



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Larissa Furlanetto Giareta

**A RELEVÂNCIA DO *COMPLIANCE*
AMBIENTAL NA GESTÃO DE RISCOS:
DA PREVENÇÃO DE DANOS SIGNIFICATIVOS À EFETIVIDADE
DA NORMA NO DIREITO DO AMBIENTE**

Dissertação no âmbito das Ciências Jurídico-Políticas-Menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, orientada pela Professora Doutora Maria Alexandra Sousa Aragão e apresentada Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Larissa Furlanetto Giaretta

A relevância do *compliance* ambiental na gestão de riscos: *da prevenção de danos significativos à efetividade da norma no direito do ambiente*

Environmental *Compliance* relevance in a risks management: *prevents harm significant to the effectivity environmental law*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente.

Orientadora: Professora Doutora Maria Alexandra de Sousa Aragão.

COIMBRA

2022

Agradecimentos

*Maira Selva,
Louie e Giuseppe.*

*“Por que vocês não sabem
Do lixo ocidental?
Não precisam mais temer
Não precisam da solidão
Todo dia é dia de viver
(...)”*

*Eu sou da América do Sul
Eu sei, vocês não vão saber
Mas agora sou cowboy
Sou do ouro, eu sou vocês
Sou do Mundo, sou Minas Gerais”*

Trecho extraído da canção:

“Para Lennon e McCartney”.

Compositores: Fernando Brant,
Márcio Borges e Lô Borges (1969)

RESUMO

A ausência ou má gestão de riscos das grandes corporações na execução de suas atividades, não raras vezes, ocasionam catástrofes brutais ao meio ecológico que as rodeiam. Não é apenas uma crise de meio ambiente e comércio, é uma crise de governança global, que envolve diferentes atores e instituições globais. Não podemos olhar para essa questão somente pela perspectiva da lei ambiental estatal individual sem olhar o contexto em que surgem as novas formas de regulações, que muitas das vezes chegam a questionar a soberania dos Estados e o desenho do Direito Ambiental Clássico em sua capacidade de mitigar esses danos. A globalização divide o mundo e ao mesmo tempo o força a agir de modo cooperativo, enquanto comunidade de risco. O atual sistema jurídico ambiental deve se adequar as mudanças sociais, principalmente em relação às infrações relacionadas ao meio ambiente, que se expandiu e corporativizou-se. Os processos das grandes corporações, tornam as sociedades modernas cada vez mais vulneráveis, e põe em xeque os pressupostos essenciais do direito internacional em sua forma clássica – a soberania dos Estados e a rígida separação entre política interna e externa. Portanto, as leis ambientais não estão a funcionar tão bem como deveriam? Se as grandes corporações não estão as cumprindo, deve-se penalizá-las pelo incumprimento? Claro, o ideal é que cumpram com a lei, mas se isso não acontece, deve-se impor que elas mudem seu comportamento. De forma clarificada, a ideia é buscar novas abordagens jurídicas que reforcem a efetividade das normas e previnam os impactos ambientais. A relevância do compliance ambiental se justifica pela sua natureza preventiva. Sempre que se fala em compliance, o objetivo é prevenir a ocorrência dos danos ambientais, é o oposto da fiscalização e sanção. E é neste contexto preventivo que a exposição dessa dissertação se fará. A análise de um caso concreto, fundamentada nos princípios da efetividade e prevenção, a recente proposta de lei brasileira que regulamenta os programas de conformidade ambiental e o Regulamento da Taxonomia da EU, servirão de objeto a este trabalho.

Palavras-chave: prevenção e efetividade; compliance ambiental; gestão de riscos; Projeto de Lei n.º 5.442/2019; Regulamento da Taxonomia.

ABSTRACT

The lack of risks management in big corporations and their activities can cause huge catastrophes and destroy brutally the environment that surround them. It is not just an environment and corporative crisis, it is a global governance crisis, which involves different global actors and institutions. We cannot look at this issue only from the perspective of individual state environmental law without looking at the context in which new forms of regulations arise, which often come to question the sovereignty of states and the design of Classic Environmental Law in its ability to mitigate these damages. Globalization divides the world and at the same time forces it to act cooperatively, as a risk community. The current environmental legal system must adapt to social changes, especially in relation to infractions related to the environment, which has expanded and become corporatized. The processes of large corporations make modern societies increasingly vulnerable, and call into question the essential assumptions of international law in its classic form – the sovereignty of States and the rigid separation between domestic and foreign policy. Are environmental laws unable to prevent and treat those situations, as they should? If those corporations don't obey those laws, should we sanction them? Naturally, ideally, they should obey them, but, if it won't happen, it is necessary to make them change their actions. Speaking openly, it is important to search for new approaches that juridically reinforce norms' effectiveness and prevent environmental impacts. Compliance's importance lies precisely in its preventive nature. Compliance's purpose is to prevent environmental damages, which is the opposite of inspection and penalties and sanctions. It is about its preventive feature that this work aims to discuss. Furthermore, this thesis aims to analyze a case through some law principles such as the effectiveness and prevention, a recent proposed law that regulates the environmental compliance programs and the "Regulation of the European Taxonomy".

Keywords: prevention and effectiveness principles; environmental compliance; risks managements; Proposed Law n. 5.442/2019; Taxonomy Regulation.

Abreviaturas e siglas

Art. – Artigo

ANM – Agência Nacional de Mineração

ACP – Ação Civil Pública

BAN – Basel Action Network

BR - Brasil

Cfr. – Confira

CNUDM – Convenção das Nações unidas sobre o Direito do Mar

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

ECO 1992 – Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento

Ed. – Edição

Etc. – E outras coisas

ICMBIO – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

IEF – Instituto Estadual de Floresta

ILC – Intenational Law Comission

ITLOS – International Tribunal for the Law of the Sea

IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

LA – Licenciamento Ambiental

LC – Lei Complementar

MP – Ministério Público

ODS – Objetivos Desenvolvimento Sustentável

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. Cit. – Opus Citatu

PNUMA – Política Nacional do Meio Ambiente

p. - página

pp. – páginas

RIO+20 – Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Natural

TFEU – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TRF – Tribunal Regional Federal

UE – União Europeia

Vol. – Volume

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
ABREVIATURAS E SIGLAS	6
INTRODUÇÃO	10
1. DOS PRINCÍPIOS AO PLURALISMO JURÍDICO	14
1.1. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE.....	17
1.1.1. <i>É possível mensurar a efetividade?</i>	19
1.1.2. <i>A interpretação do princípio na norma interna e internacional</i>	20
1.1.3. <i>O crescente interesse na efetividade do direito, em particular, no direito ambiental</i>	23
1.2. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO	25
1.2.1. <i>Não causar dano significativo</i>	30
2. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL	33
2.1. DAS DÉCADAS DE 30 A 40	34
2.2. DÉCADAS DE 60 A 80.....	35
2.3. PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1998.....	36
3. GOVERNANÇA AMBIENTAL: DO ESVALIZAMENTO DA SOBERANIA DOS ESTADOS DIANTE DOS NOVOS HORIZONTES JURÍDICO	41
3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES DO COMPLIANCE EM UM MUNDO GLOBALIZADO.....	43
3.1.1. <i>Princípio da territorialidade e a ameaça a soberania do Estado</i>	45
3.1.2. <i>Princípios de Ruggie</i>	49
4. UNIDADE, EFETIVIDADE E O AVANÇO DO COMPLIANCE NO DIREITO DO AMBIENTE.....	52
4.1. COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO	53
4.1.1. <i>Projeto de Lei n.º 5.442/2019: considerações</i>	56
4.1.2. <i>Principais aspectos</i>	59
4.2. CENÁRIO EUROPEU: PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA COMISSÃO E O PRR DE PORTUGAL	

4.2.1. <i>Transição justa</i>	66
4.2.1.1 <i>Concretizar o Pacto Ecológico Europeu</i>	67
4.2.2. <i>O PRR em Portugal</i>	71
4.2.1. <i>Diretiva da informação não financeira</i>	72
4.2.2. <i>Regulamento da Taxonomia</i>	73
4.2.3. <i>Taxonomia e o DNSH: o que esperar?</i>	77
4.3. EXPECTATIVA NORMATIVA E REALIDADE: O QUE ESPERAR?.....	79
CONCLUSÕES	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

“- *Quem somos nós? Existimos, para quê? Por quê? Para nada? (...)*

Minas estelar, páramo, mãe de ferro, mãe do ouro e do azogue. Mãe mineral, fulgor sulfúrico. Minas sideral, lusa da quina de rocha viva enterrada além-mar. (...)

Minas, árvore alta. Minas de sangue, de lágrima, de cólera. Minas, mãe dos homens. Minas do esperma, do milho, da pétala, da pá, da dinamite. Minas carnal da flor e da semente, minas mãe da dor, mãe da vergonha. Minas, minha mãe crepuscular.

Havemos de amanhecer. O mundo se tinge com as tintas de antemanhã” (Ribeiro 1988:376-8)

Enquanto em 1290, em Portugal, D. Dinis assinava o “*Scientiae thesaurus mirabilis*”, dando início, em Lisboa, ao que se designou de Estudo Geral - e que mais tarde, em 1537, foi transferido definitivamente para Coimbra¹ - do outro lado do Velho Mundo, a costa do atlântica, ao longo de todos estes séculos, foi percorrida e ocupada por inumeráveis povos indígenas. Disputando os melhores nichos ecológicos, eles se alojavam, desalojavam e realojavam, incessantemente, até configurarem a terra que hoje nela habitamos. Enquanto a pesquisa científica crescia e se aprimorava nas mais importantes academias², na terra Tupi, imensa era a quantidade de ouro que se encontrava à flor da terra.³

Ainda ilustrativo, se referindo ao Brasil do séc. XXI, submergimos ao estado de Minas Gerais⁴. Esgotados os aluviões, Minas hoje, enxerga no meio da paisagem de sua mata nativa, e o pouco que resta da Mata Atlântica⁵, a ocupação dessas coberturas vegetais pelas grandes empresas exploradoras de minério. Das 913 barragens instaladas no país, o Estado abriga mais de 1/3 (um terço) delas, em um total de 351.⁶

¹ História da universidade de Coimbra. [Consult. 31 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.uc.pt/sobrenos/historia>>.

² Respeitosamente, em referência à Universidade de Coimbra, detentora de incontornável herança histórica, com seus mais de 730 anos, e desde 2013 Patrimônio Mundial da UNESCO.

³ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 12ª reimpressão, 2006, p. 337.

⁴ Com mais de 800 municípios e seus 586.513,983 km², Minas Gerais é o quarto maior estado brasileiro em extensão territorial. [Consult. 31 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/>>.

⁵ IEF – 2019. Entre os biomas de Minas Gerais, remanesce da cobertura vegetal nativa: 22,3% de cerrado, 9,5% de Mata atlântica e 1,1% caatinga (floresta estacional decidual). [Consult. 31 mai. 2022] Disponível em <<http://www.ief.mg.gov.br/florestas>>.

⁶ ANM. [Consult. 30 mai. 2022]. Disponível em <<https://app.anm.gov.br/SIGBM/Publico/Estatistica>>.

2019, 25 de janeiro, 12h28, na pacata cidade de Brumadinho, a barragem I do complexo da Mina do Córrego do Feijão se rompe, liberando no ambiente um volume estimado de 11,3m³ (onze milhões e trezentos mil metros cúbicos) de rejeitos de minério de ferro. A mancha de inundação originada pelo rompimento espalhou-se pela região, atingiu a área administrativa e o refeitório da empresa, localizado a menos de 2 (dois) quilômetros a jusante da barragem, bem como, o distrito do Córrego do Feijão, uma pousada e várias propriedades rurais. Alcançou a calha do rio Paraopeba, prosseguindo, destruindo e contaminando água, solo, vegetação, animais, histórias e projetos de vida. Num total de 665 (seiscentos e sessenta e cinco) vítimas, das quais, 395 (trezentos e noventa e cinco) foram localizadas com vida, 270 (duzentos e setenta) se provaram fatais.⁷

Barragem esta que, em razão do descumprimento das normas de segurança pela executora dos serviços, agrediu profundamente o meio ambiente e a vida humana, causando um dos maiores desastres socioambientais do Brasil. Resultado do comportamento reiterado de grandes corporações como esta aqui citada, uma política sistemática de gestão de riscos que privilegia a produção e o lucro em detrimento da segurança e preservação do meio ambiente.

Com base nesse trágico acontecimento, a investigação que se segue debaterá a efetivação do uso de novas (ou já existentes) ferramentas, capazes de nortear a dúvida que ainda reverbera no meio jurídico: as leis, não estariam a funcionar tão bem como deveriam? Os mecanismos de governança em matéria ambiental estão insuficientes ou inadequados? Padrões de qualidade ambiental estabelecidos, especialmente aqueles decorrentes de norma cogentes, estão sendo negligenciados?

A diversidade cultural, as transformações políticas, ambientais e socioeconômicas tornaram as sociedades atuais muito mais complexas do ponto de vista da sua regulação. Esta complexidade resulta da existência de uma variedade de normas, princípios, planos de regulação, e, para além do Estado, passou-se a admitir a emergência de outras experiências de juridicidade.

Por essas e outras, o direito ambiental, mais do que as outras disciplinas jurídicas, tende a mostrar deliberadamente sua preocupação com a efetividade, como se sua aplicação representasse um imperativo social urgente (e o é).

⁷ Sumário Executivo Preliminar CIAEA. [Consult. 30 mai. 2022]. Disponível em: <http://www.vale.com/PT/investors/Documents/2020_02_20_Relatorio_CIAEA.pdf>.

Por mais de meio século, inúmeras leis, tratados internacionais e agências de proteção e monitoramento ambientais que cuidam do meio ambiente floresceram em todo o mundo. E, embora nas últimas quatro décadas, esse crescimento tenha sido de forma exponencial em todo o mundo, sua fraca aplicação é uma tendência que está agravando os problemas ambientais, conforme relatório da ONU sobre o Meio Ambiente⁸. Desde 1972, a legislação ambiental em vigor aumentou 38 vezes⁹, mas a incapacidade de implementar e de fazer cumprir essas leis é um dos maiores desafios para mitigar a mudança do clima, reduzir a poluição e evitar a perda generalizada de espécies e habitats.

A ajuda internacional, desde 1972, auxiliou dezenas de países a assinar mais de 1.000 (mil) acordos ambientais e a elaborar dispositivos legais na área ambiental. Mas, nem a ajuda, nem os orçamentos nacionais, levaram ao estabelecimento de agências e órgãos ambientais capazes de aplicar as leis e regulamentos de forma eficaz. Os autores identificam múltiplos fatores para a baixa implementação do Estado de Direito Ambiental, tais como, a falta de coordenação entre as agências governamentais, a fraca capacidade institucional, a falta de acesso à informação, a corrupção e o sufocamento do engajamento civil.¹⁰

Na tentativa de contribuir para aquilo que talvez seja uma resposta a estes relutantes questionamentos, em torno das capacidades preventivas e efetivas das leis ambientais, o tema foco se antecipará à característica maioritariamente punitiva e repressiva logradas por algumas delas, e tentará discorrer sobre a “*efetividade preventiva*” daquelas com a capacidade de prevenir significativos danos ao meio ambiente. A análise basear-se-á no crescente uso das *softlaws*, autorregulações e *compliance* ambiental, empregados tanto pelas corporações quanto pelas entidades públicas. A contar ainda com a força dos recentes regulamentos da União Europeia, nomeadamente, o Regulamento da Taxonomia e o novel Princípio *DNHS* - resultante do Comunicado da Comissão Europeia em 2021¹¹, estes que, por meio de uma linguagem comum, orientam e clarificam os critérios de avaliação para determinar se uma atividade contribui substancialmente para os objetivos ambientais.¹²

⁸ PNUMA. Environmental Rule of Law: First Global Report (Nairóbi: Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, 2019).

⁹ *Crescem as leis para proteger o meio ambiente, mas há falhas graves de implementação, afirma novo relatório da ONU*. [Consult. 18 mai. 2022] Disponível em <<https://www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/press-release/crescem-leis-para-protger-o-meio-ambiente-mas-ha-falhas>>.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ 2021/C 58/01 << *do not harm significant* >>.

¹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité econômico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. [Consult. 31 mai. 2022]. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0188&from=EN>>.

Os elementos que constituem o conteúdo deste trabalho já foram discutidos com detalhes por doutrinadores jurídicos, embora muitas vezes sejam apresentados de formas diferentes, dependendo dos critérios empregados por cada autor. Para facilitar uma comparação útil com essas outras visões, serão alguns subtítulos abordados de forma breve, que não tem como objetivo de alcançar a complexidade de assuntos que envolvem os grandes temas, mas tão somente, de lançar as bases para a discussão que adentrará o material.

De início será abordado a interpretação dada aos princípios, especificamente os da efetividade e precaução, por serem correlatos e se aproximarem do assunto, seguido de uma simplificada cronologia da legislação brasileira.

A terceira parte dará lugar a narrativa sobre a fundamentação que guiará o tema. Quais os instrumentos poderiam melhor prevenir os danos e tornar as leis mais efetivas? A obrigatoriedade dos programas de conformidade e seu estrito cumprimento, são efetivamente capazes de se antecipar aos riscos ambientais?

Por derradeiro, buscarei refletir criticamente sobre o tema e concluir se o uso efetivo de um *compliance* ambiental tem a capacidade prevenir danos significativos ao meio ambiente.

1. OS PRINCÍPIOS E A PLURALIDADE DE SUAS MANIFESTÇÕES

Nas diversas facetas de compreensão dos princípios jurídicos, a inteligibilidade das normas nos atuais sistemas jurídicos, torna-se cada vez mais complexa. Com esta complexidade, cresce concomitantemente o espectro central da diferenciação, interpretação, localização e aplicação exata dos princípios, enquanto normas do próprio sistema, e mais que isso, enquanto normas estruturantes e indicativa deste.

O sentido do núcleo central para o qual converge toda a abordagem sobre esse pluralismo tem ligação direta com a negação de que o Estado seja o centro do poder político e fonte única e exclusiva de toda a produção do Direito. A produção normativa gerada por grupos organizados “semi-autônomos” (interdependentes), que compõem a estrutura social, pressupõe¹³ que o Direito positivo estadual rege apenas uma parcela das inúmeras expectativas da vida social, e não necessariamente todas e mais importantes para certos grupos sociais.¹⁴

Partiremos assim com base em duas premissas: o Estado não mais é o centralizador das decisões¹⁵; e nem todo bem tutelado está expressamente protegido pela Lei em sentido lato. Portanto, os princípios vêm com o propósito de lançar diretrizes normativas adaptáveis aos acontecimentos já existentes e os que hão de provir, reforçando ser um elemento essencial ao direito¹⁶; não cabe, aqui, discorrer sobre a autoridade dos princípios na ordem jurídica. Basta dizer que a doutrina, na sua unanimidade, considera-os blocos estruturais dorsais na composição do ordenamento.¹⁷

Sua função interpretativa também opera além da aplicação direta dessas normas de direito internacional, em particular quando a aplicação de outras normas de direito internacional pode ter um impacto sobre o meio ambiente. A título de ilustração, o CIJ sustentou que o princípio da prevenção de danos ambientais deve ser levado em consideração na interpretação dos termos de defesa¹⁸.

Sobre o tema, com a lucidez de sempre, o jurista lusitano Jorge Miranda expõe assim seu pensamento:

¹³ <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p67/13638>

¹⁴ Labernaz, Renata O; Wolker, António Carlos. *As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico*, in Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e políticos, n.º 57, UFSC, Florianópolis, 2008, p. 68.

¹⁵ Tema que será melhor debatido mais adiante, no Capítulo 4.

¹⁶ Hart, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009, p. 340.

¹⁷ Benjamin, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. **Direito constitucional ambiental brasileiro** / José Joaquim Gomes Canotilho, José Morato Leite, organizadores, 6ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143.

¹⁸ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapon. [Consult. 24 mai. 2022]. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/95>>.

“Pela sua própria natureza e função, os princípios não carecem de se fixar no texto constitucional, os que lhe não sejam exteriores (ou anteriores) podem dele ser simplesmente induzidos”.¹⁹

Um princípio não pretende ter uma aplicação obrigatória, mas enuncia uma razão, que tem uma dimensão de peso ou importância, que conduz o argumento em uma certa direção, mas sempre (e ainda) demandando, para tanto, uma decisão jurídica particular²⁰:

“Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmar que um princípio particular é um princípio de nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção”.²¹

E claro, princípios ambientais são acolhidos e batizados expressamente nos textos constitucionais – princípio da precaução e poluidor-pagador, p. ex., no Tratado da União Europeia²². Há casos em que são deduzidos ou deduzíveis da norma constitucional, noutros, é possível que aqueles recém-chegados à Constituição estejam em fase inicial de emergência ou, ainda, em franco estado de evolução, daí o esforço maior que se exige do intérprete na sua apresentação e aplicação²³.

