

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DA JUSTIÇA

**ALEXANDRE SILVA SOARES**

**JUSTIÇA, AMBIENTE E ETNICIDADE:** O controle judicial das licenças ambientais  
lesivas a grupos étnicos

São Luís

**2015**

**ALEXANDRE SILVA SOARES**

**JUSTIÇA, AMBIENTE E ETNICIDADE: O controle judicial das licenças ambientais  
lesivas a grupos étnicos**

Dissertação de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Joaquim Shiraishi Neto.

São Luís

**2015**

Soares, Alexandre Silva

Justiça, Ambiente e Etnicidade: O controle judicial das licenças ambientais lesivas a grupos étnicos / Alexandre Silva Soares — São Luís, 2015.

152 f.

Orientador: Joaquim Shiraishi Neto

Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2015.

1. Ciências sociais aplicadas. 2. Direito. 3. Direito Público. 4. Direito Constitucional. I. Título.

CDU 349.6:39

**ALEXANDRE SILVA SOARES**

**JUSTIÇA, AMBIENTE E ETNICIDADE: O controle judicial das licenças ambientais lesivas a grupos étnicos**

Dissertação de mestrado submetida à Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão, Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em: \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

**Profº. Dr. Joaquim Shiraishi Neto** (Orientador)

---

**Profª Drª. Mônica da Silva Cruz**  
Universidade Federal do Maranhão

---

**Profº. Dr. José Helder Benatti**  
Universidade Federal do Pará

Dedico este trabalho a todos os que acreditam que o existir representa algo mais que simplesmente estar na vida, encarando-a como verdadeiro compromisso; estes, certamente, carregam consigo o fardo da constante reflexão sobre o seu sentido de estar no mundo, esta tarefa inquietante; porém, também trazem o benefício de estar em constante mudança, redefinindo-se quanto ao seu significado... compartilhando-o no seu fazer também com a esperança de tornar o mundo ao redor de si algo melhor. Essas pessoas são especiais. Dentre todas elas, destaco Renata.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer a realização deste trabalho é um exercício de memória viva, que pressupõe recompor uma trajetória. Várias mãos levaram à escolha das palavras lançadas, que não são o fruto do acaso, mas de um conjunto de reflexões pessoais, profissionais e acadêmicas entrecortadas.

Primeiro (esta referência não vem ao acaso), aqueles que me trouxeram ao mundo – Mariinha e José Reinaldo Soares, a quem agradeço todos os momentos da minha formação e, sobretudo, a oportunidade de ela ter ocorrido exatamente como aconteceu; fizeram-me como sou hoje. Ao lado deles, minhas irmãs Andreia e Solange.

Em um verdadeiro paralelo na formação, destaco os colegas com quem tive a alegria de conviver nos tempos de graduação da UFMA, ao ingressar naquele primeiro semestre de 1997, com a cabeça raspada e cheia de sonhos então; sei que estes mudaram, mas não se perderam: foram relidos ao sabor dos acontecimentos em nossas vidas. Apesar das mudanças, a amizade permanece, especialmente quanto a Cristiano Barroso, Letícia Freire, Luane Lemos, Zé Filho e outros daqueles projetos comuns. Poderia citar muitos outros, mas ocupariam todo o espaço da dissertação...

E, desde a graduação, acompanha-me o meu orientador: Joaquim Shiraishi Neto, a quem devo muito e não apenas quanto ao Direito. Ao lado dele, outras professoras que tenho o doce dever de nominar: Mônica Cruz e Mônica Teresa; ao professor Paulo Roberto, pela concretização do projeto do PPGDIR, que coordena neste espaço acadêmico em meio ao velho prédio na rua do Sol, cheio de histórias e estórias não apenas minhas, mas de todos que passaram em diferentes épocas.

Aos colegas de mestrado, da primeira e segunda turma do PPGDIR – tornaram esse momento de formação muito mais agradável do que supus que seria: a Renata, Juraci, Alyne, Alaíde, Ruan, Gigi, Paulo, Murilo, Jorge, dentre todos.

Ao Ministério Público Federal, que, ao me acolher, permitiu-me dar vazão a um encontro de propósitos comuns, na luta pela transformação da realidade e do mundo, resignificando-me. A todos os colegas procuradores, em especial àqueles

da PRMA, bem assim a Alaíde, Araildna e Krishnna.

Deixo as últimas linhas àqueles que detêm a centralidade do meu olhar, fonte das minhas boas ideias e lugar da minha ternura: a Renata, por todo o seu amor e tudo que não se comporta em escritos; a Bil, Biel, Lipe e Pepeto, pela sua alegria ressignificadora da vida. São todos eles que me fizeram uma pessoa diferente, talvez melhor do que eu pensei que poderia ser.

“[...]discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar.”

(Michel Foucault)

## RESUMO

A dissertação investiga os critérios utilizados pelo Poder Judiciário para o julgamento dos conflitos relativos ao licenciamento ambiental de empreendimentos apontados como lesivos a grupos étnicos, especialmente indígenas e remanescentes de comunidades de quilombos. Ao adotar como referenciais teóricos as obras de François Ost, Michel Foucault e Pierre Bourdieu, procedeu-se inicialmente à análise da construção do discurso jurídico sobre o meio ambiente, a partir do exame do ordenamento jurídico-constitucional; em seguida, procedeu-se ao exame do tema das identidades étnicas na Constituição de 1988, bem como sua relação com a proteção ao ambiente, especificamente analisando o instrumento do licenciamento ambiental, quanto à atuação administrativa de controle dos recursos naturais, ao lado da judicialização de políticas públicas em matéria de meio ambiente. Realizou-se o estudo de casos de três empreendimentos (UHEs Belo Monte, Teles Pires e a Transposição do rio São Francisco) a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propondo-se a reflexão sobre os critérios decisórios efetivamente adotados.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Licenciamento Ambiental. Judicialização.

Indígenas, Remanescentes de Quilombos.

## **ABSTRACT**

The dissertation investigates the criteria used by the judiciary for the trial of disputes concerning the environmental licensing of projects identified as harmful to ethnic groups, especially indigenous and quilombo communities. By adopting as theoretical works of François Ost, Michel Foucault and Pierre Bourdieu, we proceeded to initially examine the construction of the legal discourse on the environment, from the examination of the legal and constitutional order; then proceeded to the examination of the theme of ethnic identities in the Constitution, as well as its relationship with the protection of the environment, specifically analyzing the environmental licensing instrument, about the administrative actions of control of natural resources, along with the legalization public policies on the environment. We conducted case studies of three projects (HPPs Belo Monte, Teles Pires and the transposition of the river São Francisco) from the jurisprudence of the Supreme Court Brazilian, proposing to reflect on the decision criteria effectively adopted.

**Keywords:** Environmental Law. Environmental Licensing. Judicialization. Indigenous, remnants of Quilombo

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACO	- Ação Cível Originária
AIA	- Avaliação Ambiental Integrada
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
ACP	- Ação Civil Pública
ADIn	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
EIA	- Estudo de Impacto Ambiental
EPE	- Empresa de Pesquisa Energética
FADESP	- Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa do Pará
IBAMA	- Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais
INCRA	- Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IPHAN	- Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
MPF	- Ministério Público Federal
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
RIMA	- Relatório de Impacto ao Meio Ambiente
SISNAMA	- Sistema Nacional de Proteção ao Meio Ambiente
SLA	- Suspensão de Liminar e Antecipação de Tutela
SL	- Suspensão de Liminar
STF	- Supremo Tribunal Federal
TRF	- Tribunal Regional Federal
UHE	- Usina Hidrelétrica
PNMA	- Política Nacional de Meio Ambiente
Rcl	- Reclamação

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2</b>	<b>A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE</b> .....	21
<b>2.1</b>	<b>O processo de construção jurídica do meio ambiente</b> .....	22
2.1.1	O perfil do direito ao ambiente.....	23
2.1.2	O papel da análise dos discursos e o direito ao meio ambiente.....	25
2.1.3	A construção de discursos jurídicos sobre o meio ambiente.....	31
<b>2.2</b>	<b>A construção do ambiente e o Direito Ambiental</b> .....	34
2.2.1	O período colonial da regulação do ambiente.....	35
2.2.2	A regulação após a independência, sobretudo no período republicano.....	38
2.2.3	A Constituição de 1988 e o direito ao ambiente.....	45
2.2.4	Da tensão permanente no meio ambiente – a construção jurídica em andamento.....	47
<b>2.3</b>	<b>O meio ambiente não está à margem da Lei – a lei o constrói com seu discurso de apropriação e proteção</b> .....	52
<b>3</b>	<b>AS IDENTIDADES ÉTNICAS NA CONSTITUIÇÃO E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL</b> .....	60
<b>3.1</b>	<b>As (novas) identidades étnicas</b> .....	63
<b>3.2</b>	<b>As identidades étnicas na Constituição – o arranjo na ordem constitucional</b> .....	70
<b>3.3</b>	<b>Os grupos étnicos e o conceito jurídico de comunidades tradicionais</b> .....	75
<b>3.4</b>	<b>O Direito Ambiental e as identidades étnicas – o direito emancipa ou reforça a regulação através do licenciamento ambiental</b> .....	81
3.4.1	O licenciamento ambiental e os grupos étnicos.....	84
3.4.2	A distribuição desigual dos impactos ambientais – a 'ambientalização' dos movimentos sociais.....	87
3.4.3	O licenciamento ambiental deveria proteger identidades.....	89
3.4.4	O que os juízes controlam – o controle judicial das licenças ambientais.....	91
<b>3.5</b>	<b>Os grupos étnicos e sua proteção judicial através do direito ambiental</b> .....	97
<b>4</b>	<b>O JUDICIÁRIO, OS GRUPOS ÉTNICOS E A PROTEÇÃO AO AMBIENTE</b> .....	99
<b>4.1</b>	<b>Os casos escolhidos – observações sobre as razões da escolha</b> .....	100
<b>4.2</b>	<b>Caso 01 – Usina Hidrelétrica de Belo Monte</b> .....	105
<b>4.3</b>	<b>Caso 02 – Usina Hidrelétrica Teles Pires</b> .....	113
<b>4.4</b>	<b>Caso 03 – Transposição do rio São Francisco</b> .....	115
<b>4.5</b>	<b>Os casos escolhidos e o Judiciário – os critérios que foram considerados pelo órgão judicial</b> .....	118
4.5.1	O conceito de ordem pública e a proteção ambiental.....	123
4.5.2	Grupos étnicos e as condições de formação do discurso do interesse público.....	126
<b>4.6</b>	<b>O Direito Ambiental a partir dos diferentes – que teoria da</b>	131

	<b>Justiça os acolhe.....</b>	
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>141</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>145</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É possível observar nos dias atuais, dentre as novas demandas judiciais a ocupar o cenário do debate público, um conjunto específico de questionamentos relativos aos grandes empreendimentos que se implantam no país e o seu enfrentamento por comunidades indígenas e remanescentes de quilombos. Contudo, além de uma questão social ou política, a discussão pode suscitar a reflexão científica sobre o Direito, mediante a construção de um problema teórico e de um objeto específico de estudo, a fim de investigar uma das faces desse tipo de conflito.

Nesse contexto, o objetivo do trabalho que se inicia é a análise, para a formulação de um esboço de compreensão, dos processos decisórios adotados pelo Poder Judiciário em um conjunto de conflitos particularmente específicos e cada dia mais comuns, relativos aos grupos étnicos presentes na sociedade brasileira, quando impactados ambientalmente por empreendimentos ou atividades econômicas lesivas aos seus interesses juridicamente protegidos.

Trata-se aqui da análise do fenômeno da judicialização de licenças ambientais e outros atos administrativos que sejam alegadamente lesivos aos direitos de grupos étnicos – uma espécie de litigiosidade presente sobremaneira na região amazônica, mas não restrita a ela Brasil afora.

O recorte da conflituosidade especificamente delimitada na pesquisa foi realizado não de forma a negar a existência de outras formas de disputas que esses grupos étnicos<sup>1</sup> experimentam em torno de diversos direitos, mas com o propósito de viabilizar a construção de um objeto de pesquisa a partir de certos conflitos ambientais, mediante relações que se estabelecem entre essas pessoas, compreendidas não apenas como indivíduos atomizados, mas como integrantes de grupos com uma certa visão comum do mundo e da natureza, bem assim as suas relações com o Direito na sociedade envolvente.

---

1 O conceito de grupo étnico, a ser adiante melhor explicitado, parte das compreensões desenvolvidas de Max Weber e Fredrick Barth, especialmente deste último autor. Não se trata apenas de um conceito que interessa à Antropologia, mas que ingressa no Direito também à medida que articula posições bem definidas juridicamente, em torno das quais direitos são erigidos, como é o caso das comunidades de remanescentes de quilombos e indígenas, expressamente previstas na Constituição Federal de 1988, mas também de outros que são tratados em atos normativos subsequentes, como a Política Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais, no Decreto nº 6.040/2007.

A visão de mundo dos integrantes desses grupos étnicos é colocada em xeque. Ao seu modo de enxergar a natureza, outros propósitos são contrapostos. Formas de exploração desses bens ambientais são tencionadas e empreendidas pelo Poder Público e empresas, causando-lhes espanto, indignação ou revolta, sentimentos expressos de forma coletiva através de protestos que delimitam formas de cidadania diferenciada, eis que destoantes dos meios de reivindicação ordinariamente verificados na sociedade que está no entorno dos diversos povos indígenas, remanescentes de quilombos, dentre outros grupos.

Esses reclamos dos grupos prejudicados não ficam restritos às ruas, rodovias ou canteiros de obras onde os protestos se realizam. Dos pátios das aldeias ou do interior de associações chegam às instituições do Sistema de Justiça, mediante as portas de entrada disponíveis ao Poder Judiciário, especialmente através do Ministério Público, dando lugar a um novo sentimento: a esperança de que juízes digam a palavra final sobre a pretensão dos grupos étnicos, alegadamente desrespeitados, sobretudo quanto a algo que se abaterá sob as suas cabeças – em diversos casos, a pretensão é ser ouvido, mediante o respeito ao direito à consulta, assegurado-lhes constitucionalmente e através da Convenção 169 da OIT.

Eis a questão que orienta o conjunto de indagações deste trabalho – quais seriam os critérios utilizados pelo Poder Judiciário ao decidir essa espécie de litigiosidade? Busca-se aqui compreender essa questão.

De fato, após a Constituição de 1988, a existência desses grupos étnicos não apenas deixou de ser exótica ou invisível, mas recebeu um tratamento jurídico de cunho protetivo – direitos foram estabelecidos não apenas em relação às terras que ocupam indígenas e comunidades remanescentes de quilombos, como também direitos culturais relacionados às formas de organização social, língua, costumes e tradições, através dos artigos 215 e 216 da CF88. Passou-se a encarar esse conjunto de características como parte dos modos de criar, fazer e viver, integrantes do patrimônio cultural brasileiro, oriundo dos diversos grupos formadores da sociedade.

Qual seria o propósito desses direitos: uma forma de regulação pura e simples sobre grupos diferenciados ou meios de efetivamente proteger os seus interesses jurídicos? A resposta a essa pergunta depende, dentre outras

circunstâncias, do modo como as instituições do Sistema de Justiça levam a sério esses direitos.

De uma perspectiva, há a iniciativa do Estado de fomentar empreendimentos públicos e privados, inclusive modificando as regras do licenciamento ambiental<sup>2</sup>. Entretanto, essas alterações nos parâmetros normativos não são vistas pelos afetados por esses empreendimentos como elemento de segurança jurídica – antes, reforçam profundas críticas contra os critérios de concessão das licenças ambientais e o enfraquecimento dos seus direitos.

Essa situação de conflitos, descrita a partir do recorte de elementos acima explicitados, não deve ser vista como um simples dado de uma realidade judicial a ser apreendida em seus resultados mediante a compilação de julgados. A própria percepção de um conflito a ser tratado pelo Direito parte da construção de certas formulações jurídicas pelos seus operadores, que passaram a analisar tais disputas, ao afastar a invisibilidade desses conflitos e das comunidades (SHIRAIISHI, 2008).

Por outra perspectiva, tem-se apontado que a distribuição da degradação ambiental não ocorre de modo uniforme na sociedade. Pelo contrário, há diferentes percepções dos impactos resultantes da implantação de empreendimentos, considerando a forma e os locais de intervenção e mesmo a visão de mundo daqueles que são afetados. Há desigualdade na distribuição dos impactos ambientais de grandes empreendimentos, desde a sua localização até os grupos prejudicados.

A noção de etnia, bem assim a existência de danos diferenciados e particulares a uma identidade em suas relações com os recursos ambientais, são elementos acionados por esses grupos para se contrapor aos impactos desses empreendimentos em situações de conflito<sup>3</sup>.

---

2 A respeito das modificações das regras do licenciamento ambiental, pode-se citar a Lei Complementar nº 140/2011, que fixou o exercício da competência comum em matéria ambiental pelos Entes Federados, em regulamentação ao art. 23, parágrafo único, da CF/88, indicando as atribuições de cada ente para o licenciamento ambiental e restringindo à atuação subsidiária do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA no exercício do poder de polícia; o novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), especialmente quanto à modificação do regime de uso das áreas de preservação permanente. Em nível infralegal, é relevante a alteração de resoluções administrativas que cuidam da atuação de instituições como a Fundação Nacional do Índio, do INCRA, da Fundação Cultural Palmares, como a Portaria Interministerial nº 419, de 26 de outubro de 2011, dentre outros, pois interfere diretamente nos critérios de atuação da Administração Ambiental.

3 Observa-se, nesse aspecto, que a construção das identidades étnicas afasta-se por completo da noção de raça, sendo focada no autorreconhecimento e identificação de diferenças em face do

Essas situações têm originado a propositura de demandas judiciais, especialmente ações civis públicas pelo Ministério Público ou por outras instituições legitimadas, com a pretensão de anular os atos administrativos que viabilizam a implantação desses empreendimentos, sob a alegação de variados vícios – discussões em torno de lesões efetivas ou potenciais a comunidades indígenas ou quilombolas, ou ainda a outros grupos, inclusive quanto a sua participação adequada no licenciamento ambiental.

Diante desses casos, o Poder Judiciário é instado a decidir acerca da licitude das licenças ambientais, exercendo o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública em ações coletivas que se distinguem dos litígios que tradicionalmente predominam nos Tribunais, observando-se que está em pauta a verificação da existência de lesão a interesses específicos e diferenciados de grupos tradicionalmente marginalizados no processo histórico brasileiro<sup>4</sup>.

Acontece que indígenas e remanescentes de quilombos em diferentes momentos históricos foram excluídos do processo de deliberação sobre seus interesses e direitos, através de instituições estatais, suscitando-se, assim, indagações sobre a capacidade de se resguardar a proteção necessária às suas posições através do Judiciário.

Assim, a pesquisa tem como objeto de investigação os critérios efetivamente utilizados pelo Poder Judiciário, ao ser questionado sobre atos administrativos do licenciamento ambiental, quando eles importarem em alegada lesão a direitos de comunidades indígenas e remanescentes de quilombos.

Em outras palavras, o problema da pesquisa pode ser delimitado a partir da indagação: quais os critérios decisórios utilizados pelo Poder Judiciário no exame de atos do licenciamento ambiental que possam implicar em danos a grupos étnicos?

A partir de levantamento prévio de dados, foi possível formular a hipótese que orientou as investigações. Essa compilação inicial foi realizada a partir de casos

---

outro a partir de parâmetros que rompem os esquemas de classificação oficial externa, afirmando-se preponderantemente em situações de conflito (ALMEIDA, 2002, p.78-79).

4 Dentre as características que diferenciam os conflitos em torno de interesses difusos, um dos pontos que chama a atenção é intensa litigiosidade que os identifica, dada a ampla diversidade de posições, as quais não se reduzem a um conflito tradicional entre duas pessoas com pretensões jurídicas bem definidas. Rodolfo Mancuso (1997, p.85) explica que “No campo dos interesses difusos, outra coisa se dá: eles estão soltos, fluidos, desagregados entre segmentos sociais mais ou menos extensos; não tem vínculo jurídico básico, mas exsurgem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si.”

julgados pelo Supremo Tribunal Federal que envolvem o tema proposto<sup>5</sup>. A opção pelo STF deveu-se à circunstância de que o tribunal possui a condição de Corte Suprema em matéria constitucional no Brasil, como órgão de controle abstrato de constitucionalidade das normas e última instância recursal em assuntos constitucionais. Assim, os casos nos quais as disputas são mais intensas acabam chegando ao STF, após seguidas provocações processuais.

Diante desses dados iniciais (limitados à verificação da existência de julgamentos sobre a matéria e a uma primeira sistematização) foi possível formular a **hipótese inicial e provisória** de que: a definição do tratamento judicial conferido ao exame das licenças ambientais aptas a lesar grupos étnicos (indígenas e remanescentes de quilombos) não é definido por critérios exclusivamente jurídicos relacionados ao exame dos direitos que diretamente esses grupos seriam titulares ou à proteção do ambiente, cuja tutela é requerida. As decisões do Judiciário são delimitadas também por considerações de caráter político e econômico explicitados direta ou indiretamente nas decisões judiciais em juízos sobre a relevância dos empreendimentos, as quais prevalecem argumentativamente sobre o direito ao ambiente ou dos grupos étnicos, sobretudo em decisões tomadas em instrumentos jurídicos que não examinam o mérito desses conflitos como a Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nos tribunais<sup>6</sup>

A pesquisa desenvolveu-se a partir de uma abordagem qualitativa do objeto de investigação, na qual se adotou como método, além da revisão bibliográfica, o estudo de casos que permitiram a compreensão empírica do problema, mediante o exame de fontes documentais de informações, consistentes em acórdãos e decisões proferidas pelo STF, relacionando-os com leituras possíveis das teorias da Justiça.

Os casos escolhidos foram os conflitos relacionados: 1) à construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte; 2) à transposição do rio São Francisco; 3) à

---

5 O levantamento das informações foi realizado através do portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)) no mês de outubro de 2013, identificando-se casos em sua jurisprudência no banco de dados eletrônicos disponibilizado entre acórdãos e decisões da presidência do Tribunal.

6 A Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela é um instrumento processual que permite aos presidentes de Tribunais suspender, a pedido do Estado, o cumprimento de decisões judiciais, dentre outras hipóteses, em ações coletivas (como é o caso das ações civis públicas). Não há nesse caso o exame do mérito dos direitos em disputa, mas a avaliação discricionária pelo Presidente do Tribunal da circunstância de a decisão representar “manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (Art. 4º da Lei nº 8.437/1992).

implantação da Usina Hidrelétrica Teles de Pires. Todos foram escolhidos a partir de exame de documentos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Esse conjunto de procedimentos viabilizou o exame significativo dos dados coletados a partir do estudo de casos, confrontando-os com a revisão bibliográfica realizada, permitindo a formulação de conclusões<sup>7</sup>.

Observados os casos, verifica-se que a investigação justifica-se não apenas pela relevância do tema na atualidade e seu caráter pragmático, mas pela necessidade de identificação de parâmetros científicos que permitam a sua compreensão crítica e sistemática.

Com efeito, o objeto da investigação é atual, pois nos últimos dez anos houve um aumento (na quantidade e complexidade) de demandas judiciais coletivas face a empreendimentos públicos e privados que buscaram licenciamento ambiental para a sua instalação, submetidos então a críticas em função de conflitos com grupos étnicos atingidos direta ou indiretamente, sobretudo na região amazônica, mas não apenas nela.

Nesse contexto, justificou-se o trabalho, de um ponto de vista científico, pela necessidade de estabelecer indagações sobre os parâmetros adotados para o controle jurisdicional do licenciamento ambiental no senso comum teórico dos juristas quanto ao aspecto focado e a adequação do saber jurídico constituído sobre o problema. A novidade do tema suscita a reflexão sobre a suficiência do conhecimento produzido.

O tema também se justifica pela sua relevância pragmática, dada a elevada difusão da conflituosidade nos licenciamentos ambientais, o que tem exigido atuação concreta das instituições do sistema de Justiça em função da judicialização, inclusive modificando a sua organização para solucioná-los.

Ademais, ainda existem poucos trabalhos sobre o tema proposto. Embora haja algumas pesquisas produzidas sobre a judicialização do licenciamento ambiental, enfoca-se aqui aspecto atinente a um determinado tipo de conflito, a envolver o controle de atos administrativos alegadamente lesivos a grupos étnicos em uma perspectiva jurídica. Essa circunstância contribui para justificar a relevância do desenvolvimento da pesquisa, ao abordar problema cuja investigação pode

---

<sup>7</sup> As razões de escolha desses casos, mas não de outros, encontra-se explicitada no item 4.1 desta dissertação.

ampliar o conhecimento do Direito.

Para essas finalidades, delimitou-se que o trabalho possui como objetivo geral investigar os critérios adotados pelo Poder Judiciário no exame de questionamentos ao licenciamento ambiental para implantação de empreendimentos, face a aspectos que representem alegadas violações aos direitos de grupos étnicos.

Para a apresentação dos resultados da pesquisa, orientou-se o trabalho pela exposição em três capítulos que correspondem aos objetivos específicos da pesquisa, além da introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, buscou-se compreender o processo de construção jurídica do ambiente. Partiu-se do pressuposto de que o ambiente não existe como um dado, mas como uma construção através de discursos, dos quais os juristas tomam parte não apenas através da interpretação das leis, mas mediante o processo decisório que revela, em caráter efetivo, o valor dado à natureza. Para essa finalidade, tomou-se como referências teóricas as obras de François Ost, Pierre Bourdieu e Michel Foucault, como teorias que conduziram as reflexões não apenas neste capítulo, mas ao longo de todo o trabalho.

No segundo capítulo, por sua vez, intentou-se identificar como o pluralismo étnico se fez presente na Constituição de 1988, verificando-se conceitualmente a noção de grupos étnicos, bem assim de direitos diferenciados em decorrência do reconhecimento de distintas identidades na sociedade brasileira em sua relação com os aspectos ambientais, através do licenciamento ambiental. Nesse contexto, verificou-se ainda o fenômeno da judicialização de direitos pertinentes a esses grupos, refletindo teoricamente sobre os limites e possibilidades do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, procurou-se investigar os critérios efetivamente adotados pelo STF no controle judicial de licenças ambientais que afetem grupos étnicos a partir da análise de três casos, refletindo sobre o papel do Judiciário na atualidade, seu alcance e limites, relacionando-o com as teorias da Justiça.

Desse modo, buscou-se estudar como a construção jurídica do ambiente ocorre quando estão presentes grupos que são diferentes, inclusive com uma pauta axiológica que lhes é peculiar, colocando-se em questão nesse processo um aspecto que é fundamental na sociedade brasileira, ante o reconhecimento do pluralismo nela existente – a capacidade de diálogo intercultural.

## 2 A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

A sociedade brasileira assiste desde a década passada a um conjunto de iniciativas com o intuito de implementar uma política de crescimento econômico, adotadas articuladamente pelo Estado (de forma direta ou indireta, inclusive mediante financiamentos de atividades) e empresas. Destaca-se, dentre essas medidas, a implantação de grandes empreendimentos na área de infraestrutura e logística, especialmente do setor elétrico, como usinas hidroelétricas<sup>8</sup> e linhas de transmissão<sup>9</sup>, com impactos diretos sobre os recursos naturais.

Muitos desses empreendimentos localizam-se na região amazônica, onde, a par da diversidade e exuberância da fauna e flora pertinente à floresta, ocorre a particular presença de diversos e numerosos segmentos sociais aos quais se reconhece hoje a marca da distintividade de identidades em face do processo histórico de ocupação dessa parte do território nacional. São grupos indígenas, comunidades de remanescentes de quilombos, dentre outros que recebem a qualificação de comunidades tradicionais<sup>10</sup>.

Ocorre que diversos conflitos têm se desenrolado em função da instalação desses empreendimentos, ou mesmo antes do seu início, face aos impactos previstos ou experimentados por indígenas, comunidades de remanescentes de quilombos e outras comunidades tradicionais. Em diversos casos, as disputas chegam ao Poder Judiciário, notadamente através de ações coletivas, revelando-se a necessidade de indagar como elas são solucionados, seja quanto aos critérios de

---

8 A propósito desse fenômeno, pode-se verificá-lo em sua feição atual no setor elétrico através do documento intitulado “Expansão da Oferta de Energia Elétrica”, divulgado em dezembro de 2014 pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no qual a autarquia divulga o acompanhamento das centrais geradoras hidrelétricas. Pode-se observar a maioria dos empreendimentos hidroelétricos cuja execução está em andamento em estados da região Norte, como Amapá, Pará, Rondônia e Mato Grosso. Contudo, não se limitam a essa região, observando-se uma dispersão regional ainda em estados como Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Goiás e Minas Gerais, sendo que os indicados como geradores dos maiores níveis de energia então na porção setentrional do país, destacando-se as UHEs Belo Monte (PA), Jirau (RO), Santo Antônio (RO), Teles Pires (MT/PA), Colíder (MT), Santo Antonio do Jari (AP/PA) e Ferreira Gomes (AP) (ANEEL, 2014)

9 Da expansão da matriz energética brasileira, a ANEEL aponta que a principal fonte é associada à implantação de 23 UHEs, com capacidade de produção de 19.933 MW de Energia. Há também 177 unidades menores de produção de energia de origem hídrica em andamento, consistindo em PCHs; as usinas termelétricas com combustível fóssil ou de biomassa somam 79 unidades, ao passo que a produção de energia eólica alcança a quantidade de 395 usinas, porém com capacidade de produção menor de energia, conforme dados da ANEEL (2014).

10 O conceito de comunidade tradicional será objeto de análise mais adiante, no próximo capítulo.

juízo adotados ou relativamente ao modo de sua solução.

A investigação ora proposta demandaria análises não apenas empíricas, uma vez que as respostas ao problema formulado não surgirão da simples absorção, tal como esponja, de um dado disponível em acórdãos do Judiciário. Conforme assinala Bachelard (1996,p.37), acerca da necessidade de uma análise crítica dos obstáculos à formação do espírito científico, “ficará claro que a primeira visão empírica não oferece nem o desenho exato dos fenômenos, nem ao menos a descrição bem ordenada e hierarquizada dos fenômenos.”

Pelo contrário, a percepção do problema da pesquisa é atravessada por vários discursos que se articulam sobre os conceitos teóricos de Ambiente e Etnicidade, os quais não são exclusivamente jurídicos, e devem ser explicitados e confrontados como categorias teóricas, a fim de verificar como esses elementos operacionais são utilizados nas decisões judiciais.

Esses são os dois conceitos fundamentais a serem objeto de indagação e análise teórica – Meio Ambiente e Etnicidade. Qual o seu significado jurídico, é o que importa investigar aqui inicialmente para que se possa adiante, verificar o seu uso específico na solução de conflitos operada pelos órgãos judiciais através do conjunto de princípios, regras e procedimentos do Direito Ambiental.

## **2.1 O processo de construção jurídica do meio ambiente**

Nesse contexto, as normas a serem utilizadas pelas instituições do Sistema de Justiça em torno da resolução desses casos conflituosos são construídas especialmente do conjunto que se encontra no ordenamento jurídico com a pretensão de regulação do uso dos recursos ambientais e das relações sociais a eles relacionadas, no que se convencionou chamar de Direito Ambiental<sup>11</sup>.

A partir dessas normas, pode-se observar que o Direito construiu uma noção jurídica de Ambiente, um dos conceitos importantes para a investigação em curso, cujo sentido compete averiguar aqui. Pode-se afirmar que a natureza é definida juridicamente como bem a ser objeto de regulação, mediante as normas jurídicas

---

11 A esse respeito, observe-se que esse conjunto de normas teria uma finalidade, segundo Cristiane Derani, voltada à “tarefa do direito no ramo do direito ambiental é fazer com que as normas jurídicas possam orientar as ações humanas, influenciando o seu conteúdo, no sentido de um relacionamento consequente com o meio ambiente.” (DERANI, 2008, p.62).

especialmente pertencentes ao ramo do Direito Ambiental, mas não só a ele, eis que os bens ambientais encontram-se tratados por diferentes disciplinas jurídicas.

Em outras palavras: há um processo de construção jurídica do meio ambiente. A ênfase a ser dada neste ponto encontra-se em considerar essa construção a partir de uma dimensão de processualidade, marcada pelo encadeamento de discursos sobre o tema, os quais encontram assim uma expressão jurídica, conferindo ao meio ambiente um certo sentido.

### 2.1.1 O perfil do direito ao ambiente

Alçado à condição de bem jurídico constitucionalmente protegido na Constituição de 1988, o ambiente, sob a adjetivação de “sadio e ecologicamente equilibrado”, foi valorado não apenas em si, mas como algo juridicamente necessário ao homem, ao afirmar-se uma titularidade difusa de um “direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado” (art. 225, caput).

Tratado nessa perspectiva, assim como em outros países, como é o caso de Portugal, o texto constitucional de 1988 definiu um Estado que possui como uma das suas dimensões essenciais a sustentabilidade ambiental (CANOTILHO, 1999, p.43), embora seja possível questionar reflexivamente hoje as condições e pressupostos a partir dos quais o programa constitucional se tornaria efetivamente dirigente da realidade (CANOTILHO, 2000, p. XXI-XXVI)<sup>12</sup>, sobretudo considerando os termos de organização constitucional da sociedade brasileira.

De fato, ao se colocar a natureza nessa perspectiva jurídica – verdadeiro direito de titularidade difusa, a definir uma dimensão essencial da atuação estatal –, elegeu-se uma tarefa ao Estado no texto normativo, cujas condições de realização são dependentes do arranjo a ser formado por uma série de instituições voltadas a lhe conferir concretude, porém vacilantes ante as circunstâncias concretas de um país com as vicissitudes que o Brasil possui em seu processo histórico.

---

<sup>12</sup> A esse propósito, Canotilho (2000) questiona se o modelo teórico e jurídico de uma Constituição Dirigente, com a capacidade de formular um programa de tarefas dirigentes do Estado e da sociedade teria sentido nos dias atuais. Em sua conclusão ele afirma que, embora não seja capaz por si só de realizar projetos de mundo, a Constituição pode, **sob certas condições**, contribuir para alguma mudança normativa e social, respeitados porém limites que são próprios da situação contemporânea, ressaltando o autor que o texto constitucional não pode ser lido hoje como uma espécie de tábua de salvação.

Porém, pode-se falar na efetiva tentativa de definir um novo direito, com tarefas públicas não apenas em relação à proteção de rios, florestas, da qualidade do ar ou do solo, mas do conjunto no qual essas relações se desenvolvem, do qual o homem e as suas atividades fazem parte, relacionando-se em um verdadeiro meio.

A construção jurídica da natureza, tal como formulada pela Constituição de 1988, partiria assim do reconhecimento de duas dimensões de proteção ao ambiente: uma, relativa à consideração da própria natureza enquanto bem jurídico, englobante de todos os componentes do meio, cuidando-se do macrobem ambiental; outra, relativa aos elementos do ecossistema considerados de forma singular, como os rios, os exemplares da fauna e da flora, aspectos da qualidade do ar e do solo, dentre outros que revelariam o microbem ambiental (AYALA; MORATO LEITE, 2006, p.51).

Em sendo assim, pode-se falar de uma ampla formulação do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado no texto constitucional de 1988, devendo-se notar duas marcas na definição textual. A primeira, o tratamento específico do assunto no art. 225, inovando em relação aos textos anteriores, que não faziam referência específica a um direito ao ambiente propriamente dito; outra, a presença da temática ambiental como delimitadora de diversos assuntos dispersos ao longo do texto constitucional, que alcança transversalmente todo o ordenamento jurídico, mediante a limitação à atividade administrativa e à atividade econômica<sup>13</sup>, além da imposição de tarefas ao Estado e à sociedade<sup>14</sup>.

Pode-se dizer que o direito ao ambiente sadio e equilibrado possuiria uma trama complexa mostrando-se como um direito fundamental, ainda que fora do catálogo apresentado pelo art. 5º do texto constitucional. A esse respeito, observam-se as várias expressões que, segundo Ney Bello Filho (2006, p. 459), fazem do

---

13 Pode-se citar, de forma exemplificativa, os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, LXXII; diversos incisos do art. 20; art. 21, XIX, XXIII e XXV; art. 22, XII; art. 23, VI e VII; art. 26; art. 30, VIII; 170, VI; art. 182 e 186, II; art. 231; dentre outros.

14 A esse respeito, são pertinentes as colocações lançadas por Cristiane Derani (2008, p. 168), acerca das relações entre o Estado e a ordem econômica em uma sociedade capitalista: “O Estado, como construção humana, tem seus atos moldados pela prática em sociedade. A produção de extensa legislação ambiental e, em especial, o art. 225 da Constituição reclamam um determinado compromisso dos atos estatais perante a conservação dos recursos naturais. Não é aqui que cultivarei elogios ao Estado do Bem-Estar. Mas, estou convencida de que não é permitido desfrutar-se da ausência do aparato estatal quando está em discussão a compatibilização do desenvolvimento da ordem econômica com a conservação dos recursos naturais, ou com a garantia do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.”

direito ao ambiente um direito fundamental como um todo, “realizando-se como um direito a algo, como direito de defesa, como uma igualdade e como um direito a um procedimento. Todas as expressões de um direito fundamental são exercitadas pelo direito fundamental ao ambiente.”

