último, los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional albergan también restos del patrimonio arqueológico, cultural e histórico de la humanidad, que ha sido considerado como un recurso que debe ser protegido y conservado.³⁸

36 See ARRIETA, ARNAUD-HAOND & DUARTE, *What Lies Underneath: Conserving the Oceans' Living Resources*, in *Science*, 25 March 2011.

37 A/66/70/Add.1, par. 166.

38 Ver: A/RES/66/231, preámbulo.

b) Marco jurídico regulador

El marco jurídico para el desarrollo de las actividades dirigidas a la explotación de los recursos marinos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional se establece principalmente en los capítulos VII (alta mar) y XI (la Zona) de la Convención. Por su parte, las disposiciones relativas a la protección y preservación del medio marino se contienen en la parte XII de la Convención, que constituyó en su día uno de sus capítulos más innovadores. Conviene subrayar, sin embargo, que las disposiciones de la Convención terminaron de redactarse en el año 1982 y resultan hoy en día parcialmente desactualizadas en lo que se refiere sobre todo a los nuevos usos de los espacios marinos.

En efecto, la mayoría de los nuevos usos de las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional no poseen una regulación internacional específica.³⁹ Ello es particularmente clamoroso en lo que se refiere a las actividades de exploración científica y bioprospección, cuyo posible impacto sobre el medio marino es, por el momento, insuficientemente conocido y estudiado. El informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar, elaborado en el año 2005 señalaba que:

“la biodiversidad y los ecosistemas marinos de (la alta mar y el fondo oceánico no sujetos a jurisdicción nacional) se ven cada vez más afectados por una amplia gama de tensiones antropogénicas ...”⁴⁰

Como se ve, el problema principal de los espacios situados más allá de la jurisdicción nacional se vincula especialmente a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina y, por extensión, a la protección y preservación de las formaciones geológicas de particular importancia para el mantenimiento del ecosistema oceánico. La principal laguna normativa afecta al régimen de exploración y explotación de los recursos genéticos del fondo marino de la Zona, ya que el régimen establecido en la Convención se aplica en principio únicamente a los recursos minerales. A la vista de esta situación, se ha hecho patente la necesidad de iniciar un proceso encaminado a clarificar los aspectos legales e institucionales del uso de los recursos genéticos de la Zona. Este proceso, podría seguir las líneas maestras establecidas en el Protocolo de Nagoya de 2010, sobre las condiciones de acceso a los recursos genéticos y el re-

39 En el caso de la fertilización marina como método para combatir el cambio climático, las resoluciones adoptadas en el marco del Convenio de Londres sobre vertidos de 1972 y su Protocolo de 1996 y las decisiones de las Partes en el Convenio sobre Diversidad Biológica, coinciden en considerar que, dados los conocimientos actuales, esas actividades no se deben permitir, salvo para proyectos de investigación científica de pequeña escala en aguas costeras y con arreglo al principio de precaución, que se analizarán caso por caso. Ver: A/RES/66/231, par. 154-156.

40 Ver: A/60/63/Add.1, par. 128-130.

parto justo y equitativo de beneficios⁴¹, cuya aplicación a los recursos genéticos situados más allá de la jurisdicción nacional resulta dudoso.

Los problemas que se han identificado muestran, en general, la existencia de lagunas en lo que respecta a la regulación específica de determinadas actividades, así como a la efectiva aplicación de las reglas existentes. Al final del camino, puede decirse que la gobernanza de los espacios oceánicos más allá de la jurisdicción nacional presenta deficiencias y lagunas importantes a las que hay que prestar una atención renovada.

IV. Elementos para una mejor regulación y gobernanza de las actividades marítimas en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional

A la vista de lo expuesto anteriormente, parece claro que el régimen jurídico de los espacios marinos situados más allá de la jurisdicción nacional está necesitado de una urgente actualización.

Ante el avance de las actividades humanas en la explotación de los recursos oceánicos, numerosas voces coinciden en la necesidad de adoptar principios rectores mejor adaptados a las necesidades de protección y preservación del medio marino.⁴² Entre estos principios destacan, la utilización de enfoques basados en los ecosistemas⁴³, la aplicación del principio de precaución, el uso equitativo y sostenible de los recursos y la aplicación de técnicas mejor adaptadas a los objetivos de sostenibilidad y gobernanza marítimas.

Por otra parte, los diversos organismos y procesos internacionales establecidos para evaluar la situación de los mares y océanos han subrayado la necesidad de reforzar las responsabilidades de los Estados de pabellón en lo que respecta a la ejecución y control de los buques e instalaciones en alta mar. En tal sentido, la

41 Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la diversidad biológica, 29 de octubre de 2010. <http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>

42 FREESTONE, D. "Problems of High Seas Governance", en VIDAS, D. —SCHEI, P.J. (Ed) *The World Ocean in Globalisation*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2011, pp.121-129.

43 La Comunidad internacional reconoce ampliamente la necesidad de una ordenación de los océanos basada en enfoques ecosistémicos (Ver: Asamblea General 61/22, de 20 de diciembre de 2006 par. 119 y A/RES/66/231, de 24 de diciembre de 2011, par. 157). En 2011, el PNUMA publicó una guía introductoria sobre la ordenación de las zonas marinas y costeras basada en los ecosistemas en la que aclara que los términos "ordenación basada en los ecosistemas" y "enfoque ecosistémico" se utilizan indistintamente para describir el mismo proceso de base científica en relación con los siguientes elementos básicos: el reconocimiento de las concatenaciones dentro de los ecosistemas y entre ellos; la utilización de una perspectiva de servicios de los ecosistemas en que, el tratamiento a los efectos acumulativos; la ordenación en función de múltiples objetivos; y la aceptación del cambio, el aprendizaje y la adaptación." Ver: *Taking Steps toward Marine and Coastal Ecosystem-Based Management: An Introductory Guide* (UNEP Regional Seas Reports and Studies No. 189, Nairobi, 2011).

resolución de 2011 de la Asamblea general sobre los océanos y el derecho del mar reafirma que tanto los Estados del pabellón como los del puerto y los ribereños son responsables de garantizar la aplicación y el cumplimiento efectivos de los instrumentos internacionales ... y que los Estados del pabellón tienen la responsabilidad primordial, que es preciso fortalecer aún más. Sin embargo, la resolución también:

Insta a los Estados del pabellón que no tengan una administración marítima eficaz ni un marco jurídico apropiado a que establezcan o mejoren la capacidad de infraestructura, legislación y aplicación coercitiva necesaria para cumplir y hacer cumplir eficazmente sus obligaciones derivadas del derecho internacional, en particular de la Convención, y, hasta que adopten esas medidas, a que consideren la posibilidad de denegar a nuevos buques la autorización para enarbolar su pabellón, suspender la matriculación o no instituir un sistema de matrícula, y exhorta a los Estados del pabellón y a los Estados del puerto a que adopten todas las medidas compatibles con el derecho internacional que sean necesarias para prevenir la explotación de los buques deficientes.⁴⁴

Paralelamente, resulta también necesario reforzar las responsabilidades de los Estados del puerto, que se sitúan en una posición privilegiada para garantizar eficazmente la vigilancia, el control y la aplicación de medidas de ejecución sobre los buques que se encuentran en sus puertos e instalaciones mar adentro. En tal sentido, la resolución 66/231 “reconoce que la seguridad marítima se puede mejorar igualmente mediante el control eficaz del Estado del puerto, el fortalecimiento de los mecanismos regionales, una mayor coordinación y cooperación entre estos, y el aumento del intercambio de información, incluso entre los sectores dedicados a la seguridad”.⁴⁵

Por otra parte, cada vez hay opiniones más unánimes con respecto a la necesidad de aplicar el modo generalizado nuevas técnicas de gestión ordenadas a mejorar la protección y preservación del medio marino, tales como la evaluación de impacto ambiental y la creación de una red de zonas marinas especialmente protegidas.

La evaluación de impacto ambiental ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia como una obligación de Derecho internacional general⁴⁶ y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar ha afirmado que se trata

44 A/RES/66/231, par. 127-128.

45 *Ibid.*, par. 131.

46 “Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010”, *I.C.J. Reports 2010*, par. 204. Ver: JUSTE RUIZ, J. — BOU FRANCH, V. “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010”. *21 REEI*, 2011, pp. 1-31.

de una “obligación general de Derecho internacional consuetudinario”.⁴⁷ El Grupo de trabajo especial encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, en su reunión de 2010, afirmó que la Asamblea General “debería reconocer la importancia de elaborar nuevas orientaciones científicas y técnicas sobre la aplicación de las evaluaciones del impacto ambiental de las actividades proyectadas fuera de la zona de jurisdicción nacional, incluido el examen de la evaluación de los impactos acumulativos.”⁴⁸ Siguiendo esta indicación, la Asamblea General, en sus resoluciones de 2011 sobre los océanos y el derecho del mar, ha reconocido la importancia de la evaluación de impacto ambiental de las actividades previstas que pueden afectar al medio marino, siendo sus afirmaciones especialmente aplicables a las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. Así, la resolución:

Alienta a los Estados a que, directamente o por medio de las organizaciones internacionales competentes, consideren la posibilidad de seguir desarrollando y aplicando, según proceda y en forma acorde con el derecho internacional, incluida la Convención, los procesos de evaluación del impacto ambiental relativos a las actividades previstas que estén bajo su jurisdicción o control y que puedan causar una contaminación sustancial o cambios significativos y nocivos en el medio marino, y alienta también a que los informes de los resultados de esas evaluaciones se comuniquen a las organizaciones internacionales competentes de conformidad con la Convención.⁴⁹

El punto en el que se ha producido un consenso más generalizado y profundo es el relativo a la necesidad de establecer una red de áreas marinas protegidas, tanto en zonas situadas dentro como fuera de la jurisdicción nacional. Numerosos instrumentos internacionales, tales como la Agenda 21, el Plan de aplicación de la Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible de 2002 y diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, han subrayado la necesidad de establecer estas redes en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. En la Cumbre mundial sobre desarrollo sostenible

47 Ver: Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea. Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities In The Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, par.145.

48 A/65/68, par. 16. El Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional (“el Grupo de Trabajo Especial Oficioso de Composición Abierta”), fue establecido por la A/RES/59/24, de 17 de noviembre de 2004, par.73.

49 A/RES/66/231, par. 137.

de 2002, los gobiernos acordaron establecer una red de áreas marinas protegidas para el año 2012.⁵⁰

Las bases para el establecimiento de estas áreas marinas protegidas se encuentran tanto en las reglas pertenecientes al Derecho internacional consuetudinario, como en distintos tratados universales y regionales.⁵¹ En el marco del Convenio sobre la diversidad biológica, las partes acordaron en 1995 un programa de acción denominado Mandato de Yakarta sobre la diversidad biológica marina y costera, que fue revisado en el año 2004. Más tarde, en el año 2006 la Conferencia de las partes adoptó la decisión VIII/24 en la que se:

Reconoce que las áreas marinas protegidas son una de las herramientas esenciales para lograr la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en áreas marinas fuera de la jurisdicción nacional, y que deberían considerarse parte de un marco de gestión más amplio, compuesto por toda una serie de herramientas apropiadas, sujeto al derecho internacional y en el contexto de la mejor información científica disponible, el enfoque precautorio y el enfoque por ecosistemas; y que esta aplicación de herramientas fuera y dentro de la jurisdicción nacional debe ser conforme, compatible y complementaria y sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los estados costeros según el derecho internacional⁵².

En su reunión de 2008, la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la diversidad biológica, mediante la decisión IX/20, adoptó los “criterios científicos para identificar áreas marinas de importancia ecológica o biológica que requieren protección, en aguas oceánicas abiertas y en hábitats de aguas profundas” (Anexo I) y la “orientación científica para seleccionar áreas con miras a establecer una red representativa de áreas marinas protegidas, inclusive en aguas oceánicas abiertas y en hábitats de aguas profundas” (Anexo II).⁵³

50 Ver: Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica) - 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, par. 31 c).

51 Entre los principales convenios universales que contemplan el establecimiento de áreas marinas protegidas cabe citar el Convenio sobre la caza de ballenas de 1946, el Convenio MARPOL 73/78, el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992 y las resoluciones de la OMI sobre áreas marinas particularmente sensibles (PSSA); entre los Convenios regionales más avanzados en la materia figuran el Convenio OSPAR de 1992 y la Convención de Barcelona, revisada en 1995. Ver: SCOVAZZI, T. “Marine Protected Areas on The High Seas”, report presented at the Third Worldwide Conference of Environmental Law NGO and Lawyers, RIO+20: WHAT AMBITION FOR THE ENVIRONMENT?, Limoges (FRANCE), September 29-30th, October 1st of 2011.

52 Ver: Decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la diversidad biológica en su octava reunión, Curitiba, 20-31 de marzo de 2006, pp. 235-246, par. 38.

53 UNEP/CDB/COP/DEC/IX/20, Anexo I y Anexo II.

El informe de 2011 del Grupo de trabajo especial oficioso sobre la biodiversidad marina ha señalado la importancia fundamental de los instrumentos de ordenación basados en zonas geográficas específicas, en particular las áreas marinas protegidas, incluso fuera de las zonas de jurisdicción nacional. El informe también llama la atención sobre el retraso en el cumplimiento del compromiso contraído en Johannesburgo de establecer antes de 2012 zonas marinas protegidas.⁵⁴

A la vista de esta situación, la Conferencia de las Partes en la CDB en su reunión de Nagoya en el año 2010 ha invitado a las partes a realizar mayores esfuerzos para completar un sistema global de áreas marinas y costeras protegidas para el año 2012.⁵⁵

V. Hacia un acuerdo internacional sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional

La importancia de los océanos para el desarrollo sostenible es ampliamente reconocida por la Comunidad internacional y ha sido plasmada en el Programa 21, en el Plan de aplicación de Johannesburgo y en diversas decisiones adoptadas por la Comisión sobre el desarrollo sostenible. Sin embargo, el progreso en la aplicación de las decisiones internacionales para el desarrollo sostenible de los océanos ha sido lento.

La próxima Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible que se celebrará en Brasil del 20 al 22 de junio de 2012, reunirá a representantes de los Gobiernos, de la sociedad civil, de las instituciones académicas, de la comunidad científica y del sector privado, para discutir cuestiones relativas al desarrollo sostenible, incluyendo la gestión sostenible y la protección de los océanos y recursos marinos. La Conferencia Rio + 20, que coincidirá con el trigésimo aniversario de la adopción de la Convención, representa una oportunidad única para mejorar su ejecución y adoptar medidas sobre las cuestiones emergentes con respecto a los océanos. En efecto, por su importancia económica, social y ambiental, los océanos y los mares, deben tener una presencia prominente en los debates y resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible en 2012.

54 A/65/58, par 58-60-

55 Ver: UNEP/CDB/COP/DEC/X/29, par. 13, a.

1. Las bases del proceso hacia un acuerdo

En la duodécima reunión del proceso de consultas oficiosas sobre los océanos y el derecho del mar, celebrada en 2011, varias delegaciones expresaron la opinión de que, para que la Conferencia 2012 sobre el desarrollo sostenible fuera un éxito, debía lograr resultados concluyentes en lo referente a los océanos, la pesca y la biodiversidad, “lo que incluye la necesidad de reafirmar los compromisos existentes y desarrollar nuevas iniciativas”.⁵⁶ En esta misma reunión:

Muchas delegaciones subrayaron la necesidad de abordar la cuestión del régimen jurídico de los recursos genéticos marinos en zonas fuera de la jurisdicción nacional. Estas delegaciones expresaron su apoyo a la posible elaboración de un acuerdo de ejecución para abordar la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional. Algunas delegaciones apoyaron la inclusión de un texto a ese respecto en el documento final de la Conferencia de 2012.⁵⁷

Asimismo, el Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, reunido del 31 de mayo al 3 de junio de 2011, recomendó que:

- a) Se inicie un proceso, por la Asamblea General, con miras a asegurar que el marco jurídico para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional aborde eficazmente esas cuestiones identificando las deficiencias y los avances, incluso mediante la aplicación de los instrumentos vigentes y la posible elaboración de un acuerdo multilateral en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;
- b) Este proceso aborde la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional, en particular, conjuntamente y como un todo, los recursos genéticos marinos, incluidas cuestiones relativas a la participación en los beneficios, medidas como los mecanismos de ordenación basados en zonas geográficas, incluidas las zonas marinas protegidas, y las evaluaciones del impacto ambiental, la creación de capacidad y la transferencia de tecnología marina; ...⁵⁸

La Asamblea General, en su resolución de 24 de diciembre de 2011, hizo suyas las recomendaciones del Grupo de Trabajo especial y decidió que “se inicie el proceso previsto” con miras a elaborar un marco jurídico para la conser-

⁵⁶ A/66/186, par. 74.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 71.

⁵⁸ A/66/119, Anexo, par. 1.

vación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional y la posible elaboración de un acuerdo multilateral en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.⁵⁹

En los trabajos preparatorios de la Conferencia Río +20, la elaboración de un acuerdo de ejecución de la Convención relativo a la protección de la diversidad biológica en zonas más allá de la jurisdicción nacional, que preste particular atención al régimen de los recursos genéticos, ha logrado un amplio consenso. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 80 del denominado borrador cero:

“We (the heads of State and Government, having met at Rio de Janeiro, Brazil, from 20-22 June 2012), note the establishment by the UN General Assembly of an Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction, and we agree to initiate, as soon as possible, the negotiation of an implementing agreement to UNCLOS that would address the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction.”⁶⁰

2. Fundamento y contenido del nuevo acuerdo

Aunque la Convención constituye el marco jurídico en cuyo seno deben resolverse las cuestiones relativas a las actividades marinas, el mantenimiento de su integridad no impide la elaboración de acuerdos específicos que desarrollen aspectos no suficientemente cubiertos en sus disposiciones. Tal sucedió ya en su día con respecto a otras cuestiones también vinculadas a las actividades en zonas marinas más allá de la jurisdicción nacional: a saber, el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención, relativa a la Zona, y del Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias.

Como se ha señalado con razón, la Convención no puede realizar milagros, ni regular actividades que no eran previsibles en el tiempo de su negociación. En los años en los que la Convención fue redactada, se sabía efectivamente muy poco sobre las cualidades genéticas de los organismos que se encontraban en el fondo marino o en las aguas del alta mar, y menos aún sobre el potencial valor económico de las unidades genéticas de esos organismos. Por ello, como ha explicado también el profesor Scovazzi:

⁵⁹ A/RES/66/231, par. 167 y sig.

⁶⁰ UN. “The Future we Want”, January 10, 2012, par. 80. Submitted by the co-Chairs on behalf of the Bureau in accordance with the decision in Prepcom 2 to present the zero-draft of the outcome document for consideration by Member States and other stakeholders no later than early January 2012.

“the often repeated statement that the LOS Convention ‘sets out the legal framework within which all activities in the oceans and seas must be carried out’ ... is only partially true. In fact the Convention, like any legal instrument, is linked to the period when it was negotiated and adopted. Being itself a product of time, the LOS Convention cannot stop the passing of time. While it provides a solid basis for regulating many activities which take place in the sea, it would be illusory to think that the Convention marks the final point of legal regulation.”⁶¹

La posibilidad de un tercer acuerdo de aplicación de la Convención se prevé como una forma de avanzar, ya que los instrumentos existentes no pueden colmar las actuales lagunas reglamentarias y de gobernanza ni pueden proporcionar el régimen específico requerido. Lo que se necesita, por el momento, es la consolidación de un entendimiento general sobre una serie de “coincidencias” que podría convertirse en los elementos clave del “paquete” para un futuro régimen global para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas más allá de la jurisdicción nacional. Este paquete debería incluir como elementos básicos los siguientes: la aplicación del enfoque ecosistémico, el principio de precaución y la evaluación del impacto ambiental, el establecimiento de una red de áreas marinas protegidas, el régimen de los recursos genéticos marinos, incluido el acceso y uso compartido de los beneficios, y la creación de capacidad y la transferencia de tecnología. En el desarrollo de un futuro instrumento en este sentido, podrían considerarse una serie de elementos, tales como, entre otros:

- el establecimiento de una lista de áreas marinas protegidas en alta mar de importancia mundial;
- la determinación de criterios comunes para la elección de las áreas marinas protegidas de alta mar (como, por ejemplo, su importancia para la conservación de la diversidad biológica, los ecosistemas y los hábitats de especies en peligro de extinción; su especial interés en el plano científico, estético, educativo o cultural; etc..).
- el procedimiento para la inclusión en la lista de las áreas marinas protegidas de alta mar, mediante una decisión de las partes actuando como fideicomisarias del interés común;
- la enumeración de un conjunto de medidas de protección y conservación a aplicar caso por caso.

61 SCOVAZZI, T. “Is the UN Convention on the Law of the Sea the Legal Framework for All Activities in the Sea? The Case for Bioprospecting”, en VIDAS, D. (Ed) *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation*, Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers) 2010, p. 316.

LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT ET LA PROTECTION DES MILIEUX MARINS ET COTIERS

WAHID FERCHICHI ¹

English summary:

Certainly, marine and coastal environments represent both, sources of wealth, space navigation and without neglecting their ecological and landscape value. However, it should be mentioned the absence of a global and universal approach on the protection of marine and coastal space. The study of these texts shows the existence of international legal legislation with universal character which have given prominence to the protection of marine and coastal environments such as the Rio Convention of 1992 and the Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage of 2001. The international legal protection of marine and coastal spaces is also included in the related conventions namely the Montego Bay Convention on the Law of the Sea and the Convention of London. This global international regulation has been strengthened by regional conventions.

Introduction

La lutte juridique contre la pollution marine témoigne d'une prise de conscience ancienne mais évolutive. Certes, les milieux marins et côtiers représentent à la fois, des sources de richesse, des espaces de navigation, sans négliger leur intérêt écologique et leur valeur paysagère. Cependant, il faut mentionner l'absence d'une approche globale universelle relative à la protection des espaces marins et côtiers. Cette protection juridique figure dans des textes internationaux éparpillés qui ont intégré l'objectif de protéger les milieux marins et côtiers notamment contre les différentes formes de pollution. L'étude de ces textes montre l'existence des textes juridiques internationaux à caractère universel qui ont accordé une place à la protection des milieux marins et côtiers tel

1 Professeur de droit de l'environnement, Université de Carthage, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Tunisie.

que la convention de Rio de 1992 ou encore la convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001 qui constituent deux textes juridiques environnementaux c'est-à-dire qui appartiennent à la sphère juridique du droit international de l'environnement.