Logo, independente de estarem ou não expressamente anunciados nas constituições, “particulares” ou não, no Direito do Ambiente “os princípios auxiliam na compreensão e consolidação de seus institutos”²⁴, e a sua importância alcança profundamente o direito contemporâneo de forma a considerá-los fundamentais na construção de um sistema jurídico universal²⁵. Não à toa, todos os ramos jurídicos estão subordinados a princípios próprios que lhes servem de diretrizes com força de indispensabilidade na elaboração, interpretação e aplicação de suas normas.

E como simples contributo no sentido de melhor determinar sua relevância, sem nenhuma intenção de exaustividade do tema, que pela grandeza merecia ser pautado, passo a exposição pormenorizada sobre a prevenção e efetividade, vez que são relevantes princípios aplicados à análise do presente feito.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, p. 204.

²⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p.41-42.

²¹ Ibidem.

²² Cf. art. 174, do TFUE.

²³ HOWARD, A. E. Dick. *The indeterminacy of constitutions*. Wake Forest Law Review, v. 31. 1996, p. 406.

²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Infamais, 1998, p. 132.

²⁵ P. ex., no Tratado da União Europeia, em seu art. n.º 174 - princípios da precaução e poluidor-pagador.

1.1. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Ciência relativamente jovem, multidisciplinar e com técnicas específicas, o Direito Ambiental permanece, em grande parte, um dos campos em que a distância entre a existência da norma e a realidade de sua aplicação é maior, e cujos efeitos se fazem sentir mais fortemente no dia a dia. A vitalidade normativa e institucional atrelada ao seu estudo, que também tem sido útil na construção de um corpus jurídico extremamente rico e variado, cede hoje lugar à constatação de uma baixa efetividade do Direito Ambiental.

Nos últimos anos, seu conteúdo passou por um aumento quantitativo na criação de novas leis. Razoável por isso, a preocupação da opinião pública e os próprios operadores do direito com a inflação descontrolada da norma ambiental: *“trop de droit tue le droit”*²⁶. Resultado é que novas leis são pouco ou mal aplicadas. E neste aspecto, o direito do meio ambiente é particularmente vulnerável, uma vez que a lei tornou-se abundante muito rapidamente, tanto internacionalmente quanto nacionalmente.²⁷

Noutro lado, percebe-se também que esse aumento teve um impacto positivo em diversas áreas. Da proclamação do desenvolvimento sustentável à lei do desenvolvimento sustentável, incluindo o direito ao meio ambiente saudável, houve avanços inegáveis. Se o progresso da cooperação internacional é notável, a aplicação nacional, em particular pela transcrição das normas internacionais em leis internas, continua insuficiente, daí a necessidade de focar no estudo da efetividade, incidindo aqui no polo “realista” da norma para questionar sua real efetividade.

O direito "efetivo" é o direito em ação, que é traduzido em realidade através da sua real implementação.²⁸

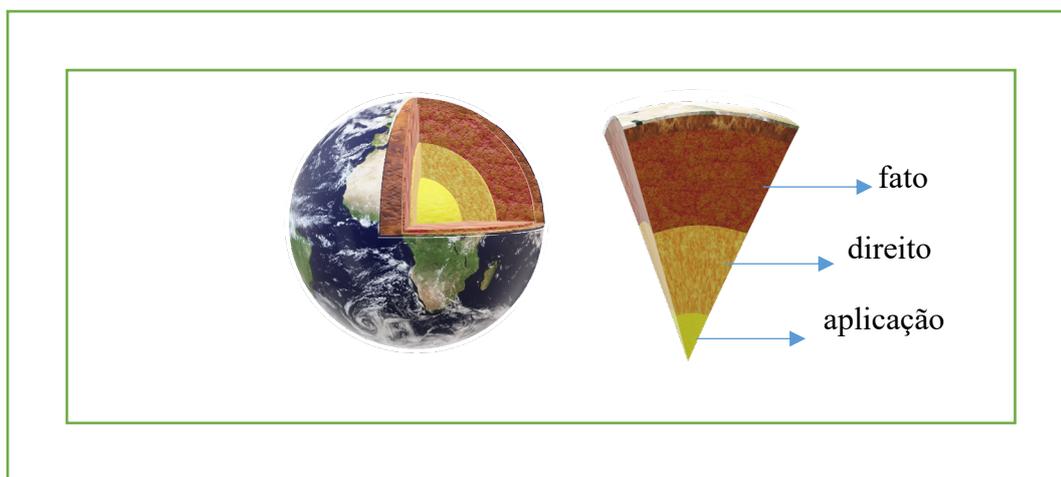
E para isso, é essencial começar por esclarecer o conceito de efetividade. Tomando por base os estudos do nobre cientista jurídico francês, Dr. Michel Prieur, o substantivo efetividade não aparece como tal nos dicionários. Designa o caráter do que é efetivo, ou seja, o que se faz, o que tem efeito real e concreto, o que existe de fato. Para que um direito seja efetivo, pode-se considerar que deve se traduzir em fatos e, portanto, em realidade. Em outras

²⁶ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 25.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Michel Prieur and Mohamed Ali Mekouar. *Measuring the Effectivity of Environmental Law Through Legal Indicators in the Context of Francophone Africa*. Cap 13, p. 239.

palavras, a efetividade da lei seria sua concretização nos fatos. No entanto, não se trata da primazia do fato sobre o direito, mas da tradução do direito em fato. Este é o direito “realizável”. Em termos mais jurídicos, digamos que seria a lei aplicada, implementada e produzindo efeitos. Ao lado da lei no papel, interessa-nos a lei que se aplica. Efetividade poderia ser considerada, em seu sentido jurídico, como o encontro de direito e fato, a intercessão, que idealmente conduz à sua unidade. Um direito em camadas que resulta na efetividade.



Fonte: elaboração da autora.

Das leituras do Dr. Michael Prieur extraí-se, um direito “vivo” aquele que não só está em vigor, mas também está dotado dos meios legais que permitem a sua aplicação, o seu controle e a sua eventual sanção. Além disso, a efetividade da lei exige uma cadeia de componentes que permita ir da lei (o texto) ao fato (sua aplicação). É, em última análise, uma exigência óbvia e banal: a lei é feita para ser aplicada.²⁹ Mas sua efetividade implica inicialmente, que a norma exista, que seja juridicamente aplicável, que seja respeitada, executada e controlada, e que seja eventualmente sancionada pela administração e pelo juiz.³⁰

²⁹ Hans Kelsen designada por *validade* a existência específica de normas. Uma norma é válida quando pressupomos sua existência ou que ela possui *força de obrigatoriedade* para aqueles cuja conduta regula Kelsen, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luiz Carlos Broges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 43.

³⁰ Prieur, Michel. Les indicateurs juridiques. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 11.

1.1.1. É possível mensurar a efetividade?

A importância em diferenciar eficácia e efetividade, repousa no fato dos objetivos e os métodos de avaliação ser diferentes. A eficácia de uma norma do direito é geralmente o que é mais procurado. Uma norma do direito é considerada relevante se for eficaz, ou seja, se for socialmente útil para alcançar o objetivo que estabeleceu para si. É sobre o impacto de uma regra na sociedade. Significa, com isso, que o Direito deve contribuir para alcançar um resultado que está fora do sistema jurídico. O exame da eficácia da lei ocorre dentro do sistema jurídico. Ela é, portanto, avaliada à luz do objetivo perseguido pela norma jurídica. O objetivo pode ser parcial ou totalmente alcançado. A efetividade, assim como eficácia, pode, portanto, ser relativa. A lei sobre a água ou o ar que fixa os níveis de poluição a ser alcançados, será eficaz, se o nível de poluição medido cientificamente for efetivamente atingido. Para usar a distinção feita acima, nos referimos aqui ao estado da efetividade: o efeito concreto e material da regra legal avaliada naquele local de sua aplicação. Portanto, a eficácia mede se a norma jurídica alcançou seu(s) objetivo(s). Já a efetividade pode ser considerada uma condição necessária, mas não suficiente para a eficácia.³¹

Ponderando que a utilidade da lei consiste em responder à pergunta "qual é o uso da lei?", implica que avaliamos a eficácia da lei em relação aos seus objetivos, e a efetividade, em relação às etapas de sua implementação.³²

Pesquisas recentes e inovadoras trabalham no desenvolvimento da possibilidade de medir a efetividade. Em que pese o tema aqui não é abordar a aplicação prática da sistemática que cerca essa corrente, vale discorrer sobre os indicadores legais de efetividade na aplicabilidade da norma.

Há indicadores científicos mensuráveis, por exemplo, a taxa de poluição da água ou do ar. Nos documentos oficiais sobre o estado do meio ambiente, em nível nacional ou internacional, há uma série de indicadores quantificados do nível de poluição ou despoluição alcançados. Esses indicadores de eficácia também são chamados de "desempenho". Mas essas medidas costumam ser dadas como tais e não relacionadas à aplicação de um texto jurídico específico.

³¹ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 11.

³² *Ibidem*.

Para tanto, na sequência da análise das leituras das obras do Dr. Prieur, um primeiro passo seria comparar os números relativos à despoluição com os textos legais que impõem padrões de despoluição, o que ainda não foi feito. No entanto, medir a eficácia da lei ambiental não leva em consideração como a lei é aplicada, monitorada e aplicada. Só vemos um resultado (o estado, bom ou ruim, do meio ambiente), sem avaliar o processo que levou a esse resultado e que poderia ter sido mais ou menos bem respeitado.

O objetivo dos indicadores legais é avaliar esse processo medindo uma bateria de fatores que contribuem para a efetividade da regra legal.³³ Portanto, é buscar à avaliação da efetividade da norma do Direito aplicado ao meio ambiente, sem nos preocuparmos com a eficácia destes. De fato, a busca por eficácia envolve o uso de ciências exatas para medir cientificamente o grau de poluição ou o nível da perda de biodiversidade. Mas, ao contrário, medir a efetividade, requer uma análise jurídica e detalhes sociojurídica dos múltiplos fatores que contribuem para a aplicação de uma norma do direito, bem como, identificar os instrumentos procedimentais, substanciais, institucionais e financeiros que permitem a aplicação da lei.

1.1.2. A interpretação do princípio na norma interna e internacional

O significado atribuído à efetividade não é o mesmo para o direito nacional e o internacional. Numa abordagem clássica, pode-se dizer que, no direito interno, esse é um conceito não-jurídico que põe em causa as condições de aplicação da lei. No direito internacional, esse é um critério legal que condiciona a aplicação do direito internacional, identificando os sujeitos do direito internacional e a apropriação de territórios. Ainda com base nos estudos do Dr. Michel Prieur, uma maneira de superar a efetividade da imprecisão conceitual que a envolve e fornecer a ela um conteúdo jurídico, é através do desenvolvimento de indicadores legais, tanto no direito interno quanto no direito internacional. Ressalto que aqui trarei apenas e tão somente o ensaio sobre este assunto, devido a relevância e contemporaneidade. Não sendo, pois, objeto da presente pesquisa a aplicação dos indicadores ao caso central.

³³ Ibidem.

Pois bem, é óbvio que as condições legais e o contexto sociopolítico da aplicação do direito interno não são os mesmos que existem no direito internacional público. Portanto, não surpreende que a efetividade, a priori, não tenha o mesmo significado nesses dois ramos do direito. No entanto, seguindo esta linha de pensamento, procura-se aplicar os critérios de efetividade identificados no direito interno ao direito internacional, adaptando-os. E mais, é necessário distinguir a dupla eficácia do direito internacional: o que é avaliado no contexto do direito internacional pelos órgãos de uma convenção internacional ou por um juiz internacional, e o que é avaliado no contexto legislação nacional, pelas instituições nacionais e por um juiz nacional. Essa distinção nos leva a considerar quatro tipos de avaliações de efetividade, possibilitando distinguir quatro categorias de indicadores:

- avaliar a aplicação do direito internacional em relação aos requisitos do direito internacional;
- a avaliação da aplicação do direito internacional em relação à sua transposição para o direito nacional;
- avaliar a aplicação da lei nacional em relação aos requisitos da lei internacional;
- avaliação da aplicação da lei nacional em relação aos requisitos da lei nacional.

Haveria um estado de efetividade distinto da ação de efetividade. Segundo a idealizadora dessa tese/conceito³⁴, o estado de efetividade é o que existe na realidade e a ação de efetividade, que produz um efeito na realidade. O estado de efetividade corresponderia ao significado dado historicamente pelo direito internacional à efetividade, a saber, o reconhecimento e a avaliação legal de um fato (como a ocupação de um território ou um bloqueio marítimo). O direito internacional observa um fato e deduz a efetividade do fato estabelecido, o que leva a uma qualificação ou consequência legal. No direito internacional clássico, o fato cria o direito.³⁵

³⁴ Julien Bétaille. *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne: illustrations en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, thèse dirigée par Michel Prieur, Université de Limoges, 2012. Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 7.

³⁵ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p.8 e 9.

A ação de efetividade preferiria ser a expressão da lei em andamento, a saber, os efeitos da lei no local que são manifestados pela obediência à lei. Seria aplicável ao direito interno. Nesse caso, a efetividade "tem uma vocação prática na medida em que visa avaliar os graus de aplicação da lei na sociedade"³⁶. A diferença entre direito e prática era anteriormente medida apenas pelos sociólogos. O agora novo objetivo é adicionar uma medida de ordem legal por indicadores legais, cuja função é apreender, até quantificar o grau de aplicação de um padrão legal, com base em critérios puramente legais. Reconhecer que a avaliação da aplicação de uma regra legal não se reduz à mera observação de seu respeito ou violação, mas que, sendo a realidade mais complexa, pode haver vários graus de efetividade. Conseqüentemente, os indicadores legais devem levar em conta a realidade sempre relativa e variável, conduzindo a uma escala mais real de efetividade.

Na realidade, o *estado de efetividade* e a *ação de efetividade* são dois lados do mesmo conceito. Embora o primeiro permita caracterizar as formas históricas de efetividade no direito internacional, ele não exclui a ação para caracterizar o direito internacional. A aplicação do direito internacional exige, como o direito nacional, a avaliação de ambos os instrumentos legais para a implementação do direito internacional (implementação), os elementos relacionados ao cumprimento ou ao não cumprimento da conformidade da norma (*compliance*) e a relatividade da aplicação efetiva dela, expressa em graus.

Portanto, encontramos, tanto no direito internacional como no direito nacional, o mesmo questionamento relacionado à efetividade jurídica. Para cada questionamento, será necessário criar indicadores específicos. Alguns desses indicadores serão específicos para o direito internacional, outros serão específicos para o direito interno. Mas o questionamento é o mesmo:

- A norma existe?
- A norma é válida e, portanto, aplicável? Quais são os pré-requisitos processuais para sua aplicabilidade?
- O padrão é respeitado e aplicado? Como? Quando? Onde?
- O padrão é controlado ou punível? Como? Por quem?

³⁶ Ibidem.

Além dessas questões, existem elementos não jurídicos que completam o questionamento jurídico, avaliando os obstáculos sociopolíticos à implementação de normas, pois é verdade que a lei não pode ser avaliada isoladamente fora do contexto social. De fato, se, onde existe uma sociedade, existe lei (*ubi societas ibi jus*), inversamente, onde existe lei, existe uma sociedade. Nós não podemos medir a efetividade de uma ordem normativa sem abordar questões relativas à realidade política e social.³⁷

De fato, a efetividade da regra tem necessariamente uma dimensão cultural e geopolítica. As avaliações provavelmente serão mais qualitativas do que quantitativas. É por isso que, além de indicadores estritamente legais, estes estudos oferecem alguns indicadores qualificados como não legais, que mais tarde terão que ser baseados cientificamente por sociólogos e antropólogos.³⁸

1.1.3. O crescente interesse na efetividade do direito, em particular, no direito ambiental

É importante observar que o tópico da efetividade da lei está atraindo crescente interesse de pesquisadores e formuladores de políticas. Observamos a recente tendência em direção ao início da “legalização” da exigência de efetividade das regras legais, o que se reflete ao mesmo tempo por uma atenção particular aos procedimentos específicos de controle ou promoção dos padrões ou dispositivos tendentes à realização situações conformes, e também pelo uso de termos que insistem no papel da efetividade, que se tornou um componente do discurso jurídico.³⁹

Embora o Estado de Direito normalmente não se preocupe com a sua aplicação para além das regras relativas às sanções, vários textos sobre o direito do ambiente utilizam a palavra efetividade para mostrar claramente a preocupação dos tomadores de decisão. Encontra-se assim menções expressas de “efetividade”: na Convenção de Aarhus de 1998, “*participação efectiva*”, arts. 6.º n.º 4 e n.º 8.º alínea “a)”. Em, “O futuro que queremos” na

³⁷ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 9-10

³⁸ Ibidem.

³⁹ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 11.

Rio+20⁴⁰ em 2012, “efetivo” aparece apenas mais de uma vez, e o § n.º 38⁴¹ reconhece a necessidade de ampliar as “medidas de crescimento” do desenvolvimento sustentável para melhor informar os tomadores de decisão e encarregados da Comissão de Estatística da ONU; na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁴², é encontrado duas vezes, e até os indicadores são defendidos, como, indicadores de “progresso do desenvolvimento sustentável”. A Decisão 1/CP21 e o Acordo de Paris⁴³ sobre mudanças climáticas de dezembro de 2015 referem-se à “efetivo” e “eficaz” em relação ao requisito de implementação efetiva (tal é o hábito de desenhar apenas indicadores científicos e econômicos).⁴⁴

Na Declaração do Rio de 1992⁴⁵, o princípio n.º 10 refere-se ao “acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos”; o princípio n.º 15 sobre precaução menciona “cooperar efetivamente”. Na Agenda 21 adotada no Rio em 1992, a efetividade é uma obsessão significativa.⁴⁶

Em um dos eventos junto a Declaração Mundial sobre o Estado de Direito Ambiental, adotada no Rio de Janeiro em 29 de abril de 2016 pelo Congresso Mundial da IUCN por iniciativa de sua Comissão Mundial de Direito Ambiental, mostrou claramente que os juízes e a comunidade de advogados ambientais estão agora convencidos de que o futuro do direito ambiental depende de sua efetividade.⁴⁷ Não estamos aqui, com isso, cumprir com a rigorosa aplicação deste inovador raciocínio desenvolvido pelo Ilustre Dr. Michel Prieur. Mas sim, trazer à comunidade acadêmica um tanto sobre este debate uma investigação da concepção (ou aprimoramento) de novas ferramentas jurídicas, quiçá, um tanto quando inovadoras para

⁴⁰ Rio + 20. [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <<https://riomais20sc.ufsc.br/files/2012/07/CNUDS-versão-português-COMITÊ-Pronto1.pdf>>

⁴¹ “Reconhecemos a necessidade de adotar instrumentos mais amplos de medida do crescimento, em complemento ao PIB, apoiada na ideia de que as decisões tomadas se fundamentam em informações mais completas e, nesse sentido, solicitamos à Comissão de Estatística das Nações Unidas que, consultando entidades relevantes do sistema das Nações Unidas e outras organizações, lance um plano de trabalho nessa área, tendo como base iniciativas existentes.”

⁴² ODS [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>

⁴³ Acordo de Paris sobre o clima. [Consult. 24 mai. 2022]. <<https://brasil.un.org/pt-br/node/88191>>

⁴⁴ Prieur, Michel. *Les indicateurs juridiques*. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018, p. 13.

⁴⁵ IPHAN - Carta do Rio [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>>.

⁴⁶ O capítulo 38 apela por uma maior eficácia das convenções internacionais de meio ambiente e por sua colocação em prática de maneira efetiva, integral e imediata.

⁴⁷ XXV Congresso do Conpedi – Curitiba – Direito Ambiental e Socioambientalismo I. [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/80s6f8i8/uPEC95P5gY5zYS37.pdf>>.

o Direito Ambiental, buscando o cumprimento e implementação mais efetivos das normas já existentes e futuras.

Sabemos que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Estrasburgo tem repetido constantemente que seu papel é “assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos nela anunciado”⁴⁸. A Carta Social Europeia de 1961⁴⁹, revisada em 1996, que tem valor jurídico de tratado internacional, insiste em cada um de seus artigos no compromisso dos Estados de assegurar o “*ejercicio efectivo*” dos diversos direitos em questão. Igualmente deve valer para o direito ao meio ambiente, que também se tornou um direito humano.

Parte integrante da narrativa reunida adiante será ressaltado o princípio da prevenção, numa proposta de *antecipação* do uso das normas como reforço de todas as ferramentas já existentes sobre o meio ambiente, a fim de prevenir qualquer consequência negativa e/ou retrocesso na tutela do meio ambiente. A aplicação preventiva de normas como “nova” ferramenta jurídicas poderá ser uma resposta a esta reflexão.