Deve-se ter em conta que todas essas faces do direito ao ambiente sadio trazem a marca da fundamentalidade em sua declaração; os seus conteúdos devem ser ligados, uma vez que não se poderia considerar a garantia ao ambiente sem conceber um procedimento adequado e deveres pertinentes à proteção necessária, a fim de resguardar o direito difuso ao ambiente.

Mais ainda: há uma tendência à construção de objetivos internacionais comuns na defesa do ambiente, não limitado totalmente ao nível das relações de soberania interna de cada país, mediante uma série de convenções que, bem ou mal, estabelecem princípios de proteção comuns, embora admitindo salvaguardas locais, como expressão de um processo de mundialização do Direito Ambiental, que opera contudo de modo não uniforme entre os diversos países. “A globalização dos problemas ambientais também deu nascimento ao conceito de ambiente global e ao preceito de boa governança 'pensar globalmente, agir localmente.’”<sup>15</sup> (PRIEUR, 2004, p. 23).

### 2.1.2 O papel da análise dos discursos e o direito ao meio ambiente: as disputas interpretativas

Nesse contexto, as normas jurídicas ambientais não são simplesmente um dado extraído de forma imediata a partir de um conjunto de documentos positivados pelo legislador nacional ou por acordos internacionais.

A compreensão da norma jurídica resulta da atividade interpretativa, que é criadora de sentidos, ao lado da atuação política da legislação. Como já afirmou Gadamer (2012, p.507), “graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma, independente do escritor ou do autor e do endereço concreto de um destinatário ou leitor.” A norma não se confunde com o texto que lhe dá origem,

---

15 Tradução livre do original: “La globalisation des problèmes d'environnement a d'ailleurs donné naissance au concept 'd'environnement global' et au précept de bonne gouvernance 'penser globalmente, agir localement’”.

sendo ela resultante da atividade hermenêutica.

Hans-Georg Gadamer explica que a linguagem é mais que o meio através do qual se formula a experiência hermenêutica: ela significa a própria possibilidade de conhecer e de compreender. Assim, não há a simples instrumentalidade da linguagem que permita a extração de sentidos de um texto. O papel da linguagem vai além, pois é ela que permite a realização da compreensão e, como tal, torna-se o próprio objeto da hermenêutica. O papel da linguagem é ressaltado: “compreender o que alguém diz é por-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências.”(GADAMER, 2012, p.497).

Em outras palavras, a compreensão do significado das normas jurídicas, inclusive daquelas que solverão conflitos sobre o uso de recursos ambientais, resulta de uma atividade que, ao menos em parte, é construtiva e criativa, não limitada a uma visão única de um determinado paradigma regulatório.

Nesse sentido, os interesses em disputa podem estar em conflito em diversos aspectos, sendo que a construção de uma solução no caso concreto não resulta de uma simples orientação desinteressada pela interpretação em um sentido ou em outro.

A esse respeito, pode-se observar o método concretista de Friedrich Müller (2005). Para ele, a interpretação seria um processo complexo, no qual o texto da constituição não se confunde com a norma: esta é o resultado do programa normativo (construído a partir da interpretação do texto, mediante os métodos interpretativos e orientada pelos princípios constitucionais) em sua relação com o domínio normativo (formado a partir da compreensão do fato, inclusive a partir de elementos políticos, sociais e econômicos). Desse modo, a norma seria o resultado não apenas do entendimento abstrato do texto constitucional, mas da sua adição e relações com a compreensão dos fatos relacionados ao caso normado.

Em complemento, a existência de uma opção política no resultado da interpretação é ressaltada desde a obra de Hans Kelsen (1997), situando a eleição de um dado conteúdo normativo no processo interpretativo como o resultado de uma escolha de poder, a partir de uma moldura aberta pela pluralidade de sentidos no ato normativo interpretando, sendo um aspecto geral do Direito, mas não apenas do Ambiental.

Para Kelsen, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma a aplicar ou o sistema de normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a circunstância de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes essa decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – a sentença judicial, por exemplo, que resultará de um ato de poder (KELSEN, 1997, p. 393).

Desse modo, a questão que se coloca é a construção dos discursos jurídicos relevantes sobre o ambiente, especialmente considerando a diversidade e multiplicidade de interesses sociais que estão em disputa.

Não se trata de uma só visão, homogênea e uniforme do ambiente. Pelo contrário, fala-se através de uma pluralidade de ocasiões, expressas por diferentes agentes, em instâncias e tribunais diversos, do que seria difícil extrair uma visão convergente do que é o ambiente pelo simples somatório de decisões ou pela obtenção de uma média do seu sentido, operações matemáticas incertas<sup>16</sup>. Falar-se-ia então em uma construção de interpretações, como expressão desses momentos diversos.

De fato, seria mais adequado falar na percepção da construção jurídica do meio ambiente pelo conjunto de decisões judiciais em uma perspectiva processual<sup>17</sup>, eis que marcada pelo movimento continuado de enunciação discursiva, concatenando-se ou sucedendo-se os pronunciamentos judiciais como fenômenos não retilíneos, em seguidos atos proferidos em momentos diversos, em contextos assemelhados ou não, mas relativamente ao mesmo bem jurídico em disputa, ainda que ora ofertando visões distintas sobre ele, ora manifestando uma convergência. Nesse contexto, constrói-se a jurisprudência em matéria ambiental.

Ademais, conforme assinalou Michel Foucault (2003, p.09-10), o discurso e as práticas sociais utilizadas pelos juristas também moldam certas formas de compreensão da realidade, através dos seus modos de investigação, bem assim da

16 A respeito das diferenças na abordagem quantitativa e qualitativa na pesquisa científica, pode-se consultar os escritos de DESLAURIER e KÉRISIT (2008), no qual os autores apontam que delineamento da pesquisa qualitativa, ainda que não destoe substancialmente das etapas de uma investigação quantitativa, guarda dela ressalvas e reformulações em função da sua forma de abordagem, centrada na observação e relacionamento com o seu objeto de forma não matemática ou estatística, mas sim exploratória dos estados, relações ou processos pesquisados.

17 A expressão processual empregada nesta frase não possui o significado de processo judicial, mas de movimento de concatenação ou sucessão de fenômenos.

argumentação jurídica.

Para Foucault, o discurso não se trata de um fato aleatório ou contínuo como um desenvolvimento linear e pleno das ideias de quem o formula. Ele não é livre. Nem mesmo se trata de algo que possua o seu sentido encerrado em si mesmo de forma unívoca por mais que se pretenda clarividente. O que é enunciado no interior de um discurso encontra-se inscrito a partir de específicas condições em determinada sociedade, na qual essa atividade é “controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temida materialidade.” (FOUCAULT, 1998, p. 8-9).

Na ordem do discurso, há elementos que excluem da sua ocorrência determinados assuntos, certos sujeitos e algumas circunstâncias. O que é enunciado deve ocorrer no lugar apropriado, na forma requerida e por quem de direito, sob pena de não ser conhecido, tratado assim como indiferença. Ou pior, ser conjurado pelo seu conteúdo inapropriado, sinal às vezes de absoluta inviabilidade do seu portador, inclusive caso de loucura. Em casos extremos, o discurso se apresenta ao olhar alheio como uma verdadeira heresia. Essa classificação ocorre mediante o olhar de instituições que filtram o que é dito e participam dessa disciplina da linguagem.

O que é herético ou sandice não o é pelo seu conteúdo intrínseco. Diz-se por vezes de alguém que é louco; a outros olhos e contextos, ele é reputado como excêntrico. Dentre outros elementos, uma interpretação possível que diferencia o discurso do louco daquele do excêntrico não é simplesmente o seu conteúdo, mas as condições da sua produção e as instituições ao seu redor. Quem fala, do que fala, como fala, em que condições, quando... enfim, essas condições externas são essenciais não apenas para a sedução do discurso, mas para a sua produção válida.

O fundamental, pois, não é o que é dito em si mesmo. Mas o conjunto de circunstâncias nas quais se produzem os enunciados e permitem que eles possuam um certo sentido inscrito ordenadamente em uma formação discursiva, capazes não de serem apenas compreendidos, mas de serem reputados verdadeiramente como discurso.

Em sendo assim, o discurso tem condições externas, como as mencionadas acima, que o controlam e o delimitam em sua produção. Esse aspecto disciplinar deixa em evidência que o discurso é uma expressão de poder e desejo. O “discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar.” (FOUCAULT, 1998, p.10).

Além desses controles e delimitações externos que condicionam a sua produção, o discurso também não é livre por dentro: há também mecanismos que delimitam internamente a sua formação, disciplinando a sua verdade. Há determinadas ligações que pretendem torná-lo coerente e lhe atribuir verdade. Um desses elementos é o princípio do comentário, frequente na interpretação de textos jurídicos, pelo qual se permite que o seu conteúdo, cuja base escrita é estável, seja atualizado através de sentidos diversos, mediante outros enunciados que, a despeito de se referirem ao mesmo objeto, dão a ele uma nova interpretação. No entanto, em que pese a multiplicidade de enunciados distintos sobre o mesmo tema e texto, é sobre eles que essas considerações são lançadas. Fala-se da mesma coisa, com verdades diferentes, mas sempre a partir do original ponto de partida: o texto analisado.

Eis o princípio do comentário, que disciplina internamente o que se pode dizer de algo no discurso de modo a atualizá-lo sem dele se deslocar; Foucault esclarece que “o comentário conjura o acaso do discurso fazendo-lhe sua parte: permite-lhe dizer algo além do texto mesmo, mas com a condição de que o texto mesmo seja dito e de certo modo realizado.” (FOUCAULT, 1998, p.26). Há um mesmo texto de referência, porém o seu conteúdo é reconstruído a partir dessa origem que pretende lhe crescer um sentido, tomando o mesmo eixo de legitimação da interpretação – o texto de origem.

No direito, a interpretação jurídica toma a função do comentário em uma ordem do discurso que pretenda manter a sua verdade, falando de um mesmo texto (o texto da Lei) com um conteúdo de normas que são atualizadas em seu significado conforme a leitura do intérprete, que lhe agrega efetivamente significado através de enunciados diversos.

Em certo sentido semelhante, Hans-Georg Gadamer afirma que a tarefa do

intérprete é atribuir sentido ao texto, que por si só nada diz, mas se realiza em seu significado na linguagem. Para Gadamer, essa relação entre o intérprete e o texto que é trazido à fala é resultado de uma fusão de dois horizontes: “o horizonte do intérprete é determinante como opinião ou possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que a ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto.” (GADAMER, 2012; p.503). A verdade do texto é, portanto, construída.

Para Foucault, contudo, a construção do comentário em uma formação discursiva (dando origem a outros e novos enunciados) liga-se ao contexto de poder e das disputas e relações em torno dele, o que permite vários enunciados, cujo sentido não se encontra encerrado apenas nele mesmo. O que acontece contextualmente ao seu redor tem muita influência e leva à compreensão do que há de novo no sentido de uma certa interpretação pelo olhar e circunstâncias do que o cerca. Diz Foucault que o “o novo não está no que é dito, mas no acontecimento que o cerca.” (FOUCAULT, 1998; p.26).

Nessa passagem, cabe frisar que, no pensamento de Michel Foucault, as formações discursivas possuem um importante papel para a compreensão dos enunciados: elas constituem uma marca de certa regularidade do que se fala, com certo conteúdo e sobre determinado assunto.

No caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (...), diremos, por convenção, que se trata de uma formação discursiva. (FOUCAULT, 2010, p.43).

No contexto das formações discursivas, os enunciados não são um dado da vontade do sujeito-intérprete, pois estão em um contexto de disputa que somente pode ser analisado em conjunto com os acontecimentos que o circundam. O acontecimento possui significado especialmente sobre as condições de produção do discurso, indicando aquilo que pode ser dito sobre algo e também o que não poderia sê-lo, bem assim a forma e a legitimidade do discurso.

Nesse sentido, para a finalidade pretendida, não só neste capítulo mas ao longo de todo o trabalho que se desenvolve, são importantes as considerações lançadas por Michel Foucault em sua proposta de análise dos discursos (diga-se: discursos jurídicos) que se lançam acerca dos temas centrais – ambiente e

etnicidade – e como eles são incorporados pelo Direito:

A análise enunciativa é, pois, uma análise histórica, mas que se mantém fora de qualquer interpretação: às coisas ditas, não pergunta o que escondem, o que nelas estava dito e o não dito que involuntariamente recobrem, a abundância de pensamentos, imagens ou fantasmas que as habitam; mas, ao contrário, de que modo existem, o que significa para elas o fato de terem se manifestado, de terem deixado rastros e, talvez, de permanecerem para uma reutilização eventual; o que é para elas o fato de terem aparecido e nenhuma outra em seu lugar. Desse ponto de vista, não se reconhece nenhum enunciado latente: pois aquilo a que nos dirigimos está na evidência da linguagem efetiva. (FOUCAULT, 2010, p.124).

Essas considerações são importantes porquanto esclarecem a necessidade de se realizar uma análise do discurso construído pela jurisprudência ambiental em torno de conceitos que são frequentemente utilizados para a resolução de conflitos, no que se diz acerca do ambiente. É relevante conhecer as regras pertinentes ao licenciamento ambiental, mas antes disso tem-se que compreender como o **ambiente** é valorado em face de outros bens jurídicos, como a livre iniciativa econômica, compreendendo-se a dimensão e o peso atribuídos a cada valor constitucional.

### 2.1.3. A construção dos discursos jurídicos sobre o meio ambiente

A positivação de regras jurídicas atua de forma a estabelecer uma certa visão de regulação e compreensão da natureza, construindo-a também socialmente. A natureza não pode ela própria ser naturalizada. Ela é construída em processos sociais, dos quais o Direito participa. Ao legislar, estabelece-se uma certa visão impositiva da natureza e das formas de uso ou apropriação dos recursos naturais, construída a partir de uma perspectiva das relações entre os homens e dos recursos ambientais, ela própria não unívoca (OST, 1997, p.21).

Não se quer dizer que a natureza não exista fora de nós. Ela existe, por óbvio. Mas, a forma de percepção da natureza pelo homem torna-se objeto de disputas, em decorrência das relações e experiências que entretém com ela, não naturais, mas sim definidas socialmente em sua concepção e formas de regulação do acesso aos seus componentes. Se a natureza não é ela mesma um dado a ser compreendido de forma naturalizada, as formas de apropriação dela por diferentes

grupos sociais variam. Na resolução dessas disputas, o Direito não apenas atua para eliminá-las pontualmente. De acordo com François Ost, o Direito teria também uma função performática: “Para além das suas funções repressivas e administrativas, o direito é, antes de mais, isso mesmo: uma palavra, socialmente autorizada, que denomina, classifica e arbitra.” (OST, 1997; p. 21).

Em sendo assim, ao denominar, classificar e arbitrar, exerce-se o poder de simbolicamente impor uma visão da natureza. O construído torna-se impositivo aos demais. Firma-se um poder, a ser objeto de disputas – o poder de dizer o que é a natureza e de como se deve entreter relações com ela.

As disputas em torno da construção do Direito Ambiental tornam-se mais claras ainda não apenas considerando a existência de suas relações com o campo econômico, mas também com as reclamações relacionadas a grupos que se afirmam portadores de identidades diferenciadas em face do conjunto da sociedade brasileira, afirmando-se de forma distinta em uma perspectiva étnica.

Isso implica uma ampliação das disputas, considerando-se que a contraposição de ideias e práticas não se relaciona apenas a aspectos econômicos, mas ao reconhecimento da existência de pretensões fundadas na alegação de identidades diferenciadas, acionadas fortemente para marcar posição em uma situação de conflito, assinalando fronteiras não apenas pelo aspecto da cultura, mas pelas posições nas disputas em torno de bens ambientais – por vezes o território, por outros elementos como recursos hídricos, o uso de recursos florestais.

A esse respeito, assinala-se que o Direito tem um papel de construção de certas formas de compreensão da realidade, recortando-a e fazendo-se crer que ela própria faz algum sentido específico, que não é (nem poderia ser) natural (BOURDIEU, 2007, p. 237): “o direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos.”. Essa disputa pela regulação se comunica não apenas com o campo jurídico propriamente dito<sup>18</sup>, mas com os campos político e social em suas disputas na definição de um significado preciso, estabelecendo-se o sentido das coisas não pela sua essencialidade (inexistente),

---

18 Para Bourdieu (2007, p.229), o campo jurídico poderia ser assim definido: “o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, que dizer, as leis escritas e não escritas do campo (...).”

mas pela atividade dos seus agentes, que dizem o direito.

Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa; (...) (BOURDIEU, 2007, p. 224).

Em sendo assim, disputa-se o direito de dizer o Direito. E ele diz algo sobre a natureza. O que assim se enuncia não é apenas o que a lei vaza em palavras retas, mas aquilo que os seus operadores interpretam. O Direito e os seus operadores constroem os sentidos da natureza ao dizer sobre as regulações incidentes e os seus significados. Define-se o sentido do ambiente a partir da visão de certos sujeitos da sociedade, que tem a capacidade de dizer o que é o seu significado com força impositiva. Essa força não se irradia somente no caso concreto. Ela alcança também o simbólico, com a construção coletiva de sentidos. Ou melhor, insere-se esse processo em um projeto de sua construção, uma vez que o campo jurídico relaciona-se com o político, o econômico e o social, articulando-se em múltiplas relações que não são elas mesmas homogêneas (BOURDIEU, 2007, p. 225-240).

No contexto das disputas pelo direito de dizer o Direito, pode-se falar de diferentes perspectivas, a partir de compreensões que, longe de serem únicas ou universalizantes, refletem pretensões de domínio e regulação. O natural é construído pelo Direito. Não apenas no conteúdo legislativo, mas nos sentidos definidos pela atividade interpretativa, a qual não ocorre em um campo etéreo de ideias, mas, sim, no conflito por interesses. Não há pureza na interpretação, pois se fala de um determinado lugar, situado em torrentes de posições que se articulam social e historicamente.

Nas torrentes de posições em disputa sobre o meio ambiente, há diversos grupos com visões diferentes, as quais são mais profundas que as meras discordâncias sobre o modo bom de vida. Pelo contrário. Há diversidade de grupos sociais, com modos de criar, fazer e viver. De fato, a multiplicidade é marcante, em razão dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, conforme será analisado no próximo capítulo.

## 2.2 A construção do ambiente e o Direito Ambiental Brasileiro

O processo de construção jurídica da natureza não é isento historicamente das disputas acima indicadas, desde a definição do conteúdo das normas positivadas até a sua interpretação na resolução de conflitos judiciais<sup>19</sup>, ao dar origem à construção da jurisprudência nessa matéria, a qual é atravessada de elementos plenos em divergências que não são apenas jurídicas, mas também sobre a consideração valorativa do ambiente e dos elementos naturais em disputa<sup>20</sup>.

De fato, a trajetória sobre a regulação dos recursos ambientais não começa com a definição de um direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado no texto constitucional de 1988, vertido na forma do art. 225. Antes de sua edição, e bem antes desse momento, já houve formas anteriores de conceber a regulação do uso dos elementos da natureza. O que muda, em um constante devir do passado até agora, não é apenas o conteúdo das regras, mas também a perspectiva valorativa e política que orienta essa regulação.

De início, é importante situar o momento a partir do qual se trabalha a análise das formas jurídicas atribuídas à natureza no processo histórico brasileiro. É necessário fazer um corte, uma delimitação acerca daquilo que será observado, porquanto se poderia dividir analiticamente as diversas fases do direito a partir das influências preponderantemente percebidas ao longo do processo histórico. Todos esses momentos, em maior ou menor extensão, têm influências no cenário atual, embora alguns deles tenham a sua influência mais difícil de ser identificada,

---

19 A respeito das disputas de interesses e do papel histórico desempenhado pelos bacharéis em Direito na constituição de instituições jurídicas e políticas, pode-se consultar Kozima, que explica resumidamente o fenômeno do bacharelismo na ordem jurídica e sua influência no processo político: "(...) Um outro fato que é importante assinalar é que, à parte a contribuição para a construção das instituições jurídico-políticas nacionais, o bacharelismo manifestou-se amplamente, fora dos gabinetes políticos e dos cargos públicos, notadamente na produção literária e jornalística, o que deve ser creditado basicamente às possibilidades oferecidas pela vida acadêmica." (KOZIMA, p.381).

20 A respeito do tema, é exemplificativa a discussão em torno do alcance das áreas especialmente protegidas, como as áreas de preservação permanente, bem como as Unidades de Conservação, em face do direito de propriedade. Uma interessante discussão acerca dos limites da proteção e a atividade econômica encontra-se em Canotilho (1995), que pode ser brevemente resumido: "Neste final de milênio, parece indiscutível que as exigências de proteção ambiental ou construído (...), vêm colocar ou ('recolocar') dois problemas de particular importância: (1) o das relações recíprocas entre a garantia institucional da 'propriedade' e do direito fundamental da propriedade, por um lado, e o da proteção do ambiente, por outro; (2) o da conformação jurídica destas relações pelo legislador e pelos tribunais." (CANOTILHO, 1995, p.96).

inclusive em função da falta de elementos históricos assim pertinentes.

Diga-se: no caso, será preponderante a análise das construções jurídicas sobre a natureza a partir da proclamação da república no Brasil, em razão de ser esse o momento a partir do qual o processo legiferante constituiu-se com ares de autonomia, desta feita distante dos moldes portugueses, ainda que guardem referência a modelos exteriores.

### 2.2.1 O período colonial da regulação do ambiente

Antes de o processo de independência eclodir, houve um longo período de relacionamento dos habitantes do que hoje é o território nacional com os recursos ambientais aqui encontrados, marcado pelo emprego sobretudo das Ordenações Filipinas na regulação jurídica da colônia, além de outros diplomas legais<sup>21</sup>; porém essa regulação não era o resultado de uma atividade normativa própria, mas sim de administração colonial. (PURVIN DE FIGUEIREDO, 2005).

Além da exploração sob a regulamentação legal, oriunda da disciplina do rei de Portugal dirigida à colônia, é relevante acentuar que havia também uma forma de o homem se relacionar com a natureza, fruto do processo histórico-econômico e da cultura do colonizador e da sua perspectiva de experimentação com os recursos naturais e com os povos autóctones encontrados aqui<sup>22</sup>. A esse respeito, calha a lembrança de Sérgio Buarque de Hollanda, acerca do sentido conferido à empresa colonizadora e das suas formas de disciplina:

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. **Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter**

---

21 A esse respeito, confira-se a obra de Nicolao Dino de Casto e Costa Neto (2003, p.113-121) com um breve apanhado histórico de parcela da legislação ambiental, especialmente da disciplina florestal.

22 A propósito da relação do homem europeu com as descobertas ultramarinas, deve-se observar que elas também repercutiram sob a visão de natureza e sob o papel da ciência na sua dominação, conforme ressalta Paolo Rossi (1989, p. 65): “Do contato com o novo mundo, da constatação da existência das plantas, animais, homens antes desconhecidos, de uma sociedade não cristã, de uma convivência de ateus, de uma inocência primitiva que ignora o pecado, originou-se um novo empirismo ligado ao conceito de uma 'natureza' não mais homogênea e uniforme, mas variada conforme as regiões da terra – de qualquer forma, não mais cabível nos quadros do saber tradicional.”

**tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos hoje ainda uns desterrados em nossa terra.** Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que quase todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem. (BUARQUE DE HOLLANDA, 2006, p.31, grifo nosso).

De fato, houve uma transposição de instituições jurídicas acerca da regulação da natureza e dos demais atos da vida da colônia, com um modelo de organização não apenas da sociedade, mas também da forma de apropriação do Estado, que dirigia a exploração da colônia em seu interesse, distribuindo poderes e status, sem a constituição de um novo espaço jurídico. “O funcionário está por toda parte, dirigindo a economia, controlando-a e limitando-a a sua própria determinação” (FAORO, 2001, p. 100).

De um lado, houve a transposição de um estatuto jurídico ultramarino. De outro, a presença do Estado na direção da empresa colonial portuguesa. Em complemento, aponta-se a marca do patrimonialismo, fenômeno descrito como marcante no Estado português em sua expansão além do Tejo, com a apropriação privada pelos funcionários, componentes do serviço do rei, dos bens e direitos a sua disposição como se seus fossem, espécie de extensão da insígnia que portavam. Amoldava-se a apropriação privada das funções públicas distribuídas, bem assim a exploração das coisas do reino de Portugal, dado à gestão dos particulares em concessão ou aos seus funcionários (FAORO, 2001).

Uma realidade política se entrelaça numa realidade social: o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela da poder que o acompanha. A expressão completa desta comédia se revela numa arte, cultivada às escondidas: a arte de furtar. (FAORO, 2001, p. 100).

Destaque-se, pois, uma marca do processo de colonização – a forte apropriação dos recursos ambientais aqui encontrados. Propriedade do Estado Português, concedido aos particulares. Imagem inicial de abundância de tudo, espaço edênico a ser conquistado pela colonização, a ser causadora de futuro, porém rápido, enriquecimento (FAORO, 2001, p. 117-128).

Nesse contexto, é bem verdade que se encontravam, nas terras colonizadas além do oceano tormentoso, grupos humanos já estabelecidos, vivendo antes da

chegada do europeu. Eram indígenas diversos, com regras e relações sociais próprias. Mas, a categorização das formas de regulação da natureza entre eles naquele momento histórico passado seria tarefa difícil por várias razões. Uma, a própria diversidade deles, sendo que a cada um corresponderiam formas diversas de relações sociais com os bens ambientais, podendo-se falar de institutos jurídicos distintos entre eles; outra, a falta de registros históricos precisos sobre o direito desses povos indígenas, sobretudo considerando essa diversidade (PURVIN DE FIGUEIREDO, 2005, p.475-479), a despeito das variadas imagens construídas sobre os indígenas em diversos registros oficiais, artísticos, narrativos etc. Essas regras, em sua multiplicidade e complexidade, não foram registradas adequadamente pelo português.

Existiram diversos dispositivos que, além da regulamentação geral das Ordenações Filipinas, trataram de fatos específicos da colônia, inclusive relacionados à apropriação de recursos ambientais.

Porém, a ênfase era a disciplina da apropriação de um bem pela atividade extrativa ou pela agricultura em suas diversas fases ou ainda através da mineração, porém desordenada quanto a qualquer disciplina de moderação quanto ao emprego dos recursos aqui existentes.

A verdade é que a grande lavoura, conforme se praticou e ainda pratica no Brasil, participa, por sua natureza perdulária, quase tanto da mineração quanto da agricultura. Sem braço escravo e terra farta, terra para gastar e arruinar, não para proteger ciosamente, ela seria irrealizável. (BUARQUE DE HOLLANDA, 2006, p.49).

Nesse período, pode-se indicar alguns instrumentos normativos de importante repercussão sobre o uso dos recursos ambientais. Porém, não eram leis de caráter ambiental, pois seu propósito era dispor sobre o exercício da propriedade, da aquisição de terras, da mineração e da extração de pau-brasil, mas não na consideração de um ideal de moderação, quanto mais de equilíbrio. A questão era disciplinar a distribuição de bens e sua forma de exploração econômica, com a perspectiva da sua apropriação.

Calha a observação de François Ost (1997, p.67), no sentido que não havia espaço (natural) vazio, ao tempo das descobertas ultramarinas. Tudo poderia ser objeto de apropriação no novo mundo, desde que houvesse de ter algum valor

econômico, à exceção do ar e das águas (esses ainda assim relativas, no caso dos corpos hídricos situados em imóveis privados).

### 2.2.2 A regulação após a independência, sobretudo no período republicano

Passado esse período colonial, há uma perspectiva jurídica que paulatinamente vai se implantando no Brasil, mediante a elaboração de atos normativos próprios. Mas, não totalmente pois,

se ocorre uma ruptura das bases jurídicas ao longo do período que vai de 1822 a 1889, o mesmo não se pode dizer do seu substrato material, moral e social da estrutura colonial feudalista do Brasil de 1500 a 1822, o qual terá continuidade e servirá de suporte à sociedade que se desenvolverá quase dois séculos subsequentes. (PURVIN DE FIGUEIREDO, 2005, p. 502).

Relevante desse período inicial que se seguiu à independência foi a lei de terras promulgada em 1850 (Lei nº 601, de 1850), dispondo sobre a forma de aquisição de terras devolutas pelos particulares, limitando-a à compra, bem assim a procedimentos de medição e validação, em oposição aos momentos anteriores de apropriação de imóveis ou pela posse ou pelas sesmarias<sup>23</sup>.

Esse momento, posterior à independência, mas sobretudo com a intensificação da atividade legiferante no período posterior à promulgação da República, é que serve de maior base para o exame da construção de uma visão jurídica da natureza. Notadamente, deve-se começar a partir da constituição de 1891 – instituidora de um novo regime político, bem como do Código Civil editado no início do século XX.

A Constituição de 1891, a respeito da natureza, teve um quase silêncio elucidativo – os bens ambientais somente foram tratados para regular-lhes a propriedade de alguns e a sua exploração. Assim foi no seu art. 72, o qual era definidor dos direitos individuais, que, em seu parágrafo 17, tratou do direito de propriedade, restringível apenas naqueles casos de desapropriação por utilidade pública e interesse social; ao mesmo passo, era definida a propriedade privada dos recursos minerais, ressalvando-se o seu uso no interesse nacional eventualmente

---

23 Para melhor compreensão do tema, leia-se SHIRAIISHI NETO (1998).

necessário<sup>24</sup>. Fora essas circunstâncias, o exercício dos poderes inerentes ao domínio era pleno. Nada mais em seu texto sobre a regulação dos bens ambientais. Os limites da proteção a eles não estavam fixados como valor constitucional. Esses limites eram, na verdade, definidos pelo proprietário no exercício dos direitos inerentes ao domínio, como faculdade ao seu dispor.

Nesse contexto, os bens da natureza foram tratados inicialmente como objeto de propriedade em uma perspectiva civilística ou como elementos a serem explorados, pela intervenção humana, em uma dimensão patrimonial ou econômica.

É exemplificativa dessa modalidade de regulação o Código Civil de 1916<sup>25</sup>, que tratando especialmente da aquisição da propriedade móvel e do exercício dela sobre as imóveis, conferia tratamento preponderantemente dominial ao que tinha sua origem na natureza. Esta era algo a ser possuído: o mato, a ser suprimido, os animais a serem caçados e os frutos a serem adquiridos, a terra abandonada a ser usucapida. Esse era o horizonte da compreensão nessa tradição jurídica, marcada pelo reflexo da época da codificação no Direito Civil.

Ocorre que a disciplina sobre a natureza foi uma constante no curso do processo legislativo brasileiro, de forma que o legislador não se expressou apenas em grandes momentos exaustivos, ainda que alguns deles tenham sido mais marcantes. As constituições do período republicano, anteriores a 1988, não previram um direito ao ambiente, como bem jurídico em si. Mas, todas elas regularam a apropriação e o uso dos bens ambientais; porém na perspectiva da apropriação dominial e exploração econômica, notadamente em relação àqueles considerados estratégicos – recursos minerários e potenciais energéticos, disciplinando-lhes a propriedade e reservando a possibilidade de proteção do que ora se expressava como belezas naturais.<sup>26</sup>

---

24 “§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia. a) As minas pertencem ao proprietário do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. b) As minas e jazidas minerais necessárias á segurança e defesa nacionaes e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.”

25 Exemplificativa dessa perspectiva no Código Civil anterior é o capítulo da aquisição e perda da propriedade móvel, especialmente ao tratar das modalidades de ocupação, caça e pesca, nos artigos 592 e seguintes: Art. 592. Quem se assenhorar de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei.

26 Nessa perspectiva, observe-se exemplificativamente na Constituição de 1934 a previsão da competência concorrente da União e dos Estados para “proteger as belezas naturais”, o estabelecimento da propriedade distinta do solo em relação às minas e demais riquezas do subsolo, além das quedas d’águas, cuja exploração dependeria de anuência pública (art. 118 e

Veio então tratamento dado à natureza pelo Código Florestal de 1934, cuidando dos recursos da flora, mas também de outros bens de forma reflexa. Com enfoque diverso daquele do Código Civil de 1916, previu-se a necessidade de preservação de determinadas florestas, como aquelas integrantes de parques e as chamadas protetoras, a vegetação nas margens dos rios, as fixadoras de dunas, aqui citadas exemplificativamente; além dessas, a restrição ao corte de 25% das áreas de imóveis rurais. As florestas eram consideradas bens de interesse comum, prevendo-se a criação de parques florestais, áreas a serem desapropriadas quando em domínio particular. Fora essas condições, ao lado de outras estipuladas pelo ato normativo, as florestas se destinavam ao rendimento quando localizadas em áreas privadas.

Forma de interferência na gestão da propriedade, a conservação da natureza tinha aqui uma função ancilar em relação às atividades humanas. Protegia-se a flora não pela consideração de algum valor em si ao ambiente, mas para a garantia do aproveitamento das suas funções imediatas ao homem – a manutenção da navegabilidade dos rios e da sua capacidade de escoamento das águas, fornecimento de material lenhoso e produtos florestais, risco de incêndios, dentre outros aspectos<sup>27</sup>. A seu respeito, assinalou José Afonso da Silva o problema da incapacidade de o diploma legal ser eficaz e regular efetivamente a proteção ambiental das florestas: “O certo é que o código não foi eficaz. Suas normas não tiveram aplicação rigorosa que impedisse a contínua devastação de nossas florestas e outras formas de vegetação.” (SILVA, 2007, p. 167).

Outro caso assemelhado estava na regulação das águas, no mesmo ano do Código Florestal, em 1934. De fato, naquele mesmo ano foi editado o Código de Águas, com uma disciplina do uso dos recursos hídricos, a classificar-lhes quanto à propriedade, origem e perenidade, com a finalidade expressa de promover o

---

119), as quais deveriam ser nacionalizadas; em 1937, a previsão de competência concorrente da União para legislar sobre minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração, possibilitando-se a suplementação pelos Estados, mantendo-se no mais regime semelhante ao da Constituição Anterior; em 1946, manteve-se sistema semelhante de regulação, adstrito à disciplina dos bens públicos e a elencar competências; Em 1967, mais uma vez, disciplinou-se o domínio dos Entes Públicos sobre os recursos naturais e afirmou-se que as paisagens naturais notáveis estavam sob proteção especial do Poder Público.

27 O Código Florestal referido foi instituído pelo decreto federal nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934, sendo responsável pela sua aplicação o Ministério da Agricultura.

controle e o incentivo ao aproveitamento industrial<sup>28</sup>. Protegia-se outrossim a qualidade das águas pela sua consideração à saúde humana.

E, ainda em 1934, ocorreu a regulação das Minas, mediante a edição do Código Minerário, o qual tinha a remoção de obstáculos à atividade extrativa de minérios como uma de suas primeiras funções - “a imperiosa necessidade de remover os obstáculos e embaraços criados ao racional aproveitamento das riquezas do subsolo, pelo estado legal de condomínio generalizado e outras causas<sup>29</sup>.” Nesse momento, a Constituição vigente a partir de 1932 considerava a propriedade da jazida distinta daquela do solo. A exploração dos recursos minerais seria dependente de autorização ou concessão do Poder Público, primeiramente da União, que poderia ceder essa competência aos Estados.

A compreensão da regulação dos bens ambientais inseria-se no contexto de assenhramento da natureza pelo homem, inclusive com a definição do seu regime dominial como fonte de classificações limitadoras do seu uso ou exclusão do aproveitamento particular.

Entretanto, assenhorar-se do que era público (os recursos ambientais) fora das regras do ordenamento vigente e sem uma elaboração democrática das regras de uso ambiental, diga-se, marca também um traço não institucional da formação social brasileira, moldada pela pessoalidade no trato social e na aplicação das leis, conforme ressalta Roberto Da Matta:

Em termos de dialética do indivíduo e da pessoa, temos um universo formado de um pequeno número de pessoas, hierarquizado, comandando a vida e o destino de uma multidão de indivíduo, **esses que devem obedecer à lei**. O mundo se divide, então, numa camada de personalidades, autoridades e 'homens bons' que fazem a lei. (DA MATTA, 1996, p.240).

Esse movimento da legislação sobre a natureza aproxima-se da ideia de que ela seria algo a ser dominado; quando em conservação, destinar-se-ia ao deleite estético ou à manutenção de características importantes à atuação racional da atividade econômica ou à vida nas cidades. Observa-se, nesse contexto, que a legislação encontrava-se inserida em um contexto onde a natureza era um objeto, a ser disciplinado, dominado e explorado.