La protection juridique internationale des espaces marins et côtiers figurent aussi dans des conventions connexes à savoir la convention de Montego Bay relative au droit de la mer ou encore la convention de Londres.

Cette réglementation internationale globale a été renforcée par des conventions régionales dans le but est de mettre en œuvre des mécanismes juridiques et techniques destinés à sauvegarder les milieux marins et côtiers à l'échelle régionale. A ce niveau, le système de Barcelone qui a été adopté à partir de 1975 est une bonne illustration d'une coopération interétatique destinée à protéger le milieu marin et côtier méditerranéen, ceci sans oublier l'apport du dernier protocole adopté par le système de Barcelone à savoir le protocole relatif à la gestion intégrée de la zone côtière (GIZC).

I. La multiplicité des conventions internationales relatives aux milieux marins et côtiers

Nombreux sont les textes juridiques ayant trait aux milieux marins et côtiers. Nous pouvons les répartir en textes à caractère universel (A) et textes à portée régionale (B).

A. Les conventions environnementales à caractère universel

Les instruments internationaux portant sur les milieux marins et côtiers sont à la fois des textes relatifs directement à la matière environnementale (1) et des textes connexes (2).

1. Les conventions environnementales stricto-sensu:

Ces conventions sont principalement celle de Rio 1992 et la convention relative au patrimoine subaquatique.

— L'apport de Rio:

La dimension qu'a pris le droit international de l'environnement après la CNUED de 1992 est importante est à certes une influence sur la protection des milieux marins et côtiers dans la mesure où Rio a instauré une approche fédératrice des intérêts économiques et sociaux des Etats et des enjeux de protection

des milieux naturels, entre autres marins et côtiers. Ceci découle notamment de la convention relative à la diversité biologique signé à Rio le 5 juin 1992, et entra en vigueur le 20 décembre 1993.

Cette convention, considérée comme le noyau dur du corpus juridique international, relatif à la protection de l'environnement, couvre l'ensemble des espèces, des ressources génétiques et des espaces, y compris les espaces marins et côtiers. D'ailleurs, ladite convention énonce dans son préambule que parmi ces objectifs est celui de la conservation de la diversité biologique défini par ce même texte comme étant: “ *variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autre, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, et les complexes écologiques dont ils font partie...* ”.

De même, cette convention a incité les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour la conservation à travers l'article 6 paragraphe (a), qui prévoit que chaque Etat “ *élabore des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique* ”. La biodiversité marine et côtière est largement concernée par ces dispositions.

De plus, l'article 8 de ladite convention a incité les Etats à établir des zones protégées ou des mesures spéciales pour la conservation de la diversité biologique. A ce sujet, les milieux marins et côtiers sont concernés par la création de ce qu'on appelle “ *les aires marines et côtières spécialement protégées* ”. Cette technique a le mérite de consolider la protection juridique de certains écosystèmes marins et côtiers fragiles et qui nécessitent une conservation particulière. Cependant, la disposition la plus pertinente est l'article 197 qui dispose que: “ *les Etats coopèrent au plan mondial et le cas échéant, au plan régional directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, à la formation et à l'élaboration de règles et de normes, ainsi que des pratiques et procédures recommandées de caractère international compatible avec la convention pour protéger et préserver le milieu marin compte tenu des particularités régionales* ”. La convention de Rio relative à la biodiversité est un instrument juridique pertinent puisqu'il a mis l'accent sur la nécessité de protéger les milieux marins et côtiers du point de vue éco-systémique, ainsi que de point de vue ressources naturelles utiles pour l'humanité. Toutefois, la protection juridique internationale des espaces marins et côtiers a été renforcée par un autre texte international qui a octroyé une nouvelle vision relative à la conservation de ces milieux à savoir la valeur culturelle ; il s'agit de la convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique signé à Paris le 2 novembre 2001.

— L'apport de la convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique:

Le mérite de ce texte juridique c'est qu'il a dévoilé un autre intérêt recherché par la protection du milieu marin et côtier à savoir: la valeur culturelle de ces milieux. Certes, la vision patrimoniale fait appel à l'idée de protéger un héritage commun de l'humanité pour pouvoir le transmettre aux générations futures ; ceci découle du préambule de la convention: “ *reconnaissant l'importance du patrimoine culturel subaquatique en tant que partie intégrante du patrimoine culturel de l'humanité et en tant qu'élément particulièrement important de l'histoire des peuples, des nations et de leurs relations mutuelles en ce qui concerne leur patrimoine commun* ”. A ce niveau, il faut souligner que cette convention n'est pas destinée à protéger les milieux marins et côtiers stricto-sensu ; ces espaces sont couverts par le champ d'application de cette convention dans la mesure où le patrimoine subaquatique est défini dans l'article premier de ce texte comme étant “ *toutes les traces d'existence humaine présentant un caractère culturel, historique ou archéologique qui sont émergés, partiellement ou totalement, périodiquement ou en permanence depuis cent ans au moins et notamment: —les sites, structures, bâtiments, objets et restes humains ainsi que leur contexte archéologique et naturel ; — Les navires, aéronefs, autres véhicules ou toute partie de ceci avec leur cargaison ou autre contenu ainsi que leur contexte archéologique et naturel...* ”.

L'utilisation du terme contexte naturel renvoie sans doute au milieu marin et côtier dans lequel se trouvent les biens culturels précités.

Cette vision protectrice et globale instaurée par la convention relative au patrimoine culturel subaquatique entraîne une conservation intégrée du milieu marin: culturelle, biologique, paysagère, ressources...

Certes une telle protection ne peut être réalisée que par la lutte contre toutes les menaces qui peuvent affecter l'authenticité culturelle du patrimoine subaquatique ainsi que la qualité de son contexte naturel c'est-à-dire le milieu marin ; parmi ces menaces figure notamment la pollution marine.

Afin de réaliser cet objectif, ladite convention, dans son article 6, a encouragé les Etats à conclure des accords bilatéraux, régionaux ou d'autres accords multilatéraux, ou à améliorer les accords existants en vue d'assurer la préservation du patrimoine culturel subaquatique. De même, ce mécanisme conventionnel a précisé le domaine d'intervention des Etats dans les différentes composantes de l'espace maritime à savoir: les eaux intérieures, la mer territoriale, la zone contiguë ainsi que la zone économique exclusive et le plateau continental.

2. Les conventions internationales connexes

Il s'agit principalement de conventions et traités qui par leur champs d'application apportent une protection aux milieux marins et côtiers. Il s'agit de la convention de Montego Bay et des conventions relatives à la pollution des milieux marins.

— La convention de Montego Bay:

La convention des Nations Unies sur le droit de la mer dite aussi La convention de Montego Bay de 1982 est l'instrument juridique international relatif à l'identification et la réglementation des acteurs internationaux sur les espaces maritimes. C'est une convention cadre destinée à la fondation d'un cadre juridique universel relatif à l'espace maritime, elle n'est pas un texte environnemental stricto-sensu mais cela n'empêche pas son intégration de la dimension écologique. C'est ainsi que ce texte a incité les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour la lutte contre la pollution marine. A ce niveau, l'article 194 qui s'intitule " *Mesures visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin* " dispose que les Etats prennent, séparément ou conjointement selon qu'il convient, toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source; ils mettent en œuvre à cette fin les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, en fonction de leurs capacités, et ils s'efforcent d'harmoniser leurs politiques à cet égard.

Ce même texte a précisé les sources de pollution pouvant nuire au milieu marin².

Une autre disposition pertinente dans cette convention pour maîtriser la pollution marine ainsi que protéger les écosystèmes marins est celle prévue par l'article 195 qui oblige les Etats à réduire et maîtriser la pollution du milieu marin. Pour ce faire, les Etats doivent agir de manière à ne pas déplacer, direc-

2 a) l'évacuation de substances toxiques, nuisibles ou nocives, en particulier de substances non dégradables, à partir de sources telluriques, depuis ou à travers l'atmosphère ou par immersion;
 b) la pollution par les navires, en particulier les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer, à prévenir les rejets, qu'ils soient intentionnels ou non, et à réglementer la conception, la construction, l'armement et l'exploitation des navires;
 c) la pollution provenant des installations ou engins utilisés pour l'exploration ou l'exploitation des ressources naturelles des fonds marins et de leur sous-sol, en particulier les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer et à réglementer la conception, la construction, l'équipement, l'exploitation de ces installations ou engins et la composition du personnel qui y est affecté;
 d) la pollution provenant des autres installations ou engins qui fonctionnent dans le milieu marin, en particulier les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer et à réglementer la conception, la construction, l'équipement, l'exploitation de ces installations ou engins et la composition du personnel qui y est affecté.

tement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre.

La protection du milieu marin aux termes de cette convention a été conçue dans une approche écosystémique. Cette dimension écologique pertinente découle de l'article 196 qui prévoit des règles qui conditionnent l'utilisation de techniques et l'introduction des espèces étrangères ou nouvelles. Cette disposition a le mérite de renforcer la préservation de l'écosystème marin pour ne pas subir des changements nuisibles.

Sur un autre plan, la convention de Montégo Bay a incité les Etats à développer les mesures de coopération mondiale et régionale afin de renforcer la préservation des milieux marins contre la pollution. L'article 198 a même instauré une procédure de notification pour chaque Etat qui a connaissance de cas où le milieu marin serait en danger imminent de subir des dommages ou a subi des dommages du fait de la pollution, il doit informer les Etats qu'il juge exposés à ce dommage. La pollution marine en particulier est une pollution diffuse ce qui rend indispensable le recours à une telle technique de coopération à savoir: la notification.

En outre, l'élaboration des plans d'urgence par les Etats pour faire face à un danger menaçant le milieu marin est une mesure pertinente qui traduit le souci de renforcer la sécurité juridique internationale des milieux marins dans la convention de Montégo Bay.

— Les Conventions relatives à la lutte contre la pollution marine par les hydrocarbures:

La pollution de la mer par les hydrocarbures est issue de deux opérations différentes: la première, une action systématique qui consiste dans les rejets de pétrole issus des eaux de rinçage des citernes des navires pétroliers. La deuxième est accidentelle, occasionnée par les accidents des pétroliers et qui peuvent entraîner une pollution catastrophique et une dégradation substantielle du milieu.

— Concernant la pollution volontaire, cet aspect de la pollution marine a été pris en considération par la Convention de Londres du 12 mai 1954 relative à la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures³. Ce texte et malgré ses différentes modifications (en 1962, 1969 et 1971) n'a jamais pu interdire totalement la pollution volontaire par les hydrocarbures. En effet,

3 Cette convention représente le premier texte international en la matière qui est entré en vigueur (le 26 juillet 1958). En effet, ni le projet du 16 juin 1926 de la convention sur la pollution des eaux navigables par le pétrole, ni celui du 26 octobre 1935 sur la pollution des eaux par les hydrocarbures n'avaient jamais été signés.

il était incapable d'œuvrer dans ce sens. Ce n'est qu'avec la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 12 novembre 1973, que la lacune de 1954 ait été comblée.

Ainsi, on a assisté à un passage d'une interdiction partielle et sectorielle de la pollution marine avec le régime institué par la convention de 1954 à une interdiction plus large et plus extensive avec la convention de 1973.

— Concernant la pollution accidentelle, nombreuses sont les catastrophes pétrolières qui ont attiré l'attention sur un autre phénomène grave et nuisible aux milieux marins et aux activités économiques⁴. Il s'agit de accidents causés par le naufrage des navires pétroliers, les marées dues à la recherche et à l'exploitation du pétrole en mer⁵ et causant une pollution des espaces marins.

Pour faire face à ces menaces qui pèsent sur le milieu marin, une conférence internationale a été organisée par l'OMCI, du 10 au 29 novembre 1969, visant l'élaboration des solutions garantes de la maîtrise de cette pollution. Ainsi, un dispositif conventionnel est mis en place pour faire face aux marées noires: c'est la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 relative à l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures.

La convention s'applique donc en cas d'un " accident de mer ", qui s'étend " *d'un abordage, échouement ou autre incident de navigation ou autre événement survenu à bord ou à l'extérieur du navire qui aurait pour conséquence soit des dommages matériels, soit une menace immédiate de dommages matériels, dont pourrait être victime un navire ou sa cargaison* " ⁶. Excluant ainsi, les cas de pollution volontaire, qui demeurent sous l'emprise de la convention de Londres de 1954. Ce qui renforce la fragmentation de la réglementation relative à la pollution marine par les navires.

4 On évoque à ce niveau les accidents de

- Torrey-Canyon en 1967 saccageant les côtes anglaises et françaises,

- L'Olympic Bravery en février 1976

- Le Boehlen en novembre 1976

- La catastrophe de l'Amoco-Cadiz en 1978. Consulter à ce niveau, J-P. Queneudec, Les incidences de l'affaire du Torrey-Canyon sur le droit de la mer, AFDI, 1968, p. 702 et R. Rodière et M. Rémond-Gouilloud, La mer : droit des hommes ou proies des Etats, Paris, Pédone, 1980, p. 107.

5 Rappelons que la première véritable marée noire due à un puit off-shore date de 1964, il en est de même de l'accident issu d'une fissure du sol marin, comme c'était le cas à Santa Barbara en 1969. R. Rodière et M. Rémond-Gouilloud, La mer : droit des hommes ou proies des Etats, Paris, Pédone, 1980, pp. 111 et 112.

6 Article 2 de la convention de Bruxelles de 1969.

B. Les textes régionaux

Nous mettrons l'accent sur un système régional appliqué à la Mer Méditerranée, appelé le système de Barcelone (1) et nous consacrerons quelques développements au dernier né de ce système à savoir le protocole GIZC.

1. Le système de Barcelone:

Le système de Barcelone est un ensemble de mécanismes ayant pour objectif de protéger la méditerranée contre toute forme de pollution. Ce système a vu le jour avec l'adoption d'un plan d'action pour la méditerranée (PAM).

En effet, les Etats méditerranéens, réunis à Barcelone le 28 janvier 1975 ont adopté le 4 février 1975, un plan d'action ayant pour objectif d'encourager et d'aider les Etats côtiers à évaluer et maîtriser la pollution marine et formuler des politiques nationales de l'environnement.

Ce système, inauguré en 1975 se concrétise à travers un ensemble de mécanismes pour la lutte contre la pollution.

D'autre part, il existe une multiplicité d'accords complétant et mettant en application cette convention cadre. Il s'agit notamment du:

— Protocole additionnel relatif à la prévention de la pollution de la mer Méditerranée par des opérations d'immersion effectuées par les navires et aéro-nef, dit aussi " protocole immersion ", signé le 12 février 1978.

— Protocole additionnel relatif à la coopération en matière de lutte contre la pollution de la mer par les hydrocarbures et autres substances nuisibles en cas de situation critique, dit aussi " protocole situation critique ", signé le 12 février 1978.

— Protocole additionnel relatif à la protection de la méditerranée contre la pollution d'origine tellurique, dit aussi " protocole tellurique ", signé le 16 ai 1980.

— Protocole additionnel relatif aux aires spécialement protégées, dit aussi " protocole APS ", signé le 3 avril 1982.

— Protocole additionnel relatif à la protection de la méditerranée contre la pollution résultant de l'exploration et de l'exploitation du plateau continental, du fond de la mer et de son sous-sol, dit aussi " protocole offshore " adopté le 14 octobre 1994.

Ce volet juridique du système de Barcelone est complété par de nombreux programmes spécifiques tels que la GISC

2. La GISC: un instrument de gestion intégré des milieux marins et côtiers:

La GISC est née suite du sommet de Rio 1992 et de l'approche agenda 21. Elle est instaurée afin de renforcer la préservation des milieux marins et côtiers, tout en mettant en œuvre un système de gestion rationnel qui encadre les activités humaines exercées dans ces milieux comme la pêche, le tourisme le transport maritime...

La GISC est définie comme étant: *“ un processus de gouvernance qui consiste en un cadre juridique est institutionnel nécessaire pour garantir que les plans de développement et d'aménagement des zones côtières soit intégrés avec les objectifs de la protection de l'environnement ”*.

Vue l'importance de cette démarche, la convention de Barcelone pour la protection de la mer méditerranéenne contre la pollution a introduit la GISC à travers le protocole de Madrid du 21 Janvier 2008 relatif à la gestion intégrée de la zone marine et côtière. Cette introduction vient valoriser la portée du système de Barcelone sur la conservation et la valorisation des ressources marines et côtières méditerranéennes. Ceci se montre clairement d'après la définition de l'article 2 du protocole GISC qui prévoit que: *“ la gestion intégrée des zones côtières est un processus dynamique de gestion et d'utilisation durable des zones côtières prenant en compte simultanément la fragilité des écosystèmes et des paysages côtiers, la diversité des activités et des usages, leur interaction, la vocation maritime de certains d'entre eux, ainsi que leur impact à la fois sur la partie marine et la partie terrestre. ”*

L'objectif de la GISC n'est pas d'interdire, mais d'assurer la compatibilité entre la protection et l'utilisation, c'est-à-dire qu'on gère d'une manière intégrée en prenant en compte les besoins de protection et de gestion rationnelle.

II. Le droit international universel et la protection des milieux marins et côtiers

A travers ses différents mécanismes, le droit international universel œuvre à la protection des espaces marins et côtiers (A) et à la préservation de leurs ressources (B).

A. Les mécanismes de protection de l'espace

Ces mécanismes vont être étudiés à travers l'examen de l'intervention des Etats riverains (1) et par la coopération entre les acteurs étatiques (2).

7 Prieur. M « l'évolution juridique de la GISC dans le bassin méditerranéen », in atelier Unitar de la formation de la mise en œuvre du DIE pour les pays du nord, Tunis 8-11 octobre, 2002 p.1.

1. L'intervention des états riverains

A travers une lecture combinée des différents textes internationaux qui concernent les milieux marins et côtiers, on remarque le souci de la communauté internationale pour garantir une protection efficace de l'espace maritime.

A cet égard, l'article 9 de la convention Rio incite chaque Etat à adopter les mesures de conservation nécessaire concernant les éléments constitutifs de la diversité biologique par la réglementation et la gestion des ressources biologiques dans les habitats naturels aux fins de la conservation ex situ de manière à éviter que soient menacés les éco systèmes et les populations d'espèces in situ...

Certes, la conservation des habitats naturels et les écosystèmes intègrent les espaces maritimes et côtiers. De même, le chapitre 17 de l'agenda 21 a mis l'accent sur la nécessité de protéger le milieu marin y compris les océans et toutes les mers, et les zones côtières adjacentes qui forment un tout et constitue un élément essentiel du système permettant la vie sur terre. De sa part, la convention de Montégo Bay de 1982 a prévu une obligation générale de protéger les milieux marins. Elle a précisé les mesures visant à prévenir, réduire, et maîtriser la pollution des milieux marins. Conformément à ladite convention, les Etats prennent les mesures nécessaires pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne soient de manière à ne pas causer de préjudices par pollution à d'autres Etats et à leurs environnements et pour que la pollution résultant d'incidents ou d'activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne s'étende pas au-delà des zones où il exerce des droits souverains. Le même texte a incité les Etats à lutter contre toutes les sources de pollution, à savoir celle résultant des substances toxiques nuisibles ou nocives, la pollution par les navires, la pollution provenant des installations ou engins utilisés pour l'exploitation des ressources naturelles des fonds marins et de leurs sous sol, en particulier, les mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer, à prévenir les rejets qu'ils soient intentionnels ou non, et à réglementer la construction, l'armement, et l'exploitation des navires...⁸ ;

De même, ce texte a mis l'accent sur la nécessité de fournir une protection particulière aux écosystèmes marins fragiles par la prise des mesures de réservation des écosystèmes rares ou délicats.

Sur un autre volet, l'élargissement du champ d'intervention des Etats dans la lutte contre la pollution marine prévu par la convention de Bruxelles de 1969 témoigne de la nécessité de renforcer les compétences des Etats riverains dans ce domaine. En effet, selon l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles, l'Etat

8 Article 194 de la convention de Montégo Bay.

riverain a le droit “ *de prendre en haute mer les mesures nécessaires pour prévenir, atténuer ou éliminer les dangers graves et imminents ou une menace de pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures à la suite d'un accident de mer ou des actions afférentes à un tel accident* ”. Ces dispositions ont été élargies avec l'adoption du protocole du 2 novembre 1973 sur l'intervention en haute mer en cas de pollution par des substances autres que les hydrocarbures. Ce texte reconnaît à l'Etat côtier le droit de prendre des mesures appropriées pour assurer sa protection des éventuels risques de pollution. Ainsi, les Etats côtier voient élargir leur compétences et par ricochet leur souveraineté sur un espace qui traditionnellement ouvert à toutes les nations et qu'aucun “ *Etat ne peut légitimement prétendre, en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté* ”⁹.

On est passé d'un simple droit de contrôle limité aux espaces marins assujettis à la juridiction nationale de l'Etat, à un “ *droit d'intervention en haute mer* ”¹⁰.

Cet arsenal juridique a encadré la protection de l'espace maritime à travers le rôle assuré par les états dans ce domaine. Cependant, le recours à la coopération était indispensable pour garantir la préservation de l'espace maritime et côtier.

2. La coopération entre les acteurs étatiques

La convention de Montégo Bay a incité les Etats dans la zone affectée par une pollution ou menacé par un danger imminent, est selon leurs capacités et les organisations nationales compétentes, a coopérer en vue d'éliminer les effets de la pollution et de préserver ou réduire à un minimum les dommages. A cette fin, les Etats doivent élaborer et promouvoir conjointement des plans d'urgence pour faire face aux incidents entraînant la pollution du milieu marin.¹¹

Sur un autre plan, la coopération scientifique est un facteur nécessaire pour renforcer la protection des espaces maritimes contre la pollution.