1.2. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Os princípios que expressam a ideia de prevenção, encontram sua fonte em um corpo mais antigo de direito internacional geral relativo às relações amistosas entre Estados vizinhos. Este corpo mais antigo evoluiu ao longo dos anos, refletindo cada vez mais o surgimento de preocupações ambientais globais e transfronteiriças. De uma perspectiva histórica, o princípio de não causar danos foi o primeiro a surgir⁵⁰.

A adaptação deste princípio às preocupações ambientais resultou na ampliação de seu escopo, bem como, em uma compreensão mais específica de como deveria ser implementado. Era necessário ir além do contexto limitado de dano transfronteiriço ao território de outro Estado. Foi importante clarificar que o dever positivo dos Estados de prevenir danos ambientais não só como parte do território de outrem, mas também, o dever

⁴⁸ Convenção Europeia dos Direitos dos Homens. [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Trail Smelter Case (United States v. Canada). Trail Arbitration, RIAA, vol. III, p 1905-82 (Trail Smelter), p. 1965.

positivo de prevenir danos ambientais por si e em seus próprios territórios. Essa expansão resultou posteriormente no surgimento de um princípio da prevenção mais abrangente.

Por prevenção, nos referimos à necessidade de evitar, sempre que possível, danos ambientais ou mudanças que seriam impossíveis ou de difícil reparação. A formulação atual do princípio da prevenção no contexto ambiental foi introduzida em 1972 no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano:

Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional.⁵¹

Seu conteúdo era tanto um reflexo do direito internacional geral (reafirmando o princípio de não causar dano) quanto uma tentativa de desenvolvimento progressivo dessa área do direito (introduzindo a responsabilidade dos Estados de não causar danos a áreas fora de sua jurisdição). O foco dessa nova perspectiva procura destacar a obrigação de prevenir danos em geral, e não determinar a responsabilidade por danos já causados a outro Estado.

Por exemplo, o artigo 193 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) prevê que “os Estados têm o direito de soberania para aproveitar os seus recursos naturais de acordo com a sua política em matéria de meio ambiente e de conformidade com o seu dever de proteger e preservar o meio marinho”⁵². Esta disposição é precedida pela preservação do meio marinho, seguida de uma declaração mais específica (art. 194, n.º 2)⁵³, que retoma a formulação do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo. O termo, ambiente marinho, não se limita ao território dos Estados ou às áreas sob seu controle, mas inclui também as áreas comuns. Assim, devem ser tomadas medidas para prevenir, reduzir, ou

⁵¹ The principles of international environmental law. [Consult. 13 mai. 2022]. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4216427/mod_resource/content/0/DUPUY%20VINUALES%20-%20Chapter%203.pdf>

⁵² Decreto n.º 99.165, de 12 de março de 1990. [Consult. 11 mai. 2022]. Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535_publicacaooriginal-1-pe.html>

⁵³ “Os Estados devem tomar as medidas necessárias para garantir que as atividades sob sua jurisdição ou controle se efetuem de modo a não causar prejuízos por poluição a outros Estados e ao seu meio ambiente, e que a poluição causada por incidentes ou atividades sob sua jurisdição ou controle não se estenda além das áreas onde exerçam direitos de soberania, de conformidade com a presente Convenção”.

controlar a poluição do meio marinho decorrente das atividades desenvolvidas na “área”, nomeadamente, o fundo do mar em alto mar para além dos limites da jurisdição nacional.

O preâmbulo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática (UNFCCC) e o artigo 3º da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) referem-se à obrigação geral - nos termos do artigo 192⁵⁴ - de “proteger e preservar” em sua versão ampliada, introduzida na Declaração de Estocolmo e posteriormente ressaltada pelo Princípio n.º 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Fundamentando nos Tratados, o princípio da prevenção amplia sua figura nas decisões dos tribunais internacionais:

Princípio 2: Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.⁵⁵

Sem destacar a responsabilidade transfronteiriça, mas sim sob o escopo do aspecto da prevenção, no relevante caso Pulp Mills, o CIJ confirmou ainda mais este princípio e expôs as origens do *princípio de não causar dano*.⁵⁶ A Corte também esclareceu os contornos da obrigação de *due diligence* que flui, por cada Estado, a partir do princípio da prevenção. Embora a análise da Corte se refira às disposições do Estatuto do Rio Uruguai e suas fronteiras, seu raciocínio sugere que o princípio da prevenção requer: (i) uma obrigação de conduta e, mais cooperação para implementação e aplicação de medidas adequadas para a preservação do meio ambiente; bem como (ii) a obrigação de realizar uma avaliação de impacto ambiental onde a atividade proposta possa ter um impacto adverso significativo em um contexto transfronteiriço, especialmente no que diz respeito a recursos compartilhados. Este entendimento foi retomado no parecer consultivo da Câmara dos Fundos Marinhos do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (ITLOS), sobre as responsabilidades e obrigações dos estados patrocinadores de Pessoas e Entidades com relação às atividades na área.⁵⁷ A Câmara refere-se especificamente ao parágrafo n.º 187, da decisão Pulp Mills, para

⁵⁴ “Os Estados tem a obrigação de proteger e preservar o meio marinho”.

⁵⁵ Princípio 2 da Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

⁵⁶ Pulp Mills, n. 20, parágrafos 101 e 185.

⁵⁷ Ibid., parágrafo 110 a 111.

caracterizar a obrigação de “assegurar”, decorrente do artigo n.º 139 da CNUDM, como obrigação “de conduta” ou *due diligence*. Posteriormente equiparado ao que decorre do artigo 194, n.º 2 da CNUDM e, não menos importante, expõe o significado de *due diligence*, especificado a : (i) obrigação dos estados de adotar medidas apropriadas e garantir que sejam razoavelmente aplicadas; (ii) obrigação para realizar uma avaliação de impacto ambiental; e (iii) a obrigação de aplicar a abordagem de precaução não apenas como um requisito dos regulamentos aplicáveis da Autoridade do Fundo Marinho, mas também, como um componente da obrigação de *due diligence* e, possivelmente, do direito internacional consuetudinário.⁵⁸ Todos requisitos anteriores, preventivos.

Previsto no artigo 225.º da CF brasileira, bem como em seu artigo 2.º, incisos I, IV e IX, da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente⁵⁹, “o princípio da prevenção implica então a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos.”⁶⁰

Para o doutrinador Miguel Reale, a eficácia social conduz à ideia de efetividade. Quando há a concretização dos preceitos normativos à realidade social, ou seja, quando a sociedade absorve e aceita a aplicação da norma, ocorre o fenômeno da efetividade.⁶¹

Nas palavras de Barroso, a norma, para ser cumprida, e, assim, efetiva, necessita de alguns elementos como: coercibilidade, objetividade e clareza dos textos; viabilidade econômica; consenso científico; atores envolvidos na elaboração das normas; participação da sociedade. Cada sistema jurídico possui princípios específicos que determinam os requisitos necessários para a efetividade do sistema. Como exemplo, as normas penais detêm de um alto grau de coercibilidade, enquanto, as constitucionais, dependem de um grau menor.⁶²

Em se tratando do Direito Internacional Ambiental, a efetividade pode ser mensurada pelo cumprimento integral dos Tratados, normas, regulamento, Diretivas - por parte dos Estados signatários - ainda que de difícil alcance, em que pese a dificuldade de se obter a

⁵⁸ Ibid., parágrafos 125-35, e 131–135.

⁵⁹ Lei n.º 6.938/1982.

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). 4ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85.

efetividade na aplicação desses instrumentos em razão da diversidade de objetivos, valores, interesses e necessidades dos países.⁶³ No caso dos Tratados, a efetividade é observada na forma de realização em si e no momento posterior de adequação dos Estados ao cumprimento das metas e das regras por eles impostas⁶⁴.

Antônio Herman V. Benjamin preconiza que o Direito Ambiental é – ou deve ser –, antes de mais nada, um conjunto de normas de caráter preventivo. Em todos os segmentos dessa disciplina jurídica o aspecto da prevenção do dano ambiental é ressaltado. A tutela do meio ambiente, através de uma constante e longa evolução, ultrapassou a fase repressiva/reparatória, baseada fundamentalmente em normas de responsabilidade penal e civil, e atingir o estágio atual em que a preocupação maior é com o *evitar* e não somente em como reparar ou o reprimir o dano.⁶⁵

Marcelo Abelha Rodrigues destaca a importância de prevenir danos ambientais, visto que, a depender de sua gravidade, é praticamente impossível revertê-lo. Sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema muitas das vezes jamais poderá ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam.⁶⁶

E sabemos, há variada gama de ferramentas que podem ser utilizadas previamente para evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente: licenciamento ambiental, estudo de impacto ambiental, licença prévia de instalação, a própria fiscalização dos órgãos competentes, diretiva e comunicados (em referência a União Europeia), e um pouco mais recente, documentos *soft law* e os programas de conformidade ambiental (temas chave do presente estudo).

⁶³ CALSING, Renata de Assis. *Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise das CITES, Convenção da Basileia e Protocolo de Quioto*. Dissertação de Mestrado. Brasília, 2005.

⁶⁴ IMPERIALI, Claude (éd). *L'effectivité du droit international de l'environnement – controle de la mise en oeuvre des conventions internationales*. Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires Université d'Aix-Marseille III: Economica, 1998, p. 7.

⁶⁵ In: BENJAMIM, Antonio Herman. *Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa*. In: "Revista Forense." Rio de Janeiro: Forense, 1992, n.o 317, p. 30.

⁶⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ob. cit., p. 203-204.

1.2.1. Não causar dano significativo

Para compreender a origem e o conteúdo do princípio *do no harm* - e, portanto, sua relação com o princípio da prevenção - é útil lembrar seu desenvolvimento histórico. A formulação clássica do princípio de não causar dano, em um contexto ambiental, aparece no Trail Smelter Case (Estados Unidos v. Canadá). Neste caso, o Tribunal declarou que nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de forma a causar danos por fumaça no território de outro ou nas propriedades ou pessoas nele, quando o caso for de grave consequência, e o dano é estabelecido por provas claras e convincentes. Princípios, a saber, como “a obrigação de todo Estado de não permitir conscientemente que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados”. Este princípio foi utilizado como norma primária para determinar a responsabilidade de um Estado por danos causados a outro Estado. E essa compreensão limitada do princípio durou várias décadas.

Na década que se seguiu à adoção da Resolução 1803 (XVII) da Assembleia Geral da ONU⁶⁷, o princípio de não causar danos, passou a ser considerado um corolário do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais. A exploração soberana dos recursos naturais estava, portanto, limitada pelo dever de não causar danos a outros Estados. Embora essa limitação não tenha sido mencionada no texto da Resolução 1803 (XVII), ela foi explicitamente reconhecida em 1972, com a adoção da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. De fato, o Princípio n.º 21⁶⁸ da Declaração de Estocolmo vinculou especificamente o “direito soberano” de um Estado de explorar seus próprios recursos.

É importante sublinhar que o Princípio n.º 21 foi além da simples ideia de dano, referindo-se também ao dever de não causar danos “(...) além dos limites da jurisdição nacional”. Essa referência abriu as portas para uma noção mais abrangente de prevenção. No entanto, essa nova concepção só se tornou parte do direito internacional positivo na década de 1990, quando a CIJ reconheceu, em seu Parecer Consultivo sobre a Legalidade das Armas Nucleares, que o Princípio n.º 21 da Declaração de Estocolmo codificou o direito internacional consuetudinário das décadas de 1970 e 1980, uma concepção limitada do princípio de não causar danos parecia prevalecer.

⁶⁷ Resolução 1803 (XVII) Soberania Permanente sobre Recursos Naturais. [Consult. 09 mai. 2022] Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/res1803-xvii.pdf>.

⁶⁸ “Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar recursos (...)”

O Tribunal no Caso Trail Smelter usou o termo “consequências graves”. No contexto dos esforços de codificação da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (ILC) sobre o “Convenção sobre o Direito das Utilizações dos Cursos d’Água Internacionais para Fins Distintos da Navegação”, referiu-se à obrigação de *não causar dano significativo*.⁶⁹

No Caso das Fábricas de Celulose no Rio Uruguai (Argentina v. Uruguai), a CIJ falou de um “dano significativo ao meio ambiente de outro Estado”,⁷⁰ O Princípio n.º 21 da Declaração de Estocolmo não qualifica o termo *dano* com qualquer adjetivo. Sugere, assim, que a magnitude do efeito ou *dano* deve ser avaliada *in concreto*, com base em critérios, como, a probabilidade de efeitos nocivos significativos para o ambiente ou para as atividades desenvolvidas noutro Estado, a relação entre os custos de prevenção e os potenciais danos, e o real impacto em outros Estados.

Outro exemplo é fornecido pelos casos de Testes Nucleares. Na disputa com testes nucleares atmosféricos realizados pela França no Pacífico Sul, a Nova Zelândia fez um pedido de indicação de medidas perante a CIJ argumentando que, por causa das consequências desses testes, a França violou tanto os direitos de um membro radioativo da Nova Zelândia, quanto a salvaguardar os direitos específicos da Nova Zelândia em nome da comunidade internacional.

Em outro emblemático caso, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)⁷¹, enfatizou a Corte que em matéria de proteção ambiental, a prevenção e vigilância são necessárias tendo em vista o caráter muitas das vezes, irreversível de danos ao meio ambiente, quanto suas limitações inerentes ao próprio mecanismo de reparação. Tais ações revelam-se particularmente importantes quando se trata de preservar o equilíbrio ecológico uma vez que os efeitos das atividades humanas sobre as águas do rio podem afetar outros componentes do ecossistema do curso d’água, fauna, flora e seu leito.

Na União Europeia, o § n.º 2 do artigo 191.º do TFUE estabelece expressamente que a política ambiental “se baseará nos princípios da precaução e da ação preventiva, no princípio da correção dos ataques ao ambiente, preferencialmente na própria fonte, e no princípio do poluidor-pagador”. Isso expressa algo tão elementar quanto “prevenir é melhor

⁶⁹ Artigo 7.º Obrigação de não provocar dano significativo. [Consult. 09 mai. 2022]. Disponível em <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar9-2005.pdf>>

⁷⁰ ICJ. Pulp Mills on the river Uruguay

⁷¹ INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)**. Judgment of 25 September 1997. Haya, 1997. [Consult. 09 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/92>>

que remediar”. Na própria base desta opção está a necessidade de evitar o caráter irreversível típico de muitos danos ambientais.

A abordagem preventiva, considerada mais eficaz e menos onerosa, obriga-nos a agir sobre as causas e não apenas a reparar as consequências nefastas. Naturalmente, esta abordagem tem repercussões indiscutíveis na seleção das técnicas de proteção mais adequadas. Eles se estabelecem, como se verá, diversas formas de intervenção pública que, em geral, permitem o controle prévio de instalações ou atividades que possam causar efeitos significativos para o meio ambiente, seja para preveni-los ou autorizá-los, subordinando seu funcionamento a determinadas condições que estão sujeitos a vigilância permanente.⁷²

⁷² Arinas, R. J. S., **Curso básico de Derecho Ambiental General**. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2015, p. 44.

2. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Em breve retrospectiva sobre o ordenamento jurídico em vigor no Brasil, seguirá o pronunciamento dos pontos de maior interesse, buscando relembrar certas normas de direito material que podem fundamentar e instrumentalizar a projeção pretendida.

Regulador das normalidades e dissuasor de comportamentos desviantes, o Direito Ambiental brasileiro ainda hoje carrega seu caráter reativo, conformado pela realidade dos fatos e, tanto a normalidade jurídica como a atuação da Administração, são consequência (necessária e proporcional) da factualidade relevante e não vai muito além disso. Quando muito, a preocupação com o futuro resume-se aos efeitos preventivos, gerais e especiais, associados a sanções.⁷³

2.1. Das décadas de 30 a 40

A legislação ambiental no Brasil⁷⁴ surgiu para atender as mudanças pelas quais o país passava na década de 1930, por meio de uma visão individualizada. A primeira mudança importante foi a industrialização. Como parte do plano de governo, a fim de facilitar o desenvolvimento do capital industrial, tornou-se necessário regulamentar o uso e a exploração de recursos naturais estratégicos para o desenvolvimento da economia nacional.

Em 1934, foram assinados os Código Florestal, o Código de Águas e o Código de Minas.⁷⁵ Em 1938, um decreto deu origem ao Código de Pesca⁷⁶. A nova legislação ambiental não só tratava os recursos naturais como elementos insubstituíveis e essenciais à qualidade da vida humana, como também ao processo vigente do crescimento econômico.⁷⁷

⁷³ Aragão, A. “Ensaio sobre a prospectividade no Direito Administrativo do Ambiente. A protecção jurídica do futuro”, in: *Conferências | Direito Administrativo* Fezas Vital e Rogério Soares - Cadernos do Centenário do Boletim da Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, 2016, p. 95.

⁷⁴ Desde o descobrimento do Brasil, com base nas ordenações que regeram nossos atos durante muitos anos, já existiam preocupações de se acautelar, de se tutelar o meio ambiente por meio de regras rudimentares, porém, por meio de regras legais. Leia-se as ordenações Afonsinas – *Ordenações afonsinas* - [Consult. 09 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> - e Filipinas – *Ordenações filipinas online* - [Consult. 09 mai. 2022]. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> - de 1603, passando pelas Manuelinas de 1521- *Ordenações manuelinas online* - [Consult. 09 mai. 2022]. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>>. Nestes períodos e durante os séculos seguintes, estávamos preocupados com o meio ambiente em um especto individualizado, sem uma visão holística e sistémica que qualifica hoje essa questão, que só veio a ser uma questão global com a Convenção de Estocolmo em 2001.

⁷⁵ Decretos n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934, n.º 24.642 e n.º 24.643, ambos de 10 de julho de 1934.

⁷⁶ Decreto-Lei n.º 794, de 19 de outubro de 1938.

⁷⁷ Não era uma questão de ambientalismo puro, mas sim da protecção de um ativo económico.

Foram esses códigos que definiram, pela primeira vez no país, as bases da proteção dos ecossistemas florestais, para regular e sustentar o processo de industrialização brasileira. Apenas na década de 1960 tivemos uma retomada da preocupação com a conservação do meio ambiente em meios institucionais com a aprovação do novo Código Florestal⁷⁸, denominada Lei N.º 4.771 de 15 de setembro de 1965, visando, sobretudo, à conservação dos recursos florestais. Em 1967, foi criado o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) com a missão de formular a política florestal no país, bem como, orientar, coordenar, executar ou fazer executar as medidas necessárias à utilização racional, à proteção e à conservação dos recursos naturais renováveis.⁷⁹

2.2. Décadas de 60 a 80

Ao longo das décadas de 1970 e 1980, as questões ambientais ganharam cada vez mais relevância no contexto político, ampliando para uma visão holística do sistema, em virtude da influência da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano⁸⁰ em um contexto global. Foi como um marco, um “divisor de águas” para o início do Direito Ambiental que começaria a se despontar - e de certa forma, o Brasil, capitaneando os países do terceiro mundo. Em terras latino brasileiras, a consequência foi a criação da SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente, como uma resposta a preocupação em cuidar do meio ambiente (hoje, com o evoluir do tempo, tornou-se o Ministério do Meio Ambiente).

Com base nessa vontade de uma defesa mais eficaz do meio ambiente, o BR seguiu com a aprovação da primeira Lei que efetivamente fez a diferença nessa matéria, que foi a Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que só pelo fato de conter em sua ementa o termo “Política Nacional do Meio Ambiente” já dava uma conotação de uma nova postura. Não estávamos mais falando em documentos pulverizados,

⁷⁸ Uma nova versão definia em 50% a área de reserva legal em propriedade na Amazônia e em 20% nos demais biomas, além de criar o conceito de Área de Preservação Permanente (APP). As APPs são áreas sensíveis (topos de morro, encostas muito inclinadas, margens de rios, entornos de nascentes, etc.) cuja vegetação deveria ser mantida intocada pelos proprietários, sem que essa extensão contasse como parte de Reserva Legal. Além de delimitar e definir a área da Amazônia Legal (Estados do Acre, Pará, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e regiões ao norte do paralelo 13° S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44° W, do Estado do Maranhão).

⁷⁹ Art. 2º, do Decreto-Lei 289, de 28 de fevereiro de 1967.

⁸⁰ Primeira conferência internacional organizada pela ONU, a Conferência de Estocolmo, ou Conferência das Nações Unidas pelo Meio Ambiente Humano, ocorrida entre os dias 5 e 16 de junho de 1972.

mas sim, em algo que pretendia tratar sistemicamente a questão ambiental, que apesar de mais de 40 anos de vigência, é tida como um marco muito significativo para o nascimento efetivo Direito Ambiental brasileiro. Definiu exatamente o que é meio ambiente⁸¹, e foi dada legitimação ao Ministério Público em agir em defesa do Meio Ambiente.