<sup>28</sup> O Código de Águas foi editado através do decreto federal nº 24.643, de 10 de julho de 1934.

<sup>29</sup> Esse é um dos considerandos do Código de Minas, editado pelo Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934.

Quando necessário, a propriedade privada poderia ser limitada. Essa era a exceção, contudo. Disciplinava-se, pois, a natureza como objeto. Observem-se as características desse movimento de normatização da natureza como objeto, que não era pertinente apenas ao Brasil, mas a um contexto mais amplo, do qual a sociedade nacional não se descolava, como afirmou François Ost acerca do assenhramento da natureza em um movimento mais amplo: “Todo o trabalho do Código Civil consistirá, a esse respeito, em classificar os elementos da natureza (...) e deles fazer objecto de uma apropriação que se quer a mais exclusiva e a mais total possível” (OST, 1997, p. 68). A ideia de apropriação prevalece nesse momento, ao lado da disciplina dos bens para o uso nas cidades e na indústria, mesmo com os Códigos de Minas, de Águas e Florestal de 1934.

Em síntese, a marca era a apropriação da natureza, reservada ao domínio da técnica, indústria e agricultura, com os usos decorrentes do regime proprietário, público ou privado, eis que dessa condição decorria a sua utilidade, à exceção das chamadas belezas naturais, elementos de consideração pelo seu aspecto contemplativo e cênico, menos do que pela sua função ecológica.

Entretanto, nesse movimento contínuo, a partir da segunda metade do século XX, há novidades a se descortinar, decorrentes da crescente preocupação em torno daquilo que se começa a tratar como crise ambiental – a compreensão da escassez e finitude dos recursos ambientais, bem assim os efeitos da poluição sobre o homem. Esse movimento é assinalado pela redefinição do discurso em torno da proteção ambiental. Agora, não se trata de uma questão interna aos Estados, mas de uma preocupação global, em torno da gestão racional de recursos ambientais, considerando as gerações futuras.

Os problemas relativos à natureza foram recolocados paulatinamente a partir da segunda metade do século XX. Desta feita, a pauta agora não era a apropriação pura e simples, mas a leitura do ambiente como bem a ser preservado para garantia da qualidade de vida, ante a degradação paulatina das condições de existência humana, em face do aumento da poluição experimentada em diversos níveis.

Essa recolocação da questão ambiental como problema não decorreu da simples percepção da necessidade de valorização do ambiente; antes disso, foram resultantes da observação dos resultados da exploração degradante sobre a vida

das pessoas, sobretudo nos países desenvolvidos; as modificações radicais e acentuadas na qualidade da vida urbana, bem assim as transformações no meio rural, resultado não apenas do emprego da força e da iniciativa, mas também de novas tecnologias e pela demanda crescente de novos recursos e tecnologias, para o desempenho da atividade econômica, conforme observa criticamente Wolfgang Sachs:

A conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano realizado em Estocolmo em 1972, durante o qual o 'meio ambiente' surgiu na agenda internacional, foi proposta inicialmente pela Suécia, preocupada com a chuva ácida, poluição no Báltico, e os níveis de metais pesados encontrados em peixes e aves. Uma assim chamada internacionalização massiva que estaria ocorrendo por mero acaso projetou sua sombra antes de seu surgimento: o lixo industrial escapa à soberania nacional, não se apresenta na alfândega, não usa passaporte. Os países descobriram que não eram entidades auto suficientes, mas sujeitos à ação de outros países. Assim, surgiu uma nova categoria de problemas, as 'questões globais'. A Conferência de Estocolmo foi o prelúdio de uma série de grandes encontros das Nações Unidas durante toda a década de 70 (sobre população, alimentos, assentamentos humanos, água, desertificação, ciência, tecnologia, energia renovável) com a proposta de modificar a percepção pós-guerra de um espaço global aberto onde cada nação pode se empenhar isoladamente em maximizar o crescimento econômico. Em vez disso, uma perspectiva diferente passou a ser promovida: de agora em diante, passa a vigorar o conceito de um sistema mundial inter-relacionado, o qual é operado sob um certo número de pressões comuns. (SACHS, 2000, p.118).

Esse momento histórico também teve os seus contornos jurídicos (re)definidos. Eles seriam consentâneos com essa situação, a qual paulatinamente agregaria à natureza um novel sentido. Resultados de diversas circunstâncias – movimento ecológico crescente no plano político, nova percepção das ciências em suas relações com a natureza e os problemas contemporâneos, inclusive com o desenvolvimento de disciplinas acadêmicas, que emprestariam também uma perspectiva nova no emprego dos recursos naturais – um movimento emprestou outros ares à expressão meio ambiente. Diga-se, não um único sentido, mas diversificados, a depender das relações e interesses que se constituíam e que empregavam em torno dos bens ambientais.

No Brasil, esse movimento se fez presente. Primeiro, as novas preocupações com a disciplina jurídica da natureza resultaram em um Código Florestal, no ano de 1964. A Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, deu um tratamento mais sistemático aos recursos florestais, com terminologias mais definidas em relação ao

anterior Código de 1934, mediante o estabelecimento de categorias jurídicas claras, como a criação das áreas de preservação permanente e reserva legal, que, embora previstas na legislação anterior de forma menos ordenadas, não contavam com limites exatos e uma definição voltada à proteção direta dos bens ambientais propriamente ditos. Na mesma década, veio ainda o Código Minerário em substituição ao anterior, de 1934.

Além disso, foi se ordenando a criação de órgãos de proteção ou coordenação ambiental, que se autonomizariam em face das instituições as quais se vinculavam anteriormente, especialmente no setor de agricultura. De fato, esse movimento ocorreu de forma a se constituir um órgão nacional, posteriormente autarquias e a criação de órgãos nos estados e municípios, em uma marcha que durou cerca de três décadas<sup>30</sup>, continuando em movimento (BURSZTYN, 1994, p. 83-101).

Mas, um instrumento que veio a servir de referencial para a atuação dessas instituições, inclusive mediante o desenho de políticas públicas ambientais, foi o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, através da edição da Lei nº 6938, de 1981, que também criou a Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA. Além de articular-se um conjunto de instâncias administrativas organizadas sob a forma de um sistema, delinear-se diversos conceitos jurídicos importantes, como os de poluição e de degradação ambiental, além de instrumentos e princípios para atuação administrativa preventiva e repressiva.

De fato, a edição da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente representou um desenho do meio ambiente como valor jurídico em si a ser protegido ao lado de outros, definindo-se um bem autônomo em nível infraconstitucional – a existência da proteção à natureza, como necessária à sadia qualidade de vida, com princípios a orientar e exigir a concretização desse direito.

Essa formulação de um bem jurídico autônomo – meio ambiente – pode se

---

30 Não se pode olvidar que a criação de órgãos ou entes administrativos na Administração Pública, por si só, não se traduz na correlata proteção ambiental, não se prestando a medir tal qual um termômetro, sendo por vezes carregado de simbolismo na proteção. A respeito desse processo na formulação dos órgãos ambientais, consulte-se o escrito de Marcel Bursztyn: “A criação da SEMA (Secretaria Especial do Meio Ambiente, vinculado ao Ministério do Interior) – pouco depois da Conferência de Estocolmo72 – foi um ato quase simbólico de um poder público que pouco prezava, na prática, o meio ambiente. Por mais de uma década aquela instituição vegetou, num segundo plano, em termos de importância no conjunto das ações governamentais.” (BURSZTYN, 1994, p. 87).

dizer mais acabada à medida que assume uma forma constitucional, com a promulgação da Constituição de 1988, que dedicou não apenas um capítulo específico, mas toda uma série de questões ambientais tratadas transversalmente ao longo dos seus dispositivos.

Na década de 1980, ocorreu um momento diferenciado na história política e constitucional do Brasil, com o término do regime militar em 1985, iniciado há duas décadas. Uma nova agenda política e jurídica foi lançada, com o ideal de redemocratização do país. Ao mesmo passo, a elaboração de uma nova Constituição ensejou engajamentos na sociedade civil em torno da formulação de novos direitos, a partir das demandas de diversos grupos sociais. Pautas de direitos antigos e novos. Outros, malgrado a sua tradição na legislação, tinham a pretensão de ser ressignificados na perspectiva de grupos sociais diferentes, então afastados do processo legislativo<sup>31</sup>.

Novo terreno de disputas se abria, desta feita no espaço da definição do texto constitucional. Resultado desses embates foi a Constituição de 1988, que acolheu perspectivas por vezes antagônicas desse processo social, com a inclusão de perspectivas diversificadas, não inseridas em uma mesma linha de orientação política ou ideológica, mas que encontraram corpo no texto elaborado<sup>32</sup>.

### 2.2.3 A Constituição de 1988 e o direito ao ambiente

Nessa senda se formou o art. 225 da Constituição Federal, ao lado dos demais dispositivos que a atravessam e definem transversalmente a imagem de um Estado que não possui apenas obrigações sociais, mas ambientais a nortear a sua atuação. Se, dentre os fundamentos que orientam o Estado Brasileiro, encontram-se

---

31 Esse foi o caso do movimento negro, com a inserção do art. 68 do ADCT da CF88, bem assim a redefinição de novas pautas até então excluídas do cenário político, inclusive relacionado a questões de identidades dos sujeitos sociais.

32 A respeito do assunto, verificando-se a amplitude das discussões no cenário do processo constituinte que findou em 1988, observe-se a análise realizada por Gisele Cittadino (2009), ao analisar como os diversos temas relativos à construção de diversos direitos, baseados em perspectivas ideológicas distintas, foram inseridos na Constituição: Após duas décadas de autoritarismo e governos militares, a reconstrução do processo político democrático também significava a reconstrução do Estado de Direito. Neste sentido, o movimento de retorno ao direito no Brasil teve a sua mais perfeita tradução no processo constituinte. A Constituição Federal de 1988, elaborada através de processo de participação no qual estiverem presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política.”(CITTADINO, 2009, p. 234).

a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos esses princípios têm também uma relação com o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, à medida que também lhe servem de fundamento relacional.

Diga-se: trata-se também de um direito fundamental, embora fora do art. 5º da CF88, como outros dispositivos constitucionais dessa mesma natureza, que não se encontram entrementes topograficamente situados no local indicativo da sua presença na Constituição Federal.

Essa modificação de situação normativa<sup>33</sup> – elevação à categoria de direitos fundamentais – tem relevância por diversos aspectos: uma, jurídico-constitucional, que implica em tratar-se as medidas relativas à proteção ambiental a partir do mesmo regime jurídico das demais normas dessa natureza, inclusive considerando a impossibilidade de adoção de reformas tendentes a sua supressão, levando à adoção de medidas pertinentes ao controle de constitucionalidade; outra, político-constitucional, a implicar a mobilização em torno da implementação legislativa de políticas públicas de caráter ambiental, bem assim da edição de atos normativos pertinentes; por fim, uma outra, institucionalizante, relativa à implementação de uma postura conformadora de instituições administrativas e judiciais necessárias à aplicação desses dispositivos. Nesse sentido, ressalta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

A ideia de “fundamentalização” do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado assume, pois, dimensão constitucional exatamente para registrar que a sua incorporação na ordem jurídica, ao lado de outros direitos fundamentais, ocupa um plano superior de dignidade, exigindo uma proteção jurídica reforçada. (COSTA NETO, 2003. p.14).

Nesse contexto, observe-se que a configuração de um direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado tem um viés predominantemente antropocêntrico na Constituição de 1988, embora se possa dizer que se trata de uma perspectiva **alargada** em relação aos textos normativos anteriores, conforme assinalada José Rubens Morato Leite, para quem “impõe-se uma verdadeira solidariedade e comunhão de interesses entre o homem e a natureza.” (AYALA; LEITE, 2002, p. 48).

---

<sup>33</sup> A esse respeito, assinalada José Afonso da Silva: “A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista.” (SILVA, 2007, p. 46).

Há, pois, ruptura com a leitura predominantemente antropocêntrica do meio ambiente, que passa a ter consideração própria, objeto de respeito e preocupação não unicamente em razão da sua utilidade específica para alguma atividade humana. Não se preserva ou conserva mais unicamente para a finalidade de contemplação ou para garantir a exploração ou uso de recursos ambientais. Bem assim, o fundamento da proteção ao ambiente não é somente a garantia da saúde humana ou da incolumidade pública. São dimensões distintas do mesmo direito. Acentua Antônio Herman Benjamin: “na leitura da Constituição, é de mister separar o direito de não ser atingido por poluentes ou pela degradação ambiental do direito à proteção da Natureza em si considerada.” (BENJAMIN, 2005, p.374).

De fato, do texto constitucional de 1988 pode-se realizar a compreensão relacional entre as normas que definem a proteção ambiental e aquelas conducentes da atividade econômica, focando-se na apresentação de limites conciliatórios, como as observações formuladas por Cristiane Derani (2008, p.173): “(...) a natureza só pode ser compreendida enquanto integrante das relações humanas – aqui inseridas, com todo o seu peso, as relações econômicas.”. São esses limites que acabam (re)significando a natureza, tocando-lhe naquilo que lhe definiria como espaço e conjunto de relações a serem protegidas, sob a perspectiva da atividade humana.

O perfil do texto de 1988 estabelece uma relação de aproveitamento do meio ambiente em benefício do homem, a qual deve ter limites traçados pelo conjunto de normas ambientais, tendo-se como limite a ideia de inserção do homem no ambiente, o qual deve ser mantido em estado hígido e em equilíbrio. A natureza possui valor em si, mas ela existe em sua relação com o homem. De fato, embora reformulado em sua perspectiva excessivamente antropocêntrica, antes presentes nos textos normativos anteriores a 1988, a natureza persiste sendo um objeto de apropriação regular, embora compreendida agora em um contexto de finitude de recursos que enseja cuidado e gestão de riscos.

#### 2.2.4 Da tensão permanente no meio ambiente – a construção jurídica em andamento

De um lado, houve a previsão de um direito ao ambiente sadio e

ecologicamente equilibrado no art. 225 da CF. Essa previsão superou a visão do ambiente em uma perspectiva antropocêntrica de viés utilitarista, alargando-a para conceber o homem e suas atividades inseridas reciprocamente no meio. Mas, essa delimitação feita pela Constituição não resultou em um arranjo definitivo do ordenamento jurídico, em face de diversos instrumentos legais posteriores, que, ao disciplinar de forma específica alguns instrumentos e bens ambientais, conferiram feições diversas a esse tratamento.

Nesse sentido, desenharam-se um conjunto de instrumentos normativos que permitem uma leitura do sentido jurídico da natureza, destacando-se:

1) As versões do Código Florestal – pode-se dizer que, no período entre 1988 e o atual, conviveu-se com uma versão do Código Florestal de 1965 (acrescido das alterações trazidas pela Medida Provisória nº 2166-67) bem assim a nova disciplina aprovada no ano de 2012 (Lei nº 12.651/2012), sob muita divergência social. A nova lei reformulou de forma intensa o sentido da proteção às florestas e demais formas de vegetação, para dar mais espaço às atividades econômicas e à ocupação humana em áreas objeto de intervenção anteriormente reputada indevida.

É possível afirmar que o novo Código Florestal, em relação ao anterior, apresentou uma feição de reforço à apropriação de recursos florestais, notadamente ao estabelecer cláusulas prevendo a incidência de atividades econômicas em locais onde, anteriormente, era vedada a sua utilização, como é o caso dos apicuns (art. 11-A), as áreas do pantanal e de planície pantaneira e aquelas com elevada declividade (art. 10 e 11); bem assim, a anistia a multas administrativas relativas à supressão de áreas de preservação permanente, além da dispensa parcial do dever de reparação integral de recuperação das áreas degradadas e continuidade de atividades econômicas em espaços vedados (art. 61-A).

Essas medidas revelam a consideração do ambiente como algo a ser explorado, sobretudo prestando-se à realização de atividades econômicas em locais onde antes não se permitiria, representando redução sensível nos parâmetros de proteção normativa e, ademais, do próprio discurso legal de respeito às áreas protegidas.

Em sendo assim, essas duas versões denotam um movimento na legislação florestal, de um regime mais protetivo a outro mais tolerante quanto ao uso

econômico dos recursos ambientais.

2) A Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – Lei nº 9.985, de 2000. Ao mesmo passo que previu um conjunto de áreas a serem especialmente protegidas com suas tipologias, definiram-se as funções de cada uma delas, com os seus sentidos e finalidades diferentes nas hipóteses de proteção integral ou de uso sustentável. Nesse contexto, foram estabelecidas formas de uso diferentes, adotando-se ou não a possibilidade de intervenção humana direta.

No caso das Unidades de Conservação, sobreleva notar dois pontos relativos à ocupação humana nas várias modalidades de áreas protegidas, especialmente nas de proteção integral. Um, a ideia de que as áreas destinadas à proteção integral devem ter uma presença humana bastante limitada, restrita a situações controladas pelo Poder Público. Outro, esse aspecto contrasta com a baixa regularização fundiária das áreas protegidas no Brasil, de forma a existir conflitos quanto ao uso dos recursos ambientais nas diversas unidades implantadas no Brasil, embora o rigor do regime de conservação.

Dessa forma, o regime legal conferido pelo texto normativo duela com a realidade e as instituições responsáveis pela sua aplicação, colocando em xeque o modelo protetivo instituído e sua finalidade. De fato, aqui existe uma orientação voltada à proteção, mediante a consideração desses espaços *per si*, não voltada à utilidade direta dela pelo homem. Entrementes, essa finalidade é frustrada pela atuação administrativa concreta.

3) A lei de crimes ambientais (Lei nº 9605/1998), com a definição de ilícitos contra o ambiente de forma específica. As alterações são notáveis, pela definição de diversas formas de lesão a microbens ambientais, tratados como objeto de particular proteção penal, estabelecendo-se a natureza e suas relações com o homem como bem jurídico penalmente relevante, com foco em uma espécie diferente de criminalidade, praticada por empresas ao lado de indivíduos que exercem a sua gestão, admitindo-se ademais a responsabilidade das pessoas jurídicas.

Definiram-se diversos tipos penais, alguns em continuidade a outras figuras típicas anteriormente previstas, ao passo que, em outras situações, houve a previsão de medidas efetivamente novas, relacionadas inclusive com deveres da Administração Pública e procedimentos específicos visando à reparação do dano ao

ambiente, através da ação penal, ao lado da tutela pela responsabilidade civil.

Esse movimento de criminalização representa uma forma de releitura do papel do Direito Penal em face dos danos ao ecossistema, como instrumento de repressão a condutas danosas, antes tratadas de forma assistemática. Ocorre um movimento de mudança de sentido da política criminal, conforme acentua Alessandro Baratta, um decidido “deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e da efetiva criminalização [...], mas socialmente muito mais danosas [...]” (BARATTA, 1999, p. 198)<sup>34</sup>.

4) Por fim, a Lei Complementar nº 140/2012, que tratou da repartição de competências em matéria ambiental entre os entes federativos, especialmente para definir sua atuação através do licenciamento e da fiscalização ao ambiente, com conceitos específicos sobre a atividade administrativa do Poder Público.

De fato, a Constituição de 1988, estabelecera um sistema de competências comuns em matéria ambiental, no qual a União, os Estados e os Municípios teriam poderes para realizar a fiscalização dos empreendimentos que utilizam recursos ambientais, bem assim realizar as atividades de licenciamento ambiental. Entrementes, as divisões funcionais em face de cada tipo ou impacto de empreendimento, ou mesmo a sua localização, eram alvo de aceras controvérsias não apenas entre os órgãos administrativos, mas também no Poder Judiciário.

Essa situação levou a proposta de lei complementar que regula a divisão de competências em matéria ambiental a tratar amiúde desse assunto, sobretudo para definir, com precisão taxativa, o rol de matérias de cada ente federativo, com a pretensão de afastar questionamentos com relação a esse aspecto.

Para que se compreendam as consequências dessa definição, deve-se verificar que ela surge com a pretensão de afastar potenciais conflitos sobre o licenciamento ambiental, concedendo maior autonomia aos estados e municípios, para realizar atividades de controle de atividades econômicas, sobretudo porquanto

---

34 Embora Alessandro Baratta aponte um papel importante do Direito Penal na repressão de crimes contra o ambiente, o autor assume uma postura crítica em relação ao papel desse instrumento, sobretudo considerando a estrutura social: “A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação dessa realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa (BARATTA, 1999, p. 221).

atribuem competência fiscalizatória ao ente licenciador; ainda que os demais possuam poder de polícia para atuar subsidiariamente, prevalece o entendimento adotado ao final pelo Ente competente.

Assim, conferir-se-ia objetividade ao sistema de licenciamento ambiental. Contudo, deve-se observar que essa restrição no controle ambiental, ao limitar o que a Constituição fixou como plúrimo em um sistema de poderes administrativos comuns, favorece sobretudo a possibilidade de menor controle da degradação dos recursos ambientais.

Em sendo assim, a forma de controle relaciona-se ao conteúdo a ser exercido em um padrão de fiscalização ambiental, restringindo a atuação de instâncias de fiscalização, especialmente em nível federal, delimitando maior segurança não ao ambiente, mas a quem investe na sua exploração. Aqui, prevalece um perfil antropocêntrico, à semelhança do novo Código Florestal, a definir a compreensão da natureza como espaço a ser explorado e apropriado, submetido a controles, mas em prol do humano.

Esses aspectos permitem compreender o sentido do ambiente, a partir das suas linhas mais importantes no ordenamento jurídico. É uma perspectiva limitada, mas que permite analisar a regulação jurídica da natureza, a partir dos modos como o direito ao ambiente sadio e equilibrado se compõe a partir dos seus elementos.

Em conclusão, pode-se dizer que a definição jurídica do ambiente compõe-se a partir de uma **tensão permanente entre diferentes perspectivas** que duelam não apenas na esfera político-legislativa, mas também na administração e nos órgãos judiciais.

Essas tensões estão representadas por duas ideias – uma, relativa à apropriação integral da natureza, ainda voltada à compreensão de uso intensivo dos recursos ambientais, de que é exemplo o Código Florestal aprovado no ano de 2012; outra, relativa à compreensão de um ambiente em uma perspectiva mais ampla, a qual, embora relacionada ao homem, mantém-se em uma compreensão de um espaço vital a ser transmitido a gerações futuras.

Nesse contexto, ora o ambiente é entendido como espaço para a reprodução da vida (diga-se: não apenas a humana), ora como objeto de exploração econômica, em um movimento pendular da legislação ambiental. Por vezes, ainda, apresenta-se

em disputa não apenas considerando atividades abstratamente consideradas, mas relacionadas a grupos específicos, com perspectivas diversas sobre o uso desses recursos.

### **2.3 A natureza não está à margem da Lei – a lei a constrói com seu discurso de apropriação e proteção**

Diante desses movimentos da legislação ambiental brasileira, deve-se refletir sobre o seu sentido, no contexto de uma proteção efetiva à natureza. Para tanto, são pertinentes as considerações lançadas por François Ost (1997), através da sua interpretação dessa forma de construção do ambiente por meio dos ordenamentos jurídicos, especialmente considerando os diversos momentos históricos experimentados na sociedade brasileira.

Antes de se passar a essa análise, cabe uma advertência preliminar, formulada por Pierre Bourdieu (1998), como medida de cautela epistemológica com relação ao trabalho a ser empreendido, a qual diz respeito ao risco da simples transposição de um esquema interpretativo da realidade para uma situação distinta daquela originalmente pensada, especialmente ignorando a história daquela teoria e do seu contexto.

Se é verdade que a deshistoricização que resulta quase inevitavelmente da migração das ideias através das fronteiras nacionais é um dos fatores de desrealidade e de falsa universalização (como por exemplo os 'faux amis' teóricos), então só uma verdadeira história da gênese das ideias sobre o mundo social, associada a uma análise dos mecanismos sociais da circulação internacional dessas ideias, poderia conduzir os pesquisadores, nos seus domínios e outros, a um comando melhor dos instrumentos com os quais eles argumentam sem se preocupar em discuti-los antes. (BOURDIEU; WACQUANT, 1998, p. 118).<sup>35</sup>.

Não se pretende, pois, uma simples transposição de um esquema interpretativo. Mas, não se pode desconhecer a sua utilidade, desde que se tenha

---

35 Em tradução livre do original: "S'il est vrai que la déshistoricisation qui résulte presque inévitablement de la migration des idées à travers les frontières nationales est un des facteurs de déréalisation et de fausse universalisation (avec par exemple les "faux amis" théoriques), alors seule une véritable histoire de la gênese des idées sur le monde social, associée à une analyse des mécanismes sociaux de la circulation internationale de ces idées, pourrait conduire les savants, em ce domaine comme ailleurs, à une meilleure maîtrise des instruments avec lesquels ils argumentent sans s'inquiéter au préalable d'argumenter à leur propos"

consciência dos limites da sua formulação ante as circunstâncias históricas da realidade brasileira, que guarda as suas peculiaridades, inclusive quanto à aceitação de teorias jurídicas, econômicas e políticas tomadas de empréstimo de outros cantos do mundo. Essa dificuldade de simples transposição ao Brasil das ideias de alémmar, dadas as peculiaridades formativas da sociedade brasileira, também foi reavivada por Raymundo Faoro (1993), ao analisar a implantação incompleta do liberalismo político e econômico no Brasil, face ao seu contexto político, econômico e histórico, marcados pelo patrimonialismo.

Ost (1997) pretende discutir sobre a relação entre o Direito e a Ecologia, verificando as implicações recíprocas que um acarreta ao outro; uma relação que é cheia de momentos contraditórios, uma vez que, por vezes, não há simplesmente harmonia possível, eis que o jurídico poderia ser, em algumas ocasiões, um instrumento não da Ecologia, mas da pura e simples manipulação ou apropriação do natural. Ao reverso, também seria possível pensar uma forma jurídica na qual se pudesse vislumbrar um modelo adequado à proteção, a depender de uma reestruturação recíproca desse enlace entre as disciplinas, em que o jurídico ecologizar-se-ia; ao passo que a ecologia, juridicizar-se-ia também.

A esse respeito, a análise dessas relações inicia-se com a descoberta da natureza como artifício: a partir dos modelos científicos pensados a partir do iluminismo, desde o século XVII, passa-se à pretensão de domínio da natureza, especialmente mediante a ideia científica de a tudo decompor e analisar, em partes que permitiriam a perfeita descrição do mundo.

François Ost (1997) alude às regras do pensamento científico preconizadas por René Descartes, as quais se imporiam como novo paradigma para se pensar a natureza, encerrada como objeto a ser apreendido analiticamente:

O primeiro seria não receber jamais coisa alguma por verdadeira que eu não conheça evidentemente ser ela; quer dizer, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; e não entender nada de mais em meus julgamentos, que o que se apresentaria tão claramente e tão distintamente em meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de a colocar em dúvida.

O segundo, **dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas partes quanto possível, e que sejam requeridas pelo melhor resultado.**

A terceira, de conduzir por ordem meus pensamentos, **começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir**

**paulatinamente como por graus até o conhecimento dos mais complexos;** e colocando entre eles que não se precedem naturalmente uns aos outros.(DESCARTES, 2009, p.25, grifo nosso)<sup>36</sup>.

Prevalecia, nesse momento, uma ideia científica de domínio matemático do mundo, explicando-o a partir dessas relações claramente dedutíveis e objetiváveis, com a pretensão de saber de tudo quanto estivesse ao alcance humano, reduzindo a tudo como objeto de apropriação e disciplina. Assenhorar-se de novos mundos, como as terras descobertas na América, medida que estava no horizonte da expansão europeia, emoldura esse contexto. A natureza era algo exótico e exuberante, coisa sem dono, esperando a apropriação.

O modelo aplicado é explicitamente o da geometria analítica: um método de fundamentado sobre a intuição (que oferece à visão intelectual representações claras e distintas), a divisão (que pressupõe que as coisas se deixem dividir em unidades de medida iguais, em quantidades comparáveis), e a dedução (que implica a ordem ou a passagem lógica de uma grandeza a outra). Assim, as regras do método poderão substituir o caos da experiência por uma representação coerente do mundo; as 'longas cadeias de razões, todas simples e fáceis, de que os géometras têm por hábito servir-se', explicarão com êxito os problemas mais complexos, **a partir do momento em que a natureza é reduzida a uma coisa vasta (res extensa), somatório de matéria fixa, divisível em partes determinadas percorridas de movimento constante.** (OST, 1998, p.43, grifo nosso).

Essa seria a perspectiva que conduziria a formação do espírito científico moderno voltando-se ao natural; tal forma de compreensão moldaria as relações de poder sobre os elementos da natureza.

A natureza passaria a sofrer como um objeto a ser apropriado, inclusive mediante o domínio cada vez mais aguçado da técnica que permitira elaborá-la, recriando partes ou reordenando-a de forma artificial. “A vida torna-se objeto de ciência: uma ciência não mais simplesmente descritiva (anatômica), como vimos, mas realmente criadora (genética)” (OST, 1998, p. 83). Em relação a esse aspecto,

---

36 Em tradução livre do original: Le premier était de ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être elle: c'est à dire, d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention; et de ne comprendre rien de plus en mes jugements, que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit, que je n'eusse aucune occasion de le metre em doute. Le second, **de diviser chacune des difficulté que j'examinerais em autant de parcelles qu'il se pourrait**, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre. Le troisième, de conduire par ordre mes pensées, **em commençant par les objets le plus simples et le plus aisés à connaître, pour monter peu à peu comme par degrés jusques à la connaissance des plus composés;** et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les un les autres. “”

formar-se-ia um mercado consumidor a partir dessas formas de apropriação da natureza, com a disputa inclusive de patentes em torno dos produtos gerados dessa nova feição da técnica aplicada sobre a natureza. Animais transgênicos, organismos geneticamente modificados. “À sua maneira, o génio genético confirma essa lição: a própria vida – e o homem também – pode ser recriada em laboratório.” (OST, 1998, p. 101).

Contudo, esse conjunto de intervenções geraria consequências. Tratar-se-ia de uma crise ecológica, surgida ao cabo de dois ou três séculos de uso intensivo dos recursos ambientais. “Daqui em diante, o estado de deterioração do planeta é tal que a ecologia se torna, antes de mais, em problema da sociedade, em jogada política depois, e finalmente em terreno regulamentar.” (OST, 1998, p. 103). Nesse contexto, desenvolve-se uma nova relação do Direito com a Ecologia.

Sem deixar de lado a apropriação, desenvolvem-se novas relações com a natureza em face da crise ecológica, na qual o jurídico passa a ter uma importante função de mediação, não apenas como instrumento de legitimação da apropriação, mas desempenhando um papel regulatório, em busca de diferentes formas de conservação ou de preservação. Esse papel do Direito, contudo, é contraditório, uma vez que ele ora se presta a reforçar a apropriação tradicional, sob novas vestes diante de recentes tecnologias, ora se apresenta como instrumento protetivo voltado a uma outra forma de relação com o ambiente.

Apresenta-se então uma nova questão – qual o diálogo a ser entabulado entre o Direito e a Ecologia: “juristas e científicos, de igual modo mobilizados pela urgência ecológica, são condenados a entenderem-se.” (OST, 1998, p. 111). Esse diálogo não se dá sem concessões recíprocas, uma vez que as categorias jurídicas não dão conta de todos os aspectos exigidos pela proteção do ambiente, exigindo-lhe reformulações, inclusive para incluir novos bens antes impensáveis, como a diversidade biológica e o patrimônio genético ou o clima; ao mesmo passo, a ecologia passa a lidar com o Direito enquanto instrumento de resguardo, em uma formulação de consensos e princípios internacionais para a proteção.

E o Direito realiza um aprendizado. Parte-se inicialmente de uma concepção de monumentalidade da natureza e dos espaços, como imensos museus, à moda de santuários verdes, a uma consideração de outra forma de proteção do natural, a

partir de uma perspectiva da existência de um macrobem - “a partir de agora, a ideia abstrata e global das potencialidades evolutivas da natureza que é tomada em conta, e instituída como valor a salvaguardar.” (OST, 1998, p. 114).

Categorias jurídicas são revisitadas: responsabilidade civil e atos ilícitos, crimes praticados por empresas, contratos ou acordos civis versando sobre matéria ambiental, novas espécies de medidas judiciais e extrajudiciais, além de instituições judiciais e administrativas com o encargo de zelar pela tutela dos ecossistemas, reestruturadas. “Tudo isto conduz, seguramente, a uma certa ecologização do direito. Uma ecologização bem-vinda, porquanto significa que as soluções jurídicas estarão, a partir de agora, melhor adaptadas à especificidade dos meios a proteger (...).” (OST, 1998, p. 118).

Porém, ao mesmo passo que se reestrutura o Direito e o Estado<sup>37</sup>, há problemas profundos que se vislumbram indicando que o jurídico não se esverdeia por inteiro; ou, ao menos, que essas novas feições assumidas oferecem promessas que não se cumprem integralmente. Dentre elas, destaca-se o caráter excessivamente técnico das normas ambientais e, especialmente, a sua ineficácia ou a ausência de efetividade, aliada à sobreposição de interesses em torno da disputa pela exploração econômica, na qual a proteção aos ecossistemas acaba possuindo um papel marginal, face aos interesses da indústria, agricultura, produção de energia e mineração, além do imobiliário<sup>38</sup>. Essa multiplicidade de interesses não é arbitrada adequadamente pela lei ambiental, havendo ademais a necessidade de intervenções da Administração ou do Poder Judiciário para que essa tarefa seja realizada nos casos concretos.

Parece assim, e o fenômeno é confirmado pelos textos mais recentes, que as normas ambientais são elas próprias disposições de compromisso, justapondo a referência a interesses, virtualmente opostos, e remetendo finalmente para a administração e para o juiz operarem as arbitragens necessárias. Procurando criar um pouco de segurança num mundo que multiplica os riscos técnicos, visando à salvaguarda do ambiente numa

---

37 Sobre a reestruturação estatal rumo a um direito do ambiente, Ost (1998, p.118) aponta: “Dois fatores principais explicam esta emergência de um direito do ambiente: a mutação das funções atribuídas ao Estado, por um lado, a construção da questão econômica como problema sociopolítico, por outro.”

38 Ost (1998, p.126) anota o seguinte a respeito: “Promovido por lobbies sempre menos poderosos do que os da indústria, agricultura, dos transportes, da promoção imobiliária ou da energia, o direito do ambiente apenas consegue inflectir a lógica jurídica inerente às suas atividades de uma forma marginal.”

sociedade que nunca deixou de pensar em termos de desenvolvimento, o direito do ambiente parece condenado a essa contradição que já presidia à sua nascença. (OST, 1998, p. 126).

Essas mesmas contradições podem ser encontradas ao redor da construção de uma concepção de ambiente pelo Direito brasileiro, bem assim de estratégias e modelos jurídicos para a sua regulação e exploração.

As semelhanças podem ser encontradas desde as colocações formuladas sobre a formação histórica da legislação ambiental no Brasil, acima expendidas, sobre os modelos transplantados da vida portuguesa à próspera colônia, fonte de exploração e riquezas, terra aberta a toda sorte de apropriação, nas terras ou na cultura agrícola, nos minérios ou nas madeiras, nas matas ou nos animas. Tudo era espaço a ser conquistado.

A concepção do ambiente como artifício – terra de descobertas e exploração, fez-se presente na história jurídica brasileira; após, a ideia do ambiente como coisa a ser apropriada, por meio de sucessivos instrumentos jurídicos que se iniciam com a Lei de Terras de 1850, bem assim passam pelo Código Civil de 1916, como pelas regulamentações das florestas, minas e águas em 1934. Após, novos influxos se fazem sentir paulatinamente sobre a regulação, assumindo o Direito um novo papel, a partir da década de 1960, quando foi editado o novo Código Florestal, culminando com Lei da Política Nacional de Meio Ambiente em 1981, momento a partir do qual se começa a vislumbrar o ambiente como bem jurídico autônomo.

Em 1988, um novo marco jurídico, com a promulgação da nova Constituição. A novidade não estava apenas na forma jurídica, mas nos seus conteúdos, instrumentos e medidas que fizeram posteriormente se descortinarem mudanças na forma de atuação do sistema de justiça, inclusive com a posterior implementação de órgãos especializados na tutela do ambiente.

Porém, esse movimento não é simplesmente um avançar. Se a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Constituição de 1988 instituíram um bem jurídico autônomo a ser resguardado, há de se ter em conta os movimentos da legislação ambiental posteriores, que deram nova força à concepção da apropriação da natureza, afastando-se uma ideia de proteção e voltando-se com ênfase à continuidade da exploração legitimada.