Dans cet ordre d'idée, la convention de Montégo Bay incite les Etats à promouvoir les études, entreprendre les programmes de recherche scientifiques et encourager l'échange de renseignements et de données sur la pollution du milieu marin, participer activement aux programmes régionaux et mondiaux visant à l'acquisition de connaissances requises pour déterminer la nature et

9 Article 2 de la convention de Genève sur la haute mer.

10 L. Lucchini, A propos de l'Amoco-Cadiz : « la lutte contre la pollution des mers, évolution ou révolution du droit international », AFDI 1978, p. 723.

11 Article 199 de la convention de Montégo Bay.

l'ampleur de la pollution, l'exposition à la pollution, les voies qu'elle empreinte, les risques qu'elle comporte et les remèdes possible.¹²

Le principe de la souveraineté des Etats est respecté, mais aussi assoupli par les conventions relatives aux espaces marins et côtiers dans la mesure où la lutte contre la pollution marine qui est une pollution diffuse fait appel à la coopération étatique non seulement en tant que facteur complémentaire de la protection mais surtout en tant que pilier essentiel pour garantir la préservation des milieux marins et côtiers. Cette coopération doit prendre en considération la divergence entre les Etats au niveau des moyens technologiques et scientifiques.

C'est pour cette raison que la convention de Montégo Bay a prévu une obligation pour les Etats de promouvoir les programmes d'assistance au Etats en développement et ceci pour protéger et préserver le milieu marin et de prévenir, réduire, et maîtriser la pollution marine.

Dans ce sens, la convention de Rio relative a la diversité biologique consacre la procédure de notification prévue dans son article 14 qui encourage, sur une base de réciprocité la notification, l'échange de renseignements et les consultations aux sujet des activités relevant de sa juridiction ou de son autorité et susceptibles de nuire sensiblement à la diversité biologique d'autres Etats ou de zones situées hors des limites de la juridiction nationale, en encourageant la conclusion d'accords bilatéraux, régionaux ou multinationaux selon qu'il conviendra.

Cette disposition témoigne de la nécessité d'établir des mesures de coopération pour lutter contre toutes les menaces portant préjudices aux écosystèmes marins et côtiers. Ceci concerne évidemment la pollution marine qui est une pollution diffuse ce qui rend très difficile d'agir unilatéralement pour l'éviter ; la souveraineté de l'Etat riverain sur sa mer territoriale ou ses eaux intérieures ne doit pas entraver un dialogue nécessaire avec les autres Etats ainsi qu'un devoir de notification pour assurer une bonne protection de l'espace maritime.

Dans ce sens, la même convention et dans le cas d'une action a priori, c'est-à-dire en cas de danger imminent ou grave, trouvant son origine sous sa juridiction ou son contrôle et menaçant la diversité biologique dans une zone relevant de la juridiction d'autres Etats... Cet état informe immédiatement les Etats susceptibles d'être touchés par ce danger ou ce dommage.

A ce niveau, on remarque que les limites spatiales doivent être écartées en faveur d'une logique environnementale qui favorise plutôt une protection globale de l'espace par le biais d'une coopération indispensable entre les Etats.

12 Article 200 *ibid.*

B. Les mécanismes de protection des ressources

Ces mécanismes apportent à la fois un encadrement des activités exercées dans les milieux marins et côtiers (1) et œuvrent à la protection et la gestion intégrée des ressources biologiques de ces milieux (2).

1. L'encadrement des activités exercées dans les milieux marins et côtiers

L'approche écosystémique de la protection des milieux marins et côtiers nécessite l'encadrement des activités humaines pour qu'elles soient compatibles avec le souci de protéger les ressources biologiques marines et côtières.

Dans cet ordre d'idées, la convention Rio de 1992, dans son article 10 qui s'intitule " l'utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique ", a incité les Etats contractants à :

— *Intégrer les considérations relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources biologiques dans le processus décisionnel national " adopter des mesures concernant l'utilisation des ressources biologiques pour éviter ou atténuer les effets défavorables sur la diversité biologique.*

— *Protéger et encourager l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable.*

— *Aider les populations locales à concevoir, à appliquer des mesures correctives dans les zones dégradées ou la diversité biologique a été appauvrie ... "*

Certes, l'encadrement des activités telles que la pêche, le transport... est une mesure indispensable pour la préservation des ressources biologiques marines et côtières.

Le mérite des dispositions précédentes c'est qu'elles étaient destinées à régler les pratiques mais aussi à faire acquérir aux populations locales une attitude respectueuse de la diversité biologique pour que l'exploitation des richesses biologiques y compris celles marines et côtières soit compatible avec l'impératif de préservation.

2. De la protection à la gestion intégrée des ressources biologiques marines et côtières

" La gestion intégrée est un processus dynamique de gestion et d'utilisation durable des zones côtières, prenant en compte la fragilité des écosystèmes et des paysages côtiers, la diversité des activités et des paysages, leur interaction, la vocation

*maritime de certains d'entre eux ainsi que leur impact a la fois sur la partie marine et la partie terrestre*¹³”.

C'est un système qui rejoint à la fois l'impératif de protéger les milieux marins et côtiers tout en valorisant ces espaces par une exploitation rationnelle des ressources biologiques. La gestion intégrée cherche à “*harmoniser les politiques sectorielles littorales pour tendre vers une gestion cohérente définie en fonction des problèmes à traiter*”¹⁴.

Dans cet ordre d'idées, la convention de Rio de 1992 relative à la protection de la diversité biologique dans son article 10, intitulé utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique, prévoit la nécessité d'intégrer les considérations relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources biologiques dans le processus décisionnel national et à adopter des mesures concernant l'utilisation des ressources biologiques pour éviter ou atténuer les effets défavorables sur la diversité biologique. Il faut rappeler que les dispositions précédentes concernent la biodiversité en général y compris celle marine et côtière.

Cette même convention incite les Etats à faire une identification des éléments de la diversité biologique; cette démarche scientifique a le mérite de créer une base de données qui permet de réaliser une évaluation de la richesse biologique marine et côtière en vue d'assurer une gestion rationnelle de ces ressources. De sa part, la convention de Montego Bay a reconnu aux Etats le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et préserver le milieu marin. Cette disposition consacre l'idée de la gestion intégrée des ressources biologiques marines et côtières. afin de réaliser une gestion intégrée, une technique qui a été développée au sein du droit international de l'environnement a savoir la délimitation des zones protégées qui nécessite un encadrement juridique particulier. Certes, la création des espaces et des aires marines spécialement protégées sert notamment de protéger et gérer les espaces nécessaires au cycle naturel d'espèces économiquement importantes, des espèces ou populations animales ou végétales vulnérables, rares et menacées¹⁵. La convention Rio a encouragé les états à créer ces aires dans son article 8 qui incite à établir un système de zones protégées ou de zones ou des mesures spéciales qui doivent être prises pour conserver la diversité biologique.

13 Définition prévu dans l'article 2 (f) du protocole du Madrid de 2008.

14 Bodiguel (M) “ le littoral entre nature et politique ”, éditions l'HARMATTAN, 1997, p. 23.

15 Bindi (AL), “ la création et la gestion des aires marines spécialement protégées in annuaire du droit de la mer ”, 2000, tom5, éditions pèdone, p.256.

Sur un autre volet, la convention pour la prévention de la pollution par les navires dite MARPOL de 1973 a consacré cette technique de zonage. En effet, ce texte définit la zone spéciale comme étant “ *une zone maritime qui a pour des raisons techniques reconnues touchant sa situation océanographique et écologique ainsi que son caractère particulier de son trafic, appelle l'adoption de méthodes obligatoires particulières pour prévenir la pollution des mers par les hydrocarbures, les substances liquides nocives ou les ordures, selon le cas.*¹⁶ ” Il en résulte que une gestion intégrée des ressources marines et côtières permet de concilier entre l'impératif de préserver et de la nécessité d'exploiter les richesses biologiques dans les milieux marins et côtiers.

16 Article 2.1 de l'annexe 1 de la résolution A.927 (22) adopté par l'assemblée de l'OMI le 29 Novembre 2001.

ASPECTOS ESPECÍFICOS DAS ZONAS COSTEIRAS DA AMÉRICA DO SUL

GILBERTO D'ÁVILA RUFINO¹

Conceito de gestão integrada da zona costeira no plano internacional

Fase atual das concepções

O conceito de Gestão Integrada da Zona Costeira — GIZC está em expansão através de “novos discursos, novas sustentabilidades e novas fronteiras”, como observado durante o Colóquio de La Rochelle de 2010, sobre a gestão sustentável das zonas costeiras e marinhas.

Refletindo essa tendência, a legislação francesa definiu a GIZC como “uma visão estratégica global, fundada sobre uma gestão integrada e concertada do mar e do litoral.” (Lei n. 2009-967 de 3 de agosto de 2009 artigo 35). O novo discurso, inspirado nos debates “*Grenelle de l'Environnement*” de 2009, consiste portanto em passar da GIZC à gestão integrada do mar e do litoral (GIML)

A evolução dessa terminologia é o resultado de um longo percurso em que o correspondente significado sofreu progressivas adições e modificações. Planejamento integrado, planejamento regional, ordenamento do território litoral, gerenciamento costeiro, e gestão integrada da zona costeira são abordagens e estratégias sucessivas, e não excludentes, produzidas no âmbito interno dos países e na esfera internacional, num itinerário que já perfaz meio século de aspirações da Humanidade.

De fato, a preocupação com a degradação das zonas costeiras suscitou uma crescente conscientização, patrocinada pela atuação de organizações internacionais que se voltaram para o tema. Diferentes países do continente europeu e da América do Norte adotaram legislações inspiradas nas diretrizes e recomendações adotadas nos textos das convenções e tratados internacionais.

O tratamento global das questões relativas às zonas costeiras, através de textos normativos uniformes, constitui uma resposta lógica à natureza dos pro-

1 Doutor em direito (Limoges), Presidente do Instituto Jurídico do Litoral, Advogado em Florianópolis e antigo Procurador do Estado de Santa Catarina (Brasil).

blemas identificados que apresentam pontos comuns e similaridades repetidas nas distintas regiões do planeta.

Nesse contexto, apesar da complexidade e diversidade das demandas, das pressões e das ameaças que atingem as zonas costeiras, somadas às disparidades econômicas ou à diversidade dos fatores políticos e sociais, é provável que os Estados soberanos adotem medidas institucionais e legislativas uniformes ou semelhantes.

Conferência do Rio de Janeiro de 1992

O tratamento da gestão integrada da zona costeira nos textos internacionais é decorrente de evoluções verificadas no Direito Internacional do Meio Ambiente, na direção do tratamento global dos problemas comuns a toda a humanidade, superando o tradicional princípio de reciprocidade.

Até recentemente, predominou na legislação internacional o tratamento setorial dos problemas com foco em aspectos fragmentados do meio ambiente (ambiente marinho, atmosfera, fauna e flora selvagens). Mas atualmente, os textos adquirem um caráter global, como o é o caso da Convenção de Viena e do Protocolo de Montreal sobre a proteção da camada de ozônio, ou da Convenção sobre as Mudanças Climáticas de 5 de junho de 1992, do Rio de Janeiro.

A Conferência do Rio de Janeiro de 1992 constituiu uma das etapas fundamentais para a disseminação e definitivo enraizamento da gestão integrada da zona costeira como uma demanda universal.

No capítulo 17, da Agenda 21, o meio marinho encontra-se definido como um “todo integrado”, incluindo os oceanos e todos os mares, bem como as zonas costeiras adjacentes.

Capítulo XVII — Agenda 21

Introdução. O meio ambiente marinho — inclusive os oceanos e todos os mares, bem como as zonas costeiras adjacentes — forma um todo integrado que é um componente essencial do sistema que possibilita a existência de vida sobre a Terra, além de ser uma riqueza que oferece possibilidades para um desenvolvimento sustentável. O direito internacional, tal como este, refletido nas disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e mencionadas no presente capítulo da Agenda 21, estabelece os direitos e as obri-

gações dos Estados e oferece a base internacional sobre a qual devem apoiar-se as atividades voltadas para a proteção e o desenvolvimento sustentável do meio ambiente marinho e costeiro, bem como seus recursos. Isso exige novas abordagens de gerenciamento e desenvolvimento marinho e costeiro nos planos nacional, sub-regional, regional e mundial — abordagens integradas do ponto de vista do conteúdo e que ao mesmo tempo se caracterizem pela precaução e pela antecipação, como demonstram as seguintes áreas de programas:

(a) Gerenciamento integrado e desenvolvimento sustentável das zonas costeiras, inclusive zonas econômicas exclusivas;

Não obstante esses desenvolvimentos, persiste a vinculação das zonas costeiras ao regime internacional do meio ambiente marinho, pois a Agenda 21 (Capítulo 17) reiterou que o texto de base para fundamentar a cooperação internacional em tema de proteção, desenvolvimento e gerenciamento das zonas costeiras continua sendo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Convenção sobre o Direito do Mar de 1982

A Convenção sobre o Direito do Mar, adotada na conferência de Montego Bay em 1982, constitui o quadro geral para a proteção do meio marinho, contendo as regras gerais e os princípios de luta contra a poluição. Assim, no âmbito do Direito do Mar, a formulação de normas internacionais sobre a proteção e gestão das zonas costeiras aparece relacionada à poluição de origem terrestre (art. 207 da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982).

A poluição marinha persiste como um dos temas mais importantes da regulamentação setorial no direito internacional do meio ambiente. A luta contra a degradação do meio marinho é objeto de regras específicas estabelecidas para as diferentes categorias de poluição. Esquemáticamente, essas regulamentações referem-se à: a) poluição de origem terrestre ou telúrica; b) poluição por navios e transporte marítimo; c) poluição decorrente da exploração dos recursos do mar e do solo marinho; e d) poluição resultante da imersão de resíduos no mar.

Mas uma mudança de perspectiva no modo de perceber o litoral e a zona costeira faz convergir as noções de proteção do meio ambiente e de proteção do mar. As alterações climáticas e os riscos consequentes à elevação do nível dos oceanos exigem esse enfoque. As convenções globais sobre a proteção da atmosfera e sobre as mudanças climáticas, juntamente com o Direito do Mar,

têm um renovado papel como instrumento de conscientização e promoção de instrumentos e normas internacionais que assegurem o desenvolvimento sustentado das regiões costeiras.

PNUMA e Programa dos Mares Regionais.

O conceito de zona costeira foi enunciado num texto internacional pela primeira vez, através da Recomendação nº 92, do Plano de Ação pelo Meio Ambiente, na Conferência de Estocolmo de 1972.

Desde então, a salvaguarda do patrimônio costeiro tornou-se objeto de interesse do direito internacional, num processo desencadeado na Conferência do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente — PNUMA, de 28 outubro a 6 de novembro de 1981, de Montevideú, quando a conservação do litoral foi incluída entre os dez principais temas considerados suscetíveis de uma coordenação e de uma cooperação intensificada a nível mundial e regional.

Mas no âmbito da Organização das Nações Unidas, o desdobramento da gestão integrada das zonas costeiras em proposições e normas detalhadas é um fato recente. Está a ocorrer através do Programa dos Mares Regionais do PNUMA — Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, que gerou acordos ou convenções internacionais em âmbito regional para o combate das diferentes formas de poluição e para a gestão do meio ambiente marinho nessas regiões.

O Programa dos Mares Regionais do PNUMA considera que a existência, numa região geográfica, de uma comunidade de concepções e de interesses pode contribuir para uma eficaz proteção do meio ambiente marinho, melhor do que através de textos de alcance mundial. A concepção desse programa é a de que uma ação internacional no litoral depende de uma repartição das diferentes atribuições entre as instituições.

Essa regionalização de uma ação de proteção dos espaços marinhos tem base no princípio nº 9 da Declaração de 1972, que incita os Estados a colaborar em zonas geográficas constituídas como entidade natural. Desde o princípio, as atenções do PNUMA voltaram-se para os mares regionais, especialmente vulneráveis como o Mediterrâneo, que conta com os princípios de uma ação regional estabelecidos pela Convenção de Barcelona de 16 de fevereiro de 1976.

A comprovação de que no âmbito internacional regional é possível conseguir compromissos e definir obrigações mais severas dos Estados quanto às zonas costeiras ficou evidente através do Protocolo sobre a Gestão Integrada das Zonas Costeiras do Mediterrâneo de 27 de abril de 2005.

No Capítulo 17 da Agenda 21 as questões são tratadas no nível mais amplo e geral, contendo apenas pontualmente a discriminação de conteúdos e a definição dos instrumentos. Em contraste, o citado Protocolo de 2005 constitui uma autêntica carta internacional do litoral, com a incorporação e sistematização da elaboração normativa das últimas três décadas.

O Programa dos Mares Regionais das Nações Unidas está hoje à frente da adoção de normas relativas ao litoral, recomendando aos países signatários a adoção de legislações que contemplem a necessidade de gestão integrada da zona costeira.

Os modelos sugeridos são, em geral, compatíveis com qualquer ordem jurídica de um Estado democrático contemporâneo e a sua incorporação na legislação interna tende a ocorrer rapidamente face ao clamor sobre a necessária proteção dos recursos do mar.

Zonas costeiras do Mar Mediterrâneo

O documento internacional que melhor exprime o estágio atual das concepções sobre o Gerenciamento Costeiro é o “Protocolo sobre a Gestão Integrada das Zonas Costeiras do Mediterrâneo”, aprovado em 27 de abril 2005, por países membros das Nações Unidas, confrontantes com o Mar Mediterrâneo. Esse texto que atesta a existência de um consenso internacional, do ponto de vista formal, é resultado da Conferência de Barcelona de 17 de Fevereiro de 1976 (emendada em 10 de junho de 1995 sob o título de Convenção sobre a proteção do meio marinho e do litoral do Mediterrâneo). Materialmente, é consequência de um longo processo de conquista e afirmação das zonas costeiras como um tema de interesse mundial, através da atuação de organizações internacionais, e do advento de legislações nacionais.

A gestão integrada das zonas costeiras do Mediterrâneo reúne todos os componentes necessários para entender a dimensão e encontrar solução para os problemas de ordenamento e gestão das zonas costeiras. Entre outros, colocam-se as disparidades econômicas e sociais norte-sul, e os conflitos geopolíticos entre países com níveis de desenvolvimento muito diferenciado e que compartilham os recursos marinhos daquela região geográfica.

A partir do Protocolo de Madrid adotado no âmbito da Convenção de Barcelona em 2005, o processo de Gestão Integrada da Zona Costeira está finalmente estabelecido na sua dimensão jurídica.

Nessa perspectiva, os países signatários do Protocolo sobre a gestão integrada das zonas costeiras do Mediterrâneo, de 27 de abril de 2005, comprometem-

se a depositar junto à Organização (art. 2, sub-parágrafo b, da Convenção de Barcelona sobre a proteção do meio marinho e do litoral do Mediterrâneo, modificada em 10 de junho de 1995) relatórios periódicos compreendendo o estado e evolução da gestão integrada, bem como análise da eficácia das medidas adotadas e dos problemas encontrados em sua aplicação (art.27.1). Através de reuniões periódicas, as partes contratantes avaliam o cumprimento do Protocolo, e recomendam as medidas necessárias a fim de que o seu texto seja plenamente respeitado (art. 27.2).

O modelo proposto no referido protocolo sobre a gestão integrada, resultante de um longo processo de amadurecimento iniciado na década de 1970, terá um efeito direto no desenvolvimento das legislações nacionais não apenas dos países que integram a bacia mediterrânea. Por efeito da abordagem global que as zonas costeiras suscitam, o protocolo pode constituir um documento de base e propagar as noções e estratégias que preconiza para as outras regiões costeiras do mundo. Esse documento constituirá um parâmetro a balizar a atuação dos governos dos países costeiros, na formulação e adoção das suas respectivas legislações nacionais, não permitindo retrocessos ou abordagem ou tratamento incompleto e parcial da matéria.

Protocolo para gestão das zonas costeiras do Mediterrâneo

Protocolo é um termo que tem sido usado nas mais diversas acepções, tanto para acordos bilaterais quanto para multilaterais. Aparece designando acordos menos formais que os tratados, ou acordos complementares ou interpretativos de tratados ou convenções anteriores. É utilizado ainda para designar a ata final de uma conferência internacional. Tem sido usado, na prática diplomática brasileira, muitas vezes sob a forma de “protocolo de intenções”, para sinalizar um início de compromisso. Os protocolos adicionais elaborados e adotados na conformidade com o art. 15 da Convenção de Barcelona, relativa ao Mar Mediterrâneo, constituem uma espécie de “legislação derivada”, que amplia o campo inicial da cooperação, deduzindo princípios fundamentais. Esse “tecido de protocolos” constitui uma “legislação regional” que permite proteger o meio ambiente marinho, incluindo as zonas costeiras.

Zonas Costeiras da União Europeia

Em face dessas premissas, é inegável que um direito internacional do litoral está a se formar nas últimas três décadas, no sentido da construção normativa e da criação dos instrumentos para gestão integrada das zonas costeiras. Os últimos anos registraram avanços espetaculares nesse processo, e, no âmbito da União Europeia, importantes decisões foram adotadas.

A necessidade de implementar a gestão integrada das zonas costeiras europeias, por meio de uma ação supranacional concertada, foi definida pelas Resoluções do Conselho de Ministros de 6 de maio de 1994, e de 25 de fevereiro de 1992.

A competência da União Europeia na matéria afirma-se no protocolo n. 7, do Tratado de Amsterdam, no pressuposto de que as ações propostas podem ser melhor equacionadas no nível comunitário, em aplicação do princípio de subsidiariedade e de proporcionalidade.

A metodologia adotada consiste em influir sobre os países membros, para que elaborem suas estratégias nacionais com base no “programa de demonstração” da Comissão da União Europeia sobre a gestão integrada das zonas costeiras. A Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho (2002/413CE), de 30 de maio de 2002, relativa à “implementação de uma estratégia de gestão integrada das zonas costeiras da Europa”, contém os princípios fundamentais, bem como o enunciado do conjunto de estratégias que deverão nortear as ações dos países membros da União.