Após 1981, vieram atos infra legais, como a resolução do CONAMA 001 (1986), que traçou regras de estudos de impacto. Depois, a resolução n.º 237 de n.º 77 traçando regras do Licenciamento Ambiental nos três níveis de poderes. Lei complementar n.º 1.407/2011, criou o federalismo ecológico repartido (uma serie de regras pertinentes ao LA). A par desse direito posto, longe de termos resolvido nossos problemas em matéria de licenciamento, estamos propondo que se dote o país de um Lei Geral de LA. Apesar de tudo, continuamos assistindo problemas seríssimos em torno da prática em torno da prática do LA: a demora, e o número impressionante de regras⁸².

E a partir daí, mesmo sem uma lei processual adequada, como veio depois, por meio da Ação Civil Pública, o MP conseguiu ajuizar importantes ações como a “Ação de Cubatão”⁸³. Em seguida, a Lei n.º 7.347, de 1985, a Lei de Ação Civil Publica que ao lado da lei material, trouxe a lei processual, tornando mais eficaz a busca da defesa do direito transindividual.

2.3. Pós constituição de 1998

Sendo notadamente fortalecidas pela Constituição de 1988 que, entre outros aspectos, trouxe enormes avanços em várias matérias, não só tendo um capítulo próprio do Meio Ambiente (cap. 6º, Título 8º), mas reforçando o papel do MP, da ACP, das entidades ambientalistas, a CF/88 calhou trazer um respaldo muito maior para um trabalho efetivo em defesa do meio ambiente aos atores públicos e permitiu a criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - em 1989. O IBAMA passou

⁸¹ “O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

⁸² Um trabalho da Confederação Nacional das Indústrias sobre LA revela que temos, entre os 3 níveis de poder, extensa complexidade da legislação referente ao licenciamento ambiental, com cerca de 27 mil normas. [Consult. 19 abr. 2022]. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/20/c4/20c4f882-0f6d-4926-9649-d065392d3ad9/o_licenciamento_ambiental_e_sua_importancia_para_a_industria.pdf.

⁸³ Ação Civil Pública. Processo n.º 0000025-24.1986.8.26.0157. [Consult. 15 jul. 2022]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=4DZ2E000P0000&processo.foro=157&processo.numero=0000025-24.1986.8.26.0157>

a ter a missão de formular, coordenar e executar a Política Nacional de Meio Ambiente. Logo após, em 1992, tais atribuições foram delegadas ao recém-criado Ministério do Meio Ambiente, enquanto restaria ao Ibama uma atuação mais voltada para a fiscalização.

Em 1989, promulgada a Lei dos Crimes Ambientais, e por fim, a Lei n.º 9.605, fechou o cerco contra o poluidor. Já tínhamos outras⁸⁴, mas com regras de cunho material e processual num âmbito civil. A Lei de Crimes Ambientais trouxe o acento constitucional e as normas infraconstitucionais, torna-se um ramo mais “desenvolvido” do direito.

Na década de 1990, foi estabelecida a Lei das Águas (Lei n.º 9.433) visando preservar a vasta, porém mal distribuída, riqueza de recursos hídricos do país. A Lei considera a água como bem público e limitado, dotado de valor econômico. O objetivo dessa lei era sistematizar uma Política Nacional de Recursos Hídricos. Ambos têm atuação relacionada aos territórios das bacias hidrográficas, mesmo que ultrapassando os limites político-administrativos das Unidades Federativas.

O Congresso Nacional aumentou a largura das APPs dos leitos de cursos d’água, em 1996, uma medida aumentou a área das reservas legais para 80% na Amazônia e 35% no Cerrado. Porém, todas as restrições legais não tinham praticamente nenhuma aplicação prática, pois a despeito do Código Florestal, a violação dessas demarcações não era tratado como crime até 1998.

Com a aplicação severidade das penas previstas, a partir de 2008, a restrição do financiamento para proprietários que não cumprissem o Código, parlamentares e entidades ligadas aos interesses da produção agropecuária começaram a enviar ao Congresso Nacional diversas propostas de modificação do Código Florestal, para torná-lo mais flexível.

Ainda assim, transformações importantes seguiram, com a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), em 2007, a partir do desmembramento do Ibama – agora responsável apenas pelo licenciamento ambiental, controle da qualidade ambiental e autorização/fiscalização do uso dos recursos naturais, preza especificamente pela gestão e proteção de Unidades de Conservação, orientando-se para políticas de uso sustentável e para a administração do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

⁸⁴ Leis n.º 6.938 e a de n.º 7.347.

Em 2011 (depois de 17 anos tramitando no Congresso), foi aprovada a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil. Elaborado com a participação dos diversos setores interessados, o instrumento presente encara o desafio de dar destinação adequada aos resíduos produzidos nos municípios.

Sem mais delongas, por toda sua trajetória, o Brasil já é parte em inúmeras convenções internacionais de proteção do meio ambiente, tanto do sistema das Nações Unidas, quanto de contextos regionais, como também o Mercosul. Há, portanto, em tudo isso matéria ligada, direta, ou indiretamente, interesses e direitos vinculados à proteção do meio ambiente. Exemplificativamente, podem ser citados (em ordem cronológica) os seguintes tratados em matéria ambiental dos quais o Brasil é parte⁸⁵:

Tabela 1

Evolução cronológica de outros tratados em matéria ambiental que o Brasil fez/é parte

Legislação	Ano	Promulgação/Ementa
Convenção para a Regulamentação da Pesca da Baleia]	1931	Decreto n.º 23.456/33 – Decreta o Código das Águas
Convenção para proteção da fauna e da flora e das belezas cênicas naturais dos Países da América	1940	Decreto n.º 58.054/66°
Convenção para a Regulação da Pesca da Baleia (com emendas)	1946	Decreto n.º 75.963/75
Tratado da Antártica	1959	Decreto n.º 75.963/75
Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares	1963	Decreto n.º 911/93
Tratado de Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água ^a	1963	Decreto n.º 58.256/66
Convenção Internacional para Conservação do Atum e Afins, do Atlântico	1966	Decreto n.º 412/69
Tratado da Bacia do Prata	1969	Decreto n.º 81.351/78
Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo ^b	1969	Decreto n.º 79.437/77
Tratado sobre a Proibição da Colocação de Armas Nucleares e Outras Armas de Destruição em Massa no Leito do Mar, e no Fundo do Oceano e em Seu Subsolo	1971	Decreto n.º 97.211/88
Convenção para a Conservação das Forças Antárticas	1972	Decreto n.º 66/91
Convenção sobre a Proibição do	1972	Decreto n.º 77.374/76

⁸⁵ Muitos outros, certamente, acrescentar-se-ão a esse rol, ampliando cada vez mais o leque da normatividade de proteção ambiental.

Desenvolvimento, Produção e Armazenamento de Armas Biotecnológicas (Biológicas) e de Toxinas, e Sua Destruição		
Convenção sobre Prevenção de poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias	1972	Decreto n.º 87.566/82
Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção	1973	Decreto n.º 76.623/75
Convenção Internacional para Prevenção da Poluição Causada por Navios	1973	Decreto n.º 2.508/98
Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios ^c	1973	Decreto n.º 2.508/98
Convenção sobre a Proibição do Uso Militar e Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental ^d	1976	Decreto n.º 225/91
Tratado de Cooperação Amazônica	1973	Decreto n.º 85.050/90
Convenção sobre a Conservação de Recursos Vivos Marinhos Antárticos	1980	Decreto n.º 93.935/87
Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar	1982	Decreto n.º 99.165/90 ^e
Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio	1985	Decreto n.º 99.280/90
Ajustes do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio - adotados em Helsinki.	1990	Decreto n.º 181/91
Convenção sobre Pronto Notificação de Acidentes Nucleares	1986	Decreto n.º 9/91
Convenção da Basileia sobre Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e Seu Depósito	1989	Decreto n.º 875/93
Convenção Internacional sobre Preparo, a Preservação, Resposta e Cooperação em Caso de poluição por Óleo	1990	Decreto n.º 2.870/98

Fonte: Elaboração da autora.

Nota. ^a Também conhecido como Partial Test Ban.

^b Também chamada de Civil Liability Convention.

^c Conhecida como “Convenção MARPOL”.

^d Conhecida como “ENMOD Convention”.

^e Declarada em vigor no Brasil pelo Decreto n.º 1530 de 22 de junho de 1995 (Convenção “Montego Bay”).

Conquanto, a proteção do meio ambiente não é matéria reservada ao domínio exclusivo da legislação doméstica dos Estados, mas é dever de toda a comunidade internacional, a Declaração de Estocolmo de 1972, como bem leciona José Afonso da Silva, “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do

Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados”.⁸⁶

Antes da Conferência de Estocolmo, o meio ambiente era tratado, em plano mundial, como algo dissociado da humanidade. A Declaração de 1972 conseguiu, portanto, modificar o fofo do pensamento ambiental do planeta, mesmo não se revestindo da qualidade de tratado internacional, enquadrando-se, ao lado das várias outras declarações memoráveis das Nações Unidas – de que são exemplos a Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 (no campo dos direitos humanos) e a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (na esfera da proteção internacional do meio ambiente) – no âmbito daquilo que se convencionou chamar de *softlaw* ou *droit doux* (direito flexível), governado por um conjunto de sanções distintas das previstas nas normas tradicionais, em contraponto ao conhecido sistema do *hard law* ou *droit dur* (direito rígido). Será, portanto, tratado adiante, a acepção daquelas que visam regulamentar os riscos e comportamentos futuros por parte dos Estados e/ou empresas. Algumas sem deter do *status* e da obrigatoriedade de vinculação impostas por várias leis, permitirá, de maneira flexível, a conscientização e adoção das medidas preventivas.

⁸⁶ José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 67

3. GOVERNANÇA AMBIENTAL: DO ESVALIZAMENTO DA SOBERANIA DOS ESTADOS DIANTE DOS NOVOS HORIZONTES JURÍDICO

Presente na terceira geração dos direitos humanos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental inscrito no art. 225 da CF/88. Interesse empresariais não podem levar em consideração apenas motivações econômicas, vez que “instrumentos judiciais de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente”⁸⁷

Há uma proliferação de estruturas administrativas autônomas e geograficamente afastadas umas das outras. Essa ausência de integração se apresenta como um obstáculo à efetividade das normas internacionais de proteção do meio ambiente.⁸⁸

E a governança ambiental mundial não está à altura dos problemas ambientais que devem ser enfrentados pela humanidade. Mesmo entre aqueles que julgam que a criação de uma Organização Mundial de Meio Ambiente não é necessária, existe um consenso sobre a ausência de integração entre as Convenções Internacionais que versam sobre a proteção ambiental.

O impulso inegável experimentado pela governança ambiental global traz a espinhosa questão da efetividade do direito ambiental para o centro de nossas preocupações. Esta questão está cada vez mais arraigada nos debates acadêmicos e profissionais em direito ambiental, e dá origem a um certo número de variadas análises que buscam qualificar e quantificar o grau de eficácia dos instrumentos jurídicos e jurídicos voltados à proteção do meio ambiente.

A substituição de medidas repressivas, proibitivas e sancionatórias por instrumentos de promoção do cumprimento voluntário das diretrizes legais e regulamentares ou até de *soft regulation* (códigos de ética, boas práticas, etc.) — referimo-nos ao que a doutrina hoje denomina como instrumentos de *steering* (direção ou orientação)⁸⁹ — é essencial em áreas onde os danos decorrentes da violação das normas são difíceis ou impossíveis de reparar —

⁸⁷ ADI n.º 3.54º-MC, relator ministro Celso de Melo.

⁸⁸ Cureau, Sandra. *Por que uma organização mundial de meio ambiente?* Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável. p. 136

⁸⁹ Promover a utilização de instrumentos alternativos ou complementares às tradicionais normas jurídicas coativas, que, em vez de procederem de uma autoridade reguladora externa (em princípio legitimada a partir de uma base democrática), são essencialmente desenvolvidas internamente pelas instituições (públicas e privadas), no âmbito da designada *responsive (self-)regulation*, e a partir da interligação entre aspectos organizatórios e procedimentais com dimensões materiais, no intuito de assegurar o cumprimento de regras e princípios legais e/ou objectivos de políticas públicas. Este “modo de regulação”, que surge no contexto da expansão da privatização econômica, acompanhada da desregulação e (re)regulação pública, tem-se revelado especialmente eficaz, sobretudo quando acompanhado de meios de *enforcement* das medidas regulatórias adotadas. AYRES, Ian; BRAITHWAITE. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York. 1992, 101.

se atentarmos na perspectiva das políticas públicas — bem como nas situações em que as sanções são especialmente onerosas para os infratores — se projetarmos a questão no plano das razões da adesão dos agentes económicos a estes instrumentos.

Iniciativas na Europa de traçar algo semelhante vem sendo cada vez mais reconhecido através de processos formais, tanto que o Tratado de Lisboa faz referência formal a correção⁹⁰.

Empresas multinacionais estão escapando da capacidade dos Estados as controlarem. Mas também reguladores privados estão operando nessa ampla escala global e exercendo uma forma de controle privado. Leis Estaduais são cada vez mais marginalizadas na resolução de disputas comerciais, vemos hoje outra forma de isolamento, a separação do Estado da sua capacidade de regular o poder corporativo.

Como leciona Habermans, ainda que o conceito de soberania do direito internacional clássico resulta o princípio fundamental da não intromissão nos assuntos internos de um Estado reconhecido internacionalmente, “o princípio da não-intromissão foi enfraquecido pela política de direitos humanos”⁹¹ implementadas nas últimas décadas.

O mundo está ficando mais complexo sob o ponto de vista, inclusive, do direito constitucional. O Estado regula o poder privado que é hoje muito mais complexo. É preciso repensar a doutrina da ação estatal e aplicar normas constitucionais aos atores privados - aplicação vertical da constituição - aplicação de princípios horizontalmente, mesmo porque, pode ser que o ator privado ou ator nacionalmente privado esteja exercendo funções públicas. É preciso deixar o pensamento do constitucionalismo vertical. É preciso afrouxar o elo entre constituição e território. Quem sabe um ator que opera de maneira uniforme em todo o mundo, que poderá invocar princípios por meio de um regulador privado transacional.

3.1. Breves considerações do *compliance* em um mundo globalizado

O contexto atual que vive a sociedade enquanto comunidade de risco, é movida não apenas por crises ambientais e comerciais, mas também uma crise de governança global, envolvendo diferentes atores e instituições. Hoje, não se pode mirar para essa questão somente pela perspectiva de punição individual estatal sem olhar o contexto em que surgem

⁹⁰ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Autorregulação e correção no quadro legislativo comunitário» (parecer de iniciativa) (2015/C 291/05).

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168.

as novas formas de regulações, que muitas das vezes chegam a questionar a soberania dos Estados e o desenho do direito clássico em sua capacidade de mitigar todos estes conflitos.

Esse contexto é o da globalização. A globalização divide o mundo e ao mesmo tempo o força a agir de modo cooperativo, enquanto comunidade de risco. O atual sistema jurídico deve se adequar as mudanças sociais, principalmente em relação a internacionalização⁹² das transgressões ambientais, que se expandiu e corporativizou-se. Seus processos tornam as sociedades modernas, cada vez mais vulneráveis, e põe em xeque os pressupostos essenciais do direito internacional em sua forma clássica – a soberania dos Estados e a rígida separação entre política interna e externa. O sistema jurídico ambiental punitivo, se considerado individualmente, é inoperante para atender a atual delinquência socio-econômica-ambiental.

E é aí que os atores não estatais como empresas transnacionais e bancos privados com grande influência internacional, assumem as regulações de suas atividades e esvaziam a soberania dos Estados nacionais, por meio do *compliance* e *self-regulations*.

Em relação aos programas de *compliance*, destacam-se os 9 (nove) pilares que norteiam a segurança de uma empresa e uma ferramenta opcional para preenchimento das lacunas que o Estado já não mais comporta, sendo eles: a) Suporte da alta administração; b) Avaliação de riscos; c) Código de conduta; d) Controles internos; e) Treinamento e comunicação; f) Gestão de terceiros (*due diligence*); g) Canal de denúncia; h) Investigação Interna; i) Auditoria e revisão de melhorias⁹³.

Seu pilar fundamental que é a avaliação de riscos. Na Europa fala-se em “códigos éticos” (normas de conduta que os funcionários têm de seguir) com o fim de evitar o cometimento de ilícitos dentro da Empresa. Em Portugal há um código nesse sentido, o “governo das sociedades” e foi adotado pelo IPCG (Instituto Português de Corporate Governance). No fundo, esses códigos vão determinar as regras de boa governança.⁹⁴

No que tange as práticas de anticorrupção e ética nos negócios, a governança é avaliada por meio da verificação das medidas adotadas pelas organizações, como publicação

⁹² RODRIGUES, Anabela M. Globalização, democracia e crime. pp. 283. In Costa, José de Faria; Silva, Marco Antônio Marques da (org.) *Direito penal especial processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. Quartier Latin. São Paulo, 2006.

⁹³ GARBACCIO, Grace; LAGES, Douglas. Os Princípios do Equador como mecanismos fortalecedores de investimentos sustentáveis: O *compliance* do investimento. In ARAGÃO, Alexandra; GARBACCIO, Greice (org.): *Compliance e sustentabilidade: perspectivas brasileira e portuguesa*. Coimbra. Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2020.

⁹⁴ Em Janeiro de 2018 entrou em vigor o Código de Governança Corporativa, que parte do princípio “*comply or explain*”.

de Código de Conduta, políticas de relacionamento institucional e as regras do próprio *compliance*.⁹⁵

3.1.1. Princípio da territorialidade e a ameaça a soberania do Estado

A organização das empresas comerciais para fins de operação além-fronteiras é variada. Não é possível nem especificar todas as opções possíveis. Por motivos de simplicidade, este relatório discutirá um cenário comum: uma empresa multinacional, a corporação A, é legalmente organizada e sediada no Estado A (geralmente referido como o Estado “de origem” da empresa multinacional). Por uma combinação de razões comerciais e legais, ele forma uma subsidiária, corporação B, legalmente organizada, com sede e realiza substancialmente todos os seus negócios no Estado B. As atividades da Corporação B são basicamente controladas pela corporação A. Os acionistas da corporação B são a corporação A e alguns investidores locais nacionais do estado B. Grande parte dos lucros da empresa B é repatriada para o Estado A, e alguns dos ativos da empresa B são mantidos no Estado C.⁹⁶

Nesse mundo imperfeito, pode-se imaginar que as operações da corporação B causam danos ambientais significativos no Estado B. Essas violações podem incluir poluição da água em uma cidade onde a corporação B tem uma fábrica, ou até mesmo empregando trabalho escravo, vendendo armas para milícias que as usarão para massacrar civis e cometer qualquer outro tipo de o mal que pode ser considerado uma violação dos direitos humanos (amplamente interpretado). Esta lista de exemplos é citada para incluir violações cometidas a mando do Estado, bem como pela corporação; violações de regras que fazem parte do direito internacional humanitário (o direito dos conflitos armados) e do direito geral dos direitos humanos; danos significativos ao meio ambiente atingindo os direitos coletivos (por exemplo, a um ambiente seguro).⁹⁷

⁹⁵ LAENDER, Vinicius M. Os indicadores ESG (environmental, social and governance) divulgados por meio de relatos de Sustentabilidade como paradigma atual para investimentos financeiros em empresas e a sua regulação no Brasil e na União Europeia. p. 74, In: ARAGÃO, Alexandra; GARBACIO, Greice (org.) *Compliance e sustentabilidade: perspectivas brasileira e portuguesa*. Coimbra. Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2020.

⁹⁶ GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 10

⁹⁷ Ibidem.

Pode-se também imaginar diferentes níveis de participação da empresa A nos crimes: seus altos executivos ou funcionários de baixo escalão podem ter: dirigido e / ou participado das violações, expressamente perdoou as violações, conhecidas pelas violações e tacitamente as perdoaram, das violações, mas não fez nada, suspeitou das violações sem investigar para descobrir mais, não sabia nada, mas deveria saber das violações, etc. atitude sem dizer isso diretamente, pode ter recusado ou deixado de montar a fábrica para operar com segurança ou para treinar o pessoal da empresa B, pode não ter dado nenhuma orientação sobre essas questões ou pode ter incentivado práticas seguras. O pessoal da Corporação B pode ter participado ativa e voluntariamente dos abusos, ou se opôs a eles, ou pode ter denunciado a eles. Esses níveis de participação nas violações dos direitos humanos foram escolhidos para ilustrar as várias maneiras de atribuir a conduta individual às empresas mostradas nos relatórios nacionais.⁹⁸

A reparação legal de um dano ambiental por atores corporativos transnacionais permanece dependente da jurisdição de seu território, que a depender, pode ser muito limitada se comparada as normas de cunho internacional.