Nesse contexto, destaca-se a edição do Código Florestal de 2012 e a Lei

Complementar nº 140/2012, acerca do licenciamento ambiental. Esses dois textos normativos contiveram expressivas alterações sobre a forma de se conceber a proteção ao ambiente, uma vez que o novo Código afastou a responsabilidade civil e o dever de reparação integral em alguns casos, bem assim restabeleceu a possibilidade de intervenção em certas áreas de preservação, anteriormente vetadas. Bem assim, a Lei Complementar sobre o licenciamento ambiental, antes de estabelecer formas de cooperação no controle administrativo dos recursos naturais, criou formas de exclusão da competência fiscalizatória dos órgãos públicos, fixando um arranjo institucional mais propício à segurança jurídica do empreendedor, mas não à proteção aos ecossistemas. Em sendo assim, prevaleceu, no conjunto, a visão de uma natureza a ser apropriada, embora regulada.

O direito do ambiente seria, assim, comparável a uma tapeçaria de Penélope, em que o que é feito num dia é subrepticamente desfeito no outro. É forçoso constatar que, pelo menos em alguns sectores, essa conclusão se impõe. Tornada objeto de regulamentação e de gestão, a natureza não deixou, de facto, de ser tratada como objecto: de resto, a apropriação não desapareceu, é evidente; esta, digamos, complexificou-se pela imbricação de estratégias privadas e interferências públicas. (OST, 1998, p.133).

Esse movimento permite inferir uma tensão permanente na regulação dos bens ambientais e na própria forma de conceber o ambiente. Embora sob nova perspectiva de legitimidade, recriam-se formas de apropriação da natureza. Ao mesmo passo, reforça-se a ideia de proteção da natureza intocada, através do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, a criar verdadeiros santuários de preservação, contudo profanados em face da inação estatal.

Desse modo, é possível dizer que a natureza, no direito ambiental brasileiro, não está simplesmente à margem da lei; ela é objeto de continuadas disputas discursivas em torno dos instrumentos jurídicos para sua apropriação ou proteção, sob formas complexas, em um movimento que não se dá fora, **mas através do Direito**, como forma de legitimação desses usos exploratórios ou protetivos.

Diante do que foi exposto, no próximo capítulo será analisada como a relação entre o Direito e o meio ambiente se torna mais complexa à medida que as disputas sobre os recursos naturais não se limitam apenas a concepções econômicas ou sociais no interior de uma sociedade homogênea; elas são mais complexas

porquanto ocorre uma pluralidade de grupos que se afirmam com identidades étnicas diferentes, a expressar uma outra perspectiva em face dos microbens ambientais. Essa circunstância impõe ao Direito uma tarefa de dar conta dessa diversidade ao arbitrar disputas sobre a natureza.

### 3 AS IDENTIDADES ÉTNICAS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

A promulgação da Constituição de 1988 não deu apenas tratamento novo em relação ao direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme analisado no capítulo anterior, ao defini-lo em um patamar jurídico semelhante aos demais direitos fundamentais. Outros temas receberam tratamento diferenciado quanto à ordem jurídica anterior, renovando-a e espraiando posteriormente os seus efeitos, bem assim novas modalidades de tutela processual e de instituições voltadas à proteção, expandindo-se a constitucionalização de diversos direitos, com a imposição de tarefas públicas para a sua realização. “Um traço característico da Constituição de 1988 é a presença recorrente de dispositivos que versam sobre metas de transformação social e políticas públicas.” (NASSAR, 2013, p. 43).

Dentre eles, destaca-se a proteção a identidades étnicas diferenciadas na sociedade brasileira, reconhecendo-se que a sua formação histórica foi realizada por diversos grupos, os quais possuem um modo diferenciado de criar, fazer e viver, conforme a previsão dos artigos 215 e 216<sup>39</sup>. Essa situação assume contornos peculiares no Brasil, embora também seja encontrada no continente americano, especialmente em sua porção latina. “Não há país na América Latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém como maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica.” (SOUZA FILHO, 2012, p. 71).

Essas identidades diferenciadas têm a sua proteção juridicamente expressa, dentre outros dispositivos constitucionais, na proteção às formas de expressão e nos seus modos de criar, fazer e viver, os quais ganharam a expressão constitucional de patrimônio cultural brasileiro. Reconheceu-se a pluralidade na sociedade brasileira, para além da ideia de formação de uma nação unificadora e eliminadora de diferenças (HALL, 2001).

A palavra patrimônio, originária do Direito Civil, foi ressignificada na dicção da

---

39 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - **os modos de criar, fazer e viver**; (...).

Constituição, a agregar ao sentido econômico que anteriormente era marcante, como conjunto de bens e direitos pertencentes a uma pessoa, um certo senso de garantia de aspectos imateriais, enquanto características definidoras da identidade de pessoas ou grupos. Mais ainda, recebeu o sentido de herança recebida e a ser transmitida futuramente, em caráter prospectivo (OST, 1997, p. 352-370).

Além de dar novo significado à ideia de patrimônio, reconheceu-se uma importante circunstância no processo histórico brasileiro – a pluralidade social. Ele ocorre em ruptura à ideia de construção de um modelo de nação, unificadora e assimiladora de diferenças, como símbolo de um país: “[...] as identidades nacionais não são coisas com as quais nós nascemos, mas são formadas e transformadas no interior da representação.” (HALL, 2001, p. 48). Essa construção da identidade nacional<sup>40</sup> colocou de lado, propositalmente, a existência da diversidade de grupos formadores da sociedade brasileira, em benefício do reconhecimento de algo maior, silenciador das diferenças.

As diferenças regionais e étnicas foram gradualmente sendo colocadas, de forma subordinada, sob aquilo que Gellner chama de “teto político” do estado-nação, que se tornou, assim, uma fonte poderosa de significados para as identidades culturais modernas. (HALL, 2001, p.49).

No caso da sociedade brasileira, adicionou-se a ideia de que haveria uma espécie de comunhão entre todos os antigos e novos participantes da ocupação do território do país, através de uma fábula das três raças (DA MATTA, 2010, p.64-95), que delimita um ideal de comunhão, mas oculta uma relação social fortemente hierarquizada, na qual cada grupo fica adstrito a uma posição social, a despeito de regras jurídicas abstratas e universalizantes. Entretanto, essas regras não são respeitadas e aplicadas isonomicamente, favorecendo a prática de um racismo diferente daqueles verificados em outros países, como os Estados Unidos.

Dentre essas formas de identidades, marca da pluralidade social, protegida

---

40 A propósito da construção das identidades nacionais, Marilena Chauí (2000) indica a sua ligação com o surgimento dos Estados Modernos, mediante a formação de um ideário unificador de todos sob uma mesma crença política: “Esse Estado precisava enfrentar dois problemas principais: de um lado, incluir todos os habitantes do território na esfera da administração estatal; de outro, obter a lealdade dos habitantes ao sistema dirigente, uma vez que a luta de classes, a luta no interior de cada classe social, as tendências políticas antagônicas e as crenças religiosas disputavam essa lealdade. Em suma, como dar à divisão econômica, social e política a forma da unidade indivisa? Pouco a pouco, a ideia de nação surgirá como solução dos problemas.” (CHAUI, 2000, p. 14).

como patrimônio cultural brasileiro, destacam-se para o objeto deste trabalho aquelas que tem origem em uma pertinência étnica. Para que se compreenda essa proteção no texto constitucional, é necessário entender os sentidos da expressão utilizada (i.e, identidade étnica), enquanto fenômeno social e sua elaboração teórica, posteriormente incorporada pelo Direito.

Diga-se: não são apenas os artigos 215 e 216 da Constituição, que tratam dos direitos culturais, a assegurar proteção nessa perspectiva. Há outros dispositivos consagrados à proteção da identidade, como os art. 231 da CF e o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os quais tratam de forma mais direta dos bens necessários a sua persistência, especialmente das terras necessárias à vida de comunidades indígenas e de remanescentes de comunidades de quilombos.

O texto constitucional fez menção direta a esses dois grupos, no art. 215 e 216, além do art. 231 e 68 do ADCT da CF88. Retirou-se assim esses grupos do signo da invisibilidade, para tratá-los não apenas como problema social, mas jurídico-constitucional.

De fato, a presença de dispositivos constitucionais relativos a direitos indígenas é mais antiga e datada de 1934, quando a Constituição promulgada naquele ano assegurou-lhes direito às terras que ocupavam<sup>41</sup>. Contudo, o tratamento anterior a 1988 era limitado, sobretudo em face da ausência de guarida própria aos aspectos imateriais ou mesmo materiais que lhes compõem a identidade, questão não pensada nos textos constitucionais em relação àqueles que já habitavam tradicionalmente o solo brasileiro<sup>42</sup>. A proteção era limitada quando muito à terra ocupada, assim replicado em Constituições posteriores.

Mas, além do substrato material da terra, há aspectos mais profundos a comporem a identidade étnica, os quais guardam relação inclusive com a proteção

---

41 "Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."

42 Diga-se que a expressão étnica não era estranha aos textos constitucionais anteriores; o texto de 1934 fez uso dela, porém empregando-a no sentido equivalente à nacionalidade, para regular as imigrações de estrangeiros ao território nacional, colocando-lhe limites (art. 121, §6º, da Constituição Federal de 1934 - § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.).

ambiental dos recursos naturais com os quais se relacionam.

Essa relação com o Direito, especialmente o Ambiental, não pode se limitar – face ao regime constitucional de 1988 e às obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil – a estender essa proteção às situações experimentadas por esses grupos, mediante a aplicação das normas jurídicas. Além disso, é necessário compreender as próprias perspectivas diversificadas de relação com a natureza, formadas a partir da identidade diferenciada, o que terá inflexões no Direito Ambiental, como se passa a analisar.

### 3.1 As (novas) identidades étnicas

Primeiro, deve-se observar o sentido da palavra **identidade**, sobretudo considerando o contexto atual da realidade que se vive, para afastar qualquer pretensão de impor um sentido essencialista à palavra (CARNEIRO DA CUNHA, 2012, p. 118-138), eis que não se trata de buscar uma imagem ideal a compor-lhe o significado, de forma definitiva e imutável.

Afaste-se, pois, um sentido platônico, como se possível fosse encontrar um conjunto de sinais que, uma vez reunidos, designassem alguém em sua forma absoluta de existir. Há de se lembrar do mito da caverna de Platão<sup>43</sup>, para logo se afastar dele, eis que não se poderia encontrar uma imagem ideal a compor aquilo que seria a identidade de um grupo como essência, a ser encontrada ao se afastar do turvado das sombras, destacando-se apenas o principal a lhe compor uma figura perfeitamente representativa. Em realidade, isso não seria possível, pois essas características são elas mesmas mutáveis historicamente.

No lugar da identidade como essência, deve-se observar algo que pode ser mutável, sem que se perca a característica definidora do sujeito e dos grupos, sobretudo em situações de alteridade, nas quais a construção de um sentido somente se dá nas fronteiras sociais ou nos limites com o Outro.

---

43 Platão discorre a respeito da possibilidade de se encontrar na luz, deixando-se as trevas da caverna onde só se conhece a ignorância, o conhecimento das coisas em sua forma ideal: "(...) no mundo inteligível, a idéia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e de belo existe em todas as coisas; no mundo visível, ela engendrou a luz e o soberano da luz; no mundo inteligível, é ela que é soberana e dispensa a verdade e a inteligência; e é preciso vê-la para se comportar com sabedoria na vida particular e na vida pública." (PLATÃO, 1997, p.228).

Essa lição vem sobretudo dos estudos da Antropologia, com a qual o Direito deve dialogar, sem a pretensão de fazer de outros saberes simples disciplinas auxiliares<sup>44</sup>. É, pois, das ciências sociais que se pode buscar um sentido para o fenômeno da etnicidade acolhido na Constituição de 1988.

Nesse sentido, Max Weber (2012) analisou o problema das chamadas comunidades étnicas, para afastar a ideia de que ela se assentaria sob bases raciais. De fato, não há características físicas que determinem de forma impositiva, por si só, a pertinência de alguém a um determinado grupo, através da chamada 'raça'.

Antes disso, trata-se de um conjunto de características culturais fundados em diversos aspectos que, reunidos, poderiam permitir a identificação de um grupo. Mas, esse reconhecimento, ainda assim, não se faria em absoluto apenas com base em padrões culturais. Ele só se realiza de forma relacional, diante da presença de outro. Weber esclarece:

chamaremos grupos 'étnicos' aqueles grupos humanos que, em virtude de semelhanças no habitus externo ou nos costumes, ou em ambos, ou em virtude de lembranças de colonização e migração, nutrem uma crença subjetiva na procedência comum, de tal modo que esta se torna importante para a propagação de relações comunitárias, sendo indiferente se existe ou não uma comunidade de sangue. (WEBER, 2012, p. 270).

Esse sentimento de pertencimento se relacionaria com a posse de uma certa honra étnica, “a crença numa 'honra' específica – 'a honra étnica' – dos membros, da qual pessoas estranhas não participam (...)” (WEBER, 2012, p. 271). Em outras palavras, uma certa forma de conceber e partilhar valores comuns sobre o mundo e as relações nele havidas, sendo acessível àqueles que pertenceriam a essa comunidade imaginada.

Esse conceito transformou-se com o passar do tempo, retirando-se a ênfase do estudo dos costumes, para se lançar em um outro elemento – as fronteiras em relação ao diferente. Ou seja, os limites sociais nos quais os grupos travam suas

---

44 A esse respeito, sobre a relação do Direito e de outros saberes ou ciências, pode-se consultar a obra de Agostinho Ramalho Marques Neto, que analisou de forma precisa o tema, ao tentar estabelecer bases epistemológicas para o saber jurídico (MARQUES NETO, 2001, p.239-240): “A ciência do Direito o[i.e, o fenômeno jurídico] constrói como objeto científico, a partir dos seus enfoques teóricos-problemáticos específicos. Para formular proposições de cunho integral sobre o seu objeto, a ciência jurídica não pode prescindir da colaboração de outras disciplinas sociais, numa perspectiva interdisciplinar.”

relações e se reconhecem mutuamente como diversos, estabelecendo elementos de comunicação e de exclusão recíproca.

Assim, o traço marcante deixa de ser os costumes que se preservariam ou transformariam, para se fixar nos limites traçados a cada tempo pelos grupos em contato, que marcariam a diferença em uma perspectiva relacional e social, rompendo-se inclusive com a ideia de que haveria comunidades étnicas somente quando houvesse isolamento, em maior ou menor grau, como uma espécie de conservante de uma essência, em realidade ausente. A identidade se mantém, ainda que suas características se transformem.

Assim são os estudos sintetizados por Fredrik Barth (2011, p.189-190), a esclarecer que a bibliografia antropológica tem se focado em quatro características principais atribuídas aos grupos étnicos, quais sejam: 1) a perpetuação biológica; 2) o compartilhamento de valores culturais fundamentais, em patente unidade das formas culturais; 3) a constituição de um campo de comunicação e interação; e 4) a presença de um grupo de membros que se identifica e é identificado por outros como se constituísse uma categoria diferenciável de outras.

Ele explica ainda que, de início, colocava-se em importância sobretudo o aspecto de serem os grupos étnicos espécies de suporte de cultura. Contudo, em verdade, o principal aspecto que se destacaria seria o fato de se tratar efetivamente de uma forma de organização social, em relação com outros grupos: “na medida em que os atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros, com objetivo de interação, eles formam grupos étnicos neste sentido organizacional.” (BARTH, 2011, p.194). O aspecto da cultura, nesse contexto, pode mudar. Mas, o grupo étnico não deixaria de existir em virtude dessa alteração.

(...) quando se define um grupo étnico como atributivo e exclusivo, a natureza da continuidade dos traços étnicos é clara: **ela depende da manutenção de uma fronteira**. Os traços culturais que demarcam a fronteira podem mudar, e as características culturais de seus membros podem igualmente se transformar – apesar de tudo, o fato da contínua dicotomização entre seus membros e não membros permite-nos especificar a natureza dessa continuidade e investigar a forma e o conteúdo dessa transformação cultural. (BARTH, 2011, p.195, grifo nosso).

Desse modo, o principal aspecto a ser considerado, para a definição de um grupo étnico, é o das características que se apresentam nos limites sociais com

outros grupos – “a fronteira étnica que define o grupo e não a matéria cultural que os abrange” (BARTH, 2011, p.195). Não é negar que os grupos étnicos possuem formas culturais. Elas existem e formam uma espécie de unidade. Mas, eles podem persistir, embora a cultura se altere, afirmando-se a identidade a partir da dimensão da alteridade que marca a diferença entre os sujeitos na sociedade.

Ao se considerar categorias culturais, elas podem marcar formas de existência diversas, relacionadas a grupos diferentes, os quais se veem de forma a estranhar-se. Um visualiza a diferença no outro, vendo-o como isso: o Outro. Essa relação de estranhamento pode persistir, malgradadas as transformações culturais com o passar do tempo. Em uma situação de contato interétnico, haveria certas características que seriam mais sujeitas ao contato e ao câmbio, ao passo que outras não, mantendo estáveis as fronteiras (BARTH, 2011, p.197)<sup>45</sup>.

Diga-se que essa perspectiva quanto ao olhar desses grupos étnicos é marcante; ela os situa em função do critério de pertencimento de sujeitos que se julgam diferentes e assim são vistos, partilhando uma forma de leitura comum do mundo, a partir de valores que lhe são próprios.

Quer seja estabelecida de maneira endógena ou exógena, uma imputação étnica implica critérios decisivos de pertença, em função dos quais formulados os julgamentos de semelhança ou dessemelhança, e índices operatórios em função dos quais se realizam os procedimentos de atribuição de identidade étnica. (POUTIGNAT, 2011, p.150).

Partilham-se critérios de julgamento e avaliação comuns, a partir de um conjunto de valores que são diferenciadores. Embora marcante, tal pauta axiológica é mutável ao longo do tempo, não cristalizada como se material arqueológico fosse. Mas, a partilha desse conjunto de valores e signos delimita um critério de pertencimento ou de exclusão, em relação não a um grupo apenas, mas àqueles que estão em relação entre si.

Desse modo, Phillippe Poutignat, ao refletir sobre o conceito formulado por Barth, destaca-o e sintetiza que o conceito de etnicidade seria “uma forma de

---

45 Explica Barth ao repudiar a ideia de isolamento como fonte de formação das identidades: “Relações interétnicas estáveis pressupõem uma estruturação de interação como essa: um conjunto de prescrições dirigindo as situações de contato e que permitam a articulação em determinados setores ou campos de atividades, e um conjunto de proscições sobre as situações sociais que impeçam a interação interétnica em outros setores, isolando assim partes das culturas, protegendo-as de qualquer confronto ou modificação.” (BARTH, 2011, p.197).

organização social, baseada na atribuição categorial que classifica as pessoas em função de sua origem suposta, que se acha validada na interação social pela ativação de signos culturais socialmente diferenciadores.” (POUTIGNAT, 2011, p. 141).

Ao se refletir sobre esse conceito, não se pode desprezar o tempo vivido atualmente e o seu significado, com as alterações que ele provoca. De fato, o sentido da ideia de etnicidade deve ser pensado no contexto de uma experiência da modernidade ou de uma pós-modernidade que tem características próprias a afetar o modo de existir de todos.

De fato, da experiência do momento atual se pode observar aquelas circunstâncias descritas por Zigmunt Bauman (2005), no que tange à experiência na qual as relações sociais são fluídas, com um rápido deslocamento entre fronteiras nacionais outrora consideradas limítrofes a um poder político, hoje cada vez mais interligadas com a experiência econômica internacional, sujeita pois à mitigação dos Estados nacionais. Nesse contexto, Bauman afirma que as identidades locais poderiam ter perdido um pouco do seu sentido, ante a fluidez e celeridade das relações econômicas e internacionais<sup>46</sup>. Porém, não foi isso que aconteceu. As identidades não perderam sentido. Antes disso, transformaram-se para sua reafirmação, enquanto força de mobilização de reivindicações e projetos.

Algumas dessas transformações são assinaladas por Stuart Hall (2001), desde o advento do projeto dos Estados Nacionais com a modernidade, o qual possuía a forma de um discurso<sup>47</sup> unificador das diferenças encontradas no interior de territórios, sob a pretensão da construção de nações unificadas politicamente, suprimindo-se as diferenças encontráveis nos seus processos de formação.

Diferenças de línguas, costumes, tradições, formas de organização social deveriam ser, pois, desprezadas, sob o argumento de existir um só povo – a ideia de Nação agia como unificadora política de países: “não importa quão diferentes seus

---

46 Para Bauman, a existência de identidades certas e definidas teria perdido sentido nos tempos atuais, em face das transformações cotidianas e céleres que exigiriam uma constante postura de rearticulação pessoal e social: “Tornamo-nos conscientes de que o 'pertencimento' e a 'identidade' não tem a solidez de uma rocha, não são garantidos para toda a vida, são bastante negociáveis e revogáveis, e de que as decisões que o próprio indivíduo toma, os caminhos que percorre, a maneira como age – e a determinação de se manter firme a tudo isso – são fatores cruciais para o 'pertencimento' quanto para a 'identidade'.” (BAUMAN, 2005, p. 17).

47 Para Hall (2001, p.50): “Uma cultura nacional é um discurso – um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos.”

membros possam ser em termos de classe, gênero ou raça, uma cultura nacional busca unificá-los numa identidade cultural, para representá-los todos como pertencendo à mesma e grande família nacional.” (HALL, 2001, p.59). Essa ideia unificadora não pode ser acolhida às cegas, pois efetivamente tratava-se de uma pretensão de escamotear as diferenças.

As identidades nacionais não subordinam todas as outras formas de diferença e não estão livres do jogo de poder, de divisões e contradições internas, de lealdades e diferenças sobrepostas. Assim, quando vamos discutir se as identidades nacionais estão sendo deslocadas, devemos ter em mente a forma pela qual as culturas nacionais contribuem para “costurar” as diferenças numa única identidade. (HALL, 2001, p. 65).

Esse discurso unificador poderia ter ganhado força com o processo de globalização, que impõe uma maior comunicação de formas de cultura dominante e a difusão de ideias comuns no mercado econômico, com exploração mais vastas em terras afastadas. Porém, contraditoriamente, essas diferenças foram revividas como verdadeiros gritos em face de uma pretensão de homogeneização. “A tendência em direção à 'homogeneização global', pois, tem seu paralelo num poderoso revival da 'etnia', algumas vezes de variedades mais híbridas ou simbólicas, mas também frequentemente das variedades exclusivistas ou 'essencialistas' (...).” (HALL, 2001, p.95).

Explique-se que as perspectivas de Zigmunt Bauman e Stuart Hall acima citadas não são propriamente convergentes quanto ao fenômeno das identidades; ao primeiro, parece que as pessoas seriam constantemente chamadas a um processo de opção definitiva, com as chamadas identidades guarda-roupa, num fenômeno em permanente abertura. Ao segundo, contudo, as identidades seriam mais impositivas, embora variadas quanto às opções (sexualidade, origem, etnia etc), mas um fenômeno não sujeito a uma liquidez permanente.

É possível afirmar que, no Brasil contemporâneo, o discurso das identidades também ressurgiu com força, inclusive como forma de mobilização para a reivindicação de direitos, não limitada aos grupos expressamente mencionados no texto constitucional, mediante mobilizações diversas em torno dessas pretensões, com a expectativa de que alcancem uma dimensão jurídica, com a instituição de direitos ou o seu reconhecimento, em aspectos fundiários e ambientais (ALMEIDA, 2002; O'DWYER, 2010; ANDRADE, 2006), assim ocorrendo com as chamadas

comunidades remanescentes de quilombos e com os diversos grupos indígenas.

A observação dos processos de construção dos limites étnicos e sua persistência no caso das comunidades negras rurais — também chamadas terras de preto, com a vantagem de ser uma expressão nativa, e não uma denominação importada historicamente e reutilizada — **permite considerar que a afiliação étnica é tanto uma questão de origem comum quanto de orientação das ações coletivas no sentido de destinos compartilhados.** Pode-se concluir, como no caso precedente dos direitos indígenas, que os laudos antropológicos ou relatórios de identificação sobre as comunidades negras rurais (para efeito do art. 68 do ADCT) **não podem prescindir do conceito de grupo étnico, com todas as suas implicações.** (O'DWYER, 2002, p. 16, grifos nossos).

De fato, no Brasil contemporâneo, especialmente após a Constituição de 1988, novas reivindicações e mobilizações buscaram o amparo jurídico de pretensões mantidas até então laterais ao ordenamento jurídico, agora reassumidas tanto a partir da perspectiva de uma origem comum, como de um destino compartilhado entre os integrantes desses grupos. A noção de pertencimento a um grupo étnico, ao lado de um suporte cultural, é co-constituída pela mobilização política e jurídica por direitos.

Agora, há uma nova ordem jurídica a impor significados a esses movimentos, os quais podem se dizer instituintes de novos direitos, consoante ressalta Antônio Carlos Wolkmer, “importa resgatar a presença dos novos movimentos sociais que, como ‘subjetividades emancipadoras’, tornam-se fontes de legitimação de uma nova forma de efetivar a Justiça e uma nova maneira de constituir direitos.” (2007, p.103).

Desse modo, deve-se observar como o reconhecimento dessas identidades étnicas repercutiu no texto constitucional e na ordem jurídica como um todo. E, antes de se chegar ao texto normativo, há uma categoria teórica que expressa uma realidade social sobre a existência de grupos de pessoas que se veem de forma diferente e assim são reconhecidas pelos estranhos a eles; esses grupos podem possuir traços culturais diferenciados daqueles que estão ao seu redor, os quais podem mudar com o passar do tempo, embora preservem a diversidade que os marca; mas, o fundamental para reconhecê-los, é a existência de uma organização social efetivamente diferente, inclusive em suas visões de mundo, no que alcança também as relações com o ambiente e as terras que ocupam tradicionalmente.

### 3.2 As identidades étnicas na Constituição – o arranjo na ordem constitucional

Nesse contexto, a Carta constitucional de 1988 é instrumento normativo que aponta em direção ao reconhecimento e carrega consigo uma promessa quanto à promoção da diversidade que se encontra marcada desde o elenco de objetivos fundamentais do Estado Brasileiro – a ideia da promoção do bem de todos, sem “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (art. 3º, IV, da CF88).

Mas a promessa de o texto constitucional de 1988 ser um instrumento eficaz de direção da sociedade e do Estado é colocada em xeque, uma vez que se reconhecem possibilidades e limites às instituições do sistema de justiça que lhe dão concretude. A Constituição deixa de ter um papel transformador por si só através de um programa dirigente da realidade, mas dependente de certas condições de possibilidade, para que se possa afirmar com um mínimo de controle do jogo político a partir dos parâmetros de justiça e direitos nela definidos (CANOTILHO, 2001, p. V-XXX).

Dentre essas condições, aponta-se a necessidade de observar a diversidade de grupos que se encontram submetidos à realidade jurídica estabelecida no texto constitucional, o qual também deve ser capaz de contemplá-los em uma formulação da estrutura básica do estado e da sociedade na distribuição dos bens, sob pena de sua insuficiência como forma de igualitária proteção.

A esse propósito, Canotilho refletiu sobre as condições para um constitucionalismo reflexivo, crítico da capacidade e dos limites do texto constitucional. Embora superando a ideia de uma constituição dirigente, o autor propõe uma revisão da capacidade de regulação do texto normativo, do qual dependeria a sua efetiva observância. Dentre essas condições, encontra-se a necessidade de que uma constituição deveria estabelecer uma teoria da justiça, a princípio não comprometida com particularismos. Contudo, não se poderia a esse pretexto excluir a consideração a situações de exclusão:

(...) 'as ilhas de particularismo' detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos e crianças, grávidas, trabalhadores – não constituem um desafio intolerável ao 'universal' e ao 'básico', típico das normas constitucionais. Exprimem, sim, a indispensabilidade de refrações morais ao

âmbito do contrato social constitucional. (CANOTILHO, 2001, p. XXI).

Pelo contrário, esses diversos grupos sociais em diferentes momentos históricos foram excluídos do processo de deliberação sobre seus interesses e direitos, através de instituições do Estado de Direito, suscitando-se indagações sobre a capacidade de se resguardar a proteção necessária às suas posições. Ugo Mattei e Laura Nader (2013, p.1-57) chegam a afirmar que historicamente o conjunto de instituições relacionadas ao Estado de Direito para esses grupos, menos que se constituir em uma forma de garantia de justiça, apresentou-se como instrumento de verdadeira pilhagem de bens tradicionalmente utilizados por eles, como terras e recursos ambientais.

Na experiência brasileira, a existência de um catálogo de direitos diferenciados, considerando o reconhecimento da pluralidade desses diversos grupos sociais, foi acolhida no texto constitucional de 1988, resultado de intenso período e projeto de mobilização que acolheu diferentes perspectivas políticas e interesses transformados em direitos, alguns deles contraditórios entre si, em torno do que se tornou o projeto de uma Constituição com a pretensão de superar um momento autoritário anterior (DRIMOULIS, 2013, p.18-24).

Definiram-se amplamente direitos a indígenas mediante a garantia de propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, bem assim respeito às línguas, crenças e tradições. De forma semelhante, reconheceu-se o direito à propriedade dos imóveis tradicionalmente ocupados pelas comunidades remanescentes de quilombos.

Novos critérios são assim incluídos na discussão sobre justiça, partindo-se do pressuposto de que há grupos distintos na sociedade nacional, componentes do patrimônio cultural brasileiro. Para além de diferenças sociais ou de classes, que tradicionalmente marcaram o debate nas ciências sociais, controverte-se sobre a existência de valores diversos ao se especificar os sujeitos de direitos como portadores de identidades, reconhecendo-se que essas distinções são importantes no plano jurídico, mediante a visibilidade de novas etnias (ALMEIDA, 2002).

O debate em torno das diferenças e da adequação da regulação jurídica das identidades passa a ocupar mais espaço no cenário da política. Uniões entre pessoas do mesmo sexo, efetivação de direitos de indígenas e quilombolas são

questões que fazem parte não apenas do debate judicial, mas também da pauta política nacional. Assim como há iniciativas pela efetivação desses direitos, intensas são as tentativas de revisão constitucional ou infraconstitucional no Congresso Nacional, por exemplo através do projeto de emenda constitucional nº 215, o qual pretendia submeter o procedimento de demarcação de terras indígenas ao controle do poder legislativo<sup>48</sup>.

Esses direitos não se limitam a questões pontuais, como as controvérsias fundiárias. Discute-se a revisão de perspectivas sobre a propriedade intelectual (caso dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, tratado na Convenção sobre Diversidade Biológica), direito ao nome (mediante a existência de resolução conjunta do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça sobre nome de indígenas), inclusão na educação (mediante a política de cotas nas universidades e diretrizes de educação indígena diferenciada) e na saúde (através da previsão de um subsistema de atenção a saúde indígena).

Em outras palavras, o debate não é limitado a um tema específico, pois está a refletir sobre um conjunto de direitos que se construíram de forma diferenciada, após diversos questionamentos e mobilizações de grupos que, tendo se expressado na constituinte de 1987/88, deram prosseguimento às reivindicações, inclusive em reação às pressões visando à supressão desses interesses nas instituições legislativas.

A esse propósito, não basta dizer que os direitos são diferenciados na Constituição e na legislação. É necessário observar a adequação do quanto foi estabelecido no direito positivo e aquilo que é efetivamente implementado, considerando a forte sensação de injustiça experimentada por essas comunidades tradicionais, objeto dos protestos e mobilizações não apenas no cenário brasileiro, mas em diversos Estados que convivem com minorias culturais (TULLY, 1999), bem assim a capacidade de as instituições do sistema de justiça compreenderem concretamente a especificidade desses direitos, dando-lhes essa dimensão pertinente.

James Tully (1999), ao analisar em uma série de conferências a situação do

---

48 A Proposta de Emenda Constitucional nº 215 foi apresentada pelo Deputado Federal Almir Sá (PPB/PR) no ano de 2001 e tramitou na tentativa de alteração do texto constitucional. Porém, foi arquivada em face da não aprovação na legislatura, após intensos protestos de indígenas pelo país.

constitucionalismo atual face às demandas de reconhecimento cultural, observa a existência de três situações comuns em face dos problemas enfrentados pelo Direito Constitucional em Estados onde os grupos estão presentes: 1) há o desejo de respeito à autonomia na gestão dessas coletividades; 2) há a sensação de injustiça nas instituições e leis estabelecidas; e 3) há a necessidade de proteção apropriada às formas de autonomia cultural e garantias contra a injustiça, reconhecendo-se que os diversos modos de pensar, falar, agir e estabelecer suas relações com os outros, quando se participa de uma associação constitucional, são sempre em certa medida uma expressão de diferentes culturas (TULLY, 1999, p. 3-6).

Frise-se que pensar a diversidade cultural no interior de um mesmo Estado, antes identificado pela ideia comum unificadora de nação, exige reconhecer as diferenças existentes não apenas nas relações entre as diferentes culturas do ponto de vista externo, mas também naquelas que são internas aos grupos, bem assim a sua dinâmica, na qual não se compreende uma estabilidade a tal ponto de uma cristalização de identidades: “(...) as culturas não são uniformes interiormente. Elas são sem parar contestadas, imaginadas, reimaginadas, transformadas, negociadas, quer seja pelos seus membros, quer pela sua interação com outras culturas.” (TULLY, 1999, p.10)<sup>49</sup>.

Em sendo assim, nota-se que o sentido da identidade étnica não se prende a um dos sujeitos dessas relações, mas ao conjunto de diferenças percebidas na sociedade, observando-se as fronteiras (dinâmicas) que elas mesmas definem entre o pertencimento a um dado segmento da população, não definido por critérios raciais de matizes fenotípicas, como a cor da pele, olhos ou cabelo. São elementos portanto socialmente construídos que delimitam as diferenças, o pertencimento e a exclusão, delimitando um e outro, em uma constante dinâmica.

Como dito antes, essas diferenças culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira foram reconhecidas no processo constitucional que culminou com o texto de 1988 constituindo-se tal reconhecimento em verdadeiro elemento de identidade da Constituição Federal em vigor.

A respeito do tema da identidade na Constituição, é importante observar que

---

49 Em tradução livre do original: “les cultures ne sont pas uniformes intérieurement. Elles sont sans arrêter contestées, imaginées, reimaginées, transformées, négociées, tant par leurs membres que par leur interaction avec d'autres cultures.”

a palavra tem múltiplos sentidos, ora designando os temas tratados na Constituição (conferindo-lhe, pois, uma certa expressão de conteúdo) ora os próprios destinatários de direitos ou mesmo os participantes das instituições com responsabilidade pela sua efetivação no processo judicial ou político (ROSENFELD, 2003), confundindo-se também com a existência de diversos grupos étnicos.

Assim, a palavra identidade traz consigo algumas ambiguidades, pois pode suscitar diversas acepções não apenas pelos seus usos na teoria constitucional, como apontado por Rosenfeld (2003), mas também pelas disputas em torno do próprio sentido que define o conteúdo das normas constitucionais, em um duelo hermenêutico pela capacidade de enunciar discursos válidos.

Em outras palavras, se a Constituição acolhe diferentes sujeitos destinatários de direitos, quem seriam eles e em que medida teriam extensão a um tratamento jurídico específico e diferenciado traçado no texto normativo, que rompesse com parâmetros universalizantes de justiça e de direitos plasmados no discurso constitucional. Se se cuida de uma acepção na qual se trata do conteúdo dos temas tratados na constituição, cuida-se da disputa pelo significado dessas cláusulas, cujo sentido é fixado pela atividade interpretativa.

A esse respeito, é importante fixar a ideia de que a interpretação não extrai um sentido preexistente, mas o constitui a partir da hermenêutica, sendo que o sentido da norma não está dado no texto em si, mas é construído pela atividade interpretativa como resultado de uma fusão de horizontes entre o texto e o seu intérprete, conforme afirma Hans-Georg Gadamer:

Através da interpretação, o texto deve vir à fala. Mas nenhum texto e nenhum livro falam se não falarem a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação deve encontrar a linguagem correta se quiser que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta 'em si', por que em cada uma está em questão o próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação correta 'em si' seria um ideal desprovido de pensamento, que desconhece a essência da tradição. Toda interpretação deve acomodar-se à situação hermenêutica a que pertence. (GADAMER, 2012, p.514).

Assim, poder-se-ia pensar no valor ambiental atribuído a uma floresta pelos diretores de uma empresa madeireira ou silvicultora em face daquele atribuído por indígenas ou seringueiros. Em um caso, o bem ambiental tem valor enquanto algo a

ser suprimido para exploração econômica. Em outro, é um bem a ser mantido, uma vez que ligado essencialmente à reprodução do modo de vida e das atividades econômicas não predatórias.

Enfim, o uso e a relação com os recursos ambientais podem ser diferenciados para diversos segmentos que dela fazem uso, desde o morador dos centros urbanos até o camponês. Cada qual vê esses espaços com suas próprias lentes e, no caso de grupos étnicos, a preservação deles e dos valores associados pode fazer parte de uma forma de reprodução social. Essas diferenças de percepção poderiam se traduzir em diversas interpretações possíveis ao dever de proteção ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição de 1988.