A citada Recomendação do Parlamento da União Europeia de 2002 trata das estratégias para alcançar a gestão integrada no plano comunitário ou regional. O documento estabelece um conjunto de princípios para orientar os Estados-membros na elaboração das respectivas estratégias de implantação de sistemas de gerenciamento costeiro integrado. (Capítulo II)

As estratégias nacionais preconizadas ou propostas para os Estados-membros contemplam entre outras: distribuição e coordenação adequada das competências administrativas; elaboração de planos de controle de urbanização; mecanismo de aquisição fundiária e de gestão dos bens do domínio público com garantia de acesso do público ao ambiente natural, sem prejuízo da proteção dos ambientes frágeis ou sensíveis; adoção de acordos contratuais ou voluntários com os usuários dos recursos naturais das zonas costeiras; utilização de incentivos fiscais e econômicos; articulação do gerenciamento costeiro com os mecanismos de desenvolvimento regional; reforço das normas legais que incidem sobre as zonas costeiras marítimo-terrestres; promoção da participação do público na gestão integrada; extensão do diálogo com países limítrofes que

não sejam membros da União Europeia para coordenação de medidas relativas à problemas transfronteiriços.

O Parlamento Europeu fixou o prazo de 45 meses para que os países membros apresentassem à Comissão os resultados da implementação da referida Recomendação 2002/413CE. A França foi um dos países que cumpriu essa obrigação, encaminhando à Comissão o seu relatório de 3 de maio de 2006, demonstrando a evolução da política pública do litoral, de uma abordagem compreensiva (“*intégratrice*”) do litoral, em direção de uma gestão integrada e territorial.

A partir do continente europeu, provavelmente a gestão integrada das zonas costeiras poderá se disseminar e propagar para outras regiões do planeta. As proposições normativas, os sistemas organizacionais e os instrumentos administrativos, econômicos, financeiros e jurídicos, preconizados nos textos gerados no âmbito das instituições comunitárias da União Europeia, formam uma base comum e geral para o gerenciamento integrado das zonas costeiras em todo o mundo. A doutrina europeia formada por meio de reiteradas resoluções e recomendações pode ser considerada, pelo menos, um direito consuetudinário ou costumeiro em formação, integrando a ordem jurídica internacional, como *soft law*.

Conceito de gestão integrada das zonas Costeiras da União Europeia

“ La Gestion Intégrée des Zones Côtière est une approche spécifique des problèmes croissants rencontrés en zone côtière, que ce soit sur le littoral terrestre, ou dans la zone marine proche du rivage. La généralisation de cette approche a fait l’objet d’une recommandation européenne), dont la mise en oeuvre en France a été décidée par le Comité Interministériel de la Mer du 29 avril 2003.

L’expression “ Gestion Intégrée des Zones Côtières “ résume bien l’essentiel de l’approche:

— “ **zones côtières** ” fait ressortir la nécessité de traiter simultanément terre et mer

— “ **gestion** “ fait apparaître le caractère dynamique du traitement des problèmes, par rapport à l’approche peu évolutive des réglementations et des schémas de planification

— enfin, “ **intégrée** “ souligne la nécessité de traiter simultanément tous les problèmes dans la recherche d’une solution globale. ”

Além de promover a estratégia de adoção do gerenciamento costeiro integrado no âmbito da sua própria jurisdição, a União Europeia também apoia e participa de outras iniciativas internacionais. Assim, a organização toma parte de outros sistemas convencionais, na escala mundial ou regional. Assim é que a União Europeia aderiu ao Protocolo sobre a gestão integrada das zonas costeiras do Mediterrâneo, elaborado no ano de 2005, em conformidade com a Convenção sobre a proteção do meio marinho e do litoral do Mar Mediterrâneo adotado em Barcelona em 1976.

Conselho da Europa

Uma das organizações internacionais mais destacadas nessa evolução do direito internacional público, tem sido o Conselho da Europa. Os sucessivos textos aprovados pela Assembleia e pelo Conselho de Ministros dos países que integram a organização foram pioneiros na abordagem dos temas e na proposição de metodologias e modelos normativos. Entre esses, devem ser citadas a Recomendação de 1971, relativa à proteção da zona costeira, e a posterior, Resolução nº 29/73 do Conselho de Ministros que lançou as bases de uma política de gestão do litoral.

Um outro fruto das ações do Conselho da Europa em prol da conservação do litoral foi a Carta Europeia do Ordenamento do Território adotada em Torremolinos (Espanha), em 20 de maio de 1983. De seu turno, esse documento serviu de inspiração para outros textos, como a Recomendação 997 (1984) da Assembleia, relativa ao ordenamento do território e à proteção do meio ambiente nas regiões costeiras europeias. Vale referir, da mesma forma, as recomendações do Conselho da Europa, em especial a Recomendação nº (97)9, relativa à política de desenvolvimento turístico nas zonas costeiras, e, também, o modelo de lei sobre a gestão das zonas costeiras adotado em 1999, trazendo definições de zona costeira, gestão integrada, meio ambiente, além de orientações para adoção de políticas nacionais para a gestão integrada do litoral.

A reiteração desses postulados originou uma doutrina que fundamenta a tendência de um tratamento universal das questões, através de uma uniformização normativa com o advento de tratados e convenções internacionais adotados por países soberanos.

Princípios e diretrizes para o ordenamento do litoral

Um estudo preparado no Conselho da Europa em 1984 realizou uma primeira sistematização sobre o assunto, reunindo a maior parte dos princípios concebidos até então, a propósito do ordenamento do litoral.

Entre outras medidas, o documento preparado no âmbito do Conselho da Europa em 1984 preconiza a elaboração de planos integrados para o litoral, neles incluídas as diretrizes de desenvolvimento e o zoneamento. Tais planos deveriam revestir um valor imperativo, impondo-se tanto à administração pública quanto aos poderes locais e aos particulares.

Notadamente, é proposta aos países costeiros a adoção de lei geral sobre o litoral, cuja função precípua seria a de despertar a consciência do caráter único e frágil dos espaços litorâneos. O documento citado sugere que tal lei deveria abranger não somente o regime do domínio público marítimo e lacustre, mas também o regime das praias, das dunas e da orla costeira ou ribeirinha. Essa lei deveria comportar disposições relativas tanto ao controle da urbanização como à valorização, ordenamento e preservação dos espaços litorais frágeis (zonas úmidas, baías, reservas marinhas).

Outrossim, o Conselho da Europa propõe a salvaguarda dos espaços litorais frágeis ou pitorescos por meio da aquisição dos bens a preservar pelo poder público ou mediante a instituição de servidão de utilidade pública, questão essa abordada em maior profundidade a seguir.

O princípio da ocupação “*en profondeur*”⁸ traduziu-se no direito francês pelas regras que visam liberar faixa não edificável de 100 metros de largura a partir da margem do mar, nas zonas ainda não urbanizadas. Esse princípio completa-se com a noção de “*capacité d’assimilation*” ou da “*capacité de charge*” das zonas costeiras.

Ainda como decorrência do citado princípio de “*l’aménagement en profondeur*”, o caráter ou tipo de atividade é o elemento que determina a possibilidade de sua respectiva implantação na fachada marítima. As atividades que realmente necessitam uma proximidade com o mar são menos numerosas do que se pensa e muitas daquelas que, em dado momento, dependem aparentemente da costa poderiam implantar-se a certa distância para o interior das terras.

O princípio relativo ao zoneamento deveria subtrair à urbanização espaços naturais suficientemente extensos (isto é, com pelo menos 2 mil metros no sentido longitudinal e 500 metros na transversal à orla). A implantação de vias de circulação recuadas do litoral e o acesso à costa por meio de vias perpendiculares se conjugaria com a interdição de implantar novas estradas sobre montes e falésias, dunas e restingas.

O princípio do livre acesso à fachada marítima para uso público implica o desencravamento das praias, necessário, sobretudo, em zonas superocupadas. Esse acesso deve ser estabelecido independentemente das ações de estruturação fundiária, e o princípio correspondente foi consagrado em todos os textos internacionais sobre o litoral.

Alguns países já transpuseram esses princípios para disposições de caráter legislativo ou regulamentar, como o princípio que determina a harmonia arquitetônica e paisagística dos equipamentos turísticos e do habitacional.

Conclusões

A continuidade dessa evolução normativa, no rumo da uniformização do tratamento de problemas comuns da humanidade, exige que se tenha uma permanente observação das tendências jurídicas.

As concepções que informam as diferentes legislações nacionais, interagem com a evolução das ideias consagradas nos textos internacionais relativos ao litoral, favorecendo o desenvolvimento do arcabouço legal da gestão integrada das zonas costeiras..

Com efeito, o progresso das ideias somente foi possível através da pioneira e persistente atuação de organizações internacionais regionais e mundiais que desenvolveram, através de conferências e reuniões internacionais, um conjunto de proposições que foi paulatinamente integrado no direito interno de alguns países como França, Espanha e Portugal.

No estágio atual da questão, constroem-se no plano do Direito Internacional conjuntos normativos a serem adotados em documentos multilaterais, assim como modelos de legislação sugeridos aos países membros das organizações internacionais, comprovando a tendência de um tratamento uniforme e integrado de problemas que interessam a humanidade inteira e não apenas a um determinado Estado costeiro.

Esse acervo doutrinário e técnico, formado pelos princípios e categorias de instrumentos administrativos e institucionais, deve ser compilado e estudado pelos responsáveis pela implementação do gerenciamento integrado das zonas costeiras, em todos os continentes. A sistematização do gerenciamento costeiro integrado, sob o ponto de vista do direito internacional, poderia ser obtida de uma matriz em que os modelos propostos ou adotados pelas diferentes organizações, regionais ou mundiais, seriam enquadrados e comparados.

A universalização dos problemas das zonas costeiras exige uma abordagem global e integrada. As relações políticas e econômicas, através das quais o país se integra no contexto internacional, impõem no mínimo um intercâmbio sobre os necessários avanços normativos. E a questão da eficácia das normas e instrumentos jurídicos ou administrativos não pode ser negligenciada na análise e avaliação do sistema, como destacam os atos e documentos internacionais.

A juridicidade do conceito de GIZC é também decorrência da sua vinculação ao direito ao meio ambiente equilibrado. Através desta associação, a GIZC ascendeu ao mais alto nível da hierarquia normativa. Na medida em que o dever de respeitar os princípios essenciais da gestão integrada (como os princípios de prevenção e de informação sobre os riscos ambientais) pode ser interpretado como uma violação dos direitos humanos, expandem-se “as fronteiras da normatividade da GIZC”. (Michelot, Agnes *Synthèse et conclusions sur la gestion durable des zones côtières et marines. Au— delà des discours, des enjeux opérationnels pour le développement durable?* In *GESTION DURABLE DES ZONES CÔTIÈRES ET MARINES: NOUVEAUX DISCOURS, NOUVELLES DURABILITÉS, NOUVELLES FRONTIÈRES* VERTIGO — *la revue électronique en sciences de l'environnement* t Edição Hors-série 9 | Juillet 2011).

HARMONIZING INTERNATIONAL WATER LAW: CURRENT CHALLENGES AND FUTURE PROSPECTS

RYAN STOA¹

Abstract

Development of an international legal regime governing water resources is, at present, an uncoordinated and inconsistent practice. While the 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses made an attempt to codify international norms relating to water, the Convention remains unratified fifteen years later. As a result, successive efforts to promote the development of international water law have been faced with the unenviable task of either reconciling the Convention's status with current understandings of customary international law (e.g., the 2004 Berlin Rules on Water Resources) or progressing in spite of it (e.g., the 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers). A harmonization of the various legal instruments — principally, the Watercourses Convention and the Law of Transboundary Aquifers — would strengthen existing principles and lay a foundation for the development of a more robust and synergistic regime.

Introduction

In June 2012, the United Nations Conference on Sustainable Development (UNCSD) will convene to discuss and promote instruments for the implementation of sustainable development. The Conference Secretariat's Brief 11² calls for the implementation of measures to promote sustainable water management, including water markets, tariffs, payment for ecosystem services, and technology transfers. While these measures deserve promotion, failing to recognize the potential of international legal instruments as a means to achieving sustainable water management is a missed opportunity. Ninety percent of the world's population lives in a country that contains transboundary surface waters, and two

1 Ryan B. Stoa is Program Executive Officer at the Global Water for Sustainability Program, and a Fellow in Water Law and Policy at the Florida International University College of Law.

2 United Nations Conference on Sustainable Development Secretariat. "Brief 11: Water."

billion people depend on groundwater for their survival.³ Meanwhile, most of the world's 563⁴ transboundary watercourses lack a cooperative management framework.⁵ With water serving important needs for personal, agricultural, industrial, and commercial use, an international legal framework governing water resources is needed to promote sustainable management of water resources.

At present, however, development of an international legal regime governing water resources is an uncoordinated and inconsistent practice. While the 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses (hereinafter "Watercourses Convention" or "Convention") made an attempt to codify international norms relating to water, the Convention remains unratified fifteen years later. As a result, successive efforts to promote the development of international water law have been faced with the unenviable task of either reconciling the Convention's status with current understandings of customary international law, or progressing in spite of it. The first approach is admirable yet incomplete. When the most significant international treaty on the subject to date — the Watercourses Convention — espouses basic principles that, taken together, have not entered into force, the notion that those principles reflect customary international law is put into question, despite extensive state practice suggesting otherwise. Proceeding in spite of the Convention's status, as the 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers (hereinafter "Draft Articles") seem to do, is equally problematic. Both the Watercourses Convention and the Draft Articles contain substantive rules that overlap and conflict with one another. With both instruments laboring to become law, pitting what little legal tools exist in the field of international water law against each other is counter-productive.

Consequently, the delays inherent in international law-making, especially on such a complex and vital subject as transboundary water resources, caution against an overhaul of the current regime(s). Instead, I propose a harmonization of the various legal instruments designed to strengthen existing principles and lay a foundation for the development of a more robust and synergistic regime. The first step in this process is to enter the Watercourses Convention into force. With twenty-five parties to the Convention — and ten more needed for entry into force — the Convention is well on its way towards binding treaty status. While the Watercourses Convention is not ambitious with respect to its substantive rules (e.g., equitable use; prior notification), it does provide a framework or baseline for international water governance. Next, the Draft Articles should

3 UN Water. *Transboundary Waters: Sharing Benefits, Sharing Responsibilities*, 2008.

4 Ibid.

5 Ibid.

be limited to confined aquifers and mirror the substantive language of the Watercourses Convention. A substantial modification of this nature will be demanding, but a Sixth Legal Committee of the United Nations meeting on the Draft Articles revealed that there is insufficient support for them as currently constructed. Amending the Draft Articles to mirror the Watercourses Convention will either capitalize on momentum from, or promote, entry into force, and increase the likelihood that the law on (confined) transboundary aquifers will enter into force and complement the Watercourses Convention in the corpus of international water law. Most importantly, harmonizing the two instruments will create a precise and mutually reinforcing framework for international cooperation and provide a solid foundation for further development of international water law.

International Water Law: A Brief History

Water laws have played a role in human society for millenia. Access to water resources is a primary characteristic of the earliest human settlements, and rules governing water use may have predated property regimes for land in some areas.⁶ Water laws are reflected in traditional Islamic and Jewish religious texts, and played a central role in the development of historically influential cities such as Rome, London, and New York City.⁷ Many of these early laws were tailored to a particular community or localized water resource and, accordingly, water resources have historically been regulated by local, regional, or (more recently) national actors and instruments.

International water laws, on the other hand, are a relatively recent product. While early international water laws were occasionally developed by treaties tangentially related to transboundary water governance,⁸ the international water law regime took its first recognizable shape in 1966 with the adoption of the Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (hereinafter “Helsinki Rules”) by the International Law Association. The Helsinki Rules were the first attempt to codify customary international water laws, and they have heavily influenced state practice in transboundary water management despite their status as a non-binding legal instrument.⁹

6 James Salzman. “Thirst: A Short History of Drinking Water.” *Yale Journal of Law and the Humanities* 17, no. 3 (2006), at 5.

7 *Ibid.*, at 6-8, 11-22.

8 See, e.g., the 1923 Convention relating to the Development of Hydraulic Power affecting more than one State and Protocol of Signature.

9 Joseph W Dellapenna. “The customary international law of transboundary fresh waters.” *International Journal of Global Environmental Issues* 1, no. 3/4 (2001), at 273.

The Helsinki Rules elucidated several principles of customary international water law that have endured to the present day, including the principle of “equitable use:” “Each basin State is entitled,

within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin.”¹⁰ Equitable use has since become a central pillar supporting the international water law regime¹¹ by stipulating that a basin state has a right to the beneficial uses of the water resource. This provision stands in contrast with a second principle developed by the ILA, that of “no significant harm.” The no significant harm principle imposes a higher standard on basin states by requiring them to refrain from taking actions that would cause substantial damage to another state’s water resources. The Helsinki Rules did not clarify the relationship between the principles of equitable use and no significant harm, however, creating an ambiguous dynamic. The Helsinki Rules contributed to the development of international water law by formulating an understanding of customary international law at the time of drafting. Accordingly, the rules were necessarily vague and lacking in enforcement mechanisms. The parallel development of the principles of equitable use and no significant harm created a dilemma that would manifest itself in future attempts to develop international water law.

The next attempt, nearly thirty years later, would be the most significant to date. The Watercourses Convention was the first attempt to codify customary international water law in the form of a binding treaty instrument. Recognizing the need for an international freshwater treaty, United Nations member states adopted the Watercourses Convention in part to provide a binding legal instrument that customary guidelines could not.¹² The purpose of the Watercourses Convention is to “ensure the utilization, development, conservation, management, and protection of international watercourses and the promotion of the optimal and sustainable utilization thereof for present and future generations.”¹³ The Convention contains 37 Articles laying down basic norms of international water law, several of which bear mentioning. According to its definitions, the term “international watercourse” is defined as “a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary

10 Ibid.

11 Some version of the equitable use principle has been incorporated into the 1997 Watercourses Convention, 2004 Berlin Rules, and 2008 Draft Articles.

12 Alistair Rieu-Clarke, and Flavia R. Loures. “Still not in Force: Should States Support the 1997 UN Watercourses Convention?” *Review of European Community and International Environmental Law* 18, no. 2 (2009), at 188.

13 United Nations. *Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses* New York: 1997, Preamble.

whole and normally flowing into a common terminus...parts of which are situated in different states.”¹⁴ In effect, this definition encompasses both surface and groundwater, excluding only “confined aquifers” — groundwater that does not interact with surface water — from its scope. This deliberate exclusion,¹⁵ however, would have severe implications.

The cornerstone of the Watercourses Convention is Article 5, Equitable and Reasonable Utilization and Participation. Echoing the Helsinki Rules, Article 5 lays down the equitable use principle, and introduces the concept of equitable participation to encourage states to resolve issues of equitable use jointly and affirmatively. Both were affirmed as international legal principles by the International Court of Justice’s decision in the *Gabčíkovo — Nagymaros* case, recognizing the utility of equitable participation and the centrality of the equitable use principle’s importance.¹⁶¹⁷

The Watercourses Convention mirrors the Helsinki Rules in another important respect: Article 7’s obligation not to cause significant harm. The inclusion of this principle is objectively and subjectively controversial. An obligation not to cause significant harm is problematic in cases where, for example, an upstream state decides to make reasonable use of a transboundary river for sanitation purposes, to the detriment of a downstream state whose prior appropriations are diminished. The principle is further complicated by the fact that it is not clear how to reconcile the principles of equitable use and no significant harm within the same legal instrument.

The Watercourses Convention also outlines procedural rules such as prior notification, data and information exchange, management mechanisms, and peaceful dispute settlement.¹⁸ Taken together the Convention provides a broad framework instrument codifying international water law. As a result, the text was adopted by an overwhelming number of states, with 106 votes in favor to only three against.¹⁹

14 *Ibid.*, Article 2.

15 Stephen C. McCaffrey. “International Water Law for the 21st Century: The Contribution of the U.N. Convention.” *Journal of Contemporary Water Research and Education* 118, no. 1 (2001), at 11-12. While the Convention is silent on confined aquifers, the ILC deliberately excluded this form of groundwater from its draft articles forming the basis of the convention. Instead, the ILC adopted a resolution recommending that states apply the principles outlined in the draft articles to management of confined aquifers.

16 *Ibid.*, at 12-13.

17 Johan G. Lammers. “Case Analysis: The Gabčíkovo-Nagymaros Case Seen in Particular From the Perspective of the Law of International Watercourses and the Protection of the Environment.” *Leiden Journal of International Law* 11, no. 2 (1998): 287-320.

18 Rieu-Clarke and Loures, at 189.

19 United Nations. “General Assembly, Fifty-First Session, Ninety-Ninth Plenary Meeting.” (1997): 7-8.

Nonetheless, entry into force of the Watercourses Convention has been glacial.²⁰ Meanwhile, transboundary water conflicts both real and potential are taking an increasingly prominent role on the international stage, and the development of international water laws designed to resolve them remained an unfulfilled demand at the turn of the twenty-first century. In addition, many of the world's most disputed transboundary watercourses were not governed by agreements that included all interested states.²¹ As a result, the ILA reconvened in 2004 to synthesize customary international water law in light of the Watercourses Convention and the development of international environmental laws since the adoption of the 1966 Helsinki Rules.

The 2004 Berlin Rules on Water Resources (hereinafter "Berlin Rules") contributed several layers to the development of international water law. First, the Rules extended the applicability of international water laws to waters that were purely national. The right of public participation, the obligation to use best efforts to achieve both conjunctive and integrated management of waters, and duties to achieve sustainability and the minimization of environmental harm are principles either new or modified vis-à-vis the Helsinki Rules and the Watercourses Convention, both of which restrict their scope to purely international watercourses.²²

Second, the Berlin Rules lay down the customary international law applicable to groundwater. The Watercourses Convention, while including in its definition of "watercourse" groundwater connected to surface water, excluded confined aquifers from its coverage. Bisecting groundwater in this manner is problematic, not least of which because an overwhelming majority of the earth's freshwater is located in aquifers. The Berlin Rules include both confined and unconfined aquifers in its definition of "waters," and elucidate principles applicable to both national and international aquifers.