E quando falamos sobre regras tradicionais de jurisdição, estamos discutindo leis que se desenvolveram ao longo dos séculos, assumindo sua forma atual em grande parte no século XIX e no início do século XX. A criminalização das atividades corporativas é, em geral, um fenômeno mais recente. No entanto, no terceiro quarto do século XX, muitos Estados, pelo menos no mundo do direito consuetudinário, introduziram o conceito de responsabilidade criminal corporativa por meio de estatuto ou lei. Meu ponto de divisão entre as regras jurisdicionais tradicionais e as mais recentes sobre o crime corporativo será aproximadamente o final do século XX, quando tratados que exigem que os Estados criminalizem certas atividades também começaram a exigir que as empresas sejam responsabilizadas pelo mesmo conjunto de atos, criminais, civis ou administrativos.⁹⁹

Existem também algumas doutrinas importantes, específicas da responsabilidade corporativa. Alguns relatórios nacionais também mostram limites específicos da legislação nacional sobre responsabilidade por crimes ambientais corporativos. Alguns Estados limitam essa responsabilidade com autuações. Algumas leis nacionais mostram que quem

⁹⁸ GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 11.

⁹⁹ Ibidem.

está envolvido em uma decisão corporativa é vital para determinar a responsabilidade corporativa.¹⁰⁰

Qualquer uma dessas regras de direito nacionais pode, no contexto da lei de um determinado Estado, limitar a responsabilidade reparadora da empresa-mãe. Como o Relatório Nacional da Austrália afirma, as regras de criminalidade corporativa podem conter “desvios específicos das regras gerais de responsabilidade.”¹⁰¹ Este relatório discute doutrinas do direito penal na medida necessária para mostrar o relacionamento de uma decisão de exercer jurisdição (de qualquer tipo) sobre a empresa controladora com a capacidade de reparar o que foi feito de errado.

A criação de uma lei do crime ambiental corporativo exige autoridade em uma entidade - seja um Estado ou uma entidade transnacional ou global - para fazer uma lei que regula ou proíbe certas condutas da corporação ou daqueles que agem por ela.¹⁰² Para satisfazer o princípio da legalidade, essa autoridade deve ter sido exercida antes da conduta em questão. Ou seja, deve ter havido um exercício de jurisdição legislativa aplicável ao evento específico e à pessoa física ou jurídica acusada. O exercício da jurisdição legislativa também deve autorizar multas que, explícita ou implicitamente, prevejam a possibilidade de sanções reparadoras.¹⁰³

A lei internacional reconhece que uma empresa subsidiária criada de acordo com a lei de um Estado é uma pessoa coletiva separada de uma empresa-mãe criada de acordo com a lei de um Estado diferente. Isso é verdade mesmo que a empresa-mãe seja o único proprietário das ações da subsidiária. Em geral, o direito internacional reconhece uma corporação criada de acordo com a lei de um Estado como uma pessoa coletiva ou artificial separada de seus proprietários de outros Estados, independentemente de esses proprietários serem pessoas físicas ou jurídicas. A lei nacional geralmente reconhece a personalidade separada das empresas, e seus proprietários, independentemente da nacionalidade de ambos.

104

¹⁰⁰ Ibidem, p.12.

¹⁰¹ GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 12.

¹⁰² A ideia de “entidade transnacional ou global” inclui comunidades de Estados e outros atores que contribuem para a construção do direito internacional consuetudinário e princípios gerais do direito. Cf. o “Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, art. 15º, n.º 2.

¹⁰³ Ibidem, art. 12º, n.º1.

¹⁰⁴ GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*”

Isso tem consequências para o direito internacional da jurisdição prescritiva e adjudicativa sobre as corporações. As consequências podem ser descritas no exemplo acima: O Estado A é o Estado de “origem” de uma corporação A que faz negócios transnacionalmente. O Estado B é o Estado “anfitrião” de alguns dos interesses comerciais da empresa A. Todos esses interesses envolvem propriedades e propriedades da empresa B, uma subsidiária da empresa A. A empresa B, no entanto, é organizada de acordo com as leis do Estado B.

Na tradição jurisdicional, o Estado A claramente tem jurisdição para prescrever as leis para as atividades territoriais da corporação A através da jurisdição territorial. Também tem jurisdição para prescrever leis para as atividades extraterritoriais da corporação A, pois a corporação possui caráter nacional do Estado A. Entretanto, a corporação B tem o caráter nacional do Estado B. Portanto, o Estado A não pode simplesmente exercer jurisdição para prescrever leis para as atividades da corporação B. Essas atividades não são realizadas no território do estado A, nem são realizadas por um nacional do Estado A. Essa é a razão pela qual a separação de pessoas jurídicas é tão importante para questões de proteção de pessoas físicas contra violações de direitos humanos.¹⁰⁵ Este é um ponto.

Outros crimes que são reconhecidos (ou que serão reconhecidos) no direito internacional como violações dos direitos humanos (que podem ser cometidos por entidades comerciais) são violações sistemáticas e graves de degradação do meio ambiente e nas proximidades. E quase em sua totalidade de vezes, ainda não são reconhecidos pelo direito internacional consuetudinário como originários de jurisdição criminal universal. Como resultado, esses crimes são limitados às formas de jurisdição autorizadas nos Tratados relevantes ou no direito internacional, particularmente restringido a sua jurisdição territorial e de nacionalidade.

A partir dessa aplicação das regras “tradicionais”, é possível perceber criticamente, que os Estados de origem das empresas multinacionais e os países anfitriões de suas subsidiárias, filiais ou outras entidades relacionadas usam o direito ambiental como uma ferramenta a favor das violações do direito ambiental (internacional). Seria o *compliance*

Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 14.

¹⁰⁵ GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 14.

uma solução antecipatória ao cometimento dos crimes ambientais regionais cometido pelas grandes corporações?

3.1.2. Princípios de *Ruggie*

Os documentos das Nações Unidas estabelecem uma estrutura para fornecer soluções para violações da lei internacional de direitos humanos (a lei geral que protege os direitos humanos) e da lei humanitária internacional (lei de conflitos armados). Essa estrutura inclui soluções para violações cometidas por empresas e outras chamadas pessoas jurídicas. Esses documentos não criam quaisquer obrigações internacionais para Estados, indivíduos ou organizações empresariais. São os chamados instrumentos de *soft law* internacional.

Basicamente, o primeiro trata-se dos “Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Remédio e Reparação para Vítimas de Violações Graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Violações Graves do Direito Internacional Humanitário”,¹⁰⁶ da Assembleia Geral da ONU. Isso inspirou-se em vários tratados e outros documentos internacionais que criam ou afirmam o dever de remediar vítimas de violações do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.¹⁰⁷

O segundo – e que vem ganhando cada vez mais destaque no cenário internacional – são os “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”¹⁰⁸ adotados em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Este documento é conhecido como *Princípios de Ruggie* em referência ao Representante Especial do Secretário-Geral sobre Empresas e Direitos Humanos, John Ruggie, que os desenvolveu. Por visarem especificamente a melhorar as práticas de negócios, este segundo princípio vem a ser mais especializado que os “Princípios Básicos de 2005”. Dentro do contexto comercial, os *Princípios de Ruggie* são mais abrangentes, porque abordam sistematicamente a prevenção de abusos e a solução, estabelecendo, inclusive, a inclusão dos direitos humanos em seu interior:

“The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning

¹⁰⁶ “Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a reparação e reparação de vítimas de violações graves do direito internacional dos direitos humanos e violações graves do direito internacional humanitário”, adotado e proclamado pela resolução 60/147 da Assembleia Geral, de 16 de dezembro de 2005, pp. 18-23.

¹⁰⁷ *Ibidem*, preâmbulo.

¹⁰⁸ *Princípios de Ruggie*, 2011.

fundamental rights set out in the International Labour Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.”¹⁰⁹

O enquadramento dos direitos humanos e seu uso como argumento ajuda a apoiar a busca de um objetivo mais forte e amplo. Tais princípios são projetados para preencher as lacunas, e recomendam a responsabilidade corporativa de remediar quaisquer violações de direitos humanos que ocorram. Em particular, eles exigem que os Estados disponibilizem recursos judiciais para vítimas de violações de direitos humanos e que eles e empresas também ofereçam meios extrajudiciais para remediação.¹¹⁰

A discussão deste relatório concentra-se em questões jurisdicionais que surgem em casos de violações de direitos. Visam ao monitoramento voluntário, sistemático e proativo dos direitos humanos (incluindo o meio ambiente) e à conformidade das normas pelas entidades comerciais. No entanto, eles reconhecem que essa conformidade depende, em grande parte, da existência de leis rígidas e de mecanismos legais baseados no Estado para garantir a conformidade.¹¹¹ Aqui talvez resida a dificuldade, entretanto, ao passo que a autoridade de execução poderá apresentar o maior desafio de obter reparação através da responsabilidade criminal corporativa.

Primeiro, porque a regra tradicional é que a jurisdição de execução - incluindo a autoridade legitimada para apreender bens ou até mesmo aquela competente para gerir o processo - é inteiramente territorial. Não pode ser exercido no território de outro Estado sem “permissão”. Esta é uma regra do direito internacional público que todos os Estados reconhecem.

Em segundo lugar, tradicionalmente, os estados não aplicarão a lei de crimes ambientais ou julgamentos penais de outros Estados.¹¹² Essa é uma regra geralmente seguida pelos Estados sob suas próprias leis, mas não é obrigada pelo direito internacional público.¹¹³ Como resultado, a lei nos tratados internacionais e nacionais precisaria ser ajustada para considerar a aplicação de uma norma de linguagem única, efetiva e como uma ferramenta útil para promover a prevenção dos riscos de uma gestões mal governadas.

¹⁰⁹ *Princípios de Ruggie*, 2011, n. 12.

¹¹⁰ *Ibidem*, parte II (11 e 12) e III.

¹¹¹ *Ibidem*, n. 25 e 26.

¹¹² GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017. p. 18.

¹¹³ *Ibidem*.

Um Estado de Direito global exige procedimentos para resolver inconsistência entre a pluralidade de sistemas legais e fontes de direito penal internacional. A harmonização dessas regras é um método para reduzir inconsistências.

4. UNIDADE, EFETIVIDADE E O AVANÇO DO COMPLIANCE NO DIREITO DO AMBIENTE

4.1. *Compliance* no direito brasileiro

Segundo o IBGC¹¹⁴, governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, tendo envolvimento dos sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e todos os demais interessados.

Dentro de uma empresa, o exercício dos poderes de governança depende da adoção de um sistema de avaliação, identificação e controle de riscos que circundam a gestão dos recursos nela investidos.¹¹⁵ Em outras palavras: a governança deve identificar a probabilidade da ocorrência de cada risco e aferir o impacto que esta poderá causar aos ativos empresariais e no seu entorno.¹¹⁶

A Teoria da Administração ensina que, o Conselho de Administração, em primeiro grau, e os executivos corporativos, em segunda grau, têm o poder-dever de governança, criando a necessidade de um sistema de informações e controles que asseguram a boa e responsável gestão dos recursos corporativos; responsabilidade interna e perante terceiros. Sendo assim, no exercício do poder-dever de governança também é exigido o desempenho de uma função social pela empresa, refletida na preocupação com o universo mais amplo que aquele representado pelos sócios e acionistas da companhia, pois, as decisões empresariais atingem um vasto número de pessoas com as quais a empresa se relaciona permanentemente (empregados, fornecedores, consumidores, clientes, governos e comunidades), além de impactar sobremaneira o meio ambiente.¹¹⁷

O parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas (6.404/76) dispõe:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalha e para com a

¹¹⁴ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa.

¹¹⁵ MARTIN, Nilton, C.; SANTOS, Lillian, R; DIAS FILHO, José Maria. Governança empresarial, riscos e controles internos: a emergência de um novo modelo de controladoria. *Revisra Contabilidade e Finanças*. Nº. 34, jan/abr 2004, p. 7-22. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rcf/v15n34/v15n34a01.pdf>>.

¹¹⁶ CULP, C.L. *The Art of Risk Management*. John Wiley & Sons, 2002.

¹¹⁷ ACP n.º 1035519-02.2020.4.01.3800 [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/inicial-acp-vale-anm-cvm.pdf>>

comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

O texto legal traz a imposição ao controlador do uso do poder associado a uma finalidade que, vai muito além da consecução de seu objeto social, devendo estar *compliance*, estar desempenhando uma função social, o que pressupõe uma atuação imbuída de valores, e não que somente busque auferir lucro.¹¹⁸

A ideia de *compliance* da atividade empresarial-econômica abarca múltiplas dimensões, aqui nos importando, principalmente, o respeito aos direitos humanos, entre os quais, o direito ao meio ambiente, conforme estatui a Constituição da República Brasileira¹¹⁹, que traz deveres de singular importância, que serão desempenhados mediante a elaboração de uma série de procedimentos, mas, principalmente, a partir de uma mudança na própria cultura corporativa.

Um dos marcos históricos internacionais na germinação do *compliance* foi o caso Watergate¹²⁰, emblemático a revelar fragilidades ou vulnerabilidades no sistema regulatório estatal, com distorções na utilização de instrumentos públicos para fins privados ilícitos. A necessidade de conformação das atividades, originárias do escândalo Watergate, em que se buscou uma regulação e fiscalização das relações entre Poder Público e particular, com o intuito de se evitar, identificar e mitigar riscos de corrupção, ultrapassou preocupações restritas à condução do setor público para transformar aspectos relevantes no campo concorrencial e reputacional privados.

Robert Lee Segal, exemplifica que, para ser *compliance*, há que se implantar um programa, tendo como pilares: envolvimento da alta administração; diagnóstico da organização; planejamento; elaboração de código de conduta e instituição de uma política de *compliance*; adoção de mecanismos de controle internos; adoção de diligência adequada – *due diligence* - através da qual se verifica o comportamento das possíveis organizações parceiras e treinamento contínuo.¹²¹

¹¹⁸ ACP n.º 1035519-02.2020.4.01.3800. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/inicial-acp-vale-anm-cvm.pdf>> .

¹¹⁹ Art. 170 CR/88. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... VI – defesa do meio ambiente;**

¹²⁰ BLOK, Marcella. *Compliance* e governança corporativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ferreira Bastos, 2018, p. 31.

¹²¹ SEGAL, Robert Lee, COMPLIANCE AMBIENTAL NA GESTÃO EMPRESARIAL: distinções e conexões entre *compliance* e auditoria de conformidade legal.

Dentro da compreensão do conceito de *compliance* aplicado ao Direito Ambiental, há três perspectivas que contribuem para discussão do tema: (i) perspectiva geral existente na legislação do conceito de *compliance*, especialmente sob os preceitos da Lei Anticorrupção e regulamento; (ii) a perspectiva de aplicação prática do conceito geral de *compliance* no Direito Ambiental; e (iii) a perspectiva para estrita aplicação do Direito Ambiental.¹²²

A previsão legal inicial e mais abrangente ocorreu com o advento da Lei n.º 12.846/2013 – em vigor em 2014 e regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015 – conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, a partir do qual tornou-se possível a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.¹²³

A segunda perspectiva considera os princípios, preceitos e legislação ambientais, de forma menos cartesiana, dado o foco do conceito e, conseqüentemente, sua aplicação prática deixam de ser sobre os predicados típicos, tomados sob a primeira perspectiva. Os predicados a serem considerados fundam-se naqueles princípios típicos do Direito Ambiental, tais como a observância da legalidade e princípios como o da prevenção e da precaução e da sustentabilidade.

E a terceira perspectiva, que seria a aplicação estrita do *compliance* em matéria ambiental. E embora o Projeto de Lei n.º 5.442/2019¹²⁴ tenha sido recentemente apresentado, não há de fato construção pacífica pelos doutrinadores e teóricos, e tampouco legislação concretizada em nosso ordenamento jurídico de *compliance* em Direito Ambiental, remanesce sob este olhar, larga brecha para necessária construção, tanto teórica quanto prática, de mecanismos que viabilizem a aplicação mais eficiente do conceito de *compliance* nas relações de Direito Ambiental, com o objetivo de atingir maiores resultados na prevenção de riscos e passivos ambientais.

Lado outro, o *compliance* também se afirma como a estratégia corretiva, voltada para o ajuste, aprimoramento e implantação de padrões éticos e de governança ambiental nas

¹²² **Compliance no Direito Ambiental:** conceitos, perspectivas e aplicação no Direito Ambiental. Wagner Grau Neto, Andreia Bonzo Artauhjo Azevedo e Mateus da Costa Marques. P.216

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Projeto de Lei n.º 5.442/2019, apresentado em 9.10.2019 pelos Deputados Rodrigo Agostinho (PSB/SP) e Luiz Flávio Gomes (PSB/SP), em tramitação ordinária e atualmente aguardando parecer do Relator na Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224581> – consultado em 11 mai. 2020>.

interações corporativas. Revela-se como um mecanismo afeto a programas ou planos de integridade que permitem o fomento da cultura empresarial de regularidade ambiental, que em vias finais será favorável para a própria pessoa jurídica, já que reduz custos e passivo ambiental. A empresa se vê autorregulada em face de potenciais decisões imediatas que expressam um maior lucro a curto prazo, mas signifiquem prejuízos a médio e longo prazo.¹²⁵

Claro, a efetividade do *compliance* ambiental depende de seu avanço para além de projeções de efeito nas frases que regem a missão institucional ou os objetivos de compromisso social e ecológico da pessoa jurídica. É necessário um grau de concretude e expectativa pragmática na formulação de programas de atuação e desenvolvimento de planos de integridade. Não há dúvidas de que o papel de desenvolvimento, implementação e gestão é privado – ferramenta de adequação privada às bases regulatórias. Mas que isso não significa isolamento, não significa uma ausência de diálogo construtivo entre Administração Pública ambiental e pessoas jurídicas em favor da convergência de percepções de condução e segurança jurídica.

4.1.1. Projeto de Lei n.º 5.442/2019: considerações

No Brasil a referência mais remota do termo *compliance* advém do sistema financeiro, e remete à década de 1990, por meio da Lei Federal n.º 9.613/1998 (Lei de Combate aos Crimes de “Lavagem” de Dinheiro) e da Resolução n.º 2.554/1998 do Conselho Monetário Internacional (CNM), que determina às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulações aplicáveis.¹²⁶

Ambos normativos incorporaram regras trazidas da Europa (Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, 1975), e dos Estados Unidos (SEC – *Securities and Exchange Commission*, 1934), onde já existia a filosofia *compliance* que direcionava para uma

¹²⁵ NETO, Wagner Grau; AZEVEDO, A.B.A.; MARQUES, M.C. Compliance no Direito Ambiental: conceitos, perspectivas e aplicação no Direito Ambiental. Wagner Grau Neto, Andreia Bonzo Artauho Azevedo e Mateus da Costa Marques. Revista dos Tribunais. São Paulo, V. 2, p. 202.

¹²⁶ Ibidem, p. 32.

“supervisão bancária eficaz” (*Core Principles for Effective Banking Supervision*)¹²⁷. Tal foi o sucesso do programa de *compliance* no setor financeiro, que foi paulatinamente sendo difundido em outros seguimentos.

Com o advento da Lei Federal n.º 12.846, de 2013 (“Lei Anticorrupção”) e do Decreto Federal n.º 8.420/2015, que regulamenta, a incorporação do *compliance* nas empresas, ganhou outro viés e despertou ainda mais o interesse dos segmentos produtivos em razão dos benefícios que podem ser obtidos com a implementação daquela cultura ética e de controles internos. Isto porque, ao tratar da aplicação das sanções administrativas e judiciais, trouxe a possibilidade da concessão de benefício às empresas que possuem área de *compliance* devidamente estruturada.

A sua incorporação na área ambiental vem sendo muito debatida, seja pela necessidade de maior atenção às questões ambientais, seja como um diferencial de mercado.¹²⁸ Tal qual a perspectiva trazida por Flávia Marchezini:

“O aumento da percepção social acerca da chamada crise ambiental, associado a um crescimento quantitativo e qualitativo das leis protetivas, com penalidades cada vez mais rigorosas, fazem com que a sistematização de ações de prevenção voltadas para redução do consumo, riscos e impactos ambientais mereçam instrumentos próprios de Governança e, ainda, sejam parte imprescindível de um adequado Programa de Compliance. Por outro lado, uma gestão eficiente dos riscos ambientais e a internalização adequada dos custos socioambientais ao processo produtivo, embora possa demandar algum investimento inicial, traz retornos a médio e longo prazo. (...) Nesse sentido, crescem o número de corporações que operam com bens ambientais ou se preocupam com a redução da sua “pegada ecológica”. Para tanto, buscam certificação pelo Sistema ISSO 14001 e/ou 26000, emitem seus relatórios de Sustentabilidade pela Global Reporting Initiative – GRI, com qualidade atestada em gestão ambiental e responsabilidade social, apresentando uma série de vantagens competitivas e até o aumento do faturamento quando conseguem agregar o valor sustentabilidade à imagem do negócio”.¹²⁹

Outro viés a ser contemplado se refere também ao seu valor inatingível como mecanismo preventivo, ou seja, ao que é possível, minimizar, controlar e evitar com a adoção de boas práticas internas. E foi exatamente nesse viés propulsor para a iniciativa de uma

¹²⁷ MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *Compliance no Brasil e suas origens*. Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE. 18 nov 2016. Disponível em (<https://ibdee.org.br/artigos-e-noticias/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>) acesso em 17 mai 2022.