Em síntese, pode-se afirmar, quanto ao cenário constitucional brasileiro, que (1) há um tratamento jurídico diferenciado, mediante o estabelecimento de direitos específicos a alguns grupos, como os indígenas e as comunidades remanescentes de quilombos, reconhecidos através dos seus modos de criar, fazer e viver, enquanto integrantes do patrimônio cultural brasileiro, obrigando-se o Estado a sua defesa; (2) a extensão desse tratamento diferenciado é objeto de disputas nos espaços políticos, mediante iniciativas de revisão constitucional ou infraconstitucional; (3) além disso, a extensão do tratamento jurídico diferenciado em atenção às identidades dos beneficiários desses direitos é objeto de disputas interpretativas em torno da identidade dos dispositivos constitucionais; (4) ademais, a efetividade dessas normas depende, em boa parte, da compreensão do seu caráter específico pelas instituições do sistema de justiça responsáveis pela sua aplicação.

### **3.3 Os grupos étnicos e o conceito jurídico de comunidades tradicionais**

Os grupos étnicos no Brasil não encontram sua expressão concreta apenas na figura de diversas comunidades indígenas, em numerosos grupos no território nacional. Há outros que se apresentam com essas características e foram objeto de atenção jurídica, através de diferentes instrumentos normativos. Essa indicação não é exaustiva, nem poderia sê-la. De fato, a diversidade dificulta uma categorização simplificadora, mas não obsta a uma tentativa de identificar linhas gerais sob uma

perspectiva que, jurídica, aproveite também os fundamentos recolhidos da realidade através da teorização antropológica.

Nesse sentido, além da visibilidade da especificidade étnica dos diversos grupos indígenas Brasil afora, há o reconhecimento dos remanescentes das comunidades de quilombos, através de uma proteção que, a princípio, era voltada à titulação das terras tradicionalmente ocupadas por eles, valendo-se a Constituição Federal da expressão “remanescentes das comunidades de quilombos” no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Porém, essa leitura dos grupos étnicos deve ser ampliada face ao art. 216 da Constituição, que, ao atribuir aos seus modos de criar, fazer e viver a referência a um patrimônio cultural, ante a formação da sociedade brasileira, amplia-lhe a proteção sob a forma de direitos culturais.

Essa distintividade é acentuada por antropólogos e juristas, em um diálogo que levou a Antropologia a refletir sobre categorias inicialmente jurídicas; bem assim, conduziu o Direito a discutir direitos pertinentes à etnia, cunhando-se a ideia de direitos étnicos, não como um novo ramo jurídico, mas um entrelaçamento no ordenamento de normas voltadas à consideração de pessoas ou grupos sob essa perspectiva comunitária construída ao derredor das identidades.

A respeito das comunidades remanescentes de quilombos, Maristela de Paula Andrade(2006) acentua que, em uma perspectiva antropológica, elas se apresentariam como efetivamente grupos étnicos.

Primeiro, foram perseguidos porque eram escravos que se rebelavam. Depois, foram ignorados e se tornaram invisíveis durante séculos, **conformando grupos étnicos, com códigos jurídicos próprios, maneiras de se apropriar e de manejar a natureza, religiões específicas, formas próprias de interagir com a cidade e a sociedade mais ampla. Eram autônomos em muitos sentidos.** Em muitas partes constituíram campeonatos livres, antes ou depois da abolição formal da escravidão. (ANDRADE, 2006, p. 54, grifo nosso).

Esse mesmo entendimento é partilhado por outros pesquisadores (O'DWYER, 2011; ALMEIDA, 2002). Alfredo Wagner Berno de Almeida (2002), que analisou a situação de diversas comunidades no interior do Estado do Maranhão e na região norte do país, apresentou o processo de categorização dos remanescentes de quilombos como um amplo movimento de ressignificação dos sentidos de palavras

lançadas no texto constitucional (art. 68 do ADCT da CF88), desde a leitura dos estatutos coloniais até momentos atuais<sup>50</sup>, em lutas pela titulação de terras que originam fatores de identificação.

A classificação erudita passava ao largo das identidades étnicas construídas coletivamente pelos próprios agentes sociais objeto das investigações científicas. A ênfase no que se imaginava como objetivo reduzia tudo mais a simbólico e subjetivo. A redefinição de quilombo, tal como colocada hoje pelos que através dele se representam, estabelece uma clivagem político-organizativa em face desses intérpretes consagrados. Seus elementos contrastantes não se encontram no fator racial. **A mobilização étnica apoia-se numa expectativa de direitos sustentada, por sua vez, numa identidade cultural que não tem sua razão de ser na “miscigenação”.** (ALMEIDA, 2002, p. 78, grifo nosso).

Amplia-se o sentido dos grupos étnicos no Brasil, portanto. Além dos diversos grupos de indígenas (veja-se: cada um deles possuindo a sua identidade própria), há também a presença de comunidades negras que se definem como remanescentes de quilombos, com o uso de categorias locais como “terras de preto” e outras assemelhadas<sup>51</sup>, mas que marcam a sua distintividade, com características culturais pertinentes também às formas de organização social.

Contudo, a visibilidade de grupos étnicos no Brasil não se esgota na percepção dos indígenas e das comunidades remanescentes de quilombos. Há outros que não se podem referir às categorias instituídas como beneficiárias de direitos diretamente explicitadas pela Constituição de 1988. Mas, eles existem como realidade face ao cenário de diversidade da sociedade brasileira. Essa limitação das categorias jurídicas face à realidade antropológica também foi apontada por Maristela de Paula Andrade (2006), ao questionar a classificação exercida pelo Estado através dos mecanismos de definição de grupos, limitativo da variedade de organizações sociais existentes às que possuem algum tipo de regulamentação jurídica atributiva de direitos.

50 O antropólogo (ALMEIDA, 2002, p. 47) explica o processo de ressignificação do conceito de quilombos a partir da releitura de dispositivos da legislação colonial: “Esse conceito, composto de elementos descritivos, foi formulado como uma ‘resposta ao rei de Portugal’ em virtude de consulta feita ao Conselho Ultramarino, em 1740. Quilombo foi formalmente definido como ‘toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele’.”

51 A referência às “terras de preto” é encontrada nos casos de dezenas de comunidades encontradas no interior do Estado do Maranhão, como designação dada pelos seus próprios integrantes de forma distintiva em relação àquelas que estão ao seu redor.

Nesse contexto, emerge um outro conceito que toma a forma de realidade jurídica, que é o de comunidades tradicionais, uma expressão genérica que acobertaria, tal qual um guarda-chuvas, uma multiplicidade de grupos sociais que se distinguem no processo de formação da sociedade brasileira, presentes no meio rural, embora não limitados a ele.

As palavras que formam essa expressão ganham novo sentido, quando reunidas desse modo. De um lado, comunidade indica um sentimento de pertencimento comum, na partilha de uma origem ou de um destino. De outro, tradicional faz menção ao enraizamento do tempo e de aspectos culturais, ligando-se ainda a uma referência de ancestralidade. Mas, o significado da expressão na ordem jurídica não se resume à aritmética das palavras.

Haveria diversas definições para a expressão, gênero no qual se compreende não apenas indígenas e remanescentes de comunidades de quilombos, mas também populações ribeirinhas, ciganos, comunidades de fundo de pastos, pomeranos, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, seringueiros, dentre outros, em um momento de reivindicações em torno desses reconhecimentos, acentuado desde a década de 1990 (SHIRAISHI NETO, 2008).

Outros termos existem e se pretendem sinônimos (como populações tradicionais, populações locais, comunidades locais), os quais são empregados na legislação de forma variada (SHIRAISHI NETO, 2008, p. 42-44). No ano de 2007, foi editado um Decreto Federal (nº 6040, de 07 de fevereiro de 2007), com o objetivo explícito de conferir tratamento sistemático a esses diversos grupos, mediante a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais, estipulando definições normativas, princípios e objetivos no trato da União com essas coletividades.

Esse ato normativo colocou em evidência, em primeiro lugar, uma espécie de conceito normativo<sup>52</sup>, tratando as comunidades tradicionais como 1) suportes de uma cultura; 2) grupos que se identificam através do autorreconhecimento; 3) vinculados a um território tradicional ou 4) ao usos dos recursos ambientais como condição para

---

52 “Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;”

a sua reprodução tradicional.

Além de instituir conceitos, estabeleceram-se princípios relativos ao trato do Poder Público com essas comunidades, indicados no art. 3º do Decreto – reconhecimento, valorização e respeito à diversidade, considerando os seus diversos aspectos; visibilidade mediante o exercício de direitos; garantia de segurança alimentar, com respeito à diversidade e sustentabilidade; o acesso à informação e ao conhecimento; o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria da qualidade de vida nas gerações atuais e futuras, com respeito às tradições; a pluralidade entre os que interagem nos diferentes biomas e ecossistemas, em áreas rurais e urbanas; promoção da descentralização e transversalidade das ações e da ampla participação da sociedade civil; o reconhecimento e a consolidação dos direitos; a articulação com as demais políticas públicas; participação nas instâncias de controle social e nos processos decisórios; a articulação e integração com o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; a contribuição para a formação de uma sensibilização coletiva por parte dos órgãos públicos sobre a importância dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, ambientais e do controle social para a garantia dos direitos dos povos e comunidades tradicionais; a erradicação da discriminação, inclusive a intolerância religiosa; e a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica. A questão a ser formulada, ante esses princípios lançados formalmente, é saber da sua capacidade de orientação efetiva, inclusive considerando a sua baixa hierarquia normativa, eis que veiculada apenas através de um decreto do Poder Executivo.

De fato, um dos aspectos a serem refletidos, de início, é a estruturação desses princípios apenas através de um decreto, instrumento normativo que rigorosamente apenas regulamentaria aspectos advindos dos art. 216 e 231 da CF88, conforme indicam os considerandos do ato, embora ele introduza conceitos e princípios jurídicos novos com essa finalidade. Inexiste lei que confira esse tratamento sistemático.

Outro, a existência de uma normatização apenas mediante princípios, inexistindo regras que confirmem operatividade a eles, no corpo do decreto ou em outros instrumentos normativos. A esse respeito, é possível recuperar a crítica

formulada por Lênio Luís Streck (2009, p.475-496) acerca de uma estratégia jurídica de tratamento excessivamente principiológico das normas jurídicas, porém despido de efetiva aplicação prática do seu conteúdo, servindo apenas como mote argumentativo. Não se trata de negar o caráter dos princípios como espécies de normas jurídicas (DWORKIN, 2002; ÁVILA, 2011), mas reconhecer que, no caso, adotou-se uma estratégia normativa de regulamentação limitada à identificação de princípios, sem indicar caminhos (=procedimentos) para a concretização dessas normas, à exceção da criação do Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais, com pouco papel para a implementação de direitos.

É possível refletir se, efetivamente, houve uma modificação de feição do ordenamento jurídico para garantir a proteção dessas comunidades tradicionais, uma vez que, embora proclamados direitos – não apenas através do mencionado Decreto nº 6040, de 2007, mas sobretudo na Constituição Federal – não houve a definição de instrumentos consentâneos a refletir as identidades reconhecidas. Pelo contrário, houve a inovação na ordem jurídica despida de meios adequados à garantia da efetividade dessas normas<sup>53</sup>.

Nesse último caso – ou seja, despidas de efetividade as normas que reconhecem a diversidade – seria possível refletir mais uma vez a partir de Pierre Bourdieu (1992) sobre o papel do Direito na sua capacidade simbólica de instituir uma aparência de regulação e de criar de sentidos; porém, ele refletiria em verdade as disputas dos juristas pelo seu domínio na enunciação de uma verdade, reflexos de suas posições nos campos político e social, onde esses debates se desatam. Nesse sentido, explica Joaquim Shiraishi Neto:

Os novos dispositivos legais criados a partir do controle exercido pelos movimentos sociais determinaram de certa forma, a ampliação e abertura do ordenamento ou sistema jurídico até então indiferente aos direitos desses grupos. Por outro lado, os novos dispositivos necessitam de acomodamento no universo jurídico, sendo que esse processo pode implicar em um menor controle dos grupos sociais, em função da 'autonomia' do campo jurídico, que procura se manter afastado das pressões sociais. A 'autonomia' é construída em face das necessidades de produção,

---

53 Exemplifica essa contradição a baixa quantidade de titulações efetivadas de comunidades remanescentes de quilombos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, notadamente em função dos procedimentos adotados e da carência de servidores especializados para a realização das inúmeras fases necessárias à conclusão, causando um verdadeiro congestionamento nos pleitos que se avolumam em mais de três centenas de autos administrativos que tratam do assunto (dados de dezembro de 2015).

reprodução e difusão de um discurso jurídico, que sempre se ocupou em negar direitos a esses grupos sociais. Isso deverá implicar em um novo conjunto de ações e estratégias, sobretudo na capacidade dos grupos explicitarem a legitimidade dos seus direitos que, em muitos momentos, se encontram em conflito com o próprio direito. Quando os esforços deverão se dirigir e concentrar no direito de dizer o direito.(SHIRAISHI NETO, 2009, p.153-154)

De acordo com Pierre Bourdieu, os juristas estabelecem um campo no qual os conceitos e deliberações formulados procuram ter uma pretensão de verdade, influenciando realidades que são moldadas a partir das visões de mundo no qual os seus operadores jogam certo jogo, embora elas sejam insuficientes para a compreensão integral do que se passa na sociedade:

Os juristas, enquanto guardiões 'hipócritas' da crença no universal, detêm uma força social extremamente grande. Mas, eles estão presos ao seu próprio jogo e constroem, com a ambição de universalidade, um espaço de possíveis, e portanto dos impossíveis, que se impõe a eles, quer eles o queiram ou não, para tanto que pretendam permanecer no interior do campo jurídico.<sup>54</sup>(BOURDIEU, 1992, p.99).

Partindo-se dessa observação lançada por Pierre Bourdieu, verifica-se que as análises a serem desenvolvidas devem considerar que as respostas dos juristas, a partir dos tribunais, fundam-se em uma pretensão de universalidade e absolutização de suas argumentações na decisão de conflitos, criando recursos aos quais os próprios juristas se prendem, com a forte capacidade de influenciar a realidade, mas que são limitadas, em si mesmo, para a compreensão desse fenômeno.

Feitas essas colocações, é possível indagar como a proteção a essas identidades se relaciona com a tutela do meio ambiente, inicialmente mediante os instrumentos administrativos para prevenir impactos decorrentes de empreendimentos que utilizem recursos ambientais – o licenciamento ambiental. Após, será analisada a tutela judicial desses direitos e as reflexões que ela enseja.

### **3.4 O direito ambiental e as identidades étnicas – o direito emancipa ou reforça a regulação através do licenciamento ambiental**

---

54 Em tradução livre do original: “ Les juristes, en tant que gardiens 'hypocrites' de la croyance dans l'universal, détiennent une force social extrêmement grande. Mais, ils sont pris à leur propre jeu et ils construisent, avec l'ambition de l'universalité, un espace des possibles, donc des impossibles, qui s'impose à eux, qu'ils le veuillent ou non, pour autant qu'ils entendent rester au sein du champ juridique.”

As ponderações sobre os grupos étnicos e o texto constitucional conduziram à reflexão acerca da relação entre o Direito Ambiental e a proteção a eles. Como observado, a tutela jurídica aos grupos étnicos possui várias dimensões: quanto às terras ocupadas, à forma de organização social, à língua, aos costumes, à forma de uso dos recursos ambientais etc, relacionadas entre si. É possível efetuar um recorte a partir dos aspectos ambientais, especialmente para compreender os instrumentos destinados a evitar a causação de lesões ao ecossistema que também importem em danos ao grupo ou aos seus integrantes.

Ao prever a proteção aos grupos étnicos em nível constitucional, pode-se pensar como o ordenamento jurídico constituiu-se para a tutela deles, considerando que o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, verdadeiramente fundamental, deveria conter a previsão de um procedimento adequado e necessário para a sua defesa<sup>55</sup>, seja no âmbito administrativo ou judicial.

A esse ponto, deve-se rememorar a observação lançada por José Rubens Morato Leite, a respeito da formulação constitucional dos instrumentos de proteção ao ambiente, ressaltando as qualidades das normas brasileiras que tratam da matéria – uma construção notável do ponto de vista jurídico, dada a multiplicidade de meios e os fundamentos empregados para essa finalidade.

Nesse sentido, a reorganização dos objetivos da política do ambiente e da atuação da sociedade encontra poderoso instrumento de **fundamentação e ordenação no texto constitucional brasileiro, que traça ao longo do art.225**, como enfatizado, linhas bem definidas de um **sentido integral de proteção do ambiente**, cujos objetivos, potencializados pela ordem constitucional de correção dos comportamentos desviantes, impõem imediata aproximação do Direito do Ambiente ao discurso constitucional, desenvolvido de uma forma aberta, pluralística e receptiva aos dados de grande diversidade de fontes, conteúdos e finalidades, **que fazem parte de uma postura ecológica de ordenação do direito que poderíamos chamar de transdisciplinar**. (LEITE, 2002, p. 25, grifos nossos).

Contudo, a questão que se coloca não é a obtenção de fundamentos constitucionais renovados para a proteção do ambiente, em um processo de

55 A esse respeito, confira-se o entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, acerca da necessidade de preordenação dos meios necessários à efetividade da norma jurídica: “Esse aspecto da 'adequação do instrumento ao objeto' deveria fazer com que os tipos desde processos e procedimentos desembocassem em um tipo de provimento que fosse diretamente solucionador da crise jurídica. Assim, os provimentos deveriam ser efetivos, porquanto seriam capazes e aptos para debelar os conflitos de interesses.” (RODRIGUES, 2008, p.55).

construção de razões normativas para a defesa desse bem jurídico, mas sim dos meios preordenados à concretização das interdições, controles e exigências para o manejo do ecossistema, especialmente em relação aos grupos étnicos.

Pode-se repetir aqui uma observação lançada por Norberto Bobbio acerca da fundamentação dos direitos humanos, em função de uma exigência contemporânea – a necessidade de implementação deles em sua concretude, a modificar a realidade: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 2004, p.16). Essa mesma assertiva poderia lançar-se em relação aos instrumentos destinados a dar efetividade ao Direito Ambiental.

As questões relacionadas à fundamentação dos direitos humanos não estão superadas e são relevantes. Elas se renovam na direção de problemas contemporâneos. Dentre estes, o reconhecimento de identidades diversificadas e as formas de relacionamento com a natureza, também diferenciadas. Conforme acentua Bartolomé Clavero (2011), não se trata de fazer uma discussão sobre o caráter relativista ou universalizante das declarações de direitos, mas sim de reconhecimento das diversidades históricas e das diferenças de compreensão no interior de territórios unificados, que não poderiam ser desconsideradas sob pena de retorno dos dispositivos coloniais, em uma historiografia que abdicaria da sua história própria para além dos padrões ocidentais.

Porém, embora não superadas as discussões em torno do fundamento dos direitos – o direito ao ambiente sadio e equilibrado, dentre eles – é importante discutir os instrumentos para garantir efetividade a eles, através do conjunto de meios judiciais e administrativos existentes, avaliando-os criticamente.

Nesse sentido, poder-se-ia recuperar a ideia de um ordenamento jurídico completo e sem contradição, capaz de oferecer respostas precisas, sem lacunas ou obscuridades, pois haveria meios necessários para supri-las. Nesse sentido, a formulação teórica de Norberto Bobbio (1997, p.76) sobre o ordenamento jurídico, tendo como características a capacidade de oferecer respostas coerentes e completas, “do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (...) constituam uma totalidade ordenada (...)”.

A provocação de Norberto Bobbio, acerca do imperativo de centrar-se a discussão em torno da implementação dos direitos, leva à reflexão acerca do papel do licenciamento ambiental, eis que define um instrumento voltado a essa finalidade no contexto do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), com os seus princípios, objetivos, um funcionamento orgânico e com uma estrutura de coordenação, bem assim meios necessários<sup>56</sup>.

### 3.4.1 O licenciamento ambiental e os grupos étnicos

Dentre um dos instrumentos administrativos, é importante observar o licenciamento ambiental, o qual possuiria o objetivo manifesto de “licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.” (art. 2º, I, da Lei Complementar nº 140, de 2012).

Em primeiro lugar, observem-se as palavras lançadas no texto da lei: o conceito legal de licenciamento ambiental envolve a definição de ser ele um procedimento administrativo; o segundo, voltado ao exercício do poder estatal – o ato de licenciar, expressão do resultado final da atuação pública; terceiro, utilizado quando forem os empreendimentos capazes de causar degradação ambiental. Delimita-se, pois, o tipo de ato praticado – na verdade, um processo, mas não apenas um ato isolado, eis que descrito um encadeamento entre eles; identifica-se o sujeito que o executa, pois se trata de uma atividade desenvolvida, pois, pelo Estado. Por fim, indica-se o pressuposto que pode indicar o uso autorizado desta providência de controle – a alegada possibilidade de causação de danos ao ecossistema.

A obtenção de licença ambiental, através de um procedimento administrativo prévio, seria pressuposto necessário para a implantação de empreendimentos degradantes, mediante o cumprimento de diversos requisitos aptos à demonstração não apenas da viabilidade ambiental, mas, também, da existência de medidas adequadas à mitigação e compensação dos impactos decorrentes da sua instalação,

---

<sup>56</sup> A esse respeito, observe-se o arranjo dos dispositivos explicitados na Lei nº 6938, de 1981: princípios, no art. 2º; conceitos no art. 3º; objetivos no art. 4º; funcionamento dos órgãos no art. 6º; e os instrumentos no art. 9º da Lei.

a partir de estudos ambientais tão complexos quanto são as intervenções promovidas. Nesse contexto, a natureza jurídica da licença ambiental não deixa de ser controvertida, conforme ressalta Paulo Afonso Leme Machado (2008, p. 271-272).

Eis aí uma intervenção do Estado na esfera econômica, a qual é legitimada constitucionalmente através do princípio contido no art. 170, VI, da CF88, cuja feição inserida na norma constitucional que trata da atividade econômica condiciona-a reciprocamente, sob o argumento de que o controle estatal, fundado em cautelas ambientais, poderia limitar o direito de propriedade e a liberdade de agir – a exploração produtiva encontraria, pois, limites recíprocos, conforme ressalta Cristiane Derani (2002, p.244): “Não há atividade econômica sem influência no meio ambiente. E a manutenção das bases naturais da vida é essencial à continuidade da atividade econômica.”

Quanto à ênfase na feição controladora do Estado, a resolução nº 237 do Conselho Nacional de Meio Ambiente, de 18 de dezembro de 1997, indica também que, mediante o licenciamento ambiental, estabelecem-se “condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor (...) para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos.” Frisam-se, nesse aspecto, as exigências que poderiam ser impostas pelo Poder Público, ao admitir o funcionamento de um empreendimento.

Em cada um desses pontos, haveria uma peculiaridade. A lei diz algo: essa assertiva, além de qualquer obviedade, ressalta que a escolha das palavras empregadas não resulta de um acaso, mas de uma certa escolha, a partir da qual se pode analisá-la. É tomando esse aspecto como relevante que se parte para a reflexão acerca do papel dessa atividade administrativa.

Dentre os impactos que deveriam ser objeto de estudo e controle, além daqueles que se relacionam à biota e ao meio físico, encontram-se os ligados aos aspectos humanos e sociais afetados direta ou indiretamente pela instalação do empreendimento. Esses elementos (biota, meio físico e meio social) devem ser relacionados nos Estudos Prévios de Impacto Ambiental, desde o seu diagnóstico e os impactos decorrentes, até a previsão de medidas adequadas a sua mitigação ou compensação, os quais em seu conjunto deverão ser sopesados pelo Poder Público

no momento da concessão ou negativa da licença ambiental.

Essa descrição de atividades encontra-se prevista na Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986, na qual detalha-se o conjunto de atividades que devem ser desenvolvidas pelos Estudos de Impacto Ambiental, destacando-se aquelas que são relacionadas aos impactos humanos.

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, **as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais** e a potencial utilização futura desses recursos. (grifo nosso)

Eis o ponto que levaria à relação recíproca entre o licenciamento ambiental e a compreensão dos grupos étnicos inseridos nesse procedimento. A percepção da existência desses grupos exigiria o estudo das suas formas de relacionamento com os recursos ambientais, com as suas relações de dependência.

Contudo, embora presente a exigência para o estudo ambiental, na resolução nº 01, de 1986, como uma condicionante ao diagnóstico ambiental, a lei ambiental contém uma ambiguidade, eis que centrada na proteção do ambiente em si mesmo, sem uma consideração específica acerca das pessoas que são atingidas por esses impactos. Essa é a contradição encontrada na Lei Complementar nº 140/2012, que pretendeu recortar amiúde a competência de cada ente federativo no licenciamento ambiental, sem tratar minimamente do seu conteúdo.

Desde o conceito legal de licenciamento, observa-se que o pressuposto para a sua realização é a possibilidade de degradação ambiental, cujo conceito legal, por sua vez, encontra-se descrito na Lei nº 6.938/1981<sup>57</sup>. Este conceito expõe que a

57 Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

- III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que prejudiquem a saúde, a) segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; e direta ou indiretamente:

degradação representa uma consequência material – o prejuízo ao bem-estar de uma população, bem como as condições adversas às atividades econômicas e sociais, dentre outros, cujos efeitos podem não ser sentidos socialmente por igual.

A esse respeito, é interessante observar estudos realizados que indicam que a distribuição dos impactos ambientais não ocorre por igual.

### 3.4.2. A distribuição desigual dos impactos ambientais – a 'ambientalização' dos movimentos sociais

De fato, aponta-se que a distribuição da degradação ambiental não ocorre de modo proporcional. Ela acaba sendo seletiva quanto aos que receberão, preferencialmente, os impactos decorrentes da degradação. Essa escolha, diga-se, não é o resultado de um embate maniqueísta construído adrede – ricos x pobre, brancos x negros ou outra dualidade que se possa imaginar. Tampouco é arbitrário. Ele é o resultado da forma de organização da sociedade e de ocupação dos espaços pelas pessoas e atividades econômicas (ACSERALD, 2009).

As pesquisas realizadas por Henri Acserald indicam que a degradação ambiental não é um processo democrático, uma vez que os seus efeitos em diversos casos não recaem de forma uniforme sobre as diversas pessoas que vivem no espaço urbano ou rural. Há incidências diversas, prejuízos distintos. Cada coisa no seu lugar, em outras palavras – a questão é indicar o local adequado e quem arbitra isso.

Há diferentes percepções dos impactos resultantes da implantação de empreendimentos, considerando a forma e os locais de intervenção e mesmo a visão de mundo daqueles que são afetados, quanto aos prejuízos, organização social ou a relação com os recursos ambientais. Esse tema, contudo, é desconsiderado e ausente do debate ambiental corrente: “a destinação desproporcional dos riscos ambientais para os mais pobres e para os grupos étnicos mais despossuídos, permanece ausente da pauta de discussão dos governos e grandes corporações.” (ACSERALD, 2009, p.15).

Diante desse contexto, novas questões sociais são levantadas, articulando-se movimentos reivindicatórios em torno desses problemas em sua particular relação

com os recursos ambientais. No caso peculiar do Brasil, são combinadas como estratégias de justiça ambiental a defesa dos direitos a ambientes culturalmente específicos, a proteção igual contra a segregação social e territorial, bem assim a desigualdade ambiental produzida pelo mercado, além do acesso equânime aos recursos ambientais, concentração de terras férteis, águas e solo seguro em prol dos interesses economicamente mais fortes no mercado (ACSERALD, 2009, p. 114).

De um lado, pois, o reconhecimento de uma distribuição desigual dos impactos ambientais. De outro viés, movimentos reivindicatórios também passaram a adotar um discurso ambiental como parte das suas pautas e estratégias de mobilização como um fator de aglutinação de ideais e projetos.

Esse fenômeno indica um processo de “ambientalização dos conflitos sociais” (LOPES, 2006), no qual ocorre um deslocamento dos eixos de grupos e daqueles que realizam a sua mediação, inclusive com o uso dos recursos jurídicos pertinentes a essa finalidade. Uma questão que era percebida apenas como fundiária ou trabalhista, por exemplo, passa a ser interpretada também como ambiental, ao descortinar uma perspectiva nova para o problema, bem assim as perspectivas de atuação perante o Poder Judiciário e a Administração Pública, a quem serão dirigidos estes reclamos. “A ambientalização dos conflitos sociais está relacionada à construção de uma nova questão social, uma nova questão pública.” (LOPES, 2006, p. 34).

Nesse contexto, observa-se que a participação social na reclamação por problemas ambientais não é uma simples manifestação de interesse na questão ambiental em abstrato, mas também naquilo que toca diretamente às pessoas atingidas por impactos concretos, os quais são relativos a sua perspectiva de mundo e aos valores que admite.

[...] os grupos populares se apropriam criativamente de questões e categorias “ambientais” e “externas” ao seu universo habitual, como população pobre, “atingida” ou vulnerável. Grupos como pescadores, trabalhadores rurais, “povos da floresta”, operários preocupados com a “saúde do trabalhador” apropriam-se das questões, da linguagem e da argumentação ambiental para engrandecerem-se em seus conflitos com seus eventuais oponentes. (LOPES, 2006, p. 48).

Essa leitura dos conflitos que passam a ser percebidos como ambientais – passando a chamar-se de conflitos **socioambientais** – é importante para a

compreensão do licenciamento ambiental, porquanto esses debates suscitados a partir de reivindicações e protestos contra os licenciamentos ambientais passam também a ser trazidos ao interior da Administração Pública, mediante a participação e o questionamento dos procedimentos de expedição de licenças ambientais.

Assim, os grupos étnicos assumem questões ambientais no debate público, as quais são objeto de reclamações perante as autoridades administrativas responsáveis pelo licenciamento ambiental. A questão é compreender como o Poder Público pode dedicar-se a esses problemas suscitados perante ele, considerando os atos normativos que regem o licenciamento, bem assim o tipo de reivindicação que é apresentada, a qual não diz respeito apenas à proteção de um ecossistema abstratamente considerado, desvinculado da existência e relacionamento particular com um dado grupo étnico, que assim pede proteção considerando também a sua visão particular de mundo.

### 3.4.3 O licenciamento ambiental deveria proteger identidades

A questão então passa a ser como o procedimento administrativo de licenciamento ambiental incorpora os pontos de vista peculiares dessas identidades no desenrolar do seu andamento, considerando o contexto de tecnicidade com o qual as questões são tratadas no seu interior.

A esse respeito, deve-se observar em primeiro lugar que um dos princípios que orienta o Direito Ambiental é o da participação<sup>58</sup>, que consiste na exigência de que a sociedade e os interessados no licenciamento ambiental sejam ouvidos e tenham a sua opinião considerada nos processos deliberativos da Administração Pública. A esse respeito, Cristiane Derani indica ainda um princípio mais amplo, o da cooperação, o qual “informa uma atuação conjunta do Estado e da sociedade, na escolha de prioridades e processos decisórios.” (DERANI, 2008, p.142). Em sendo

---

58 Observe-se a presença do princípio da participação entre aqueles que fazem parte da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que assim estabelece: “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.”

assim, as críticas que são trazidas por esses grupos étnicos, ademais da sociedade em geral, deveriam ser observadas a partir do licenciamento ambiental e efetivamente analisadas pelo órgão público responsável pela concessão da licença.

Nesse sentido, há a resolução nº 09, de 1987, do Conselho Nacional de Meio Ambiente, a qual estabelece a necessidade de participação, mediante a realização de audiências públicas, estabelecendo que a ata da audiência pública deverá servir de base, juntamente com os estudos ambientais, para a análise e o parecer final do órgão licenciador.

Essa participação não seria apenas exigível em virtude de uma resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente, uma vez que existe norma de direito internacional, admitida pelo ordenamento jurídico nacional a proferir efeitos, que é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Ela estabelece definições de povos indígenas e tribais no plano internacional<sup>59</sup>, bem assim formas de relacionamento do Estado para com esses grupos sociais<sup>60</sup>, prevendo não apenas direitos, mas também procedimentos<sup>61</sup> que funcionariam como garantias na proteção das suas identidades.

De fato, além dos direitos previstos no texto constitucional, antes explicitados, há outros que foram admitidos a partir de tratados e convenções internacionais de que o Brasil é parte, conforme expressa a previsão do art. 5º, § 2º, da CF/88. Dentre eles, o direito à consulta livre, prévia e informada das populações indígenas e povos tribais, dentre outros que decorrem da Convenção 169 da OIT, inclusive a impossibilidade de deslocamento forçado das terras que ocupem.

---

59 “Art1º, I. A presente convenção se aplica: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da comunidade nacional, e sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país à época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais, e que, qualquer qual seja sua situação jurídica, conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais ou políticas ou parte delas.”

60 “Art.2º, I Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos em questão, ação coordenada e sistemática com vistas a proteger seus direitos e garantir respeito a sua integridade.”

61 Essas medidas encontram-se no art. 6º da convenção, relacionando-se: à consulta aos povos, mediante procedimentos apropriados; à participação nos processos decisórios em políticas que lhe digam respeito; a criação de meios para o desenvolvimento das instituições e iniciativas desses povos; e a realização de consultas de boa fé, para se chegar a um acordo ou obter consentimento sobre as medidas propostas.

O dever estatal de ponderação para proteção das comunidades tradicionais chegou a ser objeto de tratamento normativo, embora em nível infralegal, através da edição do Decreto nº 6040, de 7 de fevereiro de 2007, já mencionado, e que instituiu a “Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais”, tendo como um dos seus objetivos “garantir os direitos dos povos e das comunidades tradicionais afetados direta ou indiretamente por projetos, obras ou empreendimentos.”

Há, portanto, um conjunto de novos direitos<sup>62</sup> no ordenamento jurídico definidos a partir da Constituição de 1988 e de sucessivos instrumentos internacionais, os quais deveriam suscitar exame específico para concessão de licenças ambientais, haja vista o reconhecimento do caráter multicultural do Estado e da sociedade em decorrência da existência desses grupos étnicos.

Malgradas essas previsões normativas, verificou-se um constante questionamento do procedimento da Administração Pública em face da concessão de licenças ambientais, submetendo-se o seu papel de controle ambiental a amplas críticas.

De fato, conforme se observa com os casos examinados nesta investigação, foram significativos os questionamentos aos empreendimentos licenciados. Mais ainda: antes mesmo da obtenção de licenças, já houve a iniciativa de levar o assunto ao Judiciário.

Esse fenômeno leva a uma outra reflexão – o processo de judicialização das políticas públicas em matéria ambiental e dos atos administrativos praticados no exercício dessas atividades.

#### 3.4.4 O que os juízes controlam - o controle judicial das licenças ambientais

Diversos são os argumentos favoráveis e contrários à atuação dos juízes na realização de direitos que, de certa forma, confundem-se ou se relacionam com a implantação de programas típicos das atividades do Poder Executivo e que são demandados em face da escassez ou falta de qualidade de serviços públicos na

<sup>62</sup> Os novos direitos referem-se não apenas às comunidades tradicionais, como é o caso de indígenas ou remanescentes de quilombos, mas a outros segmentos da população brasileira, como é o caso da criança e dos adolescentes, das pessoas idosas e com deficiência, em um movimento de especificação dos direitos fundamentais e dos seus destinatários. (WOLKMER, 2003).

sociedade brasileira, de forma que o Judiciário converteu-se também em espaço privilegiado de cobranças de diversos atores da sociedade para a sua implementação.

Nesse contexto, há que se evitar a simples demarcação de dualismos (BOURDIEU, 1992, p.95), mediante respostas identificadas nos opostos legitimidade/ilegitimidade dos juízes, haja vista a pluralidade de situações que são encontradas social e historicamente, nas quais foi possível verificar certo grau de participação do Poder Judiciário na realização de direitos, sendo essa diferença de grau ou intensidade.

A esse propósito, Mauro Cappelletti (1993) realizou um estudo sobre a ampliação da participação dos juízes na decisão de questões relevantes socialmente, a partir da indagação sobre a existência de “Juízes Legisladores”, no qual examina a ampliação dos espaços de atuação do Poder Judiciário em face daqueles tradicionalmente destinados ao Legislativo e ao Executivo.

Para tal fim, Cappelletti (1993) intenta inicialmente analisar as causas e efeitos da intensificação da atividade jurisprudencial na sociedade contemporânea, especialmente na experiência europeia. Identifica-se uma guinada na compressão do papel dos juízes, a qual é chamada de “revolta contra o formalismo”, como superação da prescrição de uma função meramente declaratória ante o texto da lei ou precedente estabelecido, a partir da transformação do papel do Direito e do Estado, notadamente a partir do Welfare State.