Nonetheless, the continued inability of states to ratify the Watercourses Convention, coupled with the Convention's exclusion of confined aquifers, prompted an effort to draft a binding legal instrument that would govern all transboundary aquifers. As a result, The UN's International Law Commission produced the Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers in 2008. The Draft Articles elucidate some relatively uncontroversial and forward-thinking principles governing transboundary aquifers (e.g., international and technical

20 To date, only 25 states have ratified the convention, with 35 needed for binding status.

21 Joseph W Dellapenna. "The Berlin Rules on Water Resources: The new paradigm for international water law." *Proceedings of the ASCE Conference: Examining the Confluence of Environmental and Water Concerns Proceedings of the World Environmental and Water Resources Congress*, 2007.

22 Ibid.

cooperation), while reinforcing the dual (and dueling) principles of equitable use and no significant harm.²³ Where the Draft Articles depart from previous understandings of international water law is in Article 3. Article 3 provides that each aquifer state has sovereignty over the portion of a transboundary aquifer or aquifer system located within its territory, in accordance with international law.²⁴ The Special Rapporteur to the ILC Chusei Yamada indicated that the inclusion of this principle (which does not appear in the Helsinki Rules, Watercourses Convention, or Berlin Rules) was a necessary concession to aquifer states that hold the view that aquifers are analogous to mineral resources and are governed by the principle of territorial sovereignty.²⁵ The United Nations' Sixth Legal Committee convened in 2011 to determine if the Draft Articles were ripe for a binding convention. As discussed below, the Committee declined to move forward, calling instead for further study and exploration of the topic. Nonetheless, the Draft Articles represent the most recent and significant attempt to move forward with development of international water law.

International Water Law: Status and Challenges

As of writing, international water law exists primarily in the customary form synthesized by the Berlin Rules and regional and bilateral agreements. The Watercourses Convention — the framework legal instrument governing international freshwater resources — remains unratified fifteen years after adoption. With thirty-five parties to the Convention needed for entry into force, the Convention counts twenty-five to date.²⁶ In addition, the Draft Articles remain a working draft, under the consideration of UN member states.

That our most consumed natural resource remains ungoverned by at least a basic framework instrument of international law is perhaps surprising considering the development of other international environmental legal instruments. However, a closer examination reveals that the development of international water law may be attributed to the piece-meal approach described above. In this section, the challenges presented by the current status of international water law — and its various legal instruments — is presented and explored.

23 Chusei Yamada. "Codification of the Law of Transboundary Aquifers (Groundwaters) by the United Nations." *Water International* 36, no. 5 (2011), at 563.

24 *Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses*, at Article 3.

25 Yamada, at 562.

26 United Nations. "Status of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses." *United Nations Treaty Collection*, Last modified May 4, 2012. Accessed May 4, 2012. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en.

The most apparent challenge concerns the Watercourses Convention. Until thirty-five states become parties to the Convention, its principles are not binding on any party. The table below shows the twenty-five parties to the Convention as of May 2012:²⁷

Participant	Signature	Ratification, Acceptance(A), Accession(a), Approval(AA)
Burkina Faso		22 Mar 2011 a
Côte d'Ivoire	25 Sep 1998	
Denmark		30 Apr 2012 a
Finland	31 Oct 1997	23 Jan 1998 A
France		24 Feb 2011 a
Germany	13 Aug 1998	15 Jan 2007
Greece		2 Dec 2010 a
Guinea-Bissau		19 May 2010 a
Hungary	20 Jul 1999	26 Jan 2000 AA
Iraq		9 Jul 2001 a
Jordan	17 Apr 1998	22 Jun 1999
Lebanon		25 May 1999 a
Libya		14 Jun 2005 a
Luxembourg	14 Oct 1997	
Morocco		13 Apr 2011 a
Namibia	19 May 2000	29 Aug 2001
Netherlands	9 Mar 2000	9 Jan 2001 A
Nigeria		27 Sep 2010
Norway	30 Sep 1998	30 Sep 1998
Paraguay	25 Aug 1998	
Portugal	11 Nov 1997	22 Jun 2005
Qatar		28 Feb 2002 a

²⁷ Ibid.

Participant	Signature	Ratification, Acceptance(A), Accession(a), Approval(AA)
South Africa	13 Aug 1997	26 Oct 1998
Spain		24 Sep 2009 a
Sweden		15 Jun 2000 a
Syrian Arab Republic	11 Aug 1997	2 Apr 1998
Tunisia	19 May 2000	22 Apr 2009
Uzbekistan		4 Sep 2007 a
Venezuela (Bolivarian Republic of)	22 Sep 1997	
Yemen	17 May 2000	

As is apparent, parties have been trickling in at a snail's pace for fifteen years, with the current total falling far short of the 106 states voting in favor of the Convention in 1997. While entry into force of a broad and consequential international treaty such as the Watercourses Convention may require a certain grace period to allow states to join, at some point the grace period expires and the lack of contracting states calls into question the idea that the Convention's principles represent customary international law. The lack of contracting parties might instead represent a direct rejection of these principles, especially if the Watercourses Convention receives renewed attention. Early indications caution against acceptance of this point, including the ICJ's reliance on the Watercourses Convention's equitable use principle to render its decision in the *Gabčíkovo — Nagymaros* case, the adoption of Convention principles in regional and bilateral agreements, and the Convention's initially overwhelming support. Nonetheless, the legitimacy of the Convention will continue to diminish as long as it fails to obtain membership from a critical mass of nation states.

A second unresolved issue is the interplay between the principles of equitable use and no significant harm. While the principles demand conflicting standards of action for watercourse states, they continue to be provided alongside each other in the Watercourses Convention, Berlin Rules, and Draft Articles. It is unclear how these conflicting standards should be accommodated, and each principle will likely be championed by states whose interests are in line with one or the other. While ambiguities and legal tension is common in international law, the centrality of the equitable use and no harm principles in the various

instruments of international water law pose a particularly important challenge of legal interpretation.

Finally, the Draft Articles are problematic in three respects: they overlap with the Watercourses Convention, unexpectedly introduce the sovereignty principle into the body of international water law, and lack a clear direction towards entry into force. Because the Draft Articles govern all groundwater aquifers (confined and unconfined), jurisdiction applies to the same unconfined aquifers that are covered by the Watercourses Convention. While some have argued that inconsistencies between the two instruments can be resolved by the law of treaties, this view invites disputes between parties and fails to provide clarity to water managers.²⁸ In addition, the Draft Articles introduce the concept of territorial sovereignty to a body of international water law that had been trending towards equitable and reasonable use and joint management of water resources. The Special Rapporteur to the ILC responsible for formulating the Draft Articles insists the sovereignty clause was necessary to obtain the support of member states who view aquifers similarly to mineral resources governed by the sovereignty principle.²⁹ Aside from the disanalogous fact that groundwater extraction may create severe consequences for neighboring aquifer states, the sovereignty clause also conflates a state's sovereignty over the geologic formation with the water contained in that formation.³⁰ Yamada points to the second sentence of the sovereignty clause — which states that sovereignty will be exercised in accordance with international law — as cause for restraint, but introducing sovereignty into the Law of Transboundary Aquifers reshapes international law on this issue and creates a tripod of interpretational conflict between the principles of sovereignty, equitable use, and no significant harm. For these and other reasons, the Draft Articles lack a critical mass of support in their present form. The United Nations' Sixth Legal Committee met in October and November of 2011 to discuss the potential for a convention on the Draft Articles. States expressed a number of reservations, among them the need to study state practice, clarify terms, focus on water quality, distinguish between arid and non-arid regions, and address conflict states.³¹ Subsequently, the General Assembly adopted resolution 66/104 in December 2011, noting the value of the Draft Articles as guidelines and encouraging states to take them

28 Stephen C McCaffrey. "The International Law Commission's flawed Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers: the way forward." *Water International* 36, no. 5 (2011), at 570.

29 Yamada, at 562.

30 McCaffrey, "flawed Draft Articles," at 570.

31 United Nations General Assembly 6th Committee. "Summary record of the 16th meeting.," "Summary record of the 29th meeting."

into account when making regional or bilateral arrangements.³² The Sixth Legal Committee will again address the issue in 2013 to determine the final form the Draft Articles might take.

While it takes time for principles of international law to become binding law, it is not clear how or when the Draft Articles will become part of the international water law regime. Complicating the matter is the uncertainty surrounding the Watercourses Convention. While both the Convention and the Draft Articles are laudable as stand-alone legal instruments, their relationship is complex and uncertain. Overlaps and conflicts create a dilemma for advocates and decision-makers forced to invoke or promote the advancement of one instrument at the expense of the other.

The Way Forward

While the present international water law picture may be murky, there is reason to be optimistic. On the one hand, the Watercourses Convention is not far from entering into force, having enjoyed prominent ratifications in the last two years. On the other hand, there is still time to amend the Draft Articles to harmonize their scope and content with the Watercourses Convention. First, attention should be paid to the Watercourses Convention to bring it into force and encourage adoption from as many states as possible. Partly because the Convention was adopted in 1997, it has not received the attention and lobbying required to place it on national political agendas. However, with an invigorated eye for international environmental lawmaking this is likely to change, and the UNCSD is an ideal opportunity to generate momentum towards this goal. Entry into force may occur anticlimactically at the pace observed, but a concerted push from the international community to recognize the importance and value of a freshwater framework treaty will greatly increase the legitimacy of the Watercourses Convention.

Two regions in particular appear ripe for accession. In West Africa, lack of capacity has been blamed for the absence of ratifications; outside support could lead to accession where states have indicated an interest-in-principle.³³ And in the European Union, the stringent and mandatory requirements of the Water Framework Directive suggest that states might be willing to accept the relatively less demanding principles of the Watercourses Convention, while benefit-

³² International Law Commission. "Shared natural resources (Law of transboundary aquifers): General Assembly action." (2012).

³³ Rieu-Clarke and Loures, at 193.

ting from the development of international norms. Elsewhere the Watercourses Convention will continue to offer advantages as a tool to initiate negotiations and cooperation and as a baseline for watercourses lacking a cooperative framework. But it is clear that benefits alone will not catalyze the Convention's entry into force; public awareness and advocacy will be a decisive factor.

To harmonize the international water law regime, the Draft Articles should be amended to reflect the Convention's language regarding sovereignty and should only be applied to confined aquifers. Excising the sovereignty clause will no doubt lead to an erosion of support for the Draft Articles from many states who oppose a conceptual shift toward shared resources. However, if the Draft Articles are applied to confined aquifers only (as opposed to unconfined aquifers, concurrently covered by the Watercourses Convention), the applicability of the Law of Transboundary (Confined) Aquifers would be primarily limited to aquifers in arid regions. Many countries who draw groundwater from confined aquifers in these regions have already acceded to the Watercourses Convention (see table above), suggesting they would support a Law of Transboundary Aquifers that mirrors the Watercourses Convention's language. The Lebanese representative to the Sixth Legal Committee said as much during the October 2011 deliberations, urging that terminology in both the Watercourses Convention and the Draft Articles be unified.³⁴ In addition, the sovereignty principle is not contained in either the Helsinki Rules or Berlin Rules laying out customary international water law and has been largely excised from other treaties on transboundary resources. Solidifying territorial sovereignty over aquifer systems would reverse a century of development on international water laws and threatens to overshadow the otherwise commendable efforts to codify a law on the subject.

Amending the Draft Articles in this regard would serve several additional purposes. The limitation would avoid a potentially messy overlap with the Watercourses Convention that, as mentioned, invites rather than promotes conflict. This is especially likely to occur if one state invokes the Draft Articles' sovereignty clause. In addition, the limitation would alleviate one of the Convention's shortcomings by bringing confined aquifers into the legal regime. An extension and codification of this nature would then either promote or capitalize on the Watercourses Convention's entry into force.

Of course, a more elegant solution is to amend the Watercourses Convention by either excluding or including all groundwater from its coverage. This would leave a single framework instrument of international water law, or two instruments applicable to surface waters and groundwaters. However, with the

34 United Nations General Assembly 6th Committee. "Summary record of the 16th meeting."

Watercourses Convention ten parties away from entry into force, any amendments would be too large an undertaking to justify whatever elegance such a solution would promise. On the other hand, if the language of the Watercourses Convention and the Draft Articles should be harmonized, it follows that the Draft Articles are more capable of amendment. With UN member states tabling action until 2013, there is time to consider revisions and reconsider member states' positions. In addition, if the Draft Articles are limited to confined aquifers, this would reduce the number of states with a vital interest at stake, and make coordination of an acceptable text decidedly less burdensome.

There are several alternatives to the international water law development path I propose here, four of which bear mentioning. The most dramatic departure is the view that the appropriate level for the implementation of legal instruments governing water resources is at the regional and/or local level.³⁵ Agreements formed around water bodies, rather than political boundaries, engage stakeholders and promote long-term cooperation, while norms and principles created through international legal mechanisms may not be relevant or appropriate in localized water contexts. It may be true that agreements formed at the lowest hydrological level are more durable and participatory; however, the existence of international water laws and legal principles does not preclude local or regional agreements. On the contrary, the Watercourses Convention and Draft Articles are designed to promote them. The Convention and Draft Articles, being relatively limited in substantive and procedural mandates, are framework instruments that can serve to provide watercourse states with a baseline to create more robust management agreements.

Another alternative is to maintain the status quo by pushing forward with the Draft Articles as presently constructed. This approach is understandable given the backseat the Watercourses Convention has taken on the international community's agenda, as well as the critical need for action on transboundary aquifers. The Agreement on the Guarani Aquifer is an excellent example of the Draft Articles' ability to provide a framework for cooperative groundwater management.³⁶ But while there is much to like about the work being done on transboundary aquifer management,³⁷ proceeding in spite of a framework con-

35 See, e.g., Jeffrey S Dornbos. "All (Water) Politics is Local: A Proposal for Resolving Transboundary Water Disputes." *Fordham Environmental Law Review* 22, no. 1 (2011): 1-41.

36 See, e.g., Pilar C. Villar, and Wagner C. Ribeiro. "The Agreement on the Guarani Aquifer: a new paradigm for transboundary groundwater management?" *Water International* 36, no. 5 (2011): 646-660.

37 The work of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization's International Hydrological Programme has been particularly remarkable. See Alice Aureli, and Gabriel Eckstein. "Strengthening cooperation on transboundary groundwater resources." *Water International* 36, no. 5 (2011): 549-556.

vention that incorporates most forms of groundwater by creating a competing framework is a poor choice. At a time when all efforts are needed to promote cooperative transboundary water management, overlapping and conflicting instruments are counter-productive.

Finally, the Draft Articles could be treated as guidelines, since limiting their scope to confined aquifers would strip the articles of their valuable management lessons derived from unconfined aquifers. In addition, if the Draft Articles take the form of guidelines the principles can still be replicated in regional and local agreements, and the Articles can serve as the framework instrument for aquifer management without creating legal conflicts with the Watercourses Convention.³⁸³⁹ While this approach is sensible, it still leaves unconfined aquifers without a legal framework instrument to guide cooperation in a meaningful way, and would appear to replicate the Berlin Rules. Developed in 2004, the Berlin Rules currently serve as guidelines to practice by elucidating customary international law as it relates to water resources. Revising the Draft Articles to serve as guidelines would undermine the Berlin Rules and again create overlapping texts. On the other hand, restricting the Draft Articles to confined aquifers and creating a binding legal instrument fills an important need in the body of international water law.

It is difficult to predict which of these paths international water laws will take. However, it is safe to assume that renewed focus on transboundary water issues will promote the development of the international water law regime. The UNCSD is an opportunity for advocates and decision-makers to call attention to these issues and find solutions. Water is an extremely complex resource, but international water laws need not be. Creating legal instruments in harmony with each other is both possible and preferable. A two-step solution that enters the Watercourses Convention into force while reformulating the law of (confined) transboundary aquifers to mirror the Convention is mutually reinforcing and avoids potential interpretational conflicts. In any case, action on this subject is critical. Unsustainable water management practices are putting pressure on many transboundary watercourse regions, and water's centrality for life on the planet creates a disconcerting juxtaposition. Harmonizing and promoting international water laws is a vital component of the international community's push towards sustainable development.

38 McCaffrey, "flawed Draft Articles," at 571.

39 Christine Traversi. "The Inadequacies of the 1997 Convention on International Watercourses and 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers." *Houston Journal of International Law* 33, no. 2 (2011): 453-487.

Bibliography

Aureli, Alice, and Gabriel Eckstein. "Strengthening cooperation on transboundary groundwater resources." *Water International* 36, no. 5 (2011): 549-556.

Dellapenna, Joseph W. "The Berlin Rules on Water Resources: The new paradigm for international water law." *Proceedings of the ASCE Conference: Examining the Confluence of Environmental and Water Concerns Proceedings of the World Environmental and Water Resources Congress*, 2007.

Dellapenna, Joseph W. "The customary international law of transboundary fresh waters." *International Journal of Global Environmental Issues* 1, no. 3/4 (2001): 264-305.

Dornbos, Jeffrey S. "All (Water) Politics is Local: A Proposal for Resolving Transboundary Water Disputes." *Fordham Environmental Law Review* 22, no. 1 (2011): 1-41.

International Law Commission. "Shared natural resources (Law of transboundary aquifers): General Assembly action." (2012): Accessed May 3, 2012. http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_5.htm.

Lammers, Johan G. "Case Analysis: The Gabčíkovo-Nagymaros Case Seen in Particular From the Perspective of the Law of International Watercourses and the Protection of the Environment." *Leiden Journal of International Law* 11, no. 2 (1998): 287-320.

McCaffrey, Stephen C. "International Water Law for the 21st Century: The Contribution of the U.N. Convention." *Journal of Contemporary Water Research and Education* 118, no. 1 (2001): 11-19.

McCaffrey, Stephen C. "The International Law Commission's flawed Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers: the way forward." *Water International* 36, no. 5 (2011): 566-572.

Rieu-Clarke, Alistair, and Flavia R. Loures. "Still not in Force: Should States Support the 1997 UN Watercourses Convention?." *Review of European Community and International Environmental Law* 18, no. 2 (2009): 185-197.

Salzman, James. "Thirst: A Short History of Drinking Water." *Yale Journal of Law and the Humanities* 17, no. 3 (2006).

Traversi, Christine. "The Inadequacies of the 1997 Convention on International Watercourses and 2008 Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers." *Houston Journal of International Law* 33, no. 2 (2011): 453-487.

UN Water. *Transboundary Waters: Sharing Benefits, Sharing Responsibilities* Zaragoza: United Nations Office to Support the International Decade for Action, 2008.

United Nations Conference on Sustainable Development Secretariat. "Brief 11: Water." *Rio 2012 Issues Briefs*, Last modified December 2011. Accessed May 3, 2012. <http://www.uncsd2012.org/rio20/content/documents/231Water%20for%20posting.pdf>.

United Nations General Assembly 6th Committee. "Summary record of the 16th meeting.", Last modified February 14, 2012. Accessed May 3, 2012. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/552/56/PDF/N1155256.pdf?OpenElement>.

United Nations General Assembly 6th Committee. "Summary record of the 29th meeting.", Last modified February 7, 2012. Accessed May 3, 2012. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/585/37/PDF/N1158537.pdf?OpenElement>.

United Nations. *Convention relating to the Development of Hydraulic Power affecting more than one State and Protocol of Signature* Geneva: 1923.

United Nations. *Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses* New York: 1997.

United Nations. *Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers* New York: 2008.

United Nations. "General Assembly, Fifty-First Session, Ninety-Ninth Plenary Meeting." (1997): 7-8.

United Nations. "Status of the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses." *United Nations Treaty Collection*, Last modified May 4, 2012. Accessed May 4, 2012. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&lang=en.

Villar, Pilar C., and Wagner C. Ribeiro. "The Agreement on the Guarani Aquifer: a new paradigm for transboundary groundwater management?." *Water International* 36, no. 5 (2011): 646-660.

Yamada, Chusei. "Codification of the Law of Transboundary Aquifers (Groundwaters) by the United Nations." *Water International* 36, no. 5 (2011): 557-565.

6) DIREITOS HUMANOS

O DIREITO HUMANO À ÁGUA: ACESSO À ÁGUA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

GIOVANNA FRISSO¹

Resumo

Este artigo discute o reconhecimento do direito à água como direito humano em âmbito internacional de forma a identificar em que medida os instrumentos de direitos humanos possibilitam a implementação do direito à água dentro de um contexto de desenvolvimento sustentável. Para tanto, especial atenção é dirigida ao Comentário Geral 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais das Nações Unidas.

Abstract

This article examines the recognition of the right to water as a human right in the international arena in order to identify the extent to which human rights instruments allow the implementation of the right to water within a framework of sustainable development. For this purpose, special attention is paid to the General Comment 15 of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

Estudos da Organização Mundial de Saúde estimam que 1.1 bilhão de pessoas (dos quais 80% vivem na zona rural) não têm acesso a um sistema de abastecimento aperfeiçoado capaz de fornecer ao menos 20 litros de água potável por pessoa ao dia; 1.6 bilhão de pessoas que têm acesso à água para sobrevivência não têm acesso à água suficiente para saúde e higiene; 1.8 milhão de pessoas morre todos os dias devido à ausência de água potável. Em alguns países em

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Brasília; doutoranda na Universidade de Nottingham; Mestrado em International Public and Comparative Law — Uppsala Universitet; graduada em Direito pela Universidade de Brasília.

desenvolvimento, mais de 50% da população não têm acesso à água potável.² Considerando a relevância da água para a agricultura, estimativas indicam que, se a população aumentar em 65% nos próximos cinquenta anos, cerca de 70% dos habitantes deste planeta enfrentarão deficiências no suprimento de água, e 16% deles não terão água bastante para produzir sua alimentação básica.³ Como se pensar, nestes contextos, o direito à alimentação, o direito à vida, o direito à saúde, o desenvolvimento sustentável, a redução da pobreza, o direito à vida?