¹²⁸ Trennepohl, Terence; Trennepohl, Natascha. *Compliance no direito ambiental*. RT, 2º ed. 2020, p. 233

¹²⁹ MARCHEZINI, Flávia de Souza. *Precisamos falar sobre compliance ambiental*. LEC Legal Ethics & Compliance. 3 abr. 2018. [Consult.17 mai. 2022]. Disponível em <<https://lec.com.br/precisamos-falar-sobre-compliance-ambiental/>>

proposta de regulamentação no país, o Projeto de Lei n.º 5.442/2019¹³⁰. As tragédias de Mariana e Brumadinho se aventaram como marcos que colocaram em xeque a conformidade ambiental das empresas mesmo já tendo passado pelo crivo do licenciamento ambiental. Com base nos relatórios finais das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) na Câmara dos Deputados¹³¹ e no Senado Federal¹³², há controvérsias a serem dirimidas sobre as condições de cumprimento dos padrões mínimos ambientais e de segurança das barragens da mineradora, na qual há expressa menção a “defeitos” de organização, possivelmente melhor geridos e prevenidos por um *compliance* ambiental efetivo.

Com isso, voltamos os olhos para mecanismos de governança corporativa que conduziram a uma melhor estruturação nas sociedades empresariais, na maneira de aprender como agir neste ambiente de normatização, que cada vez mais se abre a responsabilização das empresas por atos praticados contra a administração pública.

Apesar da existência de normas (normas de condutas, normas de ética) não havia a preocupação de como efetivar tudo isso dentro da empresa. Não adianta falar em como deve colocar normas, o que precisa fazer é em como implementar as normas dentro da empresa.

A Lei de sociedade anônima, Lei n.º 6404/76 traz efetivamente mecanismos de governança corporativa, e o decreto da Lei anticorrupção trouxe a necessidade das empresas se protegerem dessa responsabilidade objetiva da lei anticorrupção e começou o debate sobre o programa de integridade (que é uma espécie de programa de *compliance*). Veio como uma forma de reagir ao novo ambiente de como reagir ao ambiente colocado. A empresa que não se planeja para enfrentar os riscos, e é isso que fala o programa de *compliance*, ela já está fragilizada em seus processos.

Relevante abordar a governança corporativa como base para se efetivar o programa *compliance*. Ela tem como função transformar os princípios (ética, integridade) em recomendações objetivas dentro da empresa, quando fala-se dentro de práticas, em cultura organização da integridade, e inclusive o *compliance* buscando essa modificação da cultura organizacional para que ele consiga mitigar os riscos do negócio, com todos os atores da organização, com o uso das ferramentas, para efetivar a cultura da integridade dentro da

¹³⁰ O projeto de Lei foi apresentado em 2019 e, até a presente data, ainda segue em tramitação na Câmara dos Deputados.

¹³¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão Parlamentar de Inquérito Rompimento da Barragem de Brumadinho. [Consult.24 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/internet/comissoes/cpi/cpibruma/RelatorioFinal.pdf>>

¹³² SENADO FEDERAL. Relatório Final. CPI de Brumadinho. [Consult.24 mai. 2022] Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2246&tp=4>>.

empresa, trabalhando tanto na prevenção (com códigos de ética, planejamento estratégico, estruturação da governança), detecção de riscos (indicadores chaves de risco para acender alertas de algo errado que aconteça), e as respostas para dar legitimidade ao programa.

No tocante aos diagnósticos de riscos e de não *compliance* empresarial, o Tribunal de Contas da União afirmou, em acórdãos e recomendações sobre as diretrizes e medidas de integridade, que uma sustentável governança corporativa deve adotar: diagnóstico e avaliação dos riscos; políticas de natureza preventiva; avaliação quanto à adequação e à economicidade dos sistemas de controle interno que possam influenciar sobre o controle de riscos.¹³³

Nesta sequência de ideias, o *compliance* é adequação, conformidade normativa. É algo muito específico, é a estruturação de processos para mitigação de riscos no ambiente institucional da empresa. 13.316/16 (empresas publicas e sociedade de economia mista já são obrigadas)

Trata-se de coercibilidade, normativa, contratual e reputacional. A Lei anticorrupção não trouxe a obrigatoriedade do programa de *compliance*, mas o programa é um mecanismo de defesa perante a Lei. Quatro estados e o DF já exigem programa das empresas como obrigatório para contratar.

Melhorar a eficácia interna para evitar sanções externas.

Assim como acordos multilaterais, o projeto de Lei visa facilitar a boa aplicação das suas disposições, reforçando a capacidade dos países que não dispõe de muitos meios em matéria de gestão.

4.1.2. Principais aspectos

a. Atenuação de sanções penais e administrativas

O primeiro aspecto a ser abordado é a inclusão da existência de programa de conformidade ambiental efetivo como circunstância atenuante na aplicação de sanções por crimes e infrações ambientais. Para tanto, altera significativamente o artigo 14 da Lei Federal

¹³³ Item 1.8.2, TC-019.058/2014-5. Acórdão n.º 4.856/2015- 1ª Câmara TCU, DOU de 4.9.2015, p. 69.

n.º 9.605/98 (“Lei de Crimes Ambientais”), inserindo-o como um dos parâmetros a ser considerado na dosimetria da pena. No que tange às sanções administrativas, regulamentadas pelo Decreto n.º 6.851/08, embora não haja nesta ocasião modificação ao Decreto, também não deixa dúvidas quanto à sua aplicabilidade, dada a menção expressa ao termo no caput de seu art. 3.º.¹³⁴ Não caberá aqui para discorrer sobre a dosimetria da pena.

Destaca-se que a previsão somente se materializa nos casos em que o programa de conformidade ambiental seja “efetivo”. Os critérios para aferição da efetividade também são tratados na proposta, e serão explanados mais adiante.

b. Restrição ao uso dos fomentos públicos

Segundo aspecto a ser assuntado reside na ressalva do acesso aos fomentos estatais (subvenções econômicas, financeiras recebidos dos órgãos públicos de crédito, incentivos fiscais e doações). A proposta é categórica ao restringi-los apenas às pessoas jurídicas que detenham programa efetivo de conformidade ambiental implantado.¹³⁵ Veremos adiante, regulamento europeu da Taxonomia, algo muito semelhante a este tópico.

Para além disso, modifica a Lei 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 12., sugerindo que passe a constar:

“Art. 12 – As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios: I – ao licenciamento, mna forma desta Lei; II – ao cumprimento das normas, critérios e dos padrões expedidos pelo CONAM; e III – à existência de programa de conformidade ambiental, nos termos da legislação em vigor”.

Destaca-se que, a teor do § 2º do art. 4º da proposta de lei, as referidas restrições de acesso aos fomentos estatais não se aplicam, às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), exceção que entendemos de significativa pertinência.

¹³⁴ “Art. 3.º A imposição das sanções penais e administrativas previstas na legislação ambiental em vigor, deverá levar em conta a existência de programa de conformidade ambiental efetivo no âmbito da pessoa jurídica punida.”

¹³⁵ Art. 4.º É Vedado o fomento estatal à pessoa jurídica que não detenha programa de conformidade ambiental efetivo.

§ 1º Para fins do dispositivo no caput, considera-se como fomento:

- I- subvenções econômicas;
- II- financiamentos recebidos de estabelecimentos oficiais públicos de crédito;
- III- incentivos fiscais;
- IV- doações.

Os micro e pequenas empresas não possuem as mesmas estruturas e condições das grandes empresas para competir no mercado. Possuem poucos ativos e capital de giro e sofrem com dificuldades no acesso ao crédito, baixo nível de qualificação de pessoal (principalmente no nível gerencial), elevado grau de informalidade, entre outras dificuldades. Apesar dos obstáculos, sua importância na economia é refletida nos seguintes números: constituem 99% do total de empresas registradas no país, são responsáveis por 52% dos empregos formais e geram 27% do PIB¹³⁶.

As MPEs abarcam o desenvolvimento sustentável. Como se pode aferir pelos dados de geração de emprego e renda, são imprescindíveis para a economia e inclusão social. Já do ponto de vista ambiental, também apresentam números importantes: pesquisas do Sebrae indicam que 93% dos micros e pequenos empresários estão comprometidos com a sustentabilidade e 94% acreditam que a sustentabilidade é uma forte alavanca para inovação e novos negócios¹³⁷.

c. Proibição de contratação com o poder público

Ainda na linha dos “mecanismos restritivo” para incentivar a adoção de programas de conformidade ambiental, a proposta pretende vedar União, Estados, Distrito Federal e Municípios contratar pessoa jurídica que não possua programa de conformidade ambiental efetivo, quando se tratar de: (i) obra e serviço cujo valor do contrato seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (ii) concessão e permissão de serviço público cujo valor do contrato seja superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); e, (iii) parceria público-privada.¹³⁸

O valor base de contratação, em princípio, induz a interpretação de que as EPPS nunca estariam alcançadas pela restrição, dado que, para tal enquadramento fiscal, devem ter receita bruta anual restrita ao valor de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)¹³⁹. Ocorre que, em alguns casos, embora o valor base de contratação milhões ultrapasse o enquadramento fiscal de uma EPP, pode ser que o cronograma de pagamento

¹³⁶ ABREU, Marcos. *É preciso criar um Simples ambiental*. Consultor Jurídico. [Consult.30 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-03/marcos-torres-preciso-criar-simples-ambiental>>

¹³⁷ SEBRAE – CENTRO DE SUSTENTABILIDADE. Engajamento dos Pequenos Negócios Brasileiros em Sustentabilidade e aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Cuiabá, MT: Sebrar – 2018. [Consult.20 mai. 2022]. Disponível em <[http://sustentabilidade.sebrae.com.br/Sustentabilidade/Para%20sua%20empresa/Publica%C3%A7%C3%B5es/Pesquisa%20Engajamento_WEB%20\(1\).pdf](http://sustentabilidade.sebrae.com.br/Sustentabilidade/Para%20sua%20empresa/Publica%C3%A7%C3%B5es/Pesquisa%20Engajamento_WEB%20(1).pdf)>

¹³⁸ Art. 5º.

¹³⁹ Cf. Lei Complementar n.º 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

estenda por três ou mais exercícios financeiros. Nesta reflexão se tem que, ainda mantendo seu enquadramento de EPP, estaria compelida de programa de conformidade ambiental para estar apta à contratação com o poder público.

Se por um lado compactuamos com a impotência da implantação de programas de conformidade ambiental, por outro, como já esposado, também nos solidarizamos ao tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Sob nosso entendimento, seria oportuno que aqui também fossem excepcionadas as EPPs, assim como expressamente foi feito nas restrições de acesso aos fomentos estatais.

d. Ressaltando a efetividade dos programas de conformidade ambiental

É importante destacar que não basta a mera presença formal de um programa de conformidade ambiental. Todos os instrumentos previstos como incentivo à sua adoção somente se consubstanciam se o programa for de fato, efetivo. Mas como aferir a efetividade?

Como visto na abordagem inicial dos princípios, embora não seja um conceito fechado, a doutrina especializada destaca como, por exemplo: (i) apoio a alta direção; (ii) capacitação técnica e treinamentos periódicos; (iii) análise de riscos, adaptação do programa ao porte e especificidades da pessoa jurídica; (iv) sistema que comporte uma gestão integrada; (v) designação dos responsáveis técnicos pelo *compliance*; e, (vi) monitoramento contínuo do programa de conformidade.¹⁴⁰

Sobre tal aspecto, o projeto de lei em análise segue a linha doutrinária e adota diretrizes e parâmetros utilizados no art. 42 do Decreto n. 8.420/2015, que, como dito, regulamenta os programas de integridade no âmbito da Lei Anticorrupção.

Conforme orientação do art. 6º da PL em questão, a avaliação da efetividade do programa de conformidade ambiental será pautada nas seguintes diretrizes:

- i. Comprometimento da alta direção, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

¹⁴⁰ SEGAL, Robert Lee. *Compliance Ambiental na Gestão Empresarial: distinções e conexões entre compliance e auditoria de conformidade legal*. REASU – Revista Eletrônica de Administração da Universidade Santa Úrsula, v.3, n. 1, 2018.

- ii. padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de conformidade, aplicáveis a todos os empregados e administradores independentemente de cargo ou função exercidos;
- iii. treinamentos periódicos sobre o programa de conformidade;
- iv. análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- v. independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de conformidade e fiscalização de seu cumprimento;
- vi. canais de denúncia de irregularidade, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé;
- vii. medidas disciplinares em caso de violação do programa de conformidade;
- viii. procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- ix. monitoramento contínuo do programa de conformidade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

O detalhamento dessas diretrizes deverá ser regulamentado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). De todo modo, já há delineamento de redução de formalidades para microempresas e empresas de pequeno porte, devendo tal mandamento ser considerado pelo CONAMA já por ocasião da regulamentação.

Delineia-se que a avaliação da efetividade e a fiscalização dos programas sejam efetuadas de forma complementar entre os setores públicos e privados, tanto por autoridade certificadora independente credenciada, como pelo órgão público competente.

A despeito de a proposta ser pertinente `primeira vista, um olhar mais atento aventa dúvida sobre o papel de fiscalização a ser exercido pela autoridade certificadora. Tal desconfiança advém da edição do art. 7º, inciso I¹⁴¹, que, ao tratar da avaliação de efetividade dos programas de conformidade ambiental a ser feita pelas ditas certificadoras, dispõe expressamente que estas farão avaliação e a “fiscalização” periódica. A fiscalização pelo setor público se daria de forma subsidiária, apenas em duas hipóteses: (i) denúncia fundamentada de violação à legislação ambiental ou ao programa de conformidade; e, (ii)

¹⁴¹ Art. 7.

fiscalização por sorteio público, que levará em consideração critérios de risco e de magnitude do empreendimento.

Sobre esse aspecto, e a depender dos contornos e da abrangência que se daria a “fiscalização pelas autoridades certificadoras”, cumpre já consignar a polêmica e a controvérsia jurídica sobre o tema.

Ao tratar do assunto, Thiago Marrara¹⁴², aponta vantagens e desvantagens para a delegação desse serviço a particulares. Dentre as vantagens, destaca (i) o preenchimento de deficiências funcionais da administração pública; (ii) a presunção de que particulares seriam capazes de agir com mais eficiência e economicidade; (iii) a flexibilidade do regime jurídico aplicado aos particulares; e (iv) a distinção entre atividades meio e atividades fins de polícia. Já entre as desvantagens, ressalta (i) o risco de delegação de atividades que restrinjam a liberdade e a propriedade; (ii) o risco de que a execução de polícia por entidades com fins lucrativos possa ser contrária aos interesses públicos; (iii) o risco de que o regime mais flexível aos trabalhadores privados lhes colocaria em uma posição sujeita a pressões; e, por fim, (iv) a ausência de dispositivo na CF/88 autorizando tal delegação.

O STJ possui um precedente favorável à delegação parcial do poder de polícia aos particulares. Por ocasião do julgamento REsp 817.534/MG,¹⁴³ ficou entendido que as atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção, sendo que, apenas a segunda e a terceira são passíveis de delegação a particulares.

Noutra seara, a questão já passou pelo STF, que se manifestou de forma um tanto quanto inconclusiva. Por ocasião da ADI 1717¹⁴⁴, ficou consignada a “indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas”

¹⁴² MARRARA, Thiago. “O exercício do poder de polícia por particulares”. In *O direito administrativo na jurisprudência do STF e STJ*, ed. Fórum, 2014, p. 573-574.

¹⁴³ STJ. REsp 817.534/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009.

¹⁴⁴ STF, ADI 1717. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 07/11/2002. Publicação: 28/03/2003.

4.2. Cenário Europeu: propostas legislativas da Comissão e o PRR de Portugal

Destacando aquelas que se encontram com visibilidade próxima à demanda que se propõe, analisaremos algumas diretivas, regulamentos taxonomia e o “novo” princípio DNHS, no contexto do PRR e PEE.

Apresentado em 11 de dezembro de 2019, o Pacto Ecológico Europeu (PEE)¹⁴⁵ constitui a estratégia de crescimento da Europa que visa melhorar o bem-estar e a saúde dos cidadãos, alcançar a neutralidade climática da Europa no horizonte de 2050 e proteger, conservar e reforçar o capital natural e a biodiversidade da UE. Com uma vasta agenda, a Comissão Europeia propõe um roteiro em busca de tornar a economia da UE sustentável, transformando os desafios climáticos e ambientais em oportunidade em todos os domínios de intervenção política e proporcionando uma transição justa e inclusiva a todos. Tal roteiro descreve os investimentos necessários e os instrumentos de financiamento disponíveis e explica como assegurar uma transição justa e inclusiva, e abrange todos os setores da economia, nomeadamente os transportes, a energia, a agricultura, o imobiliário e indústrias como o aço, o cimento, as TIC, os têxteis e a química.

A UE vem tomando medidas importantes para criar um ecossistema de financiamento sustentável. São ponto de partida a criação dos Regulamentos da Taxonomia da EU, da Divulgação de Informações não financeiras sobre Sustentabilidade e dos Serviços financeiros, e o Regulamento Índices de Referência, para aumentar a transparência e proporcionar aos investidores instrumentos que lhes permitam identificar oportunidades de investimento sustentável.

Para o alcance desses objetivos, o setor financeiro europeu buscará uma recuperação econômica sustentável e inclusiva, a longo prazo, exigindo com isso, uma legislação financeira sólida e uma trajetória de transição clara e para as empresas. A consecução dos objetivos climáticos e energéticos atuais para 2030, calcula-se que será necessário um investimento anual suplementar de 260 mil milhões de euros, o que corresponde a cerca de 1,5% do PIB de 2018 e exigirá a mobilização dos setores público e privado. Pelo menos 25% do orçamento da EU a longo prazo deve ser consagrado a ações a favor do clima e o Banco

¹⁴⁵ [Consult. 29 mai. 2022]. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_pt>

Europeu de Investimento – o banco europeu do clima – garantirá apoios adicionais. Para que o setor privado contribua para o financiamento da transição ecológica, a Comissão apresentou em 2020 uma estratégia de financiamento verde.

Desde seu início até abril de 2022, várias propostas, estratégias, alianças vem sendo apresentadas, modificadas e adaptadas para a efetivação do objetivo.¹⁴⁶

4.2.1. Transição justa

Trata-se de um instrumento essencial para assegurar que a transição para uma economia com impacto neutro no clima se processa de uma forma justa, não deixando ninguém para trás. Embora todas as regiões necessitem de financiamento e o Plano de Investimento do Pacto Ecológico Europeu lhes dê resposta, o mecanismo presta apoio específico para mobilizar pelo menos 100 mil milhões de EUR em investimentos durante o período 2021-2027 para as regiões mais afetadas, a fim de atenuar o impacto socioeconómico da transição. O mecanismo dará origem aos investimentos necessários para ajudar os trabalhadores e as comunidades mais dependentes da cadeia de valor dos combustíveis fósseis. Vem juntar-se à forte contribuição do orçamento da UE através de todos os instrumentos diretamente relevantes para a transição.

O Mecanismo para uma Transição Justa será constituído por três fontes principais de financiamento:

1) O Fundo para uma Transição Justa, que receberá 7,5 mil milhões de EUR de novos fundos da UE, acrescentando à proposta da Comissão para o próximo orçamento de longo prazo da UE. Para poderem tirar partido das verbas do fundo, os Estados-Membros deverão, em diálogo com a Comissão, identificar os territórios elegíveis através de planos territoriais específicos de transição justa e comprometer-se a acompanhar cada euro do Fundo para uma Transição Justa com verbas do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional e do Fundo Social Europeu Mais, disponibilizando recursos nacionais adicionais. Globalmente, o financiamento poderá elevar-se a uma verba entre 30 e 50 mil milhões de EUR, que, por sua vez,

¹⁴⁶ Somam-se 26 desde o início (11 de dezembro de 2019) até a mais recente proposta, em 5 de abril de 2022. [Consult.30 mai. 2022]. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt>

mobilizará ainda mais investimentos. O fundo concederá subvenções principalmente às regiões. Apoiará, por exemplo, os trabalhadores no desenvolvimento de aptidões e competências para os mercados de trabalho do futuro, bem como as PME, as empresas em fase de arranque e as incubadoras, a fim de criar oportunidades económicas nestas regiões. Apoiará ainda os investimentos na transição para as energias limpas, por exemplo, em matéria de eficiência energética.