Esse novo modelo de Estado de Bem Estar-Social (e de Direito que dava vazão às suas ações) passou a alcançar novos setores da vida social, ampliando a sua esfera de regulação. Ultrapassou-se o estado policial ou guarda-noturno, rumo ao estado providência. A legislação social foi criada, ampliada e redefinida. Bem assim, novas instituições surgiram para concretizar essas tarefas, as quais ampliavam o papel estatal não apenas na vida dos indivíduos, mas na sociedade.

Face a essas transformações, verificou-se também uma modificação da percepção do papel da magistratura, alterando-o em sua capacidade de intervenção e de leitura do direito, passando a alcançar a resolução de conflitos não meramente interindividuais, mas também a ação política do poder público, face ao maior alcance do Estado na vida social, conforme aponta Cappelletti (1993).

Sobre a ampliação da participação dos Juízes, deve-se observar inclusive a ampliação de portas de entrada ao Poder Judiciário, através do movimento denominado de acesso à Justiça, cuja análise foi também realizada por Cappelletti (1988). Ele identificou a atribuição de poderes a instituições do sistema de justiça, ou a redefinição deles, a fim de promover a representação em juízo de grupos sociais específicos ou interesses difusos, bem assim a designação de outras formas procedimentais mais consentâneas a novas formas de litigância, não mais baseadas em demandas individuais, mas sim coletivas. “A abordagem do acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto de instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários.” (CAPPELLETTI, 1998, p.165).

Esse conjunto de mudanças se fizeram sentir no Brasil, também, após a Constituição de 1988, guardadas as muitas peculiaridades do processo histórico nacional.

No contexto brasileiro, é possível observar certa divergência sobre a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário. Essa reflexão é interna ao Poder Judiciário, bem como está na academia e na sociedade. Existem diversos julgados do STF que apontam a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, observados certos parâmetros de atuação excepcional, que não o tornam plenamente legitimado a intervir sempre, mas que a admitem, sem ruptura dos arranjos institucionais formulados na Constituição.

Essa conclusão foi formulada por Barboza e Kozicki (2012) em artigo sobre a judicialização da política e das relações sociais no Brasil, após realizarem o exame da jurisprudência do STF e do STJ sobre a intervenção em políticas públicas de saúde, concluindo-se que 1) há um novo papel do Judiciário pós-Constituição de 1988, conforme o arranjo institucional dela decorrente; 2) que se deve observar o controle recíproco de poderes, mas não a separação rígida deles; 3) essa atuação pode melhorar o processo político existente. Ademais, em sendo a Constituição um documento político, cabe ao Judiciário, em defesa dela, adotar opções políticas que deem concretude às diretrizes ali traçadas.

Por outro lado, há fortes críticas a esse perfil de atuação do Poder Judiciário no controle de atos tradicionalmente afetos à realização de programas pelo

Executivo, por razões pertinentes à legitimidade e à racionalidade da intervenção dos juízes, face ao arranjo das instituições, assim como a aspectos relativos à eficiência das medidas determinadas, o seu impacto financeiro-orçamentário, inclusive em relação aos aspectos ambientais.

De fato, observando-se o debate sobre a judicialização da política (e das políticas públicas) e o ativismo judicial<sup>63</sup>, nota-se uma acentuada crítica quanto à chamada desnaturaçã dos limites constitucionalmente conferidos ao Judiciário; aponta-se um avançar insidioso sobre as atribuições de outros poderes, com prejuízo ao arranjo institucional traçado pela Constituição (RAMOS, 2010).

Essas críticas não são particulares ao cenário brasileiro. Nos Estados Unidos, país com tradição jurídica da Common Law, esse debate vem de longa data, acerca dos limites da intervenção dos juízes na vida política, encontrando-se diversas compreensões em um longo debate constitucional. Waldron (2010, p. 93-157) escreveu texto no qual aponta a insuficiência do controle judicial de direitos controvertidos em sociedades democráticas, nas quais reunidas certas condições políticas, assinalando que a divergência razoável sobre direitos é possível e que a resolução não pode residir em uma elite judicial, sob o risco de esvaziamento de instituições com representatividade democrática<sup>64</sup>.

De fato, vozes se insurgem contra a deliberação judicial em temas controversos na sociedade, seja em situações que impliquem incursão no campo de competências do Legislativo, seja naquele do Executivo, como é o caso da formulação de políticas públicas para implementação de direitos previstos no texto constitucional, como tarefa do Estado a ser desdobrada mediante programas, contudo omitidas em diversos casos na realidade brasileira.

Qual o espaço de lutas para dar vazão à realização dessas tarefas constitucionais impostas ao Estado? Essa questão encontra-se transpassada pela reflexão sobre o contexto de uma sociedade que se pretende afirmar como democrática, buscando-se portanto canais para a participação social.

63 Embora mencione-se aqui o ativismo judicial e a judicialização, as duas expressões têm sentido diverso.

64 Observe-se, contudo, que o próprio Waldron (2010, p.157) assinala que as suas críticas ao controle judicial na sociedade democrática estão limitadas às circunstâncias nas quais se reúnem certas condições de desenvolvimento político e institucional: "Talvez haja circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de ofuscação e valham a pena ser suportados por certo tempo."

Ingeborg Mauss (2000) discute o papel do Judiciário na sociedade alemã e norte-americana, afirmando que os juízes tornaram-se protagonistas de importantes decisões de grande relevância judicial, afastando-se o cidadão de espaços de deliberação democrática na qual a sua participação seria possível; os juízes se constituem em um corpo de peritos que passa a utilizar, ao lado de definições estritamente jurídicas, elementos de conteúdo moral para solução de questões controversas na sociedade. Esse fenômeno teria o condão de afastar o papel da cidadania, à medida que debates importantes seriam subtraídos ao Parlamento e outros espaços de decisão comum. A delegação dessas decisões ao Judiciário seria reconhecida socialmente e, mais que isso, aplaudida. Mas o espaço de reivindicação política seria subtraído, dando lugar à deliberação judicial.

Ante essa situação, Mauss aponta que o Judiciário acabaria assumindo uma figura paternal, em face de uma sociedade órfã, retomando algumas definições de Freud para esses termos. A cidadania e a democracia seriam afastadas em detrimento do crescimento do papel dos juízes, inclusive imbuídos em suas decisões de uma pauta de moralidade. Ela afirma que “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso (...) é alcançada por meio da centralização da 'consciência' social na Justiça.” (MAUSS, 2000, p.186).

As críticas acima formuladas por Mauss são especificamente dirigidas ao controle de constitucionalidade e ao papel assumido pelas Cortes Constitucionais em sociedades democráticas desenvolvidas. No entanto, a delegação das decisões dos espaços tradicionais de deliberação democrática às magistraturas é um fenômeno comum a várias sociedades contemporâneas, como apontou acima Cappelletti (1993 e 1988) e, também, ao caso brasileiro, conforme aponta Ramos, em tom crítico (2010). Essa expansão do papel do Judiciário não é restrita ao controle de constitucionalidade concentrado de normas, mas ao fenômeno da judicialização das relações sociais e das políticas públicas, mediante a intervenção de agentes que passam a acionar o poder Judiciário com maior frequência, levando-lhe a decisões em ações coletivas.

Contudo, no caso específico brasileiro, deve-se questionar a simples transposição dessas reflexões realizadas a partir da experiência constitucional europeia e norte-americana, no que se refere ao seu valor interpretativo do cenário

brasileiro.

De fato, não se pode falar em uma resposta absoluta sobre a legitimidade ou não do controle judicial de políticas públicas, em termos dualísticos criticados acima por Pierre Bourdieu (1992). O caráter democrático de uma sociedade não é definido apenas pelo maior ou menor grau de intervenção judicial na política ou nas políticas públicas, mas no respeito ao conjunto de arranjos de instituições democráticas traçados pelo texto da Constituição.

Observe-se que o ponto central não é negar que o excesso (ou a falta, ao inverso) de participação dos juízes na conformação de atos da administração, especialmente em sua omissão, seja prejudicial à democracia. Cuida-se de verificar os parâmetros fixados na Constituição ao funcionamento do conjunto das instituições em um sistema de controle recíprocos, examinando o desbloqueio da participação ao conjunto de espaços das instituições democráticas, sobretudo considerando as características de seu funcionamento, conforme os estudos já realizados por Luís Werneck Vianna:

Contudo a mobilização de uma sociedade para defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que estão disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa não pode se recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que são facultados pelas novas vias de acesso à justiça. (VIANNA, 1999, p. 43).

Não se trata de excluir a possibilidade de intervenção do Judiciário, ao mesmo passo que não se pode considerar de modo absoluto que a sua atuação não cause prejuízo à atuação da cidadania<sup>65</sup>, inclusive exercendo efetivamente esse papel de superego criticado por Mauss(2000). Porém, qualquer crítica à intervenção do Judiciário deve focar-se também no arranjo institucional concreto, considerando as peculiaridades do seu processo histórico, inclusive em face do exercício de atos irregulares pelo Poder Executivo, em situações da omissão de controles públicos

---

65 A esse respeito, escreve Luís Werneck Vianna: “De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a 'substituição' de um estado benefactor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos.” (VIANNA, 1999, p. 43).

adequados, como se tem referido.

Mas, seria possível dizer que o Judiciário vem efetivamente exercendo esse papel de censor e crítico do licenciamento ambiental, em caso de constatação de irregularidades, especialmente aos interesses desses grupos étnicos? A resposta a essa questão depende de volver os olhos às decisões efetivamente proferidas.

Observar essas respostas proferidas poderia contribuir para elucidar o sentido da atuação judicial, bem assim do Direito, de forma geral. Como se advertiu desde o início, ressaltando a cautela sugerida por Pierre Bourdieu sobre a necessidade de se evitar falsos dualismos, não seria possível formular uma resposta peremptória e abstrata sobre o caráter regulatório ou emancipatório das instituições do Sistema de Justiça, sem examinar o que de fato os juízes caminham a fazer.

Vale lembrar, nesse ponto, a reflexão proposta por Boaventura de Sousa Santos (1999) acerca da tensão entre o caráter regulatório ou emancipatório do Direito no cenário atual, mormente no trato entre culturas diferenciadas e marcos distintos de proteção aos direitos, afirmando-se a necessidade de construção de instituições do sistema de Justiça que, readequadas, consigam ter esse papel quanto ao acesso a esses direitos diferenciados (SANTOS, 1997).

### **3.5 Os grupos étnicos e sua proteção judicial através do direito ambiental**

Diante do que foi explanado neste capítulo e no anterior, é possível observar que o processo de construção do Direito Ambiental somente de forma mais recente passou a incorporar a perspectiva de pluralismo social e étnico na sociedade brasileira. Essa novidade, contudo, não é apenas desse ramo jurídico, mas da ordem jurídica como um todo, sobretudo após os influxos oriundos da Constituição de 1988.

Esse processo de afirmação de direitos conhece, contudo, contradições e contramarchas. Pode-se dizer inclusive que, quanto à proteção ambiental, conhece atualmente mais retrocessos normativos que avanços, face às propostas de alteração do regime constitucional de demarcação das terras indígenas, bem assim as regras pertinentes ao licenciamento ambiental, prevendo participação limitada desses grupos étnicos em suas manifestações, inclusive técnicas, mormente em

face das incertezas existentes em face do direito à consulta prévia, livre e informada prevista na Convenção 169 da OIT.

Em outras palavras: a construção jurídica do ambiente passou a contar, a partir do marco normativo de 1988, com a perspectiva dos grupos étnicos com seus modos peculiares de criar, fazer e viver. Porém, a expressão jurídica concreta dessa diferença pode encontrar-se parcialmente coartada em virtude da incapacidade de o Poder Público dar vazão a essa dimensão de alteridade no processo decisório, inclusive no que tange às deliberações no contexto do licenciamento ambiental.

Se seria possível corrigir essa ausência de participação e irregularidade na formulação de decisões administrativas, é necessário antes indagar através de que espaços institucionais. O Judiciário, no atual arranjo constitucional, poderia manifestar-se ativamente, sem prejuízo direto à cidadania. Pelo contrário, poderia firmar-se em uma posição contra-majoritária, no que diz respeito à preservação de direitos, no contexto histórico e político brasileiro. Mas, para tanto, faz-se necessário verificar como os seus órgãos atuam.

Desse modo, a construção jurídica do ambiente – sob a perspectiva da pluralidade étnica e social – faz-se notar na forma como os órgãos encarregados de dizer o direito atuam e operam, verificando-se que dimensão por eles é dada à natureza, vendo-a como objeto dado à mera apropriação econômica ou pensando-se formas diversificadas para o seu uso.

No próximo capítulo, serão analisados três casos com a finalidade de examinar os critérios efetivamente utilizados pelo Poder Judiciário ao decidir; verificar-se-á como essas colocações teóricas, explanadas até este momento, se mostram presentes no fazer do Supremo Tribunal Federal, relacionando-as com a construção jurídica dos discursos sobre o meio ambiente.

#### 4 O JUDICIÁRIO, OS GRUPOS ÉTNICOS E A PROTEÇÃO AO AMBIENTE

Nos capítulos anteriores, analisou-se a forma como o meio ambiente é construído a partir do Direito, em um processo histórico continuado, o qual presenciou diversas concepções da natureza e formas de regular os seus usos através de instrumentos normativos. Em seguida, observou-se que, sobretudo a partir da Constituição de 1988, adotou-se no Brasil uma nova percepção jurídica com relação aos diversos grupos presentes na sociedade, ao reconhecer o pluralismo nela presente, bem assim formas de proteção a essa diversidade social que perpassam os direitos culturais, mas não apenas eles, eis que se refletem também em formas diferentes de relacionar-se com elementos do ambiente. Além disso, trata-se de uma compreensão diversa do mundo, através das lentes dos grupos étnicos.

Nesse contexto, as formas jurídicas de regulação do uso da natureza não podem prescindir do reconhecimento de que há uma diversidade de perspectivas de mundo na sociedade brasileira, bem assim de apropriação dos recursos ambientais, ao redor dessas identidades. A esse respeito, Carlos Frederico Marés escreveu explicitando essa pluralidade de perspectivas em relação ao Direito, em uma metáfora que bem expressa a incongruência de se reconhecer de forma universalizante, o que é socialmente plural:

A tentativa de enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito estatal equivale a tentar guardar um grande e colorido balão dentro de uma estreita gaveta. Claro que é possível, retirando, por exemplo, todo o ar do balão, o que desvirtuaria sua forma esférica e desnaturaria as cores que o embelezam, deixaria de ser balão, deixaria de ser Direito indígena. Por outro lado, poder-se-ia deixar de fechar a gaveta, mantendo o balão vivo e colorido, mas então, com a gaveta sempre aberta, desfigurado ficaria o sistema, com a funcionalidade de suas partes comprometida. Assim, é impossível enquadrar dentro de um sistema de gavetas, um sistema de coloridos e flutuantes balões inflados, mas é possível que ambos subsistam em mútuo respeito e admiração. (SOUZA FILHO, 2012, p.76).

A metáfora do balão na gaveta, explicitada por Carlos Frederico Marés, é interessante para apontar a incongruência e a difícil redutibilidade de formas de compreensão jurídica em um ambiente de diversidade. Porém, se a metáfora tem poderes, ela também possui limites, uma vez que não é capaz de dar conta com

inteireza dos fenômenos da realidade.

De fato, esse limite ao poder das metáforas, na formação do espírito científico, é bem expresso por Gaston Bachelard (1996, p. 91-102) ao assinalar que o uso de imagens usuais como extensão para explicar a realidade pode ser abusivo, constituindo-se em um obstáculo verbal à formação do espírito científico.

Em realidade, da metáfora descrita se aproveita a circunstância de ela marcar a pluralidade e a existência de um difícil problema a ser solucionado – o relacionamento entre grupos que podem possuir valores distintos, mas são forçados a se relacionar, em função dos conflitos pelos recursos ambientais surgidos, a serem solvidos através do Direito.

Mais ainda: essa pluralidade não se relaciona apenas com diferentes concepções sobre o modo bom de vida. Encontra-se além, uma vez que é pertinente à presença de grupos que se veem e são enxergados como diferentes. Um estranhamento mais profundo existe, o qual pode alcançar maior ou menor extensão, desde a língua nas comunidades indígenas até as formas de plantio diferenciados nas comunidades quilombolas. Eis o ponto – como o Direito lida com a diferença, conforme a construção do ambiente realizada nos discursos jurídicos.

Diante disso, a fim de avançar na pesquisa, pretende-se neste capítulo investigar os critérios efetivamente adotados pelo Supremo Tribunal Federal no controle judicial de licenças ambientais ou atos administrativos que afetem indígenas ou comunidades remanescentes de quilombos a partir da análise de casos, refletindo sobre o papel do Judiciário na atualidade, seu alcance e limites.

#### **4.1 Os casos escolhidos – observações sobre as razões da escolha**

Para essa finalidade, foram escolhidos três casos, voltando-se agora a atenção às circunstâncias do processo decisório, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. São a construção de duas Usinas Hidrelétricas, a de Belo Monte (no estado do Pará), e Teles Pires (entre o Pará e o Mato Grosso); além delas, o caso da transposição do rio São Francisco, em diversos estados da região Nordeste do país.

Os três casos possuem circunstâncias em comum, assim como aspectos dissonantes, mas foram eleitos em função da elevada litigiosidade verificada em

torno deles<sup>66</sup> no STF, o que lhes confere certo caráter paradigmático em termos de conflitos ambientais, inclusive em razão da alegada importância social e econômica que apresentam, contraposto ao interesses dos grupos étnicos que reclamam da sua implementação.

Dois deles dizem respeito diretamente à chamada região amazônica, a qual não se confunde com uma delimitação exclusivamente geográfica, mas refere-se também a um certo conjunto de relações políticas e sociais que se desenvolvem em torno dos recursos ambientais presentes. Essa noção é acrescentada por Alfredo Wagner B. Almeida, ao descrever o conjunto de conflitos que se fazem presentes nesse espaço.

Rompendo concomitantemente com a prevalência do “biologismo” e do “geografismo” na explicação deste quadro natural, ela traz em seu bojo o significado de “ecossistema amazônico” como produto de relações sócias e de antagonismos, ou seja, pensado como um campo de lutas em torno do controle do patrimônio genético, do uso de tecnologias e das formas de conhecimento e de apropriação dos recursos naturais. (ALMEIDA, 2004, p.689)

Em uma perspectiva jurídica, há uma valoração concedida a esse espaço, a qual decorre do texto constitucional, ao atribuir à floresta amazônica a condição de patrimônio nacional, ao lado de outros ecossistemas (a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira), mediante a qual a sua utilização deveria se dar em “condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais” (art. 225, § 3º, da CF88). Esse *status* jurídico, por si só, indica a importância desses ecossistemas, embora atribua à lei posterior a tarefa de indicar em que importa esse regime jurídico diferenciado.

As interpretações jurídicas sobre o significado desse dispositivo constitucional são variadas. De um lado, há quem afirme que ele firma parâmetros jurídicos para o um regime protetivo diferenciado e rigoroso, afirmando-se que o “[...] dispositivo delinea as bases de uma política florestal para esses complexos arbóreos”, bem que “o significado primeiro e político da declaração constitucional está em que não

---

66 A respeito da judicialização de diversos atos relativos à implantação de empreendimento de energia, confira-se o relatório produzido sobre a atuação do Ministério Público na América Latina sobre Hidrelétricas, com ampla abordagem sobre o processo de judicialização (MAIA; CAPPELLI; PONTES JÚNIOR, 2013).

se admite qualquer forma de internacionalização da Amazônia ou qualquer outra área” (SILVA, 2007, p.843-844). De outro, diz-se que ele imporá um agir específico ao legislador ordinário, uma vez que essa seria “a 'vontade' da norma constitucional, impondo-se urgente e prioritária tarefa ao legislador ordinário, de regulamentar esse dispositivo da Carta.” (COSTA NETO, 2005, p. 675).

No entanto, essas interpretações sobre a Amazônia são centradas na proteção ao patrimônio florestal, ou seja, no ambiente natural. Olvidam os aspectos culturais desenvolvidos nesse espaço, em função dos grupos étnicos presentes e as suas relações com os recursos ambientais. Há grande diversidade de pessoas na região, traduzindo-se na multiplicidade de povos indígenas, remanescentes de comunidades de quilombos, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, ribeirinhos e outros.

Em adição a essas percepções, observe-se que existe uma forma de pensar o espaço amazônico, a qual se expressa em dizer essa região como excluída do processo de desenvolvimento do restante do país. Essas interpretações são centradas na premissa do atraso do lugar, o qual deveria ser integrado ao cenário nacional. Observe-se uma das leituras antropológicas da região amazônica, em estudo produzido pelo antropólogo Charles Wagley, na primeira metade do século XX, ao descrever as condições e os paradoxos na leitura do desenvolvimento da região:

A população esparsa, as péssimas condições sanitárias, os padrões de vida deploravelmente baixos e a ausência de indústria serão um indício de que o ambiente da Amazônia é um obstáculo insuperável ao desenvolvimento. Em outras palavras, o ambiente tropical, quente e úmido, imporá limitações ao desenvolvimento humano a ponto de tornar quase insuportável o aumento do padrão de vida nessas regiões? (WAGLEY, 1957, p. 22-23).

A essa indagação, algumas das respostas formuladas são pessimistas, culpando-se então o atraso cultural dos seus habitantes, a ser objeto de intervenções que tenham a capacidade de sanar tal deficiência a partir de uma perspectiva exterior, a operar uma transformação capaz de transpor a ausência de participação no mercado, recolocando-a no eixo de uma política de crescimento econômico<sup>67</sup>. Constroem-se discursos em torno desse lugar-comum – o atraso

<sup>67</sup> Esses discursos de atraso econômico e da necessidade de sua superação aparecem através de diferentes manifestações, sendo significativo citar aqui a pesquisa realizada por Alfredo Wagner

econômico da Amazônia e a necessidade de inseri-la no contexto nacional. A esse respeito, calha lembrar o que M. Foucault explica a partir da identificação de uma **formação discursiva**, a qual se pode afirmar presente em torno desse ideário comum sobre a Amazônia:

No caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (...), diremos, por convenção, que se trata de uma formação discursiva. (FOUCAULT, 2010, p. 43).

Ao mesmo passo, afirma-se a existência de uma demanda energética no país, a ser suprida com a construção de usinas que tenham a capacidade de aproveitar as fontes hídricas da região, como sói acontecer com a exploração realizada ou pretendida dos rios Xingu, Tocantins, Madeira, Tapajós, dentre outros, nos quais esse potencial hidroelétrico foi objeto de estudos e intervenções com essa finalidade. Em comum, ainda, a circunstância de que todos esse projetos são desenvolvidos pela União<sup>68</sup>, através do Ministério das Minas e Energias, além de autarquias e empresas públicas. Em outras palavras, embora desconcentrada ou descentralizada, a atividade em questão pertence ao Poder Público Federal, no contexto do federalismo brasileiro.

Nessa repartição de competências, a responsabilidade pelo controle ambiental pertence por vezes à União, através do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais – IBAMA, ora aos órgãos estaduais de ambiente<sup>69</sup>. Essa divisão de poderes para o controle ambiental é apontada eventualmente como

---

Berno de Almeida, sobre a peculiaridade do estado do Maranhão e a existência de uma ideologia da decadência, como elemento de repetição em falas diversas, referindo-se à necessidade de retomada econômica: “A referida decadência da lavoura se impôs como um acontecimento de menção obrigatória nas análises e estudos posteriores que versam sobre aspectos políticos e econômicos do Maranhão no século passado. A relevância, advinda desta condição de lugar comum, permitiu que o elenco de interpretações contemporâneas de sua própria ocorrência fosse acrescido de outras mais realizadas em décadas ulteriores [...]” (ALMEIDA, 2008, p. 20).

68 A competência administrativa para explorar de forma direta ou indireta os potenciais hidrelétricos pertence à União, conforme estabelece a CF88: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situem os potenciais hidroenergéticos.”

69 A respeito da divisão de competências para o licenciamento ambiental, pode-se consultar a resolução 237, de 1997, do Conselho Nacional de Meio Ambiente, bem assim a partir de 2012 a Lei Complementar nº 140, de 2011, a qual instituiu a repartição de atribuições administrativas entre os órgãos encarregados do licenciamento ambiental nos níveis federativos.

objeto de controvérsias judiciais, tornando-se, por si mesma, alvo de litígios em virtude das relações entre os interesses ambientais das instituições envolvidas, conforme aponta Paulo Afonso Leme Machado: “No federalismo, mesmo com viés cooperativo, como o brasileiro, os interesses e as influências ambientais não são sempre rigidamente localizáveis num só ente federativo.” (MACHADO, 2012, p. 80).

De forma semelhante, pode-se falar do projeto de transposição do rio São Francisco, desta feita na região Nordeste do Brasil. Em torno dele se agrupam algumas formações discursivas comuns (FOUCAULT, 2010) – desenvolvimento regional, atraso econômico, bem assim um diferencial, que é a afirmação do flagelo da seca. De forma semelhante ao caso das hidrelétricas, há um elevado contexto de judicialização quanto ao uso dos recursos hídricos, mas com finalidade diversa.

Ao lado dessas circunstâncias (formações discursivas comuns, grandes empreendimentos, interesse da União na realização deles), é possível observar que todos esses casos chegaram ao exame do Supremo Tribunal Federal, órgão judicial que, em determinado momento, assumiu posição de centralidade ao proferir decisões permitindo, ou não, o prosseguimento dos empreendimentos.

O Supremo Tribunal Federal ocupa a posição de Corte responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade das normas e última instância recursal em matéria constitucional. Essa circunstância permite que a ele cheguem os casos que envolvem a disputa de direitos fundamentais e marcados por intensa disputa que permitiu o percurso dos processos por diversas instâncias anteriores, mediante seguidas provocações jurídicas das instituições envolvidas.

Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, pode-se acentuar que a sua participação na definição de pautas políticas econômicas e sociais tem se tornado marcante, conforme analisado no capítulo anterior, observando-se uma série de fatores para esse resultado, inclusive quanto aos recursos argumentativos adotados no processo decisório, conforme explicação formulada por Juliano Zaidan Benvido e Alexandre Araújo Costa:

Esse movimento, que parece bastante visível em distintas realidades democráticas contemporâneas, é também sentido no Brasil a partir de um inegável avanço do STF no exercício desse papel mais amplo de atuação. Isso ocorre, por um lado, pela adoção de metodologias que permitem relativizar direitos, tal como o princípio da proporcionalidade e técnicas interpretativas que assumem como premissa que direitos são princípios de

otimização ou máximas que ordenam direitos consoante o que é possível fática e juridicamente. (BENVINDO; COSTA, 2014, p.07).

Assim, a opção pela seleção de dados a partir do exame de casos que chegam ao STF decorreu da: (a) particular posição do tribunal no cenário das instituições do sistema de justiça; (b) o fato de ele tratar de direitos fundamentais analisados preponderantemente pela perspectiva constitucional; (c) a circunstância de que, a análise de um caso que chega a ele, viabiliza o exame do conjunto de decisões anteriores em outros tribunais antecedentes, confrontando-se diversas instâncias dos órgãos judiciais.

Esse conjunto de aspectos permitiu escolher os três casos, mediante o reconhecimento de que existe um certo padrão de litigiosidade entre eles, bem assim relacionados a reivindicações particulares de reconhecimentos de grupos étnicos, expressando-se na forma de uso das terras ocupadas e que, de acordo com os reclamos apresentados, serão afetados negativamente por esses empreendimentos, atribuindo-se a responsabilidade dessa circunstância, em algum momento, ao transcurso irregular do licenciamento ambiental, embora as causas de impugnação possam ser mais amplas, inclusive antecedentes ao controle ambiental – relacionadas, por exemplo, à ausência de consulta aos indígenas afetados.

Desse modo, firmadas essas premissas, passa-se ao exame de cada um dos casos e das principais decisões a eles relacionadas. Em seguida, serão agrupados na forma de dados comuns encontrados, para fins de reflexão sobre possíveis sentidos nessa litigância e no processo decisório.

Será feita uma breve apresentação de cada um dos empreendimentos, com a finalidade de situar as suas características; em seguida, proceder-se-á à identificação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, colocando-se os principais critérios decisórios adotadas pelo órgão judicial.

Não será realizado deliberadamente um histórico do empreendimento, opção que se adota não por desconhecer a importância de tal compreensão, mas em função do recorte específico aqui adotado e dos limites do trabalho proposto, que seriam impeditivos de uma descrição minudenciada de toda a implantação e dos diversos aspectos do conflito.

#### **4.2 Caso 01 – Usina Hidrelétrica de Belo Monte**

O empreendimento consiste na implantação de uma Usina Hidrelétrica no rio Xingu, no estado do Pará, na localidade denominada Volta Grande do Xingu, ao lado da qual existem terras indígenas, além de outras que estão na influência do curso d'água, a sentir os reflexos das alterações ocasionadas.

A pretensão do projeto é a geração de 11MWs de energia, quando operar em sua máxima capacidade e no período de maior vazão d'água. Constitui-se, conforme reiteradas manifestações dos órgãos públicos responsáveis, em um projeto estratégico para a produção de energia nacional.

A sua implantação gera conflitos há tempos, como se evidencia pela judicialização dos casos, dentre os quais o primeiro reporta-se no Supremo Tribunal Federal ao ano de 2001. Destaca-se aqui a presença dos grupos indígenas em situação de conflito, distribuídos em várias etnias: “Além dos indígenas que vivem no entorno da obra – pertencentes em sua maioria às etnias Arara, Juruna, Xipaya, Curuaya e Xicrin – exercem influência sobre o conflito outros grupos, como os Kayapó do Mato Grosso e do Sul do Pará” (ALMEIDA; FLEURY, 2013, p. 149). Ademais desses grupos indígenas, há outros sujeitos que são afetados pelo empreendimento, cujas posições são variadas de acordo com o desenrolar dos acontecimentos, tratando-se moradores ribeirinhos, pequenos agricultores familiares e pescadores.

A respeito do caso, foram identificadas as seguintes ações no Supremo Tribunal Federal:

4.2.1 Pedido de Suspensão de Liminar<sup>70</sup>, apresentado pela União, em 2001, através da sua Advocacia-Geral, a postular a suspensão de decisão proferida em ação civil pública (processo nº 2001.39.00.005867-6), promovida pelo Ministério Público Federal no Estado do Pará, contra a ELETROBRÁS e a Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa – FADESP, vinculada à Universidade Federal do Pará. A decisão questionada determinara a paralisação dos trabalhos relativos ao estudo de impacto ambiental e o relatório respectivo, realizados pela segunda requerida, a pedido da ELETROBRÁS; suspendeu-se, ainda, o repasse de

---

<sup>70</sup> Trata-se da petição nº 2604, tendo como relator o Min. Presidente, julgado em 26 de outubro de 2002.

recursos financeiros com essa finalidade.

A União inicia o seu pedido explicando que seria parte legítima na defesa dos interesses da FADESP e da ELETROBRÁS, uma vez que, a despeito de não ser parte no processo, encontrar-se-ia diretamente interessada no projeto, dada a sua inserção estratégica no contexto de produção energética ante a crise experimentada àquela época, sendo ela a responsável pela definição e implantação de políticas públicas. Afirma que essa paralisação seria temerária, uma vez que apenas se desenvolviam estudos para viabilizar o empreendimento, compatibilizando-o com a conservação ambiental e garantia da qualidade de vida das comunidades indígenas, buscando-se as melhores condições para a instalação do reservatório, com menores impactos ao ecossistema e ao modo de vida tradicional; a União diz ainda que a realização dos estudos ambientais seria necessária para dirimir dúvidas sobre a dimensão dos impactos do empreendimento. De forma categórica, a União afirma que as terras indígenas não seriam afetadas. Sustenta que os levantamentos são realizados por instituição de pesquisa idônea e desinteressada. Pede a liminar, para retomar os trabalhos, sob o argumento de que a paralisação determinada na ação civil pública acarretará vultosos prejuízos, pois os estudos estão quase concluídos, sendo o complexo energético uma forma de suprir a crescente demanda por energia no país.

Esses argumentos foram apresentados pela União como forma de se contrapor às alegações do autor da ação, que era o Ministério Público Federal. Este sustentou que a União, em verdade, desconheceria as etnias indígenas presentes na região, identificando-as incorretamente. Além disso, afirmou que a autarquia ambiental federal, IBAMA, seria competente para licenciar o empreendimento, ao contrário do órgão estadual que expedira o termo de referência para os estudos, em razão da existência de impactos a bem pertencente à União (as terras indígenas, sendo também o rio Xingu nacional), bem como serem eles experimentados em mais de um Estado. Ademais, afirma o MPF que a medida seria inadequada do ponto de vista econômico, pois os estudos foram iniciados sem que existisse autorização do Congresso Nacional, na forma do art. 231, § 3º, da CF88, podendo importar em malversação de recursos públicos, no caso de desaprovação ao final pela Casa Legislativa. Mais disso, afirmou haver necessidade de licitação para

contratação da FADESP, tendo a instituição responsável pela pesquisa obtido a reprovação judicial de EIA anteriormente realizado.

Quanto à geração de energia elétrica, o MPF afirmou que o potencial de produção poderia ser questionado, uma vez que ocorre, durante parte do ano, rigorosa estiagem que reduz a vazão do corpo hídrico.

Com relação aos impactos aos indígenas, afirma o MPF a grande lesividade à etnia Juruna, causando-lhes dificuldade de locomoção dos seus integrantes, redução dos peixes (principal fonte de alimentos), a implicar ainda a potencial proliferação de doenças, conducente a um processo de dizimação do grupo.

Após diversas manifestações subsequentes, com a juntada de novos documentos pelo MPF e pela União, bem assim de parecer da Procuradoria-Geral da República acompanhando as alegações do autor da ação civil pública e questionando as lançadas pela União, o processo foi apreciado.

Em sua decisão, o então presidente do STF, Ministro Marco Aurélio Melo, em outubro de 2002, rejeitou a suspensão de liminar solicitada pela União. Diversas razões foram destacadas, listando-as da seguinte forma:

a) o acolhimento do pleito da União através da medida processual adotada (ou seja, o pedido de Suspensão de Liminar) representaria uma inversão no sistema processual, devendo a discussão ocorrer através dos meios recursais ordinários, sem uma supressão de instâncias ou uma espécie de salto diretamente ao STF, preservando-se a relação processual em contraditório, sem o tratamento privilegiado a favorecer o Poder Público nesta situação; no caso, a decisão liminar da Justiça Federal do Pará fora confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, exigindo-se do STF cautela nesse reexame;

b) O exame dos fundamentos do pedido de suspensão de liminar envolveria necessariamente o conhecimento do mérito da demanda jurídica, não podendo se ater à alegação de prejuízo à ordem pública, administrativa e econômica; no caso, as razões que levaram à suspensão dos estudos ambientais mostraram-se relevantes, transcrevendo então os fundamentos da decisão do Tribunal Regional Federal, que indicaram a violação ao art. 231, § 3º, da CF88, a não participação do IBAMA e do IPHAN no licenciamento, bem como a competência federal para licenciar o empreendimento, ante a natureza nacional do rio Xingu. Houve burla

indevida à necessidade de procedimento licitatório na contratação da FADESP para os estudos; além disso, o empreendimento projetado atingiria em cheio a terra indígena dos Jurunas, com graves reflexos sociais no município de Altamira; em sendo assim, os estudos somente poderiam ser realizados após autorização do Congresso Nacional;

c) o presidente do STF afirmou, a respeito da relação entre ambiente e desenvolvimento que “não se trata de criar óbice ao desenvolvimento, mas de se proceder com segurança, visando-se elucidar os parâmetros que devem nortear o almejado progresso. Hão de estar, antes de tudo, afinados com os ditames constitucionais.” (BRASIL, 2002).

Assim, o pedido de liminar da União foi rejeitado. Manteve-se a suspensão ao licenciamento ambiental. Essa ação foi extinta em 2006, após o reconhecimento da perda de interesse processual, sendo arquivada em seguida.

4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>71</sup>, proposta pelo Procurador-Geral da República, no ano de 2005, em face de autorização do Congresso Nacional, cuidando-se do decreto legislativo (nº 788/2005) que franqueou o aproveitamento hidrelétrico, anuindo ao aproveitamento do rio Xingu, em trecho localizado no estado do Pará.

Ao redor da ação, além das partes processuais originárias, apresentaram-se o Instituto Socioambiental – ISA, o Centro de Direitos da População da Região de Carajás – Fórum Carajás, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira – COIAB, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas, nas atividades de meio ambiente e nos entes de fiscalização e regulação dos serviços de energia elétrica, saneamento, gás e meio ambiente no Distrito Federal, além do Greenpeace. Todas essas instituições solicitaram a sua intervenção processual para apoiar a tese de inconstitucionalidade defendida pela Procuradoria Geral da República.