O quadro acima descrito ganhou maior visibilidade quando a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou o ano de 2003 como o Ano Internacional da Água.⁴ Um dos propósitos desse ato foi reafirmar as intenções consagradas nas metas da Declaração do Milênio: reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso a água potável até o ano de 2015 e cessar com a exploração insustentável dos recursos hídricos. Essas metas foram ampliadas pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de 2002 que agregou o objetivo de reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso ao saneamento básico. A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável reconheceu a importância da água para agricultura,⁵ energia, saúde, combate a pobreza, biodiversidade e ecossistemas. A relevância do tema é tão significativa que a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o período de 2005 a 2015 como a Década Internacional para a Ação Água para a Vida.⁶

Em Julho de 2010, o direito humano à água foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas.⁷ Em seguida, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas afirmou que o direito à água está contido em tratados de direitos humanos em vigor e que os Estados têm a obrigação de garantir sua plena realização.⁸ Este artigo retoma o processo de reconhecimento do direito à água como direito humano em âmbito internacional de forma a identificar em que

2 As estimativas acima mencionadas estão disponíveis no site World Water Council, <http://www.worldwatercouncil.org/index.php?id=25>, acessada em 5 de maio de 2012.

3 Selborn, Lord. A ética do uso da água doce: um levantamento. Brasília: UNESCO, 2001, p. 25.

4 O Ano tem o objetivo de aumentar a consciência sobre a importância da proteção e gerenciamento da água doce.

5 Nesta oportunidade, a *Food and Agriculture Organization - UN* enfatizou o entendimento de que o direito à água é um componente do direito à alimentação. *"In this regard, the necessity of ensuring access to adequate water for subsistence agriculture could often be equated to the use of water for drinking purposes and should be protected and prioritized in a similar manner."* Guissé, El Hadji. Final Report of the Special Rapporteur on the Relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation. Economic and Social Council: E/CN.4/Sub.2/2004/20, 14 July 2004.

6 United Nations General Assembly, International Decade for Action 2005- 2015, "Water for Life", Resolution 58/217 (2004).

7 United Nations General Assembly, The human right to water and sanitation, Resolution A/RES/64/92 (2010).

8 Human Rights Council, Human rights and access to safe drinking water and sanitation, Resolution A/HRC/RES/15/9 (2010).

medida este processo facilita a implementação do direito à água dentro de um contexto de desenvolvimento sustentável. Espera-se que este artigo seja capaz de exemplificar não apenas a complementaridade das várias áreas do direito internacional, mas também a complexa relação entre o ser humano, o meio ambiente e o desenvolvimento.

Proteção Internacional do Direito à Água

A água é tema de vários instrumentos de direito internacional público. Neste sentido, é importante observar que a Declaração de Estocolmo foi um dos primeiros instrumentos a reconhecer a vida em um meio ambiente sadio como direito fundamental e a obrigação de preservar os recursos naturais, incluindo expressamente a água para as gerações presentes e futuras. Desde então, o caráter indispensável da água para a vida, saúde, alimentação e desenvolvimento humano foi reafirmado em diversas conferências e declarações, dentre elas: a Conferência das Nações Unidas sobre as Águas, celebrada em Mar Del Plata em 1977; a Conferência Internacional sobre Água e o Meio Ambiente, celebrada em Dublin em 1992; A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92); a Conferência Internacional sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, celebrada em Paris em 1998; a Declaração de Nova Deli de 1990; Conferência Internacional sobre a Água Doce, celebrada em Bonn em 2001.

No âmbito dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma das primeiras menções ao direito à água foi feita no Comentário Geral 6 do Comitê de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), em relação aos direitos dos idosos.⁹ A clara articulação do direito à água se deu em 2002, quando o CDESC entendeu ser necessária a garantia do direito à água devido à sua clara relação com a sobrevivência humana,¹⁰ mais especificamente com a efetivação do direito à moradia, à alimentação e à saúde. O direito à água consiste, nos termos do Comentário Geral 15,¹¹ “no fornecimento suficiente, fisicamente acessível e a um custo acessível, de água salubre e de qualidade

9 General Comment 6 (1995), The economic, social and cultural rights of older persons, 13th session, Geneva, 08 December 1995.

10 Hardgerger, Amy. Life, Liberty, and the Pursuit of Water: Evaluating Water as a Human Right and the Duties and Obligations it Creates. *Northwestern Journal of International Human Rights* 4:1, 2005:337 e Gleick, P. H. The Human Right to Water. *Water Policy*. 1999: 491.

11 General Comment 15 (2002), Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: The right to water (arts.11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Doc. E/C.12/2002/11.

aceitável para as utilizações pessoais e domésticas de cada um”. É salientado ainda que “a noção de fornecimento de água adequado deve ser interpretada de uma forma compatível com a dignidade humana e não em sentido estrito, pela simples referência a critérios de volume e aspectos técnicos”.

Como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não faz menção expressa ao direito à água, o CDESC pautou o Comentário 15 nos artigos 11 e 12 do Pacto. O art. 11 determina o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado para si e para as suas famílias. Para tanto, condições adequadas de alimentação, vestuário e moradia foram consideradas essenciais. O CDESC explica que esse rol de direitos não pretende ser exaustivo, apenas exemplifica os requisitos de um padrão de vida adequado. O direito à água recai, portanto, nessa categoria de garantias essenciais para assegurar um padrão adequado de vida.

O art. 12 estabelece “o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”. O conceito de melhor estado possível de saúde deve, de acordo com o CDESC, considerar tanto as condições biológicas como socioeconômicas do indivíduo. A implementação progressiva do direito à saúde exige que os Estados adotem medidas capazes de assegurar, dentre outras, a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio da criança; a melhoria dos aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras. Garantir o acesso à água potável, bem como impedir a contaminação dos recursos hídricos foram indicadas pelo próprio CDESC como medidas necessárias à concretização do direito ao melhor estado de saúde possível.¹² Neste contexto, o desenvolvimento do direito à água pode ser visto como consequência da elaboração das obrigações resultantes do direito à saúde.

À luz da indivisibilidade dos direitos humanos,¹³ é possível extrair o direito à água, também, do direito à vida, reconhecido no art. 6 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Afirmando a necessidade de adoção de medidas positivas para o efetivo gozo do direito à vida, o Comitê de Direitos Humanos recomenda que os Estados-partes busquem reduzir as taxas de mortalidade infantil e aumentar a expectativa de vida das populações, combatendo a desnutrição e doenças.¹⁴ Medidas que busquem combater o número de mortes devido à desidra-

12 Observación general 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) UN Doc. E/C.12/2000/4.

13 Veja: Trindade, A. A. C., La protección internacional de los derechos económicos, sociales e culturales. In: IIDH, *Estudios Básicos de Derechos Humanos* Tomo I, Costa Rica, 1994.

14 “(T)he Committee has noted that the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression ‘inherent right to life’ cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires

tação e a doenças relacionadas à água,¹⁵ apesar de não especificadas pelo Comitê de Direitos Humanos, estariam, por analogia, contempladas no direito à vida.

A base legal convencional do direito à água também pode ser identificada em documentos voltados para a proteção de grupos específicos, tais como: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Neste sentido, o art. 14(1)(h) da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher reconhece expressamente o direito à água, ao determinar o direito das mulheres de “gozar de condições de vida adequadas, particularmente no que diz respeito à habitação, saneamento, fornecimento de eletricidade e *abastecimento de água*, transportes e comunicações” (grifado). A Convenção sobre os Direitos da Criança, no art. 24(2)(c), reconhece “à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar-se de serviços médicos e de reeducação”. Para alcançar tal meta, a Convenção indica ser necessária a adoção de medidas voltadas ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável. A preocupação com o fornecimento de água potável está claramente ligada à saúde da criança e a consequente redução do índice de mortalidade infantil.

A necessidade de assegurar o acesso à água é contemplada também durante conflitos armados. Exemplo disso pode ser visto no Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, que preceitua no art. 54(2) que “é proibido atacar, destruir, remover ou inutilizar os bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como [...] instalações e reservas de água potável e obras de irrigação”.

Após o Comentário Geral 15, novas medidas foram adotadas em âmbito internacional para definir a abrangência e o teor das obrigações dos Estados em relação ao acesso à água potável. Dentre elas, o Conselho dos Direitos Humanos solicitou a criação de uma relatoria especial para a realização de estudos sobre água. Os relatórios resultantes desse estudo reafirmaram as obrigações dos Estados em relação ao acesso à água e fortaleceram o entendimento do direito à água como direito humano. Em 2010, a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito à água e saneamento reconheceu o direito à água como essencial para o gozo do direito à vida, bem como a concretização de to-

that States adopt positive measures”. Human Rights Committee, General Comment 6: The right to life (1982). Mencionando Dinstein e McCaffrey, Gleick afirma que “*even narrow definitions of Article 6 of the ICCPR interpret it as guaranteeing protection against arbitrary and intentional denial of access to sustenance, including water.*” Gleick, *op.cit.*, 493.

15 São exemplos de doenças relacionadas à água conhecidas no Brasil, dentre outras: cólera, dengue e dengue hemorrágica, malária, diarreia.

dos os direitos humanos. Atualmente, o processo de reconhecimento do direito a água atingiu seu cume com a resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, a qual afirma a relação entre o direito à água e o direito à saúde, o direito à vida e a dignidade humana.

O direito à água como direito econômico, social e cultural

A contextualização da água como direito econômico, social e cultural traz à tona dificuldades relacionadas à definição de seu conteúdo e decorrentes obrigações devido às discussões sobre a natureza, valor e eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais como um todo. Neste contexto, o CDESC tem ressaltado a importância de adoção de medidas legislativas de forma a promover o esclarecimento do conteúdo desses direitos em âmbito doméstico.¹⁶ Para o CDESC, a adoção de medidas legislativas também permite o envolvimento do judiciário na definição desses direitos. Essa visão, todavia, nem sempre é compartilhada em âmbito doméstico. Diante desse impasse, o Conselho de Direitos Humanos chama atenção para a adoção não apenas de legislação, mas também de políticas públicas que visem assegurar a realização plena do direito à água.

Na perspectiva do direito internacional, Eide esclarece que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, tal como explicitado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, exige o respeito à liberdade do indivíduo pelo Estado. O indivíduo é o sujeito central do processo de desenvolvimento e, para tanto, sua autonomia deve ser respeitada no que diz respeito, por exemplo, à livre iniciativa em relação ao uso de recursos financeiros para a satisfação de necessidades básicas.¹⁷ Neste contexto, os Estados devem, em um primeiro momento, se abster de adotar medidas que conduzam à discriminação arbitrária no que diz respeito ao acesso à água.

16 Segundo Canotilho, a normatização destes direitos pode adotar as seguintes modalidades na Constituição: normas de caráter programático — isto é, 'orientações e definições da atuação estadual no âmbito sócio-econômico; normas de organização — o que equivale a dizer, mandatos dirigidos aos poderes públicos sob a forma de atribuição de competências aos órgãos que os compõem, em matérias de interesse econômico-social; garantias institucionais — ou seja, mandatos dirigidos ao legislador a fim de o obrigar a respeitar a essência de uma determinada instituição de interesse político, social ou econômico; direitos subjetivos. Canotilho, J. J. G., *Tomemos em serio los derechos económicos, sociales y culturales*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1), 1988, p.240.

17 Calaguas esclarece que "a human rights perspective embraces a belief in the capacity and ability of people to enlarge their own choices, given the necessary environment and assistance. A human rights-based approach to development therefore involves the empowerment of poor people to change their circumstances. As such, it rejects the premise of charity and hand-outs, which is based on a view of people as passive recipients of development aid". Calaguas, Belinda. *The right to water, sanitation and hygiene and the human rights-based approach to development. A water aid briefing paper*. 1999: 6.

Os princípios de Limburgo, ao interpretarem o art. 2(2) do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabelecem que a proibição de discriminação é imediatamente aplicável e, portanto, deve ser passível de aplicação pelo judiciário. Qualquer discriminação formal deve ser eliminada de imediato pelo Estado, e a discriminação material, resultante da falta de recursos do Estado para prover a todos o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, eliminada assim que possível. Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos resolveu que o art. 26 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos aplica-se a direitos econômicos, sociais e culturais. O art. 26 estabelece que a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação. Ao não fazer menção acerca das matérias que poderão ser objeto de medidas legislativas, o artigo não exige, por exemplo, que o Estado legisle sobre o acesso à água, mas requer que, uma vez existente a legislação, ela não viole a obrigação de não discriminação. Assim, a negação do acesso à água, como uma decisão deliberada das autoridades locais em excluir determinadas comunidades consideradas indesejadas, tais como assentamentos informais, viola o direito à água.

Neste particular, especial atenção dever ser direcionada ao necessário respeito dos direitos de coletividades. Os recursos naturais pertencentes a uma coletividade, tais como grupos indígenas, devem ser respeitados pelo Estado de forma a permiti-los satisfazer suas necessidades físicas e culturais. No caso do Brasil, além das comunidades indígenas, as ribeirinhas e os quilombolas necessitam do reconhecimento de sua relação simbiótica e interativa com o meio ambiente e o local de origem, que integram e catalisam os modos de viver, desenvolver-se, agir e reproduzir-se no mundo. O necessário respeito à identidade, cultura e interesses das comunidades tradicionais é expresso no item 22 da Declaração do Rio de 1992.

Além de se abster de adotar medidas legislativas de cunho discriminatório, os Estados também devem abster-se de praticar atos capazes de impedir a futura implementação do direito à água. Testes nucleares, depósitos de lixo (inclusive de armamentos), limpeza dos tanques de petroleiros são alguns exemplos de atividades que podem poluir a água e resultar na violação da obrigação de respeitar o direito à água. Em situações de conflito, os Estados devem abster-se de destruir infraestrutura como medida punitiva ou estratégia de guerra. Observa-se, assim, que o dever de respeitar o direito à água exige não apenas uma visão complementar dos direitos humanos, mas também a necessária articulação de instrumentos de direito ambiental e humanitário.

Em um segundo momento, os Estados devem proteger os direitos econômicos, sociais e culturais em relação a condutas de outras pessoas (físicas e jurí-

dicas). A proteção deve se dar contra fraude, dumping de produtos perigosos, atividades que visem a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, turismo predatório, atividades lesivas ao meio ambiente. Eide afirma que grande parte dos comportamentos que devem ser coibidos pelo Estado com vistas à proteção de direitos econômicos, sociais e culturais já integra a legislação de diversos países, o que permite ao judiciário efetivar, mesmo que indiretamente, estes direitos. O papel do Estado é assegurar que condições externas sejam tais que os indivíduos e grupos tenham condições de acessar a água por si.

Em um terceiro nível, o Estado tem a obrigação de auxiliar na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A partir do momento em que o acesso do indivíduo à água dependa de recursos financeiros, decisões estratégicas e políticas públicas relacionadas à distribuição do bem devem ser adotadas com a participação dos interessados. Exemplos de medidas neste sentido vão desde a elaboração de planos urbanísticos que facilitem o acesso de todos à água, incluindo grupos marginalizados, construção de infraestrutura de distribuição de água, transposição de rios, o estudo dos impactos ambientais das medidas adotadas pelo Estado, até a educação da população para evitar o desperdício. Para que o Estado possa efetivamente garantir o acesso à água, é necessário considerar não apenas o impacto imediato das medidas adotadas, mas também seu impacto futuro no meio ambiente.

O enfoque nas obrigações prestacionais necessárias à efetivação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais tem conduzido à caracterização destes direitos enquanto políticas públicas. Neste contexto, as políticas públicas acabam por definir o conteúdo do direito à água. Qual o volume de água uma pessoa deve ter acesso para satisfazer suas necessidades diárias?¹⁸ Quais variações serão permitidas no que diz respeito a este montante? O que significa acesso? Distribuição domiciliar, inclusive nas áreas rurais?¹⁹ Quais os requisitos relacionados à qualidade da água devem ser considerados?²⁰

18 “The basic water requirement (BWR) refers to the amount of water that an individual would need daily to fulfill their four basic domestic needs: drinking, sanitation, bathing and cooking.” Calaguas, *op. cit.*, p. 10.

19 De acordo com Calaguas, “in rural communities, to enjoy the basic right to water means that women and children spend several hours each day collecting water from distant streams. WHO estimate that every year, African women and children spend 40 billion hours hauling water”. Calaguas, *op. cit.*, p. 13.

20 “There is general agreement for example, that for drinking water to be considered safe, ideally it should contain zero *E. coli*. This is to be expected particularly with treated water. However, in village water supply that uses ground water (protected spring, sealed well or tube well), the aim is that in any 12 month period, tests of water quality should only contain the average of 8 *E. coli* per 100 ml of water. The World Health Organization has produced guidelines for testing efficient kinds of organic and inorganic contaminants of water. However, many countries in the developing world do not have the means to test for water quality according to the WHO guidelines.” Calaguas, *op. cit.*, p.11.

É, todavia, importante lembrar que o posicionamento internacional acerca do papel do Estado na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se pauta no modelo do Estado social, mas sim no do Estado democrático de direito. A remissão para o legislador, como poder discricionário, para a enunciação dos direitos econômicos, sociais e culturais não conduz, por si, à sua progressiva efetivação. Os múltiplos usos da água, as realidades sociais, os interesses e direitos individuais e de grupos, as relações de forças se evidenciam em audiências públicas, razão pela qual a participação do popular não é um requisito meramente formal. O local das audiências e a data de realização devem buscar ampliar a participação popular, permitindo a organização das comunidades interessadas em todas as fases do projeto — elaboração, concretização e avaliação. A participação popular na proteção do meio ambiente está prevista expressamente no Princípio nº 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 92.

O desenvolvimento de medidas voltadas para a implementação do direito à água oferece um bom exemplo das dificuldades relacionadas à efetiva participação dos interessados. Por um lado, a complexidade destas medidas requer significativo conhecimento tecnológico, concentrado em poucos especialistas. Por outro lado, a própria especialização pode conduzir a uma série de imprevistos, como a indesejada limitação dos usos culturais da água. Os riscos de se adotar uma opção social com base em critérios puramente técnicos e exclusivos de especialistas exigem que as decisões sociais sejam percebidas como parte de todo um conjunto de preocupações humanas, sobre as quais todos devem poder se manifestar. Para tanto, inclusive os conhecimentos técnicos devem ser compartilhados com os demais interessados para que possam tomar uma decisão informada. Reconhece-se, assim, o valor da contribuição de vários grupos para o desenvolvimento sustentável.

Água: direito humano e bem econômico

Considerando a água como um recurso imprescindível, finito, vulnerável e escasso, a maior parte dos documentos produzidos por organismos internacionais ressalta o valor econômico da água e a necessidade de os usuários pagarem um preço por esse recurso. A Declaração de Dublin, por exemplo, afirma que “a água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico”.²¹ O Comitê reconhece a possibilidade de

21 Esta assertiva deve ser considerada dentro dos objetivos da Conferência: oferecer linhas de ação para reverter o consumo abusivo e predatório da água. “*The thinking behind treating water as an economic good*”

privatização da administração de recursos hídricos pelo Estado, ressaltando o papel de fiscalizador do Estado. Neste contexto, a ausência de normas que regulamentem de forma adequada a atuação das empresas que atuam neste ramo configura uma violação do direito à água pelo Estado.

A tendência da transferência da propriedade estatal do sistema de abastecimento público para as mãos da iniciativa privada levanta questões políticas e jurídicas importantes e de natureza polêmica. A transferência da titularidade ou da execução do serviço a terceiros pode implicar na elevação dos custos de manutenção e distribuição da água às populações.²² A situação é agravada pela pressão de organismos internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, exigindo a transformação econômica institucional dos Estados a fim de reduzir os débitos do setor público, o que incentiva as privatizações e o corte nos subsídios, incluídos aqueles sobre a água.²³ Além disso, existe também a pressão das corporações privadas interessadas nos lucros da venda desse recurso e dos serviços relacionados.

Embora o processo de privatização condicione o acesso à água ao pagamento de um preço razoável, isso não implica que aos desprovidos de condições financeiras seja negada a possibilidade de usufruir deste recurso. Ao desenvolver e usar os recursos hídricos, os Estados devem dar prioridade à satisfação das necessidades básicas de todos, ou, nos casos de privatização, impedir a negação deste direito a camadas vulnerabilizadas da sociedade. Segundo a Agência Internacional de Desenvolvimento dos Estados Unidos, o Banco Mundial e a Organização Mundial da Saúde, a quantia de água recomendada por pessoa varia entre 20 a 40 litros por dia. Esses valores não incluem água para cozinhar, tomar banho e limpeza básica.²⁴ Cada ser humano teria, portanto, o direito a receber, pelo menos, 40 litros de água potável independente de qualquer pagamento.

was to reduce the wasteful and inefficient use of water by all sectors: industrial, agricultural, domestic. Pricing water to reflect true costs of supply, conservation, sewage and treatment of wastewater would force the different sectors to reduce their consumption of the product and encourage efficient use (especially in agriculture, where it is estimated that 40 percent of water used does not go into crop production)." Calaguas, *op. cit.*, p. 12. A Conferência Internacional sobre a Água Doce (Bonn, 2001) afirma que a "água é um bem econômico e um bem social que deve distribuir-se primeiramente para satisfazer as necessidades humanas básicas".

22 Para maiores detalhes, veja Petrova, V., *At the Frontiers of the Rush for Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water*. *Brooklyn Journal of International Law* (31)(2), 2006.

23 O reconhecimento do direito à água em âmbito internacional exige a tematização deste direito nos organismos financeiros internacionais, que devem considerar os efeitos das estratégias de desenvolvimento por eles propostas na implementação dos direitos à água pelo Estado.

24 Este montante é, todavia, discutível. Gleick, por sua vez, adota 50 litros como padrão mínimo de água, determinando 5 litros de água para dessedentação, 20 litros para serviços sanitários, 15 para banho e 10 litros para cozinhar. Esses valores se aplicam em condições climáticas moderadas e em níveis de atividades moderados. Porém, como boa parte das populações mundiais não vive nesse contexto, é necessário que estudos avancem e contemplem outros ambientes.