2) Um regime de transição justa ao abrigo do programa InvestEU, que mobilizará até 45 mil milhões de EUR de investimentos e atrairá investimentos privados, nomeadamente nos setores da energia sustentável e dos transportes, que beneficiem essas regiões e ajudem as suas economias a encontrar novas fontes de crescimento.

3) Um mecanismo de crédito ao setor público do Banco Europeu de Investimento, apoiado pelo orçamento da UE, que mobilizará entre 25 e 30 mil milhões de EUR de investimentos. Este mecanismo será utilizado para conceder crédito ao setor público, a utilizar, por exemplo, em investimentos nas redes de aquecimento urbano e na renovação de edifícios. A Comissão apresentará a proposta legislativa para criar este mecanismo em março de 2020.

O Mecanismo para uma Transição Justa não se limita ao financiamento. Apoiando-se na Plataforma para uma Transição Justa, a Comissão prestará assistência técnica aos Estados-Membros e aos investidores, assegurando a participação das comunidades afetadas, das autarquias, dos parceiros sociais e das organizações não governamentais. Contemplará ainda um quadro de governação forte, centrado nos planos territoriais para uma transição justa.

4.2.1.1 Concretizar o Pacto Ecológico Europeu

Apresentado o roteiro para esta mudança transformadora, os 27 Estados-Membros comprometeram-se a fazer da EU o primeiro continente com impacto neutro no clima até 2050. Para tal, assumiram o compromisso de reduzir as emissões em, pelo menos, 55 % até 2030, em comparação com os níveis de 1990. Toda essa “mutação”, criará oportunidades para a inovação, o investimento e o emprego, bem como: reduzir emissões, gerar emprego e crescimento, combater a pobreza energética, reduzir a dependência energética externa e melhorar a saúde e bem-estar.

Simultaneamente, garantirá oportunidades para todos, ao apoiar cidadãos vulneráveis, combatendo as desigualdades e a pobreza energética, e consolidar a competitividade das empresas europeias.¹⁴⁷

- Transportes sustentáveis para todos

A Comissão Europeia propõe metas mais ambiciosas para a redução das emissões de CO2 dos automóveis e veículos comerciais ligeiros novos.

A Comissão promove igualmente o crescimento do mercado dos veículos com nível nulo ou baixo de emissões. Em especial, pretende garantir que os cidadãos dispõem das infraestruturas de que necessitam para carregar ou abastecer esses veículos em viagens curtas ou longas.

A Comissão propõe também o alargamento da tarifação do carbono ao setor da aviação, que até agora beneficiou de uma exceção, bem como a promoção de combustíveis sustentáveis, obrigando todos os aviões que partem de aeroportos da UE a abastecerem-se com uma mistura de combustíveis sustentável.

A proposta de alargamento da tarifação do carbono estende-se ao setor marítimo que, assim, contribuirá de uma forma justa para o esforço de descarbonização da nossa economia. A Comissão estabelecerá igualmente metas para o fornecimento de eletricidade a partir da rede terrestre aos navios, nos grandes portos, reduzindo assim o recurso a combustíveis poluentes que também são nocivos para a qualidade do ar local.

- Liderar a terceira revolução industrial

A transição ecológica representa uma grande oportunidade para a indústria europeia, pois criará mercados para tecnologias e produtos não poluentes.

Estas novas propostas terão impacto em toda a cadeia de valor de setores como a energia e os transportes, a construção e a renovação, ajudando a criar empregos locais, sustentáveis e bem remunerados em toda a Europa.

A eletrificação da economia e a maior utilização de energia de fontes renováveis deverão gerar mais emprego nestes setores. Ademais, o aumento da eficiência energética dos

¹⁴⁷ Dados extraídos do sítio oficial da EU. [Consult.30 mai. 2022]. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_pt>

edifícios criará postos de trabalho na construção, incluindo um aumento da procura de mão de obra local.

Queremos preservar a nossa ambição em matéria de clima, evitando que os esforços da nossa indústria para reduzir as emissões sejam comprometidos pela concorrência desleal do estrangeiro.

Por conseguinte, a Comissão propõe um mecanismo para garantir que, mesmo que estejam estabelecidas em países cujas regras em matéria de clima são menos rigorosas, as empresas que importam produtos para a UE também paguem pelas emissões de carbono.

- Despoluir o nosso sistema energético

Para reduzir em, pelo menos, 55 % as emissões de gases com efeito de estufa até 2030, será necessário alcançar quotas mais elevadas de utilização de energia de fontes renováveis e uma maior eficiência energética.

A Comissão propõe aumentar para 40 % a meta vinculativa de fontes renováveis no cabaz energético da UE. As propostas promovem a adesão a combustíveis renováveis, como o hidrogénio, na indústria e nos transportes, estabelecendo metas adicionais.

Além disso, a redução do consumo energético é essencial para diminuir tanto as emissões como os custos da energia para os consumidores e para a indústria. A Comissão propõe elevar as metas de eficiência energética a nível da UE e torná-las vinculativas, a fim de alcançar uma redução global de 36-39 % do consumo de energia primária e do consumo de energia final até 2030.

A tributação dos produtos energéticos também deve apoiar a transição ecológica, proporcionando os incentivos adequados. A Comissão propõe alinhar as taxas mínimas de imposto aplicadas ao aquecimento e aos transportes com os objetivos climáticos, atenuando simultaneamente o impacto social e apoiando os cidadãos vulneráveis.

- Renovar os edifícios, adequando-os a estilos de vida mais ecológicos

A renovação das nossas casas e edifícios permitirá poupar energia, garantir proteção contra temperaturas extremas e combater a pobreza energética.

O novo Fundo Social para a Ação Climática apoiará os cidadãos da UE mais afetados ou em risco de pobreza energética ou de mobilidade. Ajudará a atenuar os custos para as pessoas mais expostas à mudança, para assegurar que a transição é justa e não deixa ninguém para trás.

O fundo concederá um financiamento de 72 200 milhões de euros durante sete anos para a renovação de edifícios, o acesso a soluções de mobilidade com emissões nulas ou baixas, ou mesmo o apoio ao rendimento.

Para além da habitação, é necessário renovar os edifícios públicos para que utilizem mais energias renováveis e sejam mais eficientes do ponto de vista energético.

- Trabalhar com a natureza para proteger o planeta e a saúde humana

A natureza é um aliado importante na luta contra as alterações climáticas.

Restaurar a natureza e permitir que a biodiversidade volte a prosperar é uma solução rápida e barata para absorver e armazenar carbono.

Por isso, a Comissão propõe a recuperação das florestas, dos solos, das zonas húmidas e das turfeiras da Europa, o que aumentará a absorção de CO₂ e tornará o ambiente mais resiliente às alterações climáticas.

A bioenergia contribui para a eliminação progressiva dos combustíveis fósseis e para a descarbonização da economia da UE. No entanto, há que utilizá-la de uma forma sustentável. A Comissão propõe critérios novos e rigorosos para evitar a exploração florestal insustentável e proteger as zonas de grande valor em termos de biodiversidade.

- Ação climática a nível mundial

Só poderemos resolver a ameaça global das alterações climáticas se trabalharmos com os nossos parceiros internacionais.

O Pacto Ecológico Europeu foi um exemplo positivo e levou os principais parceiros internacionais a fixarem as suas próprias datas-limite para alcançar a neutralidade climática.

Graças ao investimento em tecnologias de energias renováveis, estamos a adquirir conhecimentos especializados e a conceber produtos que também irão beneficiar o resto do mundo.

Fruto da nossa transição para a mobilidade ecológica, criaremos empresas líderes mundiais, capazes de servir um mercado mundial em expansão. Ao trabalharmos com os nossos parceiros internacionais, reduziremos em conjunto as emissões dos transportes marítimos e da aviação em todo o mundo.

A UE partilhará estas propostas e ideias com os seus parceiros internacionais na Conferência das Nações Unidas sobre o Clima (COP26), que terá lugar em Glasgow, em novembro.

Faço relevância às estas ambiciosas, porém urgentes propostas apresentadas, em razão da ligação do tema e as especificidades que traz o texto da União para enfim, comparar com a América que caminha em busca de efetividade.

4.2.2. O PRR em Portugal

O Plano de Recuperação e Resiliência¹⁴⁸ é um programa de âmbito nacional de Portugal, tendo como orientação um conceito de sustentabilidade inspirado nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) das Nações Unidas, alinhado com os seis pilares relevantes da estratégia europeia 2030.

Estão agrupados em três dimensões, resiliência, transição climática e transição digital. Por resiliência, associa-se a um aumento da capacidade de reação face a crises e de superação face aos desafios atuais e futuros que lhes estão associados. Esta dimensão surge para promover uma recuperação transformativa, duradoura, justa, sustentável e inclusiva, sendo entendida no contexto PRR em todas as suas vertentes: resiliência social, resiliência económica e do tecido produtivo e resiliência territorial. A dimensão transição climática resulta do compromisso e contributo de Portugal para as metas climáticas que permitirão o

¹⁴⁸ Criado pelo Conselho Europeu, e implantado pela primeira vez na história da União, o *Next Generation EU*, vem como um instrumento temporário de recuperação, a partir do qual se desenvolve o Mecanismo de Recuperação e Resiliência, onde se enquadra este Plano de Recuperação e Resiliência (PRR). https://europa.eu/next-generation-eu/index_pt

O Mecanismo de Recuperação e Resiliência disponibiliza 723,8 mil milhões de euros sob as formas de subvenção e empréstimos, com o objetivo de atenuar o impacto económico e social da pandemia causada pelo coronavírus e tornar as economias e sociedades europeias mais sustentáveis, resilientes e mais bem preparadas para enfrentarem os desafios e oportunidades resultantes das transições ecológica e digital. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_pt>

alcance da neutralidade carbónica até 2050. A descarbonização da economia e da sociedade oferece oportunidades importantes e prepara o país para realidades que configurarão os fatores de competitividade num futuro próximo. E a dimensão transição digital, estão previstas reformas e investimentos significativos nas áreas da digitalização de empresas, do estado e no fornecimento de competências digitais na educação, saúde, cultura e gestão florestal.¹⁴⁹

O Plano integra, por sua vez, um total de 37 Reformas e de 83 Investimentos. No total, as reformas e os investimentos, absorvem 16.644 milhões de euros de financiamentos do PRR, distribuídos por 13.944 milhões de euros de subvenções (84% do total) e 2.700 milhões de empréstimos (16%).¹⁵⁰

Assume frontalmente uma dupla transição, enquadrando a Estratégia 2030, enquanto referencial estratégico nacional assentado com a prioridade europeia conferida às transições climáticas e digitais, e reitera o compromisso com o desenvolvimento sustentável, adere numa lógica de sustentabilidade competitiva, em linha com o Pacto Ecológico Europeu e com o espírito da iniciativa legislativa para a Lei Europeia do Clima. Para esse efeito, o processo de desenvolvimento e implementação do PRR não só assegura o cumprimento de todas as normas ambientais aplicáveis, como garante que todas as reformas e investimentos respeitam o princípio de não prejudicar significativamente os objetivos ambientais, na aceção do artigo 17.º do Regulamento (UE) 2020/852, estando previstas medidas de mitigação nas situações em que sejam necessárias para assegurar o cumprimento deste princípio.¹⁵¹

4.2.1. Diretiva da informação não financeira

Em contínuo esforço da União Europeia na busca de alcançar nível elevado de proteção ao meio ambiente, não só os Estados-Membros liderados pelos seus representantes é que tem obrigação de empenhar essa função de amparo e preservação do meio ambiente.

¹⁴⁹ [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://recuperarportugal.gov.pt/plano-de-recuperacao-e-resiliencia/>>

¹⁵⁰ [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://recuperarportugal.gov.pt/wp-content/uploads/2021/10/PRR.pdf>>

¹⁵¹ Ibidem.

Há inclusive, a responsabilidade social das empresas em adotar um comportamento responsável e transparente, visando o crescimento sustentável e promoção dos interesses da sociedade. Para além, o Parlamento Europeu reconheceu também a importância de as empresas divulgarem informações sobre a sustentabilidade, nomeadamente no que respeita aos fatores sociais e ambientais e dos consumidores. Considerada vital na gestão da mudança para uma economia global sustentável, a proposta legislativa aprovada em 2014¹⁵² combina a rentabilidade a longo prazo com a justiça social e proteção do ambiente, contribuindo para mediação, acompanhamento e gestão do desempenho das empresas e seu impacto na sociedade.

A importância da divulgação das informações sobre a sustentabilidade das empresas já estava mundialmente reconhecida no ponto 47 do documento final da Conferência das Nações Unidas Rio + 20. Além de incentivar a indústria, os governos interessados e as partes interessadas a conceber, se for o caso, com o apoio do sistema das Nações Unidas, modelos de melhores práticas, e tomar medidas para a integração das informações financeiras e não financeiras.¹⁵³

4.2.2. Regulamento da Taxonomia

Parte integrante do Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável¹⁵⁴, o Regulamento (UE) 2020/852, que altera o Regulamento (EU) 2019/2088 (Regulamento da Taxonomia), vem com o objetivo de reorientar os fluxos de capital para o investimento sustentável.

Taxonomia é, por definição, classificação. Estruturas classificatórias que têm por finalidade servir de instrumento para a organização e recuperação de informações nas empresas. Atuando como mapas conceituais, seu desenvolvimento para o negócio de uma empresa tem sido um dos pilares da gestão da informação e do conhecimento.¹⁵⁵

Nada mais é do que um documento de apoio as transações para uma economia sustentável, estabelece o conjunto de critérios para ajudar a definir se as atividades

¹⁵² Directiva 2013/34/UE. Informações não financeiras.

¹⁵³ Parágrafo 11 da Directiva 2013/34/UE

¹⁵⁴ Publicado em 8 de março de 2018.

¹⁵⁵ BAILEY, Kenneth D. **Typologies and taxonomies**: an introduction to classification techniques. [Consult. 26 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.sagepub.com/booksProdDesc.nav?contribId=502366&prodId=Book4445>>

implementadas são ou não investimentos sustentáveis. Tal regulamento abrange 6 (seis) critérios a serem analisados, a distinguir os objetivos ambientais que exigem uma avaliação substantiva no quadro da avaliação com base no princípio de *não prejudicar significativamente*:

- Mitigação das alterações climáticas – se essa atividade contribuir substancialmente para a estabilização das concentrações de gases com efeito de estufa na atmosfera a um nível que evite uma interferência antropológica perigosa no sistema climático compatível com a meta de longo prazo em matéria de temperatura fixada no Acordo de Paris através da prevenção ou redução das emissões de gases com efeito de estufa ou do aumento das remoções de gases com efeito de estufa, nomeadamente, através da inovação de processos ou da inovação de produtos;¹⁵⁶
- Adaptação às alterações climáticas – se essa atividade (i) incluir soluções de adaptação que reduzem substancialmente o risco de efeitos negativos do clima atual e da sua evolução prevista para o futuro sobre essa atividade económica ou que reduzem substancialmente esses efeitos negativos, sem aumentar o risco de efeitos negativos sobre as pessoas, a natureza ou os ativos; ou (ii) proporcionar soluções de adaptação que, para além de respeitarem as condições estabelecidas no artigo 16.^o¹⁵⁷, contribuem substancialmente para evitar ou reduzir o risco de efeitos negativos do clima atual e da evolução prevista para o futuro sobre as pessoas, a natureza ou os ativos, sem aumentar o risco de efeitos negativos sobre outras pessoas, a natureza ou os ativos;¹⁵⁸
- Utilização sustentável e proteção dos recursos hídricos e marinhos – se essa atividade contribuir substancialmente para lançar o bom estado das massas de água, incluindo as águas de superfície e as águas subterrâneas, ou para evitar a deterioração das massas de água que já se encontram em bom estado,

¹⁵⁶ Art. 10º Regulamento (EU) 2020/852.

¹⁵⁷ Atividades capacitantes. Uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para um ou mais dos objetivos ambientais no artigo 9.º, ao potenciar de forma direta que outras atividades contribuam substancialmente para um ou mais desses objetivos, desde que esse tipo de atividade económica: a) não conduza a uma dependência de ativos que comprometam as metas ambientais de longo prazo, tendo em conta a duração de vida útil desses ativos; e b) tenha um impacto substancial no ambiente, com base em considerações relativas ao ciclo de vida.

¹⁵⁸ Art. 11.º Regulamento (EU) 2020/852.

ou se contribuir substancialmente para alcançar o bom estado ambiental das águas marinhas, ou para evitar a deterioração das águas marinhas que já se encontrem em bom estado ambiental;¹⁵⁹

- Economia circular, incluindo a prevenção e a reciclagem de resíduos – se essa atividade a) utilizar mais eficientemente na produção os recursos naturais, incluindo matérias-primas obtidas de forma sustentável, de base biológica e outras; b) aumentar a durabilidade, a reparabilidade, a atualização ou a reutilização dos produtos, em especial no âmbito da conceção e do fabrico; c) aumentar a reciclabilidade dos produtos, incluindo a reciclabilidade dos seus diferentes componentes materiais, nomeadamente através da substituição ou da redução da utilização de produtos e materiais não recicláveis, em especial no âmbito da conceção e do fabrico, d) reduzir substancialmente o teor de substâncias perigosas e substituir as substâncias que suscitam elevada preocupação nos materiais e produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, em conformidade com os objetivos estabelecidos no direito da União, nomeadamente substituindo essas substâncias por alternativas mais seguras e garantindo a rastreabilidade; e) prolongar a utilização de produtos, nomeadamente através de sua reutilização, conceção tendo em vista a longevidade, aproveitamento para outros fins, desmontagem, retransformação, atualização e reparação, e partilha de produtos; f) intensificar a utilização de matérias-primas secundárias e melhorar a sua qualidade, nomeadamente através de um reciclagem de elevada qualidade dos resíduos; g) prevenir ou reduzir a produção de resíduos, nomeadamente a produção de resíduos no âmbito da extração de minerais e resíduos da construção e demolição de edifícios; h) melhorar a preparação para reutilização e reciclagem de resíduos; i) aumentar o desenvolvimento das infraestruturas de gestão de resíduos necessárias para a prevenção, para a preparação para a reutilização e para a reciclagem, assegurando simultaneamente que os materiais recuperados daí resultantes sejam reciclados como matérias-primas secundárias de elevada qualidade destinadas à produção, evitando assim a conversão em produtos de qualidade inferior (*downcycling*); j) minimizar a incineração de resíduos e evitar a

¹⁵⁹ Artigo 12.º do Regulamento (EU) 2020/852.

eliminação de resíduos, incluindo a sua deposição em aterro, de acordo com os princípios da hierarquia dos resíduos; k) evitar e reduzir o lixo; ou l) potenciar qualquer uma das atividades enumeradas nas alíneas a) a k) do presente número, nos termos do artigo 16.º;¹⁶⁰

- Prevenção e controlo da poluição do ar, água ou do solo – a) prevenindo ou, caso tal não seja exequível, reduzindo as emissões de poluentes para o ar, água ou os solos, que não sejam gases com efeito de estufa, b) melhorando os níveis de qualidade do ar, água, ou do solo nas zonas em que a atividade económica é exercida, minimizando ao mesmo tempo os efeitos negativos para a saúde humana e para o ambiente ou os correspondentes riscos, c) prevenindo ou minimizando os efeitos negativos sobre a saúde humana e o ambiente decorrentes da produção, utilização ou eliminação de substâncias químicas; d) eliminando o lixo e outras formas de poluição; ou e) potenciando qualquer uma das atividades e numeradas nas alíneas a) a d) do presente número, nos termos do artigo 16.º;¹⁶¹
- Proteção e restauro da biodiversidade e dos ecossistemas – a) conservando a natureza e a biodiversidade, incluindo mediante a obtenção de um estado de conservação favorável dos habitats naturais e seminaturais e das espécies, ou a prevenção da sua deteriorização, caso já se encontrem num estado favorável de conservação, e através da proteção e do restauro dos ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos, a fim de melhorar o seu estado e reforçar a sua capacidade de prestação de serviços dos ecossistemas; b) utilizando e gerindo de forma sustentável as terras, o que passa nomeadamente pela proteção adequada da biodiversidade dos solos, pela neutralidade em termos de degradação dos solos e pela reabilitação das áreas contaminadas; c) aplicando práticas agrícolas sustentáveis, nomeadamente as que contribuem para melhorar a biodiversidade ou para travar ou prevenir a degradação dos solos e outros ecossistemas, a desflorestação e perda de habitats; d) gerindo de forma sustentável as florestas, o que passa nomeadamente por práticas e usos das florestas e dos solos florestais que contribuam para melhorar a biodiversidade ou para travar ou prevenir a

¹⁶⁰ Artigo 13 do regulamento 2020/852.