A ação focava-se no argumento da inconstitucionalidade formal do referido decreto legislativo, em função da ausência de consulta aos povos indígenas

---

71 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573-8 Distrito Federal. As informações indicadas a seguir foram extraídas do Acórdão do STF que analisou o caso, julgado pelo Plenário do Tribunal.

afetados, conforme exigido pelo art. 231, §3º, da CF88<sup>72</sup>. Além disso, a exploração desse potencial hidrelétrico deveria ser precedida de disciplina normativa geral a decorrer de Lei Complementar, ainda inexistente. O ato normativo autorizou o aproveitamento, condicionando-o à realização de estudos (EIA e RIMA, AAI da Bacia do Rio Xingu, além de um específico antropológico das comunidades indígenas, devendo ser ouvidas aquelas afetadas). Ocorre que, de acordo com a argumentação na petição inicial da ação, houve postergação indevida da consulta às comunidades, cujo momento deveria ser anterior ao próprio pronunciamento do Congresso Nacional. Assim, embora não se questionasse diretamente licenças ambientais, o ato impugnado teria relação direta com o início dos estudos de viabilidade ambiental do empreendimento, bem assim sobre o relacionamento entre o empreendimento e as comunidades indígenas afetadas por ele. Logo, criou-se uma patente ligação entre o licenciamento e a autorização, como elemento prévio a sua realização.

Contudo, essa ação não teve o seu mérito decidido pelo Supremo Tribunal Federal: ao examinar o pedido de medida cautelar, ela foi extinta pelo órgão judicial, com o entendimento de que o ato teria efeitos concretos, não suscetível portanto de apreciação mediante o controle concentrado de constitucionalidade, seguindo-se o entendimento do Ministro Eros Roberto Grau, ao reconhecer a procedência do argumento sustentado pela Advocacia-Geral da União. À exceção do relator, Ministro Carlos Ayres Brito, e de Marco Aurélio Melo, todos concordaram com a argumentação que conduziu à extinção da ação.

É importante frisar que este foi o único caso examinado pelo Plenário do Tribunal, ao passo que os demais foram examinadas unicamente em decisões monocráticas.

4.2.3. Pedido de Suspensão de Liminar<sup>73</sup> formulado pela União, com a finalidade de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual determinou a paralisação do licenciamento ambiental e a realização de consulta às comunidades indígenas sobre a implantação da Usina

---

72 “§3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.”

73 Trata-se de Pedido de Suspensão de Liminar – SL 125 PA, tendo como relator o Ministro Presidente, julgado em 16 de março de 2007.

Hidrelétrica de Belo Monte, em atendimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, o qual foi movido em decorrência de ação civil pública oferecida na Justiça Federal do Pará<sup>74</sup> com esse mesmo objeto, além do reconhecimento da nulidade do decreto legislativo que autorizou a implantação do empreendimento, movida em desfavor do IBAMA, da ELETROBRÁS e ELETRONORTE.

No caso, o Tribunal Regional Federal determinou, em antecipação de tutela recursal, a suspensão do licenciamento da hidrelétrica, sob os argumentos de que: a) o decreto legislativo nº 788/2005 seria inválido, em violação aos art. 170, VI, e 231, §3º, da CF88, pois não teria ocorrido a consulta às comunidades indígenas interessadas, além de vício formal na tramitação do projeto de decreto legislativo pelas casas do Congresso Nacional, ante a adição nele de emenda pelo Senado, sem reexame da Câmara dos Deputados; b) ademais, inexistiria ainda lei complementar dispendo sobre o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. Embora a decisão tenha sido parcialmente revista pelo mesmo TRF, persistiu o interesse da União em afastar integralmente a sua aplicação, através do novo pedido formulado agora no STF.

Para tanto, a União alegou, além do cabimento da medida processual adotada, que o decreto legislativo questionado seria constitucional, uma vez que editado no exercício de competência do Congresso Nacional, além de ter a autorização caráter condicional, a depender da confirmação dos estudos ambientais e da manifestação de anuência do IBAMA; a consulta às comunidades indígenas não teria sido violada, uma vez que não há na Constituição um momento determinado para esse ato, podendo ser postergado para instante posterior ao estudo antropológico, identificador das etnias afetadas; ademais, essa postergação da oitiva das comunidades indígenas não lhes traria prejuízo, uma vez que seria realizada apenas em caso de conclusão favorável dos estudos ambientais, atestando a viabilidade do empreendimento; além disso, o vício formal seria irrelevante, pois a alteração no projeto de decreto legislativo seria apenas redacional, sem alteração de conteúdo.

Além da defesa do decreto legislativo, a União sustentou que a manutenção

---

74 Cuida-se do processo nº 2006.39.03.000711-8, que tramitou na Seção Judiciária do Pará.

da decisão representaria grave lesão à ordem pública, compreendida no contexto da ordem administrativa e econômica, porquanto a paralisação comprometeria a política energética do país, de importância para a efetivação de políticas necessárias ao interesse público, tratando-se de projeto com aporte técnico, financeiro e jurídico do poder Executivo federal; esse empreendimento seria estratégico, pois postergaria a construção de outras usinas, a afastar o colapso do sistema energético nacional; a competência para autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos em terras indígenas seria do Congresso Nacional e admitir que o Judiciário assim interferisse representaria interferência direta dos juízes na formulação da política de energia nacional.

Após diversos incidentes e manifestações, a presidente do STF, Ministra Ellen Grace Northfleet acolheu os argumentos da União, ao destacar que haveria, em seu entendimento, lesão à ordem pública – na sua expressão administrativa e econômica – porquanto o decreto legislativo aprovado pelo Congresso era válido até aquele momento; esse ato normativo teria caráter meramente programático, sem representar por si só a implantação da usina, mas apenas de estudos hábeis a identificar a viabilidade ambiental e econômica do empreendimento. Nesse contexto, a Ministra considerou que a suspensão era prematura e prejudicial à política energética do país, ante a demanda crescente no setor, invadindo a discricionariedade administrativa do Executivo na formulação e implementação das medidas necessárias ao atendimento da população.

Ante esse conjunto de argumentos, sinteticamente relatados acima, a Presidência do STF determinou o prosseguimento dos estudos ambientais e antropológicos, inclusive com a realização posterior da consulta às comunidades indígenas afetadas, embora tenha se absterido de manifestar-se sobre a natureza dessa oitiva, se técnica ou política. Assim, foi suspensa a decisão do TRF, até o trânsito em julgado da ação civil pública. O empreendimento teve continuidade.

4.2.4 Reclamação, com pedido de medida cautelar<sup>75</sup>, formulada pela União e IBAMA, através da sua Advocacia-Geral, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que julgou procedente apelação do Ministério Público Federal,

---

75 Reclamação Rcl 14404 MC DF, com Medida Cautelar, com julgamento em 27 de agosto de 2012.

após reexame do julgamento anterior em Embargos de Declaração. Na decisão, que era relativa ao mesmo caso acima narrado, o Tribunal Regional decidira novamente suspender imediatamente o licenciamento da Usina, sob o argumento de que o decreto legislativo seria inconstitucional (em razão dos mesmos argumentos acima questionados), além de violar a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

A União e o IBAMA, ao formularem o seu pedido, alegaram que essa decisão do Tribunal Regional Federal desrespeitara a deliberação anterior da Presidência do STF, conforme pronunciamento da Ministra Ellen Gracie Northfleet na Suspensão de Liminar nº 125-PA, que suspendera os efeitos da paralisação do licenciamento ambiental, sob argumento de grave violação à ordem pública, até o final do transcurso da ação civil pública promovida.

Essa argumentação foi acolhida pelo relator do caso, o Presidente do STF, Ministro Carlos Aires Brito. Mais uma vez, o STF deliberou pela retomada do licenciamento, reafirmando a suspensão da decisão do TRF até o trânsito em julgado do processo principal (a ação civil pública promovida pelo MPF no Estado do Pará). O principal argumento aqui foi a necessidade de respeito à decisão anterior do STF, que determinou o prosseguimento dos estudos ambientais.

Como se pode observar pela narrativa acima dos quatro casos identificados, foi possível constatar alguns pontos de convergência na forma de litigância, quanto ao manejo de algumas medidas processuais, bem assim nas argumentações expendidas pelas partes e pelo órgão julgador, que serão analisadas mais adiante.

#### **4.3 Caso 02 - Usina Hidrelétrica Teles Pires**

Quanto à construção da Usina Hidrelétrica em questão, na divisa entre os Estados do Mato Grosso e Pará, foram encontradas quatro ações em curso no Supremo Tribunal Federal, consistindo todas elas em pedidos de suspensão de liminar ou de tutela antecipada, manejadas por diferentes autores (União, ANEEL, IBAMA, EPE e Companhia Hidrelétrica Teles Pires SA). O STF decidiu em apenas uma delas, manejada pela União e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, reunindo os demais processos por conexão.

Na verdade, ao tempo da obtenção da decisão determinando a paralisação do licenciamento ambiental pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, diferentes interessados na realização da obra apresentaram pedidos distintos de suspensão da decisão que lhes atingiu, de forma a requerer de forma autônoma o afastamento pelo STF da decisão: foi postulada a suspensão pela União e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pelo IBAMA, pela Companhia Hidrelétrica Teles Pires e pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE<sup>76</sup>.

Todas essas pessoas jurídicas se insurgiram contra uma decisão do TRF que, dando provimento à apelação interposta pelo MPF, determinou a imediata suspensão do licenciamento ambiental e das obras de execução do projeto. Antes disso, o juiz de primeira instância no Mato Grosso extinguiu a ação proposta pelo Ministério Público, sob entendimento da existência da litispendência. Dessa sentença, foi interposta apelação, agora acolhida pelo TRF.

Na ação civil pública, proposta conjuntamente pelo MPF e pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, discutia-se a indispensabilidade de realização de um estudo do componente indígena, parte integrante do EIA, além da necessidade de renovação de fases do licenciamento ambiental, a partir de um novo aceite do Estudo de Impacto Ambiental, sendo que o anterior haveria desconsiderado os impactos sobre os grupos étnicos. Essa argumentação do MPF foi parcialmente acolhida na segunda instância, através de antecipação da tutela recursal.

Diante desse quadro, foi apresentado o pedido de suspensão da liminar, sob o argumento de que a medida ocasionaria grave prejuízo à ordem pública, especialmente nos aspectos econômico e administrativo, porquanto: a) acarretaria desequilíbrio no mercado de distribuição de energia; b) afastaria o planejamento da expansão de energia prevista no Plano Decenal de Energia; c) indicaria ao mercado acentuado risco regulatório; d) afrontaria a segurança jurídica e f) prejudicaria a imagem do Brasil como país capaz de atrair investimentos em infraestrutura necessários ao crescimento sustentável da sua economia.

Esses argumentos foram acolhidos pelo relator, o presidente em exercício do STF, Ministro Ricardo Lewandowski. Ele afirmou a existência de grave lesão à

---

<sup>76</sup> União e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – Suspensão de Liminar SL 722 DF; IBAMA – Suspensão de Liminar SL 723 DF; Companhia Hidrelétrica Teles de Pires – SL 724 MT; e Empresa de Pesquisa Energética – EPE, Suspensão de Tutela Antecipada – STA 726 MT.

ordem econômica, para suspender a decisão, com o que foi garantida a retomada das obras e do licenciamento ambiental, com as seguintes palavras<sup>77</sup>:

Com efeito, não se desconhece que a defesa e a preservação do meio ambiente é um dos mais altos valores atuais. Dessa forma, a exploração de qualquer atividade econômica deve se dar de forma equilibrada a fim de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Por outro lado, como se sabe também, o aproveitamento do riquíssimo potencial hidrelétrico do País constitui imperativo de ordem prática, que não pode ser desprezado em uma sociedade em desenvolvimento como a nossa, cuja demanda cresce a cada dia de forma exponencial. Afinal, não se pode olvidar a crise registrada no setor elétrico que ocorreu em 2001, a qual tantos transtornos causou aos brasileiros.

Ademais, a paralisação da obra que se encontra em pleno andamento poderá causar prejuízos econômicos de difícil reparação ao Estado e também aos particulares envolvidos na empreitada, acarretando, inclusive, a possível e indesejável demissão de trabalhadores que nela são empregados. (BRASIL, 2013, p. 4).

O presidente do STF afirmou que o perigo maior seria a paralisação imediata das obras, em virtude das consequências sociais e econômicas causadas, além do que essa interrupção causaria danos ainda maiores ao meio ambiente. A partir desse conjunto de pontos foi suspensa a liminar concedida. As demais ações, antes mencionadas, foram todas reunidas, juntado-se a elas cópia da decisão que acolheu o pedido de suspensão.

#### **4.4 Caso 03 – Transposição do rio São Francisco**

Esse projeto (em verdade, denominado Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional) foi um dos que mais recebeu questionamentos judiciais, todos sob a responsabilidade do STF para o seu julgamento, em virtude de decisão proferida em reclamação formulada pela União, na qual se reconheceu a existência de potencial conflito federativo entre ela e os Estados na resolução do caso<sup>78</sup>, circunstância que atraiu a competência do Tribunal em todos os litígios (art. 102, I, “f”, da CF88).

---

77 Trecho da decisão proferida na Suspensão de Liminar SL 722 MT.

78 Essa circunstância foi reconhecida pelo STF no julgamento da reclamação Rcl 3047, em razão da existência de potencial conflito entre entes federativos e a União, em torno do projeto de transposição do rio São Francisco. Assim, todos os casos posteriores ajuizados foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, sendo que essa mesma circunstância originou outras reclamações, para a discussão da competência do órgão.

De fato, a existência de mais de uma dezena de ações judiciais<sup>79</sup> se remete ao fato de o empreendimento atravessar diversos estados brasileiros situados na região nordeste, bem assim os seus impactos alegadamente se estenderem a vários deles, inclusive no norte do Estado de Minas Gerais. Houve uma grande litigância em torno do projeto; ao lado das demandas formuladas pelos Ministérios Públicos (Federal e Estaduais, nas diversas unidades federativas atravessadas pelo empreendimento), acresceu-se a propositura de ações populares por cidadãos e associações diversas, mobilizando-se contra o projeto.

Em virtude do objeto desta investigação ser relacionado não apenas à discussão sobre o meio ambiente, mas a sua relação com grupos étnicos, foram selecionadas apenas as decisões judiciais proferidas com pertinência aos impactos experimentados nesse caso particular.

Por essa razão, embora todas as decisões tratassem de impactos ambientais diversos, expressando diferentes motivos de reclamações contra a transposição do rio, a fim de viabilizar a investigação foi realizado um recorte temático, limitando-se a análise aos julgamentos que efetivamente trataram de alguma relação com grupos étnicos. Diga-se que nem todas as ações tiveram os pedidos examinados em seu mérito, uma vez que o STF extinguiu todas aquelas propostas por associações, sob o argumento de que não se formaria, a partir da atuação processual delas, situação de conflito federativo hábil a sustentar a competência desse Tribunal.

Em sendo assim, não serão relatadas aqui todas as ações propostas, não por se desconhecer o importante debate jurídico nelas formulados (quanto aos aspectos de direito material e processual) mas em função do específico enfoque da pesquisa – o questionamento ao licenciamento ambiental prejudicial aos grupos étnicos.

Diante disso, deve-se observar que o principal palco das discussões ocorreu na ação originalmente proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual na Bahia, tendo como requeridos a União e o IBAMA<sup>80</sup>, na qual foi questionada, por diversas razões, a concessão de licença prévia ao empreendimento pela autarquia federal, além da designação de audiências públicas, postulando-se a necessidade de consulta às comunidades indígenas afetadas e a submissão do projeto para

---

79 São as seguintes Ações Cíveis Originárias – ACO nº 787, 820, 857, 858, 870, 872, 873, 876, 886, 953, 996, 1.003, 1.052, 1.209, além das Reclamações Rcl nº 3883, 4062, 4409, 4024.

80 No STF, essa ação judicial recebeu a identificação de ACO 876.

autorização do Congresso Nacional, mediante pedidos levados ao Tribunal no ano de 2006.

A decisão sobre o pedido de liminar foi do Presidente do STF, à época, o Ministro Sepúlveda Pertence, que a negou. Ele considerou, além do longo histórico da concepção do empreendimento, que se trata da implementação de medidas para redução do problema do flagelo da seca na região Nordeste; além disso, a mera concessão de licença prévia pelo IBAMA, aprovando a viabilidade ambiental e a concepção do empreendimento, não poderia representar prejuízos ao ambiente. O início das obras somente poderia ocorrer no futuro, com a concessão de licença de instalação. Até que esta fosse concedida, nada indicaria a necessidade de suspensão do licenciamento ambiental ou obstaría a realização de audiências públicas, nas quais as incompletudes do EIA poderiam ser melhor discutidas com os envolvidos, sendo que a complexidade das informações produzidas poderiam permitir a participação e debates públicos.

Houve recurso dessa decisão, interposto pelo Ministério Público, agora analisado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, inclusive ante novos fundamentos apresentados, como a superveniente concessão de licença de instalação, permitindo o início efetivo da implantação da obra.

Em decisão não unânime, o STF ratificou a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence, tendo agora como relator o Ministro Menezes Direito, permitindo a continuidade do empreendimento, com base nas seguintes razões: a) foram apresentados planos e programas nas licenças concedidas, para mitigar os impactos ambientais, como condicionantes às obras na licença de instalação; em sendo assim, a implantação do projeto de transposição não seria inviável, mas dependente da fiscalização rigorosa do Poder Público de todas as medidas necessárias para diminuir a afetação ao meio ambiente; b) O impacto à terra indígena se limitaria ao atravessamento da sua área por um dos canais de condução da água, não sendo ela captada em seu interior. Assim, seria desnecessária a aprovação pelo Congresso Nacional da medida, que beneficiaria os próprios indígenas, ao utilizarem os recursos hídricos assim disponibilizados; c) o Tribunal afirmou a compatibilidade de projetos como esse e a preservação do meio ambiente, o qual visaria ao desenvolvimento econômico e social, podendo o ambiente ser local para a

promoção do homem; d) o STF frisou que o seu papel não seria aprovar ou não a transposição do rio São Francisco, mas apenas avaliar se há vulneração ao meio ambiente, em razão do descumprimento de normas constitucionais ou legais. No caso, como inexistiria ilegalidade ou inconstitucionalidade, não poderia o Judiciário vetar a implementação da transposição.

Foram vencidos na discussão os Ministros Marco Aurélio de Mello, Carlos Ayres Brito e César Peluso, os quais se manifestaram pelo deferimento de medida liminar, suspendendo o licenciamento ambiental e as obras.

Observa-se, pois, que o caso em questão foi o único apreciado integralmente pelo STF, que não se limitou aqui a examinar monocraticamente os pedidos de suspensão de liminares; pelo contrário, o Tribunal, neste caso, centralizou o julgamento de todas as ações pertinentes ao caso, tornando-se o órgão competente para todas as demandas ambientais ao seu redor.

Desse modo, apresentados os casos, podem-se tentar agrupar alguns aspectos comuns entre eles, analisando-os.

#### **4.5. Os casos escolhidos e o Judiciário – os critérios considerados pelo órgão judicial**

De início, esclareça-se que a análise dos casos não será realizada de forma exclusivamente quantitativa, mas sim observado-os de forma qualitativa<sup>81</sup>, agrupando-se circunstâncias e argumentos comuns utilizados nas diversas ações levadas ao Supremo Tribunal Federal. Observa-se aqui a advertência formulada por Howard Becker acerca da inexistência de regras prontas para uma análise integralmente segura dos dados analisados, assemelhando-se o trabalho de um pesquisador antes a um labor artesanal (BECKER, 1997, p. 12), mediante a seleção de teorias que possam ser aplicáveis à situação em exame, sem que isso represente ausência de caráter científico à pesquisa.

---

81 Conforme adverte Uwe Flick, a pesquisa qualitativa não se resume à utilização de técnica e à habilidade do método. Existe nessa situação uma primazia do tema sobre o método, sendo ele que determina a metodologia a ser empregada (FLICK, 2009, p. 20-49). Na situação examinada, entendeu-se que o estudo de caso seria a melhor medida para o exame dos critérios adotados pelo Poder Judiciário, mediante a seleção de situações relevantes no cenário jurídico contemporâneo e um órgão judicial com capacidade de influir de modo relevante na posição dos demais.

Essa advertência é importante considerando um dos objetivos desta investigação, que é identificar os critérios adotados pelo Poder Judiciário para a resolução dos conflitos ora apresentados, nos quais existe, de um lado, o aspecto jurídico-ambiental e, de outro, o interesse de grupos étnicos. Essa relação entre Ambiente e Etnicidade, como abordado ao longo dos capítulos anteriores, não é de oposição; pelo contrário, é de complementariedade e de multiplicidade, ante o acréscimo de novas perspectivas ao relacionamento com o ecossistema – através de novas lentes na regulação dos recursos ambientais.

Nesse ponto, faz-se necessário retomar as discussões formuladas por Michel Foucault, explicitadas no primeiro capítulo, acerca da análise dos discursos utilizados, verificando-se como determinados enunciados são reiteradamente manejados para a defesa de determinado ponto de vista em formações discursivas, “o que é para elas o fato de terem aparecido e nenhuma outra em seu lugar.” (FOUCAULT, 2010, p. 124).

Nesse contexto, é possível observar a ocorrências de algumas similaridades processuais, relativas ao emprego reiterado do mesmo instrumento processual, naqueles casos nos quais o STF não conheceu do processo em caráter originário, como aconteceu no caso das usinas hidrelétricas de Belo Monte e Teles de Pires; de fato, nos dois casos, foi empregado o mesmo instrumento processual, qual seja, o **pedido de suspensão de liminar**.

De outra ponta, há conceitos que são empregados para justificar materialmente as decisões, mobilizados em um sentido ou outro, como uma espécie de lugar comum – a noção de ordem pública, cuja presença, conforme será discutido adiante, é um dos requisitos para a concessão da suspensão de liminar. Assim, a estratégia processual utilizada aparece interligada com um conceito jurídico cuja interpretação tem se centrado na implementação de políticas públicas definidas pela União. O uso desse enunciado – ordem pública – aparece como uma espécie de comentário<sup>82</sup> que autoriza o uso de um discurso, tornando-o possível (FOUCAULT, 2010, p.29).

Nesse contexto, pode-se observar que, de uma forma geral, a litigância

---

82 Como explica Foucault o sentido específico da palavra comentário - “O comentário limita o acaso do discurso pelo jogo de uma identidade que teria a forma de repetição e do mesmo.” (FOUCAULT, 2010, p. 29).

envolve em posições processuais opostas o Ministério Público, em especial o Federal, via de regra como autor das impugnações ao licenciamento ambiental; ao mesmo passo, a União se faz presente de forma antagônica, diretamente ou através de outros entes públicos. Apenas no caso do licenciamento da transposição do rio São Francisco apareceram outros sujeitos nessa posição – os Estados afetados, o Ministério Público Estadual e algumas associações, com diversas finalidades.

No entanto, as ações que se mostraram relevantes – pois tiveram o seu mérito apreciado – foram as propostas pelo Ministério Público. Em torno delas giraram as controvérsias principais, a partir de alguns argumentos particularizados para cada caso; alguns eram comuns quanto aos impactos experimentados – dentre eles, o principal seria a necessidade de consulta às comunidades indígenas afetadas, entendimento construído a partir da aplicação da convenção 169 da OIT, ao lado de outros dispositivos da Constituição Federal.

De fato, o direito à consulta prévia, livre e informada das comunidades indígenas assumiu ao longo do tempo papel importante papel na argumentação jurídica nesses litígios. A partir desse fundamento, construiu-se parte considerável das alegações formuladas nas ações e submetidas ao debate judicial, como se pôde observar nos três casos assinalados. No entanto, esse direito à consulta aparece nas discussões com fundamentos normativos diversos – antes da convenção 169 da OIT, promulgada no Brasil no ano de 2004, debatia-se a partir de dispositivos constitucionais diretos, como é o caso do artigo 231, § 3º, da CF88. O ingresso desse instrumento normativo renova os debates, à medida que asserção a necessidade de a consulta ser adequadamente formulada aos grupos interessados, acrescentando elementos à argumentação constitucional<sup>83</sup>.

Mais ainda: o STF debate atualmente o alcance do direito à consulta, em função da sua aplicabilidade (ou não) a comunidades remanescentes de quilombos e outras tradicionais no Brasil, conforme discussão em curso no STF através da ADI 3239<sup>84</sup>. Essa interpretação já foi adotada por outros tribunais, os quais

83 De acordo com a convenção 169 da OIT: Art. 6º. 2 – As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

84 Essa posição é sustentada em uma das manifestações apresentadas pelo Ministério Público Federal no processo em curso no STF: “A referida Convenção não versa apenas sobre povos indígenas, mas também sobre outros povos 'cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial’. Assim, é

compreenderam que, além dos povos indígenas (expressamente mencionados na convenção) são alcançados por elas outros grupos culturalmente diferenciados, interpretando-se de forma aberta a cláusula que define os destinatários desse instrumento internacional<sup>85</sup>.

Na outra ponta do litígio, encontram-se frequentemente a União, o IBAMA, agências reguladoras e as empresas responsáveis pelo empreendimento (nos casos analisados, trata-se de empresa pública ou sociedade de economia mista sob o controle da União). Desse modo, observa-se a presença reiterada da União, de forma direta ou indireta, que se pronuncia através da Advocacia-Geral da União. Dentre os argumentos reiteradamente veiculados, encontram-se: a) a alegação de que o empreendimento destina-se a suprir algum tipo de carência pública, quanto à prestação de serviços a serem oferecidos pelo Estado – no caso, o suprimento de energia ou a seca recorrente; b) a definição da importância da obra foi tomada pelas autoridades constitucionalmente encarregadas de tal poder, no exercício de uma competência administrativa discricionária para a formulação de políticas públicas; c) a inexistência de prejuízos aos grupos étnicos afetados, em virtude das circunstâncias de cada caso concreto, no qual não haveria lesão a qualquer bem afeto ao uso indígena de forma relevante; d) é possível compatibilizar a proteção ao ambiente e a implementação do empreendimento, graças aos mecanismos de controle ambiental a serem exercidos pelos órgãos ambientais; e) a paralisação dos empreendimentos afetaria a segurança jurídica, os empregos mobilizados nas obras e comprometeria prazos. Diante desse conjunto de argumentos, ponderados com as circunstâncias de cada demanda processual, evoca-se a garantia da ordem pública, nos aspectos administrativo e econômico.

A situação de enfrentamento relatada nos autos processuais deixa evidentes algumas circunstâncias do litígio – primeiro, o autor (no caso, o Ministério Público) é parte do aparato estatal que realiza o empreendimento (i.e, a União), embora possua autonomia constitucionalmente afirmada para o exercício desse controle judicial (art. 127 da CF88), reiteradamente exercendo-o, através das ações judiciais

---

incontroversa a sua incidência sobre os remanescentes de quilombos, já que estes são grupos étnicos que vivem sob condições específicas que os distinguem do restante da sociedade, e têm a sua vida parcialmente regida por costumes e tradições próprias.” (SARMENTO, 2008, p. 10).

85 Sobre essa possibilidade, pode-se consultar as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento AG 2008040001065 e AG 200804000340375, relatado pela Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria.

propostas. De outro lado, o argumento da União centra-se nas ideias de preservação da sua competência técnica, da premência das obras e do exercício dessas atividades com uma finalidade pública – no caso, através da ideia de ordem pública, um dos requisitos para a concessão da suspensão de liminar ou para a negativa da sua concessão, no caso das ações originárias apreciadas pelo STF. Essa situação remonta a outros padrões de litigância já estudados, bem assim de atuação do Estado, como se observa em estudo de Antônio Hermam Benjamin:

Pelo menos três formas de participação estatal na destruição ambiental podem ser identificadas. De um lado, o Poder Público causa degradação direta do meio ambiente – é o Estado empreendedor, ele próprio envolvido, sozinho ou em associação, na construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos, portos e assentamentos rurais (=degradador agente). Mas, na maioria dos casos o papel do Estado é o de degradador indireto, ao, comissivamente, apoiar ou legitimar projetos privados, seja com incentivos tributários e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir (= degradador-conivente). Uma terceira modalidade de degradação ambiental estatal, também enviesada e dissimulada, só que por omissão, aparece quando o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental (=degradador-omisso), sejam os instrumentos preventivos (exigência de EPIA-RIMA, por exemplo), sejam os mecanismos sancionatórios e reparatórios.(BENJAMIN, 2005, p.389-390).

Nos casos examinados, essa posição de degradador ocupada pelo Estado aparece em todas as demandas processuais – seja, em sua condição de agente (ao empreender), de conivente (através da concessão de licenças ou autorizações) ou ainda de omisso (na ausência de estudos sobre o componente indígena). No entanto, ao mesmo passo em que é o acusado, também o Estado é o acusador, em nome das comunidades indígenas e grupos étnicos afetados, através do Ministério Público, que conduz essas demandas ao Poder Judiciário. São diferentes faces do Estado que se encontram, podendo-se acrescer também a contradição de que ele não é apenas o degradador, mas crítico da sua própria degradação, mediante a atuação de instituições do sistema de Justiça (o Judiciário e o Ministério Público).

Essa multiplicidade de faces do Estado leva a uma reflexão sobre essas lutas internas ao Poder Público<sup>86</sup>, propiciada pela existência de um arranjo institucional

<sup>86</sup> A própria posição do Estado com suas divisões não é uniforme, pois há órgãos estatais que se alinham de forma a mediar os interesses dessas comunidades perante a Administração Pública ou o Judiciário. Essas posições mesmas são cambiantes com o passar do tempo. Há casos nos quais a posição dos órgãos de controle ambiental, como o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis ou as Secretarias de Meio Ambiente é vista de forma contraditória,

que permite certa autonomia às instituições do sistema de Justiça, constituindo-se como um campo jurídico, conforme acentua Pierre Bourdieu (2007, p.224), o qual não existe de forma completamente independente, mas relacionada com os campos econômico e político.

Esses enfrentamentos dão-se sobre certa pauta de assuntos comuns – entendimentos sobre o cabimento ou não da suspensão da liminar e a configuração ou não de grave lesão à ordem pública, bem assim a compatibilidade entre ambiente e crescimento econômico. Esse passa a ser o discurso em disputa no campo jurídico, como mais uma vez se extrai de P. Bourdieu:

Em outras palavras, para que haja luta num campo, é preciso que haja acordo sobre os terrenos de desacordos, sobre as armas legítimas e legitimamente empregadas na luta, sobre os próprios critérios do triunfo, o que faz com que se possa aparentemente falar de uma cultura. Mas todos esses instrumentos, que fazem o consenso, fundamentam o consenso para o dissenso. (BOURDIEU, 2014, p.417).

Há um consenso sobre os termos que serão colocados em dissenso – a compatibilidade entre meio ambiente e as medidas visando ao crescimento econômico, bem assim a fala de respeito aos grupos étnicos. Com efeito, em suas alegações, nenhum dos responsáveis, direta ou indiretamente, admite causar degradação ou prejudicar interesses indígenas. Controverte-se o significado dessas expressões, como ponto de partida para o embate em juízo. São os termos em torno dos quais os discursos são construídos.

Dentre os aspectos referidos, cabe analisar mais detidamente dois deles – um, relativo à estratégia processual adotada; outra, quanto ao principal argumento utilizado como critério para a decisão acerca dos empreendimentos – a alegação de proteção à ordem pública.

#### 4.5.1 O conceito de ordem pública e a proteção ambiental

Observa-se a partir das decisões analisadas que, em relação ao mérito de

---

pois defendem a implantação de empreendimentos chamados de grandes poluidores; por fim, a posição de autarquias especializadas na defesa de interesses de povos tradicionais, como a Fundação Nacional do Índio ou a Fundação Cultural Palmares, assumindo posições reputadas insuficientes para a proteção das comunidades tradicionais, tornando-se elas mesmas objeto de críticas.

diversas delas, especialmente nas suspensões de liminar, o ponto central da argumentação é relacionado ao reconhecimento da existência de lesão à ordem pública, a partir de aspectos relacionadas às esferas administrativa e econômica.

O reconhecimento de perturbação à ordem econômica e à administrativa, nos casos da Suspensão de Liminar das Usinas Hidrelétricas de Belo Monte e Teles Pires, justificaram a concessão da medida postulada pela União, conforme decisões proferidas em momentos distintos pelo presidente do STF.

É possível observar que, em razão da existência desse fundamento, houve o afastamento da decisão dos Tribunais Regionais Federais, sem exame pelo STF das regras constitucionais e legais alegadamente violadas, como aconteceu como o caso da Hidrelétrica Teles Pires, cuja decisão foi transcrita acima. De forma semelhante ocorreu com a segunda decisão em suspensão de liminar na Usina de Belo Monte, deliberada pela então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie.

Os discursos centraram-se na afirmação da importância do empreendimento, ante o problema reputado como grave que ele visaria superar – o abastecimento elétrico. Ademais, tratou-se de reconhecer a primazia do Poder Executivo na formulação de políticas públicas nesse setor, às quais não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir.

Nesses casos, observou-se que o fundamento jurídico das impugnações – relacionadas ao direito à consulta às comunidades indígenas – não foi objeto de análise. Prevaleceu a formulação de um discurso sobre a ordem administrativa e econômica.

Para a consideração da ocorrência de lesão à ordem pública, apenas uma decisão considerou que, em seu teor, também se deveria verificar os fundamentos jurídicos da impugnação ao empreendimento, indagando ainda que sucintamente o seu mérito, ante a alegação da existência de violação às regras constitucionais e legais. Esse foi o caso da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, no ano de 2002, ao decidir a Suspensão de Liminar nº 2604, a primeira das duas decididas no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Diga-se: esta foi a única decisão que fugiu do mesmo padrão, nas três situações nas quais esse instrumento processual (a suspensão de liminar) foi utilizado.

O que se observou foi que o exame da existência de lesão à ordem pública

não levou em sua linha de argumentação qualquer consideração sobre a ocorrência ou não do descumprimento ao direito de consulta às comunidades indígenas (como na decisão no caso da UHE Teles Pires); ou, ainda, notou-se que a deliberação pela autorização do empreendimento poderia prescindir da consulta, postergando-a para momento posterior, após os estudos ambientais. Em outro caso (transposição do rio São Francisco), embora o empreendimento atravessasse uma terra indígena, considerou-se que, ao inexistir a captação de recursos hídricos no interior da área, essa consulta seria despicienda, beneficiando-se ademais os integrantes da etnia através da obra.

Essa forma principal de deliberação adotada pelo STF, sem o exame dos fundamentos jurídicos debatidos na ação, revela-se como meio de afastar ou postergar a discussão sobre os direitos indígenas, diferindo-se a eficácia de qualquer decisão judicial contrária ao empreendimento, até o trânsito em julgado da demanda.

Em outras palavras: o discurso de respeito à ordem pública, na maioria dos casos analisados, acaba por excluir do seu teor a ideia de respeito ao ponto de vista das comunidades indígenas que serão afetadas diretamente pelo empreendimento, embora houvesse previsões constitucionais específicas (art. 231, §§ 3º e 6º da CF88), bem assim na Convenção 169 da OIT, sobre a necessidade de consulta adequada.

Essa ponderação de direitos – chame-se assim – acaba por suprimir da pauta de exame do STF a consideração sobre a perspectiva indígena. A esse respeito, cabe a lembrança da reflexão trazida por Friedrich Müller acerca dessa circunstância presente no debate constitucional brasileiro. Ao refletir sobre o julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o autor alemão aduz a impossibilidade de se “ponderar” sobre a integral demarcação das terras indígenas, nos termos da dogmática constitucional firmada a partir da Constituição de 1988. Ponderar, aqui, seria suprimir direitos constitucionais, negando-se eficácia ao texto constitucional (MÜLLER, 2008, p. 15): “Nós não podemos 'ponderar'. Isso só é possível para previsões de mesmo patamar hierárquico e somente se não existir nenhuma especialidade”.

No caso, os direitos indígenas – inseridos na proteção aos grupos étnicos – fariam parte de uma relação de direitos especiais constitucionalmente estabelecidos.

Haveria, pois, uma relação de especialidade em relação à Ordem Econômica ou ao ordenamento ambiental. “Assim como as terras indígenas pertencem ao domínio estatal e os índios à nação, assim também a cultura dos seus grupos particulares pertence ao conjunto das culturas vivas do país.”(MÜLLER, 2008, p. 13).

Eis um dos principais critérios decisórios que se revela nesses casos: a consideração da noção de ordem pública, em sua feição administrativa ou econômica, que desconhece direitos especiais ou posterga a consideração a respeito deles. O essencial ao decidir torna-se a proteção à implementação de uma política pública definida, para fazer face a uma necessidade coletiva. Porém, esse raciocínio jurídico conduz a um paradoxo: ao pretexto de proteger a ordem constitucional, considera-se como de menor valor a proteção a grupos étnicos, expressão da diversidade na sociedade brasileira.