Condicionar o acesso à água ao pagamento de um preço pode provocar o aumento do número de pessoas cujas vidas se veem ameaçadas, e não protegidas, por políticas do Estado. O preço pode tornar-se uma barreira à utilização desse recurso pelos mais pobres ou onerar demasiadamente a renda dessas famílias, comprometendo seu sustento e qualidade de vida.²⁵ Neste sentido, é importante lembrar que o CDESC ressalta que a água deve ser considerada como um bem social e cultural e não principalmente como um bem econômico. Assim, além da necessidade de se atentar para as diferenças climáticas quando do estabelecimento do montante de água devido, é imprescindível considerar as práticas socioculturais dos indivíduos em questão.

A implementação do direito à água dentro de um contexto de desenvolvimento sustentável exige, portanto, o reconhecimento de que o direito humano à água não é ilimitado. Uma vez satisfeitas as necessidades básicas, os usuários da água devem pagar tarifas. A utilização das tarifas como meio de evitar a degradação ambiental, o uso desregulado da água não é, todavia, suficiente. Ela reforça uma perspectiva consumista, que nega o sentido humano de solidariedade e de interdependência. Neste contexto, torna-se necessário explorar as relações entre o direito à água, o direito à informação e o direito à educação para a garantia de um modelo de desenvolvimento sustentável.

Considerações finais acerca da importância do reconhecimento do direito à água

Não se discute a necessidade de recursos financeiros para que as obrigações prestacionais necessárias à implementação de direitos econômicos, sociais e culturais sejam cumpridas pelos Estados. O argumento da escassez de recursos financeiros, usado com frequência pelos administradores públicos, resulta na postergação da realização prática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Todavia, a interpretação de boa-fé da ideia de progressividade de direitos introduzida no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não significa a indefinição de metas e prazos para a implementação de direitos. Ao contrário, o Pacto buscou impulsionar a realização dos direitos nele reconhecido.

Em relação à água, a discussão acerca do fornecimento, da qualidade e da relação entre consumo e proteção dos recursos naturais dificulta o reconhecimento do direito à água em âmbito nacional. Todavia, a ausência de um con-

25 De acordo com Calaguas, *“(the urban and rural poor) hardly over-consume it (water) as their supply is limited by what their meager incomes can buy. (...) Poor households’ use of water is often efficient and productive: for example, wastewater from washing is often used for cleaning and sanitation.* Calaguas, *op cit.*, p.,12. Diante da ausência de recursos financeiros, o aumento no valor das tarifas de água conduziria à redução do montante de água que essas famílias têm acesso.

teúdo fixo do direito à água, que facilite sua exigibilidade, não impede que se considere o acesso à água enquanto direito humano. Como Bobbio afirma, os direitos humanos “nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”.²⁶ A relação homem/homem e homem/natureza no que diz respeito à água exige a tematização não apenas ética, mas jurídica do acesso à água, sobretudo, diante das incertezas relacionadas às mudanças climáticas, ao aumento exponencial da população e à tendência à mercantilização da água. É necessário, dentro de um contexto de desenvolvimento sustentável, repensar o acesso à água de forma a evitar a contínua marginalização de partes da sociedade e a degradação do meio ambiente.

A percepção do acesso à água enquanto direito funciona ainda como instrumento de pressão, incentivando a comunidade internacional e os governos locais a intensificarem seus esforços para providenciar as necessidades básicas de água das populações.²⁷ A tradução do direito à água em obrigações e responsabilidades legais em nível nacional permite a sua implementação pelo judiciário, evidenciando a omissão dos Estados não apenas no que diz respeito às medidas necessárias para se garantir o acesso à água, mas também para proteger este escasso recurso natural. Ela permite ainda a identificação de casos de possível desrespeito ao princípio da não discriminação.

Dentro de um modelo democrático, o reconhecimento do direito à água também permite o envolvimento da população no desenvolvimento de políticas públicas de acesso à água e conservação dos recursos naturais. A participação popular é essencial não apenas para a legitimidade das políticas públicas, mas também para o desenvolvimento de uma percepção mais ampla da relação entre o ser humano e o meio ambiente. Ela exige dos cidadãos uma atuação responsável não apenas na esfera pública, mas também na esfera privada.

Neste contexto, é importante lembrar que processos de privatização não permitem que os Estados se eximam da responsabilidade de implementar o direito à água. A ausência de regulamentação e fiscalização por parte do Estado, da ação de pessoas físicas ou jurídicas que explorem o aspecto econômico da água podem configurar a violação, em âmbito internacional, do direito à água.

26 Bobbio, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p. 18.

27 Para maiores detalhes, veja Risse, T.; Ropp, S. C. and Sikkink, K (ed). *The Power of Human Rights: international norms and domestic change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

A violação pode ser caracterizada tanto em relação à normativa de direitos humanos como em relação à normativa de direito ambiental.

O entendimento da água como bem econômico não afasta, portanto, seu entendimento como direito humano essencial para o gozo de um padrão de vida adequado, o qual, por sua vez, exige um modelo de desenvolvimento que seja compatível com a manutenção das condições necessárias para a realização dos direitos de gerações futuras. Neste contexto, a implementação do direito à água exige o respeito aos princípios de direito ambiental. E, como visto, esta exigência foi articulada no processo de reconhecimento do direito à água como um direito humano pelo CDESC.

Referência bibliográfica

- BOBBIO, N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.
- CALAGUAS, Belinda. *The right to water, sanitation and hygiene and the human rights-based approach to development. A water aid briefing paper.* 1999.
- CANOTILHO, J. J. G., *Tomemos em serio los derechos económicos, sociales y culturales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1), 1988.
- EIDE, Asbjorn; Krause, Catarina & Rosas, Alan. *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook.* London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- ESTAY, J. I. M., Valor e Sentido dos Direitos Sociais em Cunha, P. F (org). *Direitos Humanos: Teorias e Práticas*, Coimbra: Almedina, 2003.
- GLEICK, Peter. H. (1996). Basic water requirements for human activities: Meeting basic needs. *Water International*, Disponível em: <http://www.pacinst.org>.
- _____. (1999). The Human Right to Water. *Water Policy*. Disponível em: <http://www.worldwatercouncil.org>.
- GUISSÉ, El Hadji. *Final Report of the Special Rapporteur on the Relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation. Economic and Social Council: E/CN.4/Sub.2/2004/20. 14 July 2004.*
- HARDGERGER, Amy. Life, Liberty, and the Pursuit of Water: Evaluating Water as a Human Right and the Duties and Obligations it Creates. *Northwestern Journal of International Human Rights* 4:1, 2005.
- McCAFFREY, Stephen C. The Human Right to Water Revisited, *Water and International Economic Law*, Oxford University Press, 2004. Disponível em: <http://www.mcgeorge.edu>.

PETROVA, V. At the Frontiers of the Rush for Blue Gold: Water Privatization and the Human Right to Water. *Brooklyn Journal of International Law* (31)(2), 2006.

RISSE, T.; ROPP, S. C. and SIKKINK, K (ed). *The Power of Human Rights: international norms and domestic change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SELBORN, Lord. *A ética do uso da água doce: um levantamento*. Brasília: UNESCO, 2001.

TRINDADE, A. A. C., La protección internacional de los derechos económicos, sociales e culturales. In: IIDH, *Estudios Básicos de Derechos Humanos* Tomo I, Costa Rica, 1994.

AS ECOLOGICAL DISASTERS AND HUMAN RIGHTS: CONSTRUCTING RESILIENCE BY AN ENVIRONMENTAL AND ETHICAL APPROACH

FERNANDA DE SALLES CAVEDON¹

Abstract

Ecological disasters represent a great challenge for the environmental law, called to give answers to the increasing risks resulting from environmental degradation and vulnerabilities that affect resilience. Considering the indirect causes of disasters, as socioeconomic vulnerabilities and environmental degradation, the strategy in disaster management has changed. More than response and rehabilitation measures, the emphasis is concentrated on risk reduction, taking into account the role that the promotion of sustainable development, the protection of the environment and human rights can have in reinforcing resilience. The international legal framework on ecological disasters should adopt a conception based on disaster risk reduction in a context of sustainable development, protection of environment and human rights, which requires giving it an environmental and ethical approach.

Resumo

Os desastres ecológicos representam um grande desafio ao direito ambiental, chamado a dar respostas ao aumento dos riscos resultantes da degradação ambiental e das vulnerabilidades que afetam a capacidade de resiliência. Considerando as causas indiretas dos desastres, como as vulnerabilidades socioeconômicas e a degradação do meio ambiente, a estratégia de gestão de desastres mudou. Mais do que medidas de resposta e reabilitação, a ênfase é dada na redução de riscos, reconhecendo-se o papel que o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente e dos direitos humanos podem ter na construção da resiliência. O marco jurídico internacional em matéria de desastres ecológicos deve adotar uma concepção baseada na redução dos riscos de desastre num contexto

¹ PhD on Environmental Law, University of Alicante, Spain; Professor of the University do Vale do Itajai — UNIVALI, Brazil; research collaborator of the Centre International de Droit Comparé de l'Environnement — CIDCE, Limoges — France.

de promoção do desenvolvimento sustentável, de proteção do meio ambiente e dos direitos humanos, o que exige dotar este marco jurídico de uma abordagem ambiental e ética.

1. The new conceptions of the ecological disasters: linking environment, human rights, sustainability and vulnerabilities to construct a culture of resilience

It is a complex issue to establish a concept of disaster, once this type of event can be interpreted from different perspectives: social, environmental, economic, among others. In a general perspective, the central feature is that disasters have a collective dimension. Disasters are events that led to a natural or technological incident to an accident of collective dimensions.² Ecological disasters may result from human action, as a consequence of the development of activities and technology considered dangerous and presenting a certain level of risk; or be produced by natural phenomena, in which also contributes the human factor, as the increased risk of disasters due to climate change. Most of the documents on the subject refers primarily to natural disasters, demonstrating a legal vacuum on the subject of technological disasters, particularly in relation to the rights of people exposed to this type of event.

It should be noted that the natural disaster definition includes the recognition of human contribution in increasing the risk and the effects of such disasters. In this sense, the *Operational Guidelines on Human Rights and Natural Disasters* of the Inter-Agency Standing Committee³ considers that the use of the expression “natural” disasters is more simple, not ignoring that the extension of the consequences of a natural disaster is determined by human. Natural disasters are considered as the consequences of events resulting from natural hazards that exceed the capacity of local response and affect significantly the economic and social development of a region, with material, economic and / or environmental consequences which exceed the ability of victims to cope with THEIR own means. The United Nations Environment Program and the International Strategy for Disaster Reduction share this view.⁴

2 LIENHARD, Claude. *Pour un droit des catastrophes*. Recueil Le Dalloz, 1995. p.91.

3 IASC is an inter-agency forum of coordination, policy development and decision making processes involving both humanitarian partners in the UN system and external. It was established in 1992 as a result of resolution 46/182 of the UN General Assembly on the strengthening of humanitarian assistance and its role as the primary mechanism for inter-agency humanitarian assistance was affirmed by Resolution 48/57 of the UN General Assembly Nations.

4 UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM. *The Environment and Disaster Risk - New Perspectives*, 2008. Disasters are considered as “a serious disruption of the functioning of a community or a society causing widespread human, material, economic or environmental losses which exceed the

The International Law Commission of the United Nations has adopted as a definition of disaster, considered as “...a calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society”.⁵ This definition is more restrictive, requiring a high degree of severity of the events to be considered as a disaster, especially by the use of expressions as “calamitous event”, “great human suffering”, “large-scale damage” or “seriously disruption”.

In these definitions of disaster three components are identified: 1) the collective dimension, 2) the inability of the victims to cope with the disaster without external help, and 3) the disaster as a result of the conjugation of environmental, socioeconomic and institutional factors. As highlights the *Hyogo Framework for Action*⁶, disaster risks occur when danger interacts with physical, social, economic and environmental vulnerabilities. In this way, situations of danger wouldn't be catastrophic if vulnerabilities could be solved. It is precisely the vulnerability factor that reinforces the danger and contributes to the concretization of risks.

The disasters risks reduction requires considering the vulnerabilities, which can increase the exposure to the risks and jeopardize resilience, and its implications to the sustainable development. The UN General Assembly adopted this idea in Resolution 63/217 *Natural Disasters and Vulnerability*⁷. The Resolution finds the need to consider socioeconomic factors that make societies more vulnerable and increase resistance to the disasters effects, knowing that disasters have a negative impact on sustainable development, which requires addressing vulnerabilities.

Analyzing the extensive documentation on ecological disasters, it's possible to identify that the most actual conception of the disasters risks reduction establishes the relationship between the degrees of vulnerability and the exposition to risks, which puts in evidence the role of the sustainable development as a way to cope with such social, economical and environmental vulnerabilities,

ability of the affected community or society to cope using its own resources. A disaster is a function of the risk process. It results from the combination of hazards, conditions of vulnerability and insufficient capacity or measures to reduce the potential negative consequences of risk”.

- 5 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. PROTECTION OF PERSONS IN THE EVENT OF DISASTERS - Texts of draft articles 1, 2, 3, 4 and 5 as provisionally adopted by the Drafting Committee. (A/CN.4/L.758)
- 6 WORLD CONFERENCE ON DISASTERS REDUCTION. *Hyogo Framework for Action 2005-2015: building resilience of nations and communities for disasters*. (A/CONF.206/6), 2005.
- 7 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 63/217 - Natural Disasters and Vulnerability*. (A/RES/63/217), 2009.

in a prevention context. On the other hand, ecological disasters don't affect the communities and persons in the same way. Such factors can contribute to generate more or less vulnerability. In this sense, the UN Millennium Declaration⁸ adopts as a goal the protection of the vulnerable, and among them the populations that suffer disproportionately the effects of the disasters. The publication *Linking risks and poverty reduction*⁹, emphasizes that the disasters are influenced by the vulnerabilities and the measures to cope or to reduce the impact of the risks.

It's the vulnerability that determines the degree of danger, the exposition to risks and the intensity of the disasters. In consequence, the strategy to reduce disaster risks is based on the construction and reinforcement of the resilience, especially in a preventive way. The achievement of this resilience requires the reduction of vulnerabilities, the environmental protection and valorization of the environmental services of the ecosystems in the risks reduction, the promotion of the sustainable development and the respect of the human rights, adopted as the ethical guidelines of a legal and political framework in disaster risk reduction.

Resolution 65/264¹⁰ of the United Nations General Assembly emphasizes the importance of addressing vulnerability and integrating risk reduction into all phases of natural disaster management, post-natural disaster recovery and development planning. An integrated view of all these phases is essential, and the measures adopted in each one of the phases must conduct to a sustainable development perspective as the best way to achieve resilience. In this way, a new conception of the disasters and the ways to cope with them requires consider all phases of the disaster, from the disaster management to relief and reconstruction, and to integrate the notion of vulnerability and the role of the sustainable development, environmental services and human rights in all these phases. The prevention of disasters risks becomes a priority in relation to relief and humanitarian aid.

Concerning the legal and the institutional framework on ecological disasters in the international and regional context, a general analysis conducts to the conclusion that at the international level the main reference is the Hyogo Declaration on Disaster Reduction and the Hyogo Framework for Action

8 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *United Nations Millenium Declaration*. (A/res/55/2), 2000.

9 GLOBAL NETWORK OF NGO'S TO THE DISASTER RISK REDUCTION. *Linking risks and poverty reduction*, 2008.

10 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 65/264 - International cooperation on humanitarian assistance in the field of natural disasters, from relief to development*. (A/RES/65/264), 2010.

2005-2015: building the Resilience of Nations and Communities to Disasters, adopted during the World Disaster Reduction Conference which took place in January 2005 in Kobe, Hyogo, Japan. The Declaration and Framework for Action have limitations as a soft law and non-binding text focused on natural disasters, even if they recognize the possible effects of human action on disasters, or technological disasters that may happen because of natural phenomena. No general standard setting binding obligations in the management of disaster risks (natural and technological) was adopted.

As for technological disasters, the most significant references are the Helsinki Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents of 1992 that aims to prevent, control and give response to risks of industrial accidents that may exceed the boundaries of States and the Convention on the Prevention of Major Industrial Accidents adopted by the International Labor Organization in 1993, which aims to prevent major accidents with dangerous substances.

It is possible to find references to more specific questions in the context of disasters, as humanitarian assistance and civil defense. In a broader context, the Millennium Declaration make references to the subject, but also remains in terms of intentions not providing binding obligations. The documents analyzed don't make direct reference to the rights of victims and emergency personnel.

The international law of human rights has not developed the subject of protection of human rights in disasters yet. The only reference is made by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted December 13, 2001. In consequence, there is an absence of a general binding rule on natural and technological environmental disasters including measures to protect human rights in the various phases of the disaster (prevention, response, reconstruction).

At the regional level only the Organization of the American States — OAS has adopted a convention concerning disasters, the Inter-American Convention to Facilitate Disaster Assistance adopted in Santiago, Chile, July 6, 1991. The Convention shall apply whenever a state party furnishes assistance in response to a request from another state party. The text is specific for disasters assistance and doesn't make any reference to the protection of persons and their rights. No legal text has been adopted concerning the protection of human rights in disasters. Special reference is made to the Agreement of the Black Sea Economic Cooperation which applies to natural and man-made disasters, considering that the most of the texts makes reference exclusively to natural disasters or doesn't make any direct reference to technological disasters.

In conclusion, the following weaknesses were identified in the legal framework of disasters management:

- Lack of a compulsory legal text concerning the natural and technological disasters;
- Priority to natural disasters;
- Lack of reference and concrete measures to the protection of human rights against disasters risks and effects.

2. The ethical approach: the human rights protection as a major factor of resilience

Ecological disasters, related to socioeconomic and environmental vulnerabilities, may lead to violations of human rights. Relations established between vulnerability, risk, resilience, sustainable development and human rights point that the challenge to cope with disaster risks is more complex and requires an extended approach, which includes the ethical element. This ethical element is adequately represented by the notion of human dignity expressed by a set of rights to be guaranteed to persons exposed to disaster risks. Human rights may be in danger in a context of risk for lack of information, prevention and protection that may endanger the life and physical integrity, and so in consequence of disasters, when it's necessary to incorporate the protection of these rights in the context of humanitarian action and recovery.

The Guide *Human Rights and Natural Disasters*¹¹ points that human rights should be the juridical base of the humanitarian actions, considering that there's no other legal framework to guide such activities in a sense of the protection of persons. The *Operational Guidelines on Human Rights Protection in Situations of Natural Disasters* from the Inter-Agency Standing Committee, the document *International Law and Standards Applicable in Natural Disasters Situations*¹² from the International Development Law Organization, and the initiatives of the UN International Law Commission¹³ are the only documents that made a direct reference to the human rights protection in a context of disaster.

A revised version of the *Operational Guidelines on Human Rights Protection in Situations of Natural Disasters* has been adopted by the United Nations Human Rights Council in 2010 (A/HRC/16/43/Add.5). The Operational Guide-

11 INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE. *Human Rights and Natural Disasters* — Operational guidelines and field manual on human rights protection in situations of natural disasters. Washington: Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2008.

12 HARPER, Erica. *International Law and Standards Applicable in Natural Disasters Situations*. International Development Law Organization, 2009.

13 INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fourth report on the protection of persons in the event of disasters, by Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur*. (A/CN.4/643), 2011.

lines (revised) were developed in response to a need for more practical guidance on the application and protection of the human rights of persons affected by situations of natural disaster. The Operational Guidelines detail the key principles that should guide humanitarian action in the context of natural disasters, and complements them with a number of possible activities and concrete examples on how the principles can be implemented in practice.

The *International Law and Standards Applicable in Natural Disasters Situation* from the International Development Law Organization is a compilation of international and other non-binding documents, especially in the context of human rights, to establish a list of rights to be protected in disaster situations. Special attention is dedicated to the vulnerable groups in Chapter 2.

The United Nations Commission on International Law, at its fifty-ninth session (2007), decided to include the topic “Protection of persons in the event of disasters” in its program of work. The work of the International Law Commission is expressed in four reports and in the form of 12 draft articles for this moment, whose ultimate binding force will be decided at a later stage. In this sense, the Commission has adopted a rights-based approach. Three aspects of scope are treated by the Commission: *ratione materiae*, *ratione personae* and *ratione temporis*. The draft articles are the following:

Reference can be made also, in a humanitarian aid context, to the *Humanitarian Charter on Disaster Response*¹⁴ produced by the Sphere Project Steering Committee for Humanitarian Response (SCHR) that exposes the basic requirements to sustain life and dignity of people affected by disasters. Another reference in the subject is the Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance, adopted by the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC) at its 30th Conference in 2007.

In consequence, it's possible to identify an absence of a more extended legal framework to link human rights protection and disaster risk reduction, concerning both natural and technological disasters. The European Consensus on Humanitarian Aid signed by the European Parliament and the European Council in 2007 notes like a major challenge the tendency to ignore the human rights in disasters contexts.

The human rights protection systems can play a major role in the construction of these connections between human rights and ecological disasters. A good example is given by the manifestations of the Human Rights Council

14 SPHERE PROJECT STEERING COMMITTEE FOR HUMANITARIAN RESPONSE. *Humanitarian Charter and Minimum Standards on Disaster Response*, 2004.

and the Inter-American Commission on Human Rights about the earthquake in Haiti in January, 2010. In its resolution of January 27, 2010, the Human Rights Council recognizes the impact of natural disaster on the full enjoyment of human rights and calls upon the international community to continue to ensure support to the government, keeping in mind the importance of integrating a human-rights approach.¹⁵ The Inter-American Commission on Human Rights, in its communication of February 2, 2010, reminds the government, the international community, the non-governmental organizations and the volunteers about the importance of respecting international human rights obligations in all circumstances, in particular the rights of those most vulnerable.¹⁶

The jurisprudence of the European Court of Human Rights has already demonstrated this major role of the human rights protection systems to recognize the connections between human rights protection and ecological disasters. In two cases, the European Court of Human Rights recognizes a violation of the right to life caused by an ecological disaster. In the context of the protection of the right to life (article 2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — ECHR) the first case is *Öneriyildiz and others v. Turkey* on November 30, 2004 about a technological disaster which occurred due to the explosion of methane gas in a waste site; and the second case is *Budayeva and others v. Russia* on September 29, 2008, about a natural disaster caused by landslides.