¹⁶¹ Ibidem, artigo 14.

degradação dos ecossistemas, a desflorestação e a perda de habitats; ou e) potenciando qualquer uma das atividades enumeradas nas alíneas a) a d) do presente número, nos termos do artigo 16.º.¹⁶²

Qualquer que seja o objetivo a ser alcançado é ao mesmo tempo muito mais e algo diferente. É uma reforma de modos de pensar, de estilos de vida e hábitos de consumo, da lei, da economia, da ciência e da política. Seja apresentando a mudança climática como uma transformação da autoridade humana sobre a nação; seja como uma questão de (in)justiça climática; seja dizendo aos direitos de futuras gerações ou às relações entre direitos morais e questões climáticas; seja como uma questão de política da União europeia ou de comércio internacional.¹⁶³

O estabelecimento deste sistema de classificação único para as atividades, cria uma linguagem comum para as empresas e os investidores, permitindo-lhes comunicar sobre atividades ecológicas com maior credibilidade e ajudando-os a integrar a transição já e curso, além de introduzir critérios de desempenho claros para determinar que atividades econômicas contribuem substancialmente para os objetivos do Pacto Ecológico Europeu.

4.2.3. Taxonomia e o DNSH: o que esperar?

Noticiada recentemente junto ao Mecanismo de Recuperação e Resiliência¹⁶⁴, o princípio do *not harm significant* espantou a comunidade europeia, por ser uma novidade que parece ter pegado as empresas de surpresa pois, agora, terão que passar pelo crivo do DNHS.

O Regulamento da Taxonomia estabelece que o MRR institui que nenhuma medida (ou seja, nenhuma reforma ou investimento) incluída no Plano de Recuperação e Resiliência de um Estado. Taxonomia da UE é um sistema de classificação baseado na ciência para determinar se uma atividade (econômica) pode ser considerada ambientalmente sustentável. Estabelece seis objetivos ambientais:

¹⁶² Artigo 15.º regulamento (EU) 2020/852.

¹⁶³ Beck, U. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. 1ª ed. rio de janeiro: Zahar, 2018, p. 154.

¹⁶⁴ Comunicado C58/2021.

- Mitigação das mudanças climáticas
- Adaptação às mudanças climáticas
- O uso sustentável e a proteção da água e dos recursos marinhos
- A transição para uma economia circular
- Prevenção e controle da poluição
- A proteção e restauração da biodiversidade e dos ecossistemas.

Para garantir o financiamento, a Comissão tem que avaliar os PRR dos Estados-Membros com base em critérios de avaliação ao Regulamento. Para cada medida, os Estados-Membros deverão fornecer uma avaliação DNSH do seu PRR (artigo 4º do MRR).

Já o cumprimento da legislação ambiental nacional e da EU aplicável, é uma obrigação separada, mas que não dispensa a necessidade de uma avaliação DNSH. Avaliações de Impacto ambiental e comprovação de sustentabilidade de uma medida também não implica automaticamente que nenhum dano significativo será causado – mas devem ser levados em consideração para a avaliação do DNSH. Para comprovar a conformidade com os DNSH os Estados Membros não são obrigados a consultar os “critérios de triagem técnica estabelecidos de acordo com o Regulamento de Taxonomia, mas têm a opção de confiar neles.¹⁶⁵

O Princípio do DNSH faz parte da avaliação dos Planos, nasce para verificar se as atividades de investimento sustentáveis, estão a cumprir o compliance. As nomenclaturas são diferentes, mas projetam o mesmo alcance. O objetivo geral é ajudar os MRR a avaliar os critérios DNSH aplicados à taxonomia da UE e conscientizar os atores da economia sobre os benefícios do compartilhamento de dados DNSH o mais cedo possível.¹⁶⁶

Ainda não está claro qual será o verdadeiro benefício de adicionar o princípio DNSH ao Regulamento da Taxonomia.

¹⁶⁵ Technical Guidance by the Commission. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2021_02_18_epc_do_not_significant_harm_-_technical_guidance_by_the_commission.pdf>

¹⁶⁶ [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.fs-unesp-centre.org/wp-content/uploads/2021/11/Do-No-Significant-Harm-Handbook.pdf>>

4.3. Expectativa normativa e realidade: o que esperar?

Por fim, retomando o trágico evento relatado no início desse projeto, causador de “significativo dano ao meio ambiental” em consequência da “má gestão” de uma barragem instalada no Brasil, passaremos assim, a concluir na importância de se alinhar e cumprir efetivamente o *compliance* ambiental, como forma de prevenção de danos significativos ao meio ambiente.

Falar em danos significativos, neste caso, é dizer prejuízos ao meio ambiental e humano em grandes proporções, irreparáveis ou de difícil reparação.¹⁶⁷ Nos anos de 2015 e 2019, o Brasil assistiu atordoado dois dos maiores desastres ambientais, senão os mais impactantes, o rompimento de barragem em Mariana/MG¹⁶⁸ e no município de Brumadinho/MG.¹⁶⁹

Tais acontecimentos reacenderam os debates sobre a análise da prevenção de risco e a implementação de instrumentos de prevenção danos ambientais causados por atividades por vezes essenciais ao desenvolvimento. Tanto que os argumentos apresentados na peça inicial pelo Ministério Público Federal¹⁷⁰, quanto no relatório final da CPI¹⁷¹, deixam claro o comportamento da empresa proprietária da barragem, demonstrou uma política sistemática de gestão de riscos que privilegiava a produção e o lucro em detrimento da segurança.¹⁷²

Especificamente neste caso, em se tratando de Mineração, além da responsabilidade de cada empreendedor de barragens elaborar e implementar o Plano de Segurança dessas instalações, também integra seu conjunto de atribuições o Plano de Ação de Emergência de

¹⁶⁷ Desastres de grandes escalas estão ocorrendo em toda parte, mas só estendem seu potencial emancipatório com o poder das imagens públicas, que criam uma esfera pública global, um tipo de público categoricamente diferente daquele aprisionado na perspectiva nacional. Portanto, riscos globais criam públicos globalizados; públicos globalizados tornam riscos globais visíveis e políticos. NETO, Wagner Grau; AZEVEDO, A.B.A; MARQUES, M.C. Compliance no Direito Ambiental: conceitos, perspectivas e aplicação no Direito Ambiental. Wagner Grau Neto, Andreia Bonzo Araujo Azevedo e Mateus da Costa Marques. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 2, 2022, p. 167.

¹⁶⁸ [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticia/estado-inicia-analise-das-informacoes-de-31-barragens-em-nivel-de-emergencia-de-minas>>

¹⁶⁹ De acordo com ANM, o Brasil possui 913 (novecentas e treze) barragens de rejeitos de mineração, das quais 496 (quatrocentas e noventa e seis) estão inseridas na Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB). E ainda, de acordo com a FEAM, 31 (trinta e uma) barragens no estado de Minas Gerais apresentam algum nível de emergência. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://app.dnpm.gov.br/SIGBM/Publico/Estatistica>>

¹⁷⁰ ACP n.º 1035519-02.2020.4.01.3800. MPF x ANN, VALE e CVM. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/2020/inicial-acp-vale-anm-cvm.pdf>>

¹⁷¹ CPI de Brumadinho e outras barragens. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/acbe1dc8-5656-419e-9ff5-9fcae27730e7>>

¹⁷² Investimento configurado sob a forma *joint venture*, de propriedade da anglo-australiana BHP Billiton e da Vale.

Barragem de Mineração (PAEBM), inspeções, relatórios, além de uma revisão periódica, tudo conforme os rigores da lei.

À Agência Nacional da Mineração (ANM), por sua vez, cumpre acompanhar o atendimento às normas por meio do SIGBM, Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens, em que o empreendedor apresenta as informações referentes à barragem de sua responsabilidade. E cabe (ou caberia) ¹⁷³ à Agência a fiscalização periódica desses locais.

Pois bem. Saltando da fiscalização (indispensável) das autoridades competentes para uma abreviada reflexão sobre governança interna da Empresa causadora dos danos, alguns equívocos podem ser transcritos e refletidos como avaliação de uma conduta de governança insuficiente ou inadequada (para não dizer ausente).

Com relação a Brumadinho, e no contexto de gestão de riscos, assegurou o Gerente responsável à época, em seu depoimento, que “basta uma denúncia anônima para que o problema apontado seja apurado”. Curioso se basear em uma “denúncia anônima” como parte do gerenciamento de riscos. E completou que havia empresas terceirizadas para a vistoria das barragens, e que jamais imaginaria que essas companhias poderiam ter emitido laudo em situação que não houvesse real estabilidade. Afirmou ainda que, por sua recomendação e do Conselho de Administração, foram criados três comitês independentes e extraordinários para: 1) apoio e reparação; 2) apuração das causas; 3) segurança das barragens (o que poderia equivaler a análise e prevenção dos riscos). Acontece que, estes comitês foram criados após o rompimento da Barragem em Brumadinho, divulgado pela própria empresa.¹⁷⁴ Deixando assim, patente, por si só a inexistência de medidas preventivas à época do acontecimento.

Apurou-se ainda que, muito embora atue em atividade de elevado risco, inclusive para comunidades inteiras, os aspectos de segurança considerados pela Vale são quase que exclusivamente focados em segurança do trabalho, sem o necessário enfoque em segurança

¹⁷³ Sem adentrar ao mérito do sucateamento das esferas públicas que o Brasil enfrenta nos últimos anos, mas apenas a título de observação, o MP celebrou acordo em juízo contemplando a liberação de verbas orçamentárias inclusive para a aquisição de itens básicos como equipamentos de proteção individual (EPI), uniformes, mobiliário para escritório, combustível, *notebooks* e automóveis. Alguns problemas como ineficiência no poder de fiscalizar, sucateamento administrativo e ausência de concursos públicos no âmbito da Agência Nacional de Mineração são expostos na AcCP n.º 1005310- 84.2019.4.01.3800, que tramita na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

¹⁷⁴ [Consult. 16 mai. 2022]. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/acbe1dc8-5656-419e-9ff5-9fcae27730e7>>

de processos¹⁷⁵; os que devia dedicar, então, às estruturas de contenção de rejeitos, foram sempre deixados em segundo plano. Neste sentido, foram formulados pedidos pelo MP diretamente relacionados a falhas no controle de riscos ambientais e geotécnicos estruturais no monitoramento e controle de riscos de segurança das barragens.¹⁷⁶

No caso de Brumadinho, o Ministério Público optou por ajuizar a ação buscando a aplicação das sanções previstas no art. 6.º da Lei 12.846/2013 (lei Anticorrupção), por omissão no controle do risco, ou seja, por não prevenirem os riscos perceptíveis no monitoramento de segurança de barragens. Fundamentada em uma alegada conduta temerária por parte da Vale em relação à gestão de riscos ambientais e humanos das atividades que desenvolve, e, segundo o MPF, conducente a “depauperar medidas de prevenção e acobertar riscos graves, tudo em nome da aplicação do lucro”.

A sentença sobreveio logo após a réplica apresentada pelo MPF e acolheu a tese de que a pretensão do *parquet* seria vaga, imprecisa, e que a requerer a reforma da cultura interna da empresa seria algo intangível pelo Poder Judiciário:

“Analisando a questão sob a ótica dos princípios constitucionais da intervenção mínima do Estado na economia e da separação dos poderes, constata-se que a intervenção judicial em uma empresa privada, com a correlata privação do direito de administrar, é medida absolutamente excepcional e extrema, não havendo, repita-se, qualquer previsão no direito interno, e tampouco no direito comparado, que lhe respalde. Em última análise, tal intervenção implicaria, por vias transversas, em estatização, ainda que temporária e precária, de uma empresa privada, o que é manifestamente inadmissível.”

Ainda sobre este subgrupo da mineração, por meio da análise dos impactos da atividade em diferentes tipos, apresenta protocolos de medidas a serem adotadas nas hipóteses de dano ambiental no setor, bem como métodos de controle de riscos, com ênfase na gestão – apresentando normas da CGU, do TCU, e da PGR no controle de riscos ambientais e sociais por meio de modelos de bom desempenho pelas governanças corporativas públicas ou

¹⁷⁵ Sumário Executivo do Relatório do Comitê Independente de Assessoramento Extraordinário de Apuração contratado pelo Conselho de Administração da Vale S.A., página 39 (Publicado em 20.02.2020)

¹⁷⁶ Diretriz para valoração de danos ambientais. Conselho Nacional do Ministério Público. [Consult.16 mai. 2022]. Disponível em <https://www.cntp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/DIRETRIZES-PARA-VALORACAO-DE-DANOS-AMBIENTAIS_compressed1.pdf>

privadas. Veja-se, esforços têm sido feitos para alcance da efetiva antecipação dos riscos, porém, talvez ainda alheia a ênfase no meio ambiente.

E que, infelizmente, repercute negativamente até nas últimas esferas na busca de reparação de danos significativos ao meio ambiente (e a vida humana), reluzindo uma certa resistência por parte do Poder Judiciário em acolher pleitos provisórios dessa complexidade, ou que pretendam, de certo modo, iniciar a implementação de medidas citadas na inicial como estruturantes.

CONCLUSÕES

A empresa em *compliance* possuirá claras vantagens econômicas, concorrenciais e reputacionais, visto que poderá ter boas relações com os entes estatais, terá destaque concorrencial na medida em que possuirá processos mais eficazes e transparentes, além de um evidente ganho institucional, de maneira a transmitir uma imagem de correção, legalidade e ética. Some-se a isso o saneamento preventivo. O *compliance* se volta como um instrumento de mitigação em face do risco de assunção de passivos ambientais e em consequência de prejuízos futuros para a empresa, sócios ou acionistas. generalidade/particularidade é considerar conceitos como normas orientadoras que são princípios, que, por sua vez, são realizados por regras.

Estabelecer normas para ajudar os Estados a avaliar a efetividade da lei ambiental, sem especificar nem a natureza, nem o conteúdo desses critérios, talvez não esteja sendo suficientemente efetivo. Em particular, exige a aplicação efetiva de leis e regulamentos e a criação de “ferramentas jurídicas inovadoras para cumprimento e implementação eficazes”.

De um lado devemos atentar ao compromisso dos Estados em implementar, nacionalmente, as decisões tomadas e oficializadas nas negociações internacionais, como fruto da capacidade de adotar normas e atingir objetivos das decisões. Noutro ponto, devem ser objetivo também, os resultados alcançados daquelas decisões tomadas, com foco nos fins que se pretendem atingir.

A ênfase no monitoramento voluntário e na correção dos abusos dos direitos pelas empresas mantém alguma esperança. No entanto, para ter sucesso, é necessário fazer o backup por sanções legais realmente efetivas por esses abusos, assim como os documentos das Nações Unidas reconhecem, bem como, auxiliar na interpretação e formação de obrigações empresariais e fiscalização do seu cumprimento.

Que se abram para discussões e assinaturas num plano multilateral, por meio de redes intergovernamentais, da maneira pela qual os governos trabalhem juntos, tendo o *compliance* e redes governamentais informais e formais, auxiliando-os a trabalhar em conjunto para resolver problemas, inclusive mediante acordos estaduais com organismos internacionais.

A busca pela governança transfronteiriça talvez esbarre em outro grande problema, que são os acordos, que dão grande ênfase na soberania dos países. Embora queiram construir uma agenda conjunta, eles barram no aspecto da soberania. Mas por outro lado,

traça um ponto importante que é a comissão internacional para gestão, que pode ser revolucionador, tendo como função fomentar os estudos e pesquisas, isso já é um ponto positivo. O ponto negativo é que falta gestão ou falta de experiência sobre o assunto no caso da dinâmica transfronteiriça, para evitar conflitos, que criem políticas em comum para estas áreas de fronteira. A este propósito, convém referir o contributo que vem assumindo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no sentido da aproximação dos sistemas processuais dos Estados Membros.

E como fazer uma boa gestão se não há monitoramento? É possível pensar em acordo multinacionais? Pela leitura, nota-se que o embaraço da gestão e governança é a falta de tratados e efetivação na prática que constituam um elemento de coordenação da gestão, desde intercâmbio de dados e uniformização das legislações sobre o tema. Qualquer tipo de acordo é bem-vindo. Nada impede que os Estados façam acordos bilaterais para gestões de bens comuns¹⁷⁷.

Essa é a dificuldade. Por mais que tenha uma governança “multiescalar”, Estados assinando acordos vão exigir que cada país faça um esforço institucional para constituir outros níveis de gestão. Políticas de Estado e não de Governo – em que pese as peculiaridades de dentro de cada Estado.

Iniciativas como a exigência do *compliance* poderá ser um dos principais norteadores das empresas e do meio ambiente nesse dinâmico e inovado cenário econômico internacional.

¹⁷⁷ A exemplo, o Órgão das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) – nem toda cooperação precisa ser profunda, qualquer tipo de cooperação é bem-vinda.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, A. Ensaio sobre a prospectividade no Direito Administrativo do Ambiente. A protecção jurídica do futuro, in: Conferências | Direito Administrativo Fezas Vital e Rogério Soares - Cadernos do Centenário do Boletim da Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, 2016, p. 93-128.

_____, Alexandra; GARBACIO, Greice (org.): Compliance e sustentabilidade: perspectivas brasileira e portuguesa. Coimbra. Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, 2020.

ARINAS, R. J. S., Curso básico de Derecho Ambiental General. Instituto Vasco de Admnistración Pública. Oñati, 2015.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Responsive regulation: transcending the deregulation debate. Oxford University Press. New York, 1992.

BECK, Ulrich. World at risk. Polity Press. Cambridge. 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). 4ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. Direito constitucional ambiental brasileiro / José Joaquim Gomes Canotilho, José Morato Leite, organizadores, 6ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília, 10ª ed. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. Edições Loyola. São Paulo, 2005.

CUREAU, Sandra. Por que uma organização mundial de meio ambiente? Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. WMF Martins Fontes, 3º ed., 2010.

GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations: jurisdiction and reparations. In: Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues” Section 4 of XXth Association Internationale de Droit Pénal/International Association of Penal Law Congress. Oslo, 2017.

GARBACCIO, Grace; LAGES, Douglas. Os Princípios do Equador como mecanismos fortalecedores de investimentos sustentáveis: O compliance do investimento. In ARAGÃO, Alexandra; GARBACCIO, Greice

GARRIDO, Álvaro - Escola de Estudos Avançados [Em linha], atual. 2014. [Consult. 25 mai. 2017]. Disponível em WWW:<[URL:http://www.uc.pt/feuc/eea](http://www.uc.pt/feuc/eea)>.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

Hart, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009,

HOWARD, A. E. Dick. The indeterminacy of constitutions. Wake Forest Law Review, v. 31, p. 403, 1996.

Kelsen, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução Luiz Carlos Broges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LABERNAZ, Renata O; Wolker, António Carlos. As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico, in Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e políticos, n.º 57, UFSC, Florianópolis, 2008.

MEDAUR, Odete. Direito administrativo moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 49.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II, p. 204.

NETO, Wagner Grau; AZEVEDO, A.B.A; MARQUES, M.C. Compliance no Direito Ambiental: conceitos, perspectivas e aplicação no Direito Ambiental. Wagner Grau Neto, Andreia Bonzo Araújo Azevedo e Mateus da Costa Marques.

PRIEUR, Michel. Les indicateurs juridiques. Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018.

_____ and Mohamed Ali Mekouar. Measuring the Effectivity of Environmental Law Through Legal Indicators in the Context of Francophone Africa. Cap 13.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 26^a ed. São Paulo: Saravia, 2002.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 12^a reimpressão, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – Uma política criminal na era compliance. 1^a ed. Coimbra. Edições Almedina. 2019.

_____. O direito penal europeu emergente. Coimbra. Coimbra Editora. 2008.

_____. Globalização, democracia e crime. pp. 276-310. In: COSTA, José de Faria; outro (org.) Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo. Quartier Latin, 2006.

SEGAL, Robert Lee, COMPLIANCE AMBIENTAL NA GESTÃO EMPRESARIAL: distinções e conexões entre compliance e auditoria de conformidade legal.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P.

STIGLITZ, Joseph E. O preço da desigualdade. 2^a ed. Bertrand Editora. Lisboa. 2016

TRENNEPOHL, Terence; TRENNEPOHL, Natascha. Compliance no direito ambiental. RT, 2^o ed. 2020.

U. Beyerlin, Different Types of Norms in International Environmental Law, in D. Bodansky, J. Brunnée and E. Hey (eds.), The Oxford Handbook of International Environmental Law (Oxford University Press, 2007).

VELDMAN, J., GREGOR, F. and MORROW, P. (2016). Corporate Governance for a Changing World: Report of a Global Roundtable Series. [Consult.23 mai. 2022]. Disponível em <<https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/18785/>>.