About article 8 of the ECHR, concerning the right to protection of the home, privacy and family life, the case *Tatar c. Romania* on January 27, 2009, is the most important reference.¹⁷ The case *Tatar v. Romania* refers to a violation of Article 8 due to the contamination in Baia Mare caused by mineral exploration carried out with a new technology, which still showed some level of uncertainty about the risks and effects. This is the first time that the Court uses the precautionary principle, typical of Environmental Law, to analyze an allegation of violation of human rights. Another key innovation of the *Tatar's* decision is that the Court, also for the first time, refers to the right to have a healthy and protected environment (§ 107). More recently, the case *Bacila v. Romania* on

15 HUMAN RIGHTS COUNCIL. *The support of the Human Rights Council to the Recovery Process in Haiti after the Earthquake of January 12, 2010: a Human Rights Approach*. A/HRCC/S-13/L.1, 2010.

16 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Press Release n° 11/10 — *IAHCR stresses duty to respect human rights during the emergency in Haiti*. Available in <http://www.cidh.org/comunicados/english/2010/11-10eng.htm>.

17 Other cases based on article 8 of the ECHR can be referred in the context of the protection against disaster risks, specially the technological risks: *Guerra and others v. Italy* of February, 19, 1998; *Taskin and others v. Turkey* of November, 10, 2004; *Fadeyeva v. Russia* of Juin, 9, 2005; *Giacomelli v. Italy* of November, 2, 2006.

March, 30, 2010, had confirmed the recognition by the European Court of the right to a healthy environment, which contributes to the protection against the violation of human rights caused by disasters.

The right to be informed about the technological and natural risks that may affect these rights and a violation of the ECHR for the lack of information about the risks have been recognized too, from Articles 2 and 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).¹⁸

The Inter-American Court of Human Rights has not, developed an extensive and detailed jurisprudence on the subject like its European counterpart so far, but the case *Saramaka v. Surinam* on November 28, 2007, provides important contributions on environmental risks and protection of the rights of traditional people. The case *Saramaka v. Surinam* established in the context of traditional people human rights against environmental hazards, the following rights: 1) right of access to information in advance about probable risks of projects and activities that may affect their land, their livelihood and culture, 2) right to participate and be consulted in advance about the projects and activities that involve risk and 3) the right to give their free, informed and advanced consent to projects and activities in large scale.

The human rights protection systems, specially the European Court of Human Rights, have developed a set of guiding principles to protect the human rights against natural and technological ecological disasters, which may represent important parameters for the development of a right of ecological disasters. At the same time, highlights the intrinsic relationship between human rights and environmental law, strengthening the environmental dimension of these rights. The adoption of such standards to guide disasters management and response, based on human rights, should help to strengthen resilience by reducing vulnerabilities in a preventive moment and by ensuring that everyone, both among the victims and among the relief workers, is protected in terms of human dignity.

As a conclusion, we verified that there isn't a binding regulatory text recognizing the rights of persons (victims, relief workers and humanitarian aid, etc.) in case of disaster or establishing a closer relationship between the disaster management and protection of human rights. The most significant initiatives in this area are not binding and are primarily focused on natural disasters and

18 See the cases *Guerra and others v. Italy* of February, 19, 1998; *Tatar v. Romania* of January, 27, 2009; *Öneriyildiz v. Turkey* of November, 30, 2004 and *Budayeva and others v. Russia* of September, 29, 2008.

in the disaster relief and recovery, without considering more attentively the role of human rights in the prevention of disaster risks.

Special attention must be applied to the draft articles of the United Nations International Law Commission which are not limited to any particular type of disaster, as informed by the Commission in the commentary of article 1 on its Report of the sixty-second session (2010), *A/65/10*. On the other hand, a limit on the *rationae temporis* is identified considering that the scope of the draft articles *ratione temporis* is primarily focused on the immediate post-disaster response and recovery phase, including the post-disaster reconstruction phase. Nonetheless, it was generally agreed that the draft articles should also, where relevant, cover the pre-disaster phase as relating to disaster risk reduction and disaster prevention and mitigation activities. There is not a defined position concerning the binding aspect of the draft articles.

2.1 The Ethical Principles relating to Disaster Risk Reduction and contributing to People's Resilience to Disasters of the EUR-OPA Agreement

The Draft European and Mediterranean Ethical Charter on Resilience to Major Disasters was an answer to an invitation of the Council of Europe Parliamentary Assembly expressed in the Recommendation 1862 (2009) addressed to the executive secretariat of the European and Mediterranean Major Hazards Agreement (EUR-OPA).

The aim of the document was to establish, throughout all of the processes connected with disasters, what ethical obligations the various protagonists have in the light of existing international legal rules, particularly in the human rights field. It concerns both natural and technological disasters, noting that most international documents relating to the links between human rights and disasters cover only natural disasters.

Several meetings were held to discuss the draft Charter, but a consensus has not been achieved between all members of the EUR-OPA Agreement. Some important advances have been made in the 12th Ministerial Session of the Eur-OPA, which took place in Saint Petersburg, Russian Federation, on 28 September 2010. A resolution and a recommendation have been adopted about the subject of ethical values, resilience, vulnerability and climate change¹⁹:

19 Documents are available in the website of EUR-OPA:
http://www.coe.int/t/dg4/majorhazards/activites/2010/StPetersburg_28sept2010_en.asp

- a) Resolution 2010 — 2 of the Committee of Permanent Correspondents on ethical values and resilience to disasters;
- b) Recommendation 2010 — 1 of the Committee of Permanent Correspondents on reducing vulnerability in the face of climate change.

Finally, during the 60th Meeting of the Committee of Permanent Correspondents which took place in Strasbourg, France, in 15 April 2011 Resolution 2011 — 1 was adopted containing the appended “Ethical Principles relating to Disaster Risk Reduction and contributing to People’s Resilience to Disasters” prepared by Professor Michel Prieur as a compilation of existing ethical principles related to disaster risk reduction and as an evolutionary text without a normative character. The document adopts a broader concept of the risks disaster management, providing principles applicable to all phases of the catastrophe and emphasizing the importance of preventive measures, so as reconstruction measures to protect human rights prior to disasters and after disasters.

3. The environmental approach: linkages between ecosystems conservation, human rights protection and the ecological disasters

The environment has a direct influence on the risks of disaster and ecosystems play a major role in the prevention and protection against them. A new conception of the ecological disaster prevention and management requires the incorporation of the environment as a key factor of the disaster risk reduction, the elimination of vulnerabilities and the reinforcement of resilience. The recognition of the role of the ecosystems services to the disaster risks reduction and the way human rights can contribute to the sustainable use of the ecosystems and the equitable access to the ecosystems services demonstrates the linkages between ecological disasters prevention, environmental protection and human rights.²⁰

These linkages are highlighted by UNEP in the publication *The Environment and Disaster Risk — New Perspectives*.²¹ The quality of ecosystems creates a natural defense from the disasters risks and damaged ecosystems reduce resilience, which requires the valorization of ecosystems services. The vulnerability of ecosystems is a major factor in disaster risk and that, furthermore, may aggravate poverty and the vulnerabilities. The relationship between poverty,

20 About this aspect see the report of the Expert Forum on Ecosystem Services and Human Well-being: The Role of Law and Governance, Geneva, 2008.

21 UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM. *The Environment and Disaster Risk - New Perspectives*, 2008.

environmental degradation and disasters is highlighted by UNEP. Damaged areas are more exposed to risks and, consequently, individuals and communities who occupy these areas are more vulnerable to disasters.

Resolution 2005/60 of the Commission on Human Rights *Human rights and environment as parts of the sustainable development*²² considers that environmental damages caused by natural disasters can have potentially adverse effects on the enjoyment of human rights and the safety of life and environment. It also recognizes that the respect of human rights can contribute to the achievement of sustainable development, in the same way the environmental protection and the sustainable development can contribute to the enjoyment of human rights and wellbeing. The States are stimulated to consider in the elaboration of public policies the impacts of environment degradation on vulnerable people.

Resolution 63/217 of the United Nations General Assembly *Natural Disasters and Vulnerability* presents the typical elements of an ecological disaster management conception that recognizes the key role of the environment and the vulnerabilities: the impact of environmental degradation on risks increase, socioeconomic factors and their influence on risks and vulnerabilities, the relationship between risk reduction, vulnerability and adaptation to climate change, the sustainable development as a way to reduce disaster risk.²³

An important reference concerning the relationship between environment, disasters and human rights is the “Ethical Principles relating to disaster risk reduction and contributing to people’s resilience to disasters” adopted by the Resolution 2011 — 1 of the Committee of Permanent Correspondents of the European and Mediterranean Major Hazards Agreement (EUR-OPA). The document adopts as an ethical principle applied prior to disasters the importance of a good quality healthy environment, and during disasters the adoption of measures to safeguard and rehabilitate the environment.

In this way, the environmental approach of the ecological disasters have four aspects: 1) the protection of the ecosystems as a way of prevention and protection against disasters risks and effects; 2) the environmental quality and the access to environmental goods as a major factor to reduce vulnerabilities and reinforce resilience; 3) the adverse effects of the disasters on the environment, 4) the role of the human rights to the sustainable use of ecosystems and

22 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMISION. *Resolution 2005/60 Human rights and environment as parts of the sustainable development*. (E/CN.4/RES/2005/60), 2005.

23 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 63/217- Natural Disasters and Vulnerability*. (A/RES/63/217), 2009.

the equitable access to the ecosystems services, which can contribute to the disaster risks prevention and reinforcement of resilience.

The effects of climate change in the intensification of ecological disasters and the impacts on human rights are a fundamental aspect in the environmental approach of the measures to reduce disaster risks. Resolution 10/4 of the UN Human Rights Council — *Human Rights and Climate Change*²⁴ notes that climate change-related impacts have a range of implications for the effective enjoyment of human rights like the right to life, the right to adequate food, the right to the highest attainable standard of health, the right to adequate housing, the right to self-determination and human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation. The legal framework of climate change must incorporate the dimension of the protection of human rights, especially in disaster situations, at the same time as the legal framework of prevention, preparedness and disaster recovery must consider effects of climate change, their impact on the most vulnerable and enjoyment of their rights. Several documents and reports were adopted on the subject, which also remarks the problem of increasing human displacement due to the risks of ecological disasters, which requires considering the rights of displaced persons.²⁵In this context, the environmental displacements due to disaster risks and consequences, and those motivated by climate change, must be considered by the legal framework of the disasters risk reduction strategy, particularly in relation to the protection of displaced persons human rights. This question, presented as one of the actual greatest challenges, has already been considered by several international documents, but until now there is a legal vacuum in international law, which does not provide a specific legal regime for environmental displaced persons.²⁶

24 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Resolution 20/04- Human Rights and Climate Change*, 2009.

25 See specially the Resolution of the UN General Assembly 7 / 23 of 2008 - *Climate Change and Human Rights*; UN Human Rights Council Resolution 10/4 — *Human Rights and Climate Change* (2009); report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights (A/HRC/10/61) ; the report *In Search of Shelter - Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, prepared by CARE International, UN Agency for Refugees, Columbia University and World Bank, published in June 2009.

26 On the subject, note the Guiding Principles on Internally Displaced Persons of the United Nations High Commissioner on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Chaloka Beyani of 2010 (A/HRC/16/43); Report on Human Rights and mass migrations (A/60/325), which dedicates an item to migration due to natural disasters; Resolution 1655 (2009) - migration and displacement induced by environmental factors: a challenge for the twenty-first century, of the Parliamentary Assembly of Council of Europe; Recommendation Rec (2006) 6 of the Committee of Ministers of Europe on internally displaced persons within their own country; Draft Convention Relating to the Legal Status of Environmental Displaced People developed by the CRIDE-AU - *Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme* and CRDP - *Centre de recherches sur les droits de la personne* from the University of Limoges, France.

4. Some conclusions and propositions

- Ecological disasters are characterized by their collective dimension, by the incapacity of victims to rehabilitate without external assistance and by complex causes, as a result of different interrelated factors, in particular environmental and socio-economic vulnerability, which affect the ability to prevent, to react and to rehabilitate.
- A legal framework on ecological disasters should adopt a broader approach which considers all the aspects of the disaster cycle and opts for a strategy of disaster management based on the promotion of sustainable development, the reduction of environmental and socio-economic vulnerabilities and the protection of human rights.
- The complex and diffuse causes that are behind disasters and the growing intensity of their risks and their effects, like environmental pollution, poverty, socio-economic vulnerabilities, obstacles to sustainable development and human rights violations, gives rise to a need for a legal and institutional framework on disasters with an ethical and environmental approach.
- The increase in disaster risks and in population movements due to climate change and ecosystems modification have consequences for human rights and requires the incorporation of disaster risk reduction measures and the protection of human rights into strategies for adaptation to climate change.
- There is a lack of regulation on this matter and most of the documents and legal international instruments on disasters are not binding and do not address the ethical approach to disaster management. Although the subject may have already been extensively explored in relation to prevention, preparedness and recovery, the protection of individuals and their human rights, the situation of displaced persons, the responsibilities of international, regional and national organizations needs to be developed and initiatives adopting the ethical and the environmental approach are required to cope with all aspects of ecological disasters.
- The existing documents dealing with the protection of persons and their rights in disasters are not binding and prioritize natural disasters and apply, for the most part, exclusively during and after disasters.
- The relationship between the protection of human rights and disaster management must be addressed in a legal framework capable of integrating Environmental Law, International Human Rights Law, Humanitarian Law and specific norms applied to disasters, taking account of

the different factors behind disaster risks. In this sense, we propose the adoption of an internationally binding text that defines the human rights to be protected and promoted in disaster prevention, response and reconstruction measures and dealing with actual and potential victims and rescue workers, with the aims of strengthening disaster resilience and reducing vulnerability.

- This binding text should adopt an integrated approach to disaster management dealing with both natural and technological disasters, and dealing with the whole disaster cycle with an emphasis on preventive measures. It must consider the complex and diffuse causes behind disasters and which [contribute] to their effects, such as environmental pollution, poverty, socio-economic vulnerability, obstacles to sustainable development and breaches of human rights, which gives rise to a need for an ethical and environmental approach to a legal framework for disasters.
- Considering the relationship between the quality of the environment, the level of exposure to disaster risks and communities' ability to cope with disasters, a right to a healthy environment should be recognized. The environmental services provided by ecosystems must also be recognized and valued as a means of reducing and preventing disaster risk and preserving natural resources as important means to reconstruction. Measures should be taken to safeguard and rehabilitate the environment as soon as possible after the occurrence of disasters.

References

GLOBAL NETWORK OF NGO'S TO THE DISASTER RISK REDUCTION. *Linking risks and poverty reduction*, 2008.

HARPER, Erica. *International Law and Standards Applicable in Natural Disasters Situations*. International Development Law Organization. 2009.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *The support of the Human Rights Council to the Recovery Process in Haiti after the Earthquake of January 12, 2010: a Human Rights Approach*. A/HRCC/S-13/L.1, 2010.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Press Release n° 11/10 — *IAHCR stresses duty to respect human rights during the emergency in Haiti*, 2010.

INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE. *Human Rights and Natural Disasters* — Operational guidelines and field manual on human rights

protection in situations of natural disasters. Washington: Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2008.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Protection Of Persons In The Event Of Disasters* — Texts of draft articles 1, 2, 3, 4 and 5 as provisionally adopted by the Drafting Committee. (A/CN.4/L.758).

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fourth report on the protection of persons in the event of disasters, by Eduardo Valencia-Ospina, Special Rapporteur*. (A/CN.4/643), 2011.

LIENHARD, Claude. *Pour un droit des catastrophes*. Recueil Le Dalloz, 1995.

WORLD CONFERENCE ON DISASTERS REDUCTION. *Hyogo Framework for Action 2005— 2015: building resilience of nations and communities for disasters*. (A/CONF.206/6), 2005.

SPHERE PROJECT STEERING COMMITTEE FOR HUMANITARIAN RESPONSE. *Humanitarian Charter and Minimum Standards on Disaster Response*, 2004.

UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAM. *The Environment and Disaster Risk — New Perspectives*, 2008.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 63/217 — Natural Disasters and Vulnerability*. (A/RES/63/217), 2009.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *United Nations Millennium Declaration*. (A/res/55/2), 2000.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMISION. *Resolution 2005/60 Human rights and environment as parts of the sustainable development*. (E/CN.4/RES/2005/60), 2005.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Resolution 20/04— Human Rights and Climate Change*, 2009.

BIOGRAFIA DOS AUTORES

Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese: Advogada; Doutoranda e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília — DF (UNICEUB). Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP — Brasília/DF). Bacharel em Direito (Universidade FUMEC— Belo Horizonte/MG).

Antoni Pigrau Solé: Catedrático de Direito Internacional Público e Diretor do CEDAT, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona.

Carina Costa de Oliveira: Professora e Pesquisadora do Programa de Direito e Meio Ambiente — PDMA/FGV-Direito Rio. Doutora pela Universidade Paris II — Panthéon-Assas em Direito Internacional. Mestre em Direito Internacional pelo Centro Universitário de Brasília.

Carolina Barros Fidalgo: Mestranda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (área de concentração: Direito Público) e professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

Consuelo Yoshida: Desembargadora Federal-TRF3, Doutora e Professora de Direito Ambiental na Pontifícia Universidade Católica (PUC) São Paulo e no Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL); Coordenadora Acadêmica da Especialização *D. Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade*-PUCSP/COGEAE e do projeto Mestrado/Doutorado em *D. Mineralógico Ambiental*-PUCSP/VALE. Vice-Diretora da Oficina Municipal, subsidiada pela Fundação Konrad Adenauer.

Fernanda de Salles Cavedon: Advogada, professora e pesquisadora em Direito Ambiental. Doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante, Espanha. Realizou pós-doutorado no Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme — CRIDEAU, da Universidade de Limoges, França, como bolsista Hermès da Fondation Maison des Sciences de l'Homme. Pesquisadora do Centre International de Droit Comparé de l'Environnement — CIDCE.

Flávio Ahmed: Advogado Militante e Cientista Social. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Presidente da Comissão Permanente de Direito Ambiental da OAB-RJ; Membro da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB (Conselho Federal); Elaborador, coordenador e professor do curso de Direito Ambiental da ESA-RJ (Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ), na sua VIII edição.

Gérard Monédiaire: Doutor em Direito e Sociologia. Professor universitário; Diretor do CRIDEAU/omij, Universidade de Limoges — França. Membro do CIDCE.

Gilberto D'Ávila RUFINO: Doutor em Direito pela Universidade de Limoges — França ; Presidente do Instituto Jurídico do Litoral ; Advogado e Procurador aposentado do Estado de Santa Catarina — Brasil.

Giovanna Maria Frisso: Doutora em Direito pela Universidade de Brasília; doutoranda na Universidade de Nottingham; Mestrado em International Public and Comparative Law — Uppsala Universitet; graduada em Direito pela Universidade de Brasília.

Hubert Delzangles: Professor de Direito Público do Instituto de Estudos Políticos de Bordeaux; Membro associado do CRIDEAU (Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme, Limoges).

José Juste Ruiz: Catedrático de Direito Internacional na Universidade de Valencia.

Julien Prieur: Doutor em Direito Ambiental pela Universidade de Limoges (Faculdade de Direito e Ciências Econômicas) — França ; Mestrado

em Desenvolvimento Sustentável — Direito Ambiental e Urbano, CRIDE-AU (Centre de Recherches Interdisciplinaires en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de l'Urbanisme, Limoges) — CNRS /INRA, Universidade de Limoges — França.

Lucien Chabason: Formado em Direito, Sociologia e Economia pela Universidade de Paris ; professor de Política Ambiental no Instituto de Estudos Políticos de Paris (Sciences-Po).

Maíra Rocha Machado: Professora em tempo integral e dedicação exclusiva da Direito GV. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutorado na Cátedra Canadense de Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal (Universidade de Ottawa). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV — Direito Rio.

Maria Edelvacy P. Marinho: Advogada, Doutora em Direito pela Universidade Paris 1-Panthéon Sorbonne, professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília.

Melina Rocha Lukic: Professora de Direito Tributário da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — FGV-Direito Rio; pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia — CPDE/FGV-Direito Rio; Doutoranda Université Paris III — Sorbonne Nouvelle.

Michel Dourousseau: Diretor do Conservatoire des Sites Alsaciens; Vice-Presidente da Sociedade Francesa de Direito Ambiental, Professor Associado ao Master 2 Droit de l'environnement e ao Centre du Droit de l'Environnement (Universidade de Estrasburgo).

Nitish Monebhurrun: Doutorando na Universidade Paris 1 — Panthéon Sorbonne.

Patrícia Sampaio: Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas — FGV— Direito Rio; pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia — CPDE/FGV— Direito Rio; Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP.

Ryan Stoa: Advogado ambiental no Global Water for Sustainability (GLOWS) Program at Florida International University in Miami, Florida, EUA; professor no FIU's College of Law.

Solange Teles da Silva: Doutora em Direito pela Universidade Paris I. Professora de Direito Ambiental da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direito e desenvolvimento sustentável: a proteção das florestas e dos recursos hídricos na Região Amazônica em face da mudança climática”, CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq.

Tarin Cristino Frota Montalverne: Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutorado em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité (Paris V) e Universidade de São Paulo (USP).

Wahid Ferchichi: Doutor em Direito, professor associado de Direito Ambiental da Universidade da Tunísia.



Atribuição-UsO Não-Comercial-Vedada a Criação de Obras Derivadas 2.5 Brasil

Você pode:



copiar, distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:



Atribuição: você deve dar crédito ao autor original, da mesma forma especificada pelo autor ou licenciente



UsO não comercial: Você não pode utilizar a obra com finalidades comerciais



Vedada a Criação de Obras Derivadas. Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que você obtenha permissão do autor.
- Nada nesta licença impede ou restringe os direitos morais do autor.