Outro aspecto – o discurso de que o desenvolvimento pode conviver com o meio ambiente – acaba sendo reiteradamente sustentado. Porém, é invocado esse argumento sem explicitar-se o seu significado, porquanto desacompanhado de um exame sobre a violação de regras constitucionais e legais alegadamente descumpridas sobre a proteção ambiental, tornando-o retórico, pois pouco claro quanto ao seu significado efetivo, repetido como espécie de lugar-comum.

#### 4.5.2 Grupos étnicos e as condições de formação do discurso do interesse público

Um outro aspecto a ser considerado diante dos pontos destacados acima diz respeito à relação entre os grupos étnicos e o discurso em torno do interesse público. Essa questão deve ser colocada em evidência porquanto a preservação do interesse público foi a raiz da maioria das decisões analisadas, elemento em torno do qual se articularam as posições e diversos argumentos.

Tal circunstância tem uma ligação com a estratégia processual utilizada pelos órgãos de representação judicial do Poder Público, que reiteradamente formularam os pedidos de Suspensão de Liminar, no lugar de meios recursais ordinariamente utilizáveis. Esse instrumento processual possui como um dos seus pressupostos materiais a existência de “manifesto **interesse público** ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.” (Art.

4º da Lei nº 8.437/1992).

A lei constrói os parâmetros em torno dos quais se devem articular os discursos, permitindo-lhes que assumam uma certa ordenação e coerência interpretativa que não se encontram apenas em razão das suas palavras, mas das condições políticas presentes. Essa assertiva advém da proposta teórica de Michel Foucault (2011), quanto à análise da formação do discurso a partir de certos instrumentos jurídicos:

[...] as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeitos de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade. (FOUCAULT, 2003, p.27).

Em outras palavras: o discurso (inclusive aquele que é formulado a partir do Direito) não se encontra despido das relações de poder nas quais se dá a sua formação; pelo contrário, ele ocorre no contexto dessas mesmas condições, que não o determinam por inteiro, mas que o conduzem em sua formulação e na forma de sua enunciação<sup>87</sup>. Portanto, analisar um discurso é verificar sob que condições políticas ele foi constituído, não de forma a “adivinhar” o sentido dos enunciados, mas de compreender em que contexto eles são formulados, com a relação de implicação que ambos (discurso e contexto político) mantêm: “a análise do discurso, assim entendida, não desvenda a universalidade de um sentido; ela mostra à luz do dia o jogo da rarefação imposta, com um poder fundamental de afirmação.” (FOUCAULT, 1998, p.70).

Nesse contexto, deve-se observar que a categoria em evidência – o interesse público – é enunciado a partir de um determinado ponto de vista de instituições do Sistema de Justiça (não apenas do julgador, mas dos diversos sujeitos processuais), que realizaram a sua interpretação/aplicação ao caso concreto (MÜLLER, 2005), construindo uma solução – via de regra, através da Suspensão de Liminar – viabilizadora do prosseguimento do licenciamento ambiental e dos empreendimentos

---

87 Ainda em Foucault (2003, p. 27, grifo nosso): “Até na ciência encontramos modelos de verdade cuja formação releva das estruturas políticas **que não se impõem do exterior ao sujeito de conhecimento mas que são, elas próprias, constitutivas do sujeito de conhecimento.**”

impugnados.

De certa forma, a expressão interesse público assume um papel de enunciação daquilo que seria juridicamente superior; em oposição a ele, contrapor-se-ia àquilo que é particularizável, eis que diria respeito ao alcance de uma coletividade, observando-se, aqui, a assertiva lançada por José Eduardo Faria a respeito da sua função enquanto princípio:

Em outras palavras, o interesse público tem, acima de tudo, uma função pragmática. Trata-se de um conceito que permite ao Direito filtrar os diferentes valores em confronto na vida social, alcançando uma ideia de fechamento e acabamento lógico daqueles valores majoritariamente reclamados por parte da sociedade. (FARIA, 2003, p.79).

Mediante o uso desse princípio com função totalizadora, o seu enunciador pretende apoderar-se do direito de dizer o que é mais valoroso ao conjunto do ordenamento jurídico. Enunciar em uma situação de conflito qual interesse merece a qualificação de público significa dizer o quê, dentre eles, deve prevalecer (BOURDIEU, 2007).

O uso de princípios, como o interesse público, faz parte da argumentação jurídica. Não se trata de algo despido de força normativa. Pelo contrário, o princípio da primazia do interesse público manifesta-se como uma espécie de norma jurídica, que configura um mandado de otimização em caso de conflitos normativos (ALEXY, 2008). Em outra perspectiva, em um exercício de interpretação tópica (VIEWYIG, 1979, p.26-27), o recurso à prevalência do interesse público teria o papel de *topoi*, a fornecer uma saída ao problema jurídico proposto.

No caso, os julgamentos analisados expressam modos de construção do interesse público: em determinado julgamento, na primeira decisão relativa ao caso da UHE Belo Monte (proferida em 2001, pelo Ministro Marco Aurélio de Mello – pet. 2604), o STF manifestou-se com o entendimento que o significado da expressão estaria relacionado ao conjunto de razões jurídicas debatidas efetivamente nos autos, ao analisar, de forma sintética, os direitos controvertidos; essa compreensão do sentido da expressão divergiu bastante daqueles que foram sequenciadamente expostos nos casos da UHE Belo Monte (SL 125-PA) e da Teles Pires (SL 722-MT). Nestes casos, foi expressa a argumentação de que haveria um interesse a ser preservado, relativo à produção de energia elétrica e a preservação das políticas

públicas definidas pelo Poder Executivo, às quais não caberia ao Judiciário invalidar. A motivação das duas decisões indica que a discussão sobre o interesse público apareceu como elemento superior às razões jurídicas invocadas pelas partes, a afastar a controvérsia sobre os direitos alegadamente violados.

Além de aparecer dissociado das discussões sobre os direitos pertinentes aos grupos étnicos alegadamente violados, a configuração do interesse público é enunciado de forma externa àqueles que reclamam da lesão.

Com efeito, discute-se sobre a alegada violação de direitos pertinentes a grupos étnicos, no que se refere ao seu relacionamento com o meio ambiente. Em face dela, aponta-se a existência de interesse público, relativamente aos diversos aspectos controvertidos. Entretanto, a enunciação da reclamação dos grupos ou a expressão do julgamento não é, em todo o caso, apresentado pelos próprios interessados, mas através de instituições que lhe fazem o papel de mediação.

De fato, são as instituições do sistema de justiça que dizem qual o interesse dos grupos étnicos. Não são os seus representantes ou eles próprios que o fazem. Há uma constante na mediação dos seus direitos, a despeito da previsão no art. 232 da CF<sup>88</sup>. De fato, a existência da legitimação constitucional não significa que eles tomem parte diretamente na formulação das alegações apresentadas, em face dos mediadores que efetivamente agem com seus representantes, em especial o Ministério Público<sup>89</sup>.

Da mesma sorte, no âmbito do Poder Judiciário, não se verificou, em qualquer dos casos analisados, a manifestação direta das comunidades perante o STF, à exceção da ADIn formulada em face do decreto legislativo que autorizou o início dos estudos relativos à UHE Belo Monte, no qual uma organização indígena se habilitou no processo. Contudo, nessa situação particular, não houve a análise judicial das razões por ela apresentada, uma vez que o processo foi extinto sem julgamento do mérito, ao reputar o tribunal inadequado o exame do ato impugnado mediante o controle concentrado de constitucionalidade.

---

88 “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

89 Frise-se: não se quer dizer que as comunidades indígenas não tenham sido consultadas pelo Ministério Público antes do ingresso em Juízo; pelo contrário, as informações observadas indicam que elas efetivamente o foram. Porém, questiona-se, aqui, o fato de que, em todos os casos, essa mediação ser necessária.

Em sendo assim, há que se observar que a definição do discurso sobre o interesse público e a sua relação com os grupos étnicos não conta com a participação direta dos grupos étnicos interessados no âmbito do Poder Judiciário. Eles não participam ativamente da formulação dos discursos, mas agem através de instituições que realizam a mediação.

Tal constatação leva à necessidade de observar que, malgrada a previsão de um respeito ao pluralismo étnico e social na Constituição de 1988, a formulação das decisões sobre o interesse público não leva em consideração direta a participação, no discurso, daqueles grupos que se dizem prejudicados, pois a sua fala foi sempre mediada, nos casos que efetivamente foram julgados no STF. Não houve, em outras palavras, a sua participação nos próprios embates discursivos, pois alguém está sempre a falar por eles nos autos do processo.

Se, conforme observado por Foucault, as condições políticas influem na formulação do discurso, não de forma externa, mas interna a ele mesmo, as disputas em torno do interesse público não contam com a presença direta desses grupos étnicos – a participação deles é sempre mediada. Existe uma espécie de tutela a permitir que o seu discurso venha à tona. Ou melhor, um discurso sobre eles venha a tona. Embora tenham autonomia como sujeitos processuais, legitimados pelo art. 232 da CF88 a litigar, a fala desses grupos é assim interditada.

Essa interdição não se dá pela proibição de ingresso. Pelo contrário, o acesso existe constitucionalmente, a partir de uma formulação aberta do texto constitucional, através do art.232 da CF88. Ademais, há a previsão do acesso dos interesses indígenas mediante o Ministério Público. A origem da interdição encontra-se ligada às condições políticas de formação válida do discurso, que pressupõe o conhecimento de formas de enunciação no interior do debate judicial. Eis aqui uma contradição no cenário constitucional, pois franqueia-se o acesso aos tribunais, porém ele efetivamente é realizado através de uma mediação necessária. Moldam-se, pois, as condições políticas que permitem proferir o discurso, limitando-o de fato.

Sabe-se bem que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, **direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala**: temos aí o jogo de três tipos de interdições que se cruzam, se reforçam, se compensam, formando **uma grade complexa que não cessa de se modificar**. (FOUCAULT,1998,p.09, grifo nosso).

Nesse contexto, conforme observado anteriormente, um questionamento jurídico comum a todas as ações analisadas diz respeito à observância do direito à consulta prévia, livre e informada desses grupos étnicos sobre empreendimentos ou decisões que lhes dizem respeito. Decisões tratam da configuração ou não do interesse público na paralisação do licenciamento ambiental ou da continuidade da implantação do empreendimento. Entrementes, observa-se que esses grupos étnicos, alegadamente prejudicados, não tomam parte na formação do discurso sobre o interesse público.

Luta-se, nas diversas ações judiciais, pelo direito de consulta. Alega-se a sua violação. Contudo, no âmbito decisório do Poder Judiciário, não houve espaço para a enunciação do discurso diretamente pelos integrantes desses grupos étnicos.

Esse conjunto de aspectos conduz a análise deste trabalho ao exame de uma perspectiva mais ampla acerca da forma de distribuição social de bens, a partir de uma teoria da justiça que contemple a diversidade social presente na sociedade brasileira, a examinar a visão encontrada nas decisões do STF.

#### **4.6 O Direito Ambiental a partir dos diferentes – que teoria da Justiça os acolhe**

Com efeito, Justiça e Etnicidade não são expressões unívocas. Trata-se de conceitos disputados na história do pensamento e dos discursos<sup>90</sup>. A indagação a ser formulada é sobre o modo como os dois termos se relacionam. Esse ponto foi objeto deste trabalho, a ressaltar-se que as questões relacionadas à Justiça “não dizem respeito apenas à maneira como os indivíduos devem tratar uns aos outros. Elas também dizem respeito a como a lei deve ser e como a sociedade deve se organizar.” (SANDEL, 2012, p.14).

Nos casos examinados, o debate sobre a proteção aos grupos étnicos e ao ambiente diz respeito à disputa sobre bens ambientais (recursos hídricos, produção de energia e uso das florestas) que a cada dia se tornam mais relevantes, ante o contexto de escassez e a forma de organizar a sociedade, para suprir essas

---

90 Essa pluralidade legítima de critérios sobre a justiça é frisada por Amartya Sen: “No coração do problema específico de uma solução imparcial única para a escolha da sociedade perfeitamente justa, está a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, todas com a pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – uma das outras.” (SEN, 2011, p.43).

necessidades, as quais são vistas sob perspectivas diferentes.

Uma das interpretações realizadas sobre a sociedade contemporânea constituiu-se através daquilo que se chamou do risco – um modelo teórico no qual as decisões sociais tornaram-se cada vez mais cruciais e sensíveis ante as repercussões que elas podem tomar, implicando consequências severas sobre a vida futura das pessoas. Passa-se a gerir o risco a todo tempo, sem que essa condição elimine as incertezas, gerando ao revés outras. O risco passou a ser um elemento de centralidade na organização da vida social, a ser tratado pelo Estado, não apenas em assuntos ambientais, mas a alcançar diversos aspectos, como a gestão do sistema financeiro, da saúde pública, da inovação tecnológica, dentre outros (GIORGI, 1998)<sup>91</sup>.

Esse modelo lida com uma situação de esgotamento de recursos, buscando-se geri-los em um quadro de riscos. Porém, como se realiza essa gestão dos recursos ambientais em face da perspectiva de grupos que são diferentes, eis a questão. Sobretudo em uma sociedade como a brasileira, na qual o texto constitucional reconheceu expressamente a pluralidade de grupos sociais, para em seguida proteger essa diversidade.

Nesse contexto, o conceito de justiça é objeto da disputa discursiva através de embates no espaço político de uma sociedade democrática, na qual o interesse público é sempre alvo de divergências, sem a possibilidade de se encontrar um consenso permanente: “o interesse público é sempre matéria de discussão e nunca pode ser alcançado um acordo final; imaginar tal situação é sonhar com uma sociedade sem política.” (MOUFFE, 1996, p.72).

O significado da Justiça, que designa simultaneamente os critérios que identificam o justo e as instituições responsáveis pela sua aplicação e decisão de conflitos, denota carga de extensa disputa histórica. De liberais, utilitários e igualitaristas dividem-se perspectivas centradas em valores distintos como liberdade,

---

91 Conforme explica Raffaele di Giogi: “A sociedade moderna é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las. Este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura: a necessidade de se evitar que o desvio se estabilize. Digamos que é a necessidade de evitar aquela normalidade que conhecemos quando a razão está em sintonia com o tempo. Esta normalidade de grau inferior produz insegurança. Naturalmente, na medida em que cresce a certeza de que as indeterminações que entram novamente na esfera desta segunda normalidade, podem ser imputadas às decisões, à procura de outras decisões.” (GIORGI, 1998, p.191-192).

utilidade (maximização da felicidade) ou ainda igualdade, vetores axiológicos não necessariamente excludentes, mas nos quais preponderam ênfases distintas sobre a forma de distribuir bens e direitos.

A esse respeito, as análises principais dos modelos de justiça atualmente se centram a partir das análises de John Rawls, de matriz contratual. Este defende um modelo de justiça como equidade, no qual, em uma sociedade bem-ordenada<sup>92</sup>, na qual, apesar de existente uma diferença significativa sobre as doutrinas abrangentes razoáveis defendidas pelos seus integrantes (isto é, suas visões morais, religiosas e filosóficas), sendo elas conflitantes entre si, os seus integrantes aceitam construir um consenso sobre a estrutura básica da sociedade, chamado pelo autor de consenso sobreposto (RAWLS, 2011).

Esse consenso sobreposto permitiria a formação das estruturas básicas da sociedade, mediante o estabelecimento de alguns princípios de justiça que seriam examinados a partir de uma situação hipotética – o véu da ignorância, mediante o qual os cidadãos desconheceriam a sua posição e condição na sociedade, criando-se assim um processo de deliberação desinteressado<sup>93</sup>.

Abdicar-se-ia, pois, através dessa perspectiva, das condições posicionais que são importantes para explicitar o próprio sentido da reivindicação de direitos<sup>94</sup>. Embora o debate desinteressado seja importante, não se pode excluir a existência de interesses sempre vinculados a determinadas posições históricas, políticas e econômicas, os quais irão se manifestar em um debate efetivo, mas não suposto. Essa mesma crítica às posições de Rawls foram lançadas por Amartya Sen (2011), ao afirmar que a defesa de certos direitos somente pode ser realizada se houver em

92 O que caracteriza uma sociedade democrática para John Rawls é a circunstância de que “as pessoas cooperam como cidadãos livres e iguais, e aquilo que sua cooperação torna possível (no caso ideal) é uma estrutura básica justa, com instituições de fundo que realizam princípios de justiça e proporcionam aos cidadãos os meios polivalentes que precisam para atender as suas necessidades como cidadãos”. (RAWLS, 2011, p. 50).

93 “A posição original, com as características que denominei 'véu da ignorância', é esse ponto de vista. A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre os princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas.” (RAWLS, 2011, p. 27).

94 A respeito desse ponto da teoria de John Rawls, Roberto Gargarella explica o seguinte: “Quando Rawls descreve os agentes da 'posição original' como indivíduos que desconhecem os traços básicos de suas biografias, torna-se visível a intuição fundamental da sua proposta. Ela afirma que uma teoria da justiça não merece ser reconhecida como tal se permite que as pessoas sejam beneficiadas ou prejudicadas por circunstâncias alheias a sua vontade – isto é, por circunstâncias alheias a suas próprias escolhas.” (GARGARELLA, 2008 ,p.26).

consideração a posição de origem (o lugar concreto na sociedade), ainda que verificada de uma forma objetiva, para se compreender certos pontos de vista. Não se pode deixar de considerar a vida que as pessoas efetivamente levam - “Boa parte da teoria aqui apresentada está diretamente relacionada com as vidas e as capacidades das pessoas, e as privações e repressões sofridas.” (SEN, 2011, p. 447).

Para Amartya Sen, a perspectiva teórica adotada por John Rawls baseia-se em um transcendentalismo, vez que tem o seu foco voltado para a construção de instituições ideais, ao passo que aquele defende o exame voltado a arranjos sociais que consigam ser efetivamente justos, levando-se em consideração as vidas e capacidades das pessoas (SEN, 2011, p. 31-57). Frisa-se, ainda, a necessidade de verificar que, no mundo em qual se vive, há de se considerar quem é o nosso vizinho, eis que a interligação de culturas exigiria o diálogo, para alargar as visões do homem:

Mas nenhuma teoria da justiça de hoje pode ignorar o mundo inteiro, exceto nosso próprio país, e deixar de levar em conta nossa pervasiva vizinhança no mundo de hoje, ainda que haja tentativas de convencer-nos de que é apenas a nossos vizinhos locais que devemos alguma ajuda para superar a injustiça.(SEN, 2011, p.205-206).

De um lado, essas críticas desde uma perspectiva liberal (como é caso daquela formulada por Sen) evidenciam já a impossibilidade de deixar de lidar com as diferenças concretas verificadas socialmente. De outro viés, é necessário um olhar prescrutador mais forte, uma vez que há formulações de teoria da justiça hoje que focam na ideia de, para além de reconhecer diferenças de capacidades em função das condições de vida, promover o **reconhecimento de uma forma mais ampla**, como é o caso do pensamento de Nancy Fraser (2007).

Fraser esclarece a existência de uma dualidade atual de posições nos argumentos acerca da justiça, oscilando entre a ideia de redistribuição e a de reconhecimento, em um embate teórico a respeito de qual valor teria a preferência na configuração de critérios de justiça:

De algum tempo para cá, as forças da política progressista dividiram-se em dois campos. De um lado, encontram-se os proponentes da “redistribuição”. Apoiando-se em antigas tradições de organizações igualitárias, trabalhistas

e socialistas, atores políticos alinhados a essa orientação buscam uma alocação mais justa de recursos e bens. No outro lado, estão os proponentes do “reconhecimento”. Apoiando-se em novas visões de uma sociedade “amigável às diferenças”, eles procuram um mundo em que a assimilação às normas da maioria ou da cultura dominante não é mais o preço do respeito igualitário. Membros do primeiro campo esperam redistribuir a riqueza dos ricos para os pobres, do Norte para o Sul, e dos proprietários para os trabalhadores. Membros do segundo, ao contrário, buscam o reconhecimento das distintas perspectivas das minorias étnicas, “raciais” e sexuais, bem como a diferença de gênero. (FRASER, 2007, p. 101-102).

Os critérios universais de justiça – inclusive em relação à redistribuição de bens – são assim questionados na sua adequação quanto a esses grupos no interior da sociedade nacional. Não se trata apenas de considerar uma injustiça social fundada na riqueza, mas também na falta de reconhecimento de perspectivas diferenciadas, pontos de vistas diversos a exigir respeito próprio. A esse problema, Nancy Fraser aponta a necessidade de superar essa dualidade de perspectivas, superando-se uma polarização entre elas: “deve-se ampliar o conceito de justiça para incluir distribuição e reconhecimento como duas dimensões mutuamente irreduzíveis.” (FRASER, 2007, p. 136)<sup>95</sup>.

Com efeito, desde uma perspectiva internacional, o potencial emancipatório ou preponderantemente regulatório do Direito face a grupos com culturas diferentes já fora discutido, na tentativa de encontrar um ponto de equilíbrio nessa tensão, exigindo-se a reformulação da forma de lidar com essas diferentes visões. A esse respeito, Boaventura de Souza Santos (1997) apontou para a necessidade de se construir uma hermenêutica com a capacidade de interpretar essas diferentes perspectivas quanto aos direitos, em um quadro de tensão entre um propósito de mera regulação de povos diferentes através dos direitos humanos ou pelo contrário, um sentido emancipador para o seu teor em uma perspectiva intercultural:

---

95 Para essa finalidade, a autora aponta o seguinte caminho teórico: É possível, ao contrário, construir um modelo abrangente em que se pode acomodar ambos, seguindo o caminho perseguido aqui. Primeiro, deve-se construir o reconhecimento como uma questão de justiça, em oposição à “boa vida”. Isso, por sua vez, requer a substituição do modelo padrão de reconhecimento da identidade pelo modelo alternativo, o modelo de status, esboçado aqui. Em seguida, deve-se ampliar o conceito de justiça para incluir distribuição e reconhecimento como duas dimensões mutuamente irreduzíveis. Isso envolve colocar ambas as dimensões sob a norma deontológica da paridade participativa. Finalmente, depois de reconhecer que a justiça pode, em alguns casos, exigir o reconhecimento das particularidades acima e além da humanidade comum, deve-se submeter as reivindicações por reconhecimento ao padrão de justificação da paridade participativa. (FRASER, 2007, p. 136).

[...] uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (SANTOS, 1997, p.122).

Quer dizer: as demandas por justiça não se direcionam apenas em uma perspectiva social ou econômica, mas também visam ao reconhecimento (étnico, geracional, de gênero etc). Nesse contexto, a capacidade estatal de oferecer tratamento efetivamente igualitário através do sistema de instituições do sistema de justiça torna-se controversa em face desses diferentes grupos étnicos, os quais possuem uma concepção axiológica (no todo ou em parte) diferenciada de si e da sociedade envolvente.

Eis a questão: o Estado Brasileiro teria condições de, mediante as instituições do sistema de justiça, ser realmente garantidor de direitos diferenciados ou específicos de determinados grupos étnicos, como existe com a atual Constituição? Ou, pelo contrário, essas mesmas instituições funcionariam como um mecanismo de pilhagem institucionalizada, afastando-se materialmente das promessas de um Estado de Direito (MATTEI e NADER, 2013)?

A pluralidade social foi incorporada pelo Direito Brasileiro de forma a reconhecer a pluralidade de grupos étnicos, enquanto integrantes do patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da CF). Reconheceu-se a diferença. Em alguns casos (como os indígenas e remanescentes de quilombos), garantiram-se direitos às terras tradicionalmente ocupadas, bem como à consulta adequada. Essa foi a linha geral do constituinte de então, pretendendo a expressão de um Estado marcado pelo multiculturalismo através da proteção dos direitos culturais no art. 215 e 216 da Constituição.

É preciso entender essas afirmações da Constituição de 1988 a partir do seu processo constituinte específico com todas as vicissitudes decorrentes da sua edição posterior ao regime militar iniciado em 1964 e os embates políticos que irromperam na sociedade da época; mas, ao lado do contexto nacional dos tempos da promulgação, o qual levou à inscrição dos direitos de um certo modo, é necessário verificar atualmente que as políticas de reconhecimento são parte de um

cenário mais amplo em outros países, seja para afirmar direitos de determinados grupos seja para restringi-los<sup>96</sup>.

Desde a situação do Brasil na América do Sul, diferentes direitos têm se articulado em prol de grupos que se reconhecem de forma distinta e assim passam a ser vistos pelos Estados – Equador, Peru e Bolívia têm experimentado projetos constitucionais diferentes. Malgrado não se possa dizer que há uma linha de convergência desses países e do Brasil nos seus textos constitucionais, elaborados em diferentes momentos e com marcas sociais e populacionais internas distintas, é possível verificar-se que novos direitos têm se constituído em ruptura à percepção de uma homogeneidade social, em ruptura à ideia de nação unificadora<sup>97</sup>.

Na América do Sul, esse processo está em curso na redefinição contínua dos padrões jurídicos, embora não sob a perspectiva de uma visão de avanço linear. Pelo contrário, trata-se de processos diferenciados entre as realidades dos países, ante a diversidade de movimentos e situações políticas, nas quais se verificam ora a afirmação de novos direitos, ora a tentativa de supressão ou alteração de padrões normativos na Constituição, bem como a discussão sobre a regulamentação de pontos específicos, como o direito à consulta livre, prévia e informada<sup>98</sup>.

A esse propósito, observe-se que se tratou da redefinição de sujeitos de direitos sob a perspectiva dos grupos étnicos e comunidades tradicionais, mediada pelo texto constitucional. Assim, eles têm se tornado os destinatários da titularidade de novos direitos propriamente ditos ou, em outra perspectiva, da releitura de outros já consagrados, como em relação ao ambiente e à propriedade.

---

96 A esse propósito, SHIRAIISHI(2008) assinala que não há uma homogeneidade no puro e simples reconhecimento e garantia de direitos; pelo contrário, em países europeus tem-se verificado políticas de controle à imigração e limitação do acesso ao país por populações não nacionais. Assim, não há uma pura e simples política de aceitação do Outro, mas embates bem variados conforme os contextos regionais e internos aos países.

97 A propósito da superação do conceito de nação e do reconhecimento das diversidades, é importante assinalar que tal discussão não tem alcançado somente os países da América do Sul. Jurgen Habermas (1995), reportando-se especificamente à formação dos estados europeus, também apontou a superação da ideia de estados fundados em uma noção de identidade nacional e a necessidade de forjar uma nova forma de legitimação através da participação em espaços institucionalizados aptos a propiciar uma esfera pública em forte ligação e interação com o respeito à autonomia dos indivíduos, reconhecendo o aspecto da diversidade de grupos étnicos e de concepções de vida.

98 No caso do Brasil, exemplifica essa trajetória não linear as discussões em torno da projeto de emenda constitucional nº215 (PEC 215), transferindo competência para demarcações de terras indígenas do Executivo para o Congresso Nacional. Ou, em outra perspectiva, a tentativa de regulamentação do direito à consulta prévia, que tem suscitado polêmica acerca do seu potencial regulador ou emancipatório.

Conforme acentua Bartolomé Clavero (2011), tratou-se de uma reorientação de visão da comunidade internacional a partir das lutas anticoloniais, desde a ruptura com os padrões iniciais dominantes ligados à manutenção do relacionamento homogeneizador com as antigas colônias recém-emancipadas posteriormente à Segunda Guerra Mundial até a percepção da multiplicidade histórica no interior dos diversos países, ressaltada em 2007 pela Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, ao reconhecer o direito à autodeterminação dos povos indígenas.

Para uma leitura adequada desses novos direitos, Joaquim Herrera Flores(2000, p. 67) por sua vez pretende o que chama de uma visão complexa dos direitos humanos, que permita vê-los a partir de múltiplas visões, todas elas contextualizadas e situadas. Assim, ele propõe que a realidade dos direitos humanos seja pensada considerando eixos semânticos (com a compreensão de ideias, posições, espaço, valores, narrações e instituições envolvidas) e pragmático (incluindo na análise as forças produtivas, disposições, desenvolvimento, práticas sociais, a temporalidade-historicidade, bem como as relações sociais de produção, de gênero e as técnicas). A sua pretensão seria ter uma noção de situação histórica dos direitos em questão, de forma que eles não se tornassem elemento de regulação, mas emancipação em uma perspectiva intercultural. Para Joaquim Herrera “os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito da reprodução e manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e reivindicação.” (FLORES, 2000, p. 78).

Esse movimento de abertura por direitos ao reconhecimento de grupos étnicos traduziu-se de formas diferentes nos países da América do Sul. Embora não limitado a eles, a exemplo das políticas de reconhecimento no Canadá, encontrou-se aqui uma trajetória própria em função da presença copiosa de grupos indígenas e de outras comunidades diferenciadas ao longo da extensão do território nacional, nos quais os pleitos não se limitam à questão agrária. Pelo contrário, a discussão não é adstrita à terra, uma vez que o conjunto de reivindicações apresentadas expressam formas de apropriação dos recursos ambientais (caso das quebradeiras de coco babaçu e dos seringueiros), bem como de manutenção de formas tradicionais de

trabalho e o uso comum de espaços (como ocorre com diversas comunidades remanescentes de quilombos ou 'terras de preto' na região amazônica). Nesse sentido, explica Shiraishi que: “os novos dispositivos legais criados a partir do controle exercido pelos movimentos sociais determinaram de certa forma, a ampliação e abertura do ordenamento ou sistema jurídico até então indiferente aos direitos desses grupos.”(2009, p.153-154).

Nos casos que foram examinados, não seria possível compreender que perspectiva teórica de justiça e da existência de direitos diferenciados foi acolhida pelo STF na análise das pretensões desses grupos étnicos, pois, em diversos deles, tratou-se de decisões proferidas monocraticamente pelo Presidente do Tribunal, não sendo possível generalizar a um órgão colegiado a expressão de vontade de um dos seus integrantes.

No entanto, embora não seja possível generalizar, afirmando-se que o STF manifeste-se em tal ou qual sentido quanto a uma determinada concepção de justiça, naqueles julgados analisados relativos à Usina Hidrelétrica de Belo Monte (quer dizer, no julgamento da segunda Suspensão de Liminar, pela Min. Ellen Gracie Northfleet) e da Teles Pires (pelo presidente em exercício, Min. Menezes Direito), bem assim no caso da transposição do Rio São Francisco, nos quais foi afastada ou postergada a consulta às comunidades indígenas, é possível verificar na compreensão dos Ministros o entendimento de que haveria necessidades universais de produção e fornecimento de energia ou a solução de um problema como a seca, problemas prioritários face ao reconhecimento da manifestação de grupos étnicos, socialmente minoritários. A consulta a esses grupos foi negada ou postergada.

Observou-se, nos julgamentos estudados, a articulação de um discurso em torno da necessidade de garantia do interesse público, como a satisfação das necessidades gerais, através da implementação de políticas públicas, as quais não poderia o Judiciário valorar. Nesse contexto, o critério de reconhecimento como elemento de justiça não foi tratado diretamente, eis que postergado ou ponderado como de menor valor a consulta às comunidades indígenas e demais grupos étnicos afetados.

Desse modo, observou-se, nos embates pelo direito de dizer o Direito, que as interpretações que favoreciam o reconhecimento desses grupos étnicos, através do

direito de consulta, foram afastadas. Pode-se retomar François Ost, para concluir que prevaleu a ideia de uma natureza-objeto, a ser apropriada ante o discurso da premente necessidade humana.

## 5 CONCLUSÕES

A pesquisa desenvolvida buscou investigar o tratamento conferido pelo Poder Judiciário, especificamente através do STF, aos conflitos judiciais que possuem como seu mérito o controle de licenças ambientais, ou outros atos administrativos pertinentes ao licenciamento ambiental, alegadamente lesivos a grupos étnicos afetados por grandes empreendimentos.

Questionava-se quais seriam os critérios adotados pelos juízes ao decidir, partindo-se da hipótese inicial de que, ao formular seus julgamentos sobre o assunto, notadamente através de mecanismos processuais como a Suspensão de Liminar, deixava-se de discutir o mérito das alegadas violações a direitos, para centrar-se na avaliação da importância político-administrativa e político-econômica desses empreendimentos, em um exame que assume contornos muito mais políticos que propriamente jurídico-constitucionais, sem se desconhecer propriamente que o Direito não se constitui em um campo isolado do político ou econômico.

Para essa investigação, iniciou-se o trabalho a analisar o processo de construção jurídica da natureza, verificando-o como um encadeamento de fenômenos distintos de regulação da natureza, a partir de diferentes perspectivas históricas de relação do homem e dos recursos ambientais. A natureza é, pois, construída não apenas socialmente, mas através do Direito, que lhe concede contornos através dos discursos jurídicos que estabelecem sobre ela, a partir de diferentes instrumentos normativos, submetidos a disputas interpretativas, através das falas dos seus juristas.

Nesse contexto, analisou-se a construção histórica do ordenamento jurídico brasileiro sobre o ambiente. Verificou-se diferentes perspectivas regulatórias, desde uma perspectiva preponderante de apropriação dos bens ambientais como objeto ou coisa disponível, notadamente anteriormente à Constituição de 1988, até uma outra, posterior, na qual se reconhece atributos relacionados à definição de um direito ao ambiente, qualificado no Brasil com os adjetivos de “sadio e ecologicamente equilibrado”.

Contudo, essa definição jurídica do ambiente segue um movimento processual, pois se trata de um fluxo (com marchas e contramarchas) de

redefinições através de instrumentos normativos que são reeditados, ditando-se não uma visão harmônica e convergente do que ele é, mas uma permanente tensão entre perspectivas diversas, exemplificando-a através dos embates em torno da Lei nº 12.651/2012 (o Novo Código Florestal) e da Lei Complementar nº 140/2012 (divisão de competências em matéria ambiental), a ilustrar a reedição de uma postura de apropriação da natureza como objeto, face a outros instrumentos que a concebem reconhecendo proteção aos seus atributos *per si*, como é o caso da Lei nº 9.605/1998. Da mesma forma, controverte-se sobre as interpretações possíveis desses dispositivos normativos e sobre o sentido do art. 225 da CF88.

Marca-se, pois, uma situação de tensão, no qual a natureza não está mais à margem da Lei, porquanto esta é um instrumento de definição de sentidos possíveis ao ambiente, em torno da qual os atores políticos digladiam-se na sua interpretação, com a conseqüente definição de significados e interesses protegidos. Disputa-se o direito de dizer o direito sobre a natureza.

Ademais, verificou-se que essa disputa não se dá apenas entre diversos grupos sociais ou econômicos, uma vez que existem diferenças mais marcantes na sociedade brasileira, a qual foi reconhecida a partir da Constituição de 1988 – o pluralismo dos grupos formadores do Brasil, inclusive mediante a atribuição de direitos culturais, incidentes sobre os seus modos de criar, fazer e viver, no qual a proteção não recai somente a bens materiais, mas sobre sua própria existência.

Nesse contexto, observou-se a presença de alguns desses grupos em uma perspectiva étnica – sujeitos que, coletivamente, se enxergam e são vistos como diferentes, inclusive através de aspectos da sua cultura e formas de organização social. Este último ponto foi acentuado: os grupos étnicos devem ser compreendidos sobretudo a partir desse aspecto, como uma forma efetiva de organização social. Não são, ademais, imutáveis nessa organização ou cultura, bem assim não devem ser vistos como isolados. Pelo contrário, eles se definem especificamente através dessa dimensão relacional com outros, uma alteridade coletiva, na qual a ênfase está nas fronteiras entre os grupos.

Reconheceram-se direitos a esses grupos étnicos na Constituição, fornecendo-se também um arranjo distinto, com instituições voltadas a sua proteção; a extensão desse tratamento diferenciado é objeto de disputas nos espaços

políticos, inclusive mediante iniciativas de revisão constitucional ou legal; além disso, controverte-se a interpretação desses dispositivos legais ou constitucionais protetivos, sendo que a efetividade desse arranjo constitucional depende, em parte, da compreensão do seu caráter específico pelas instituições do sistema de justiça.

Nesse contexto, verificou-se que essa perspectiva diferenciada deveria ainda envolver a proteção ambiental, através dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico, destacando-se o licenciamento ambiental. Contudo, as reclamações quanto a não admissão dessa perspectiva identitária pelos órgãos ambientais tem conduzido a um processo de judicialização, relativamente às licenças expedidas.

Em sendo assim, a construção jurídica do ambiente, a partir da perspectiva de um pluralismo étnico e social, poderia ser investigada através da forma como os órgãos encarregados de dizer o direito efetivamente operam, com seus critérios de classificação e julgamento: mediante esse exame, é possível verificar a dimensão dada por eles à natureza, ou como objeto de apropriação, ou, ao contrário, pensando-a mediante formas diversificadas de uso e respeito *per si*, em uma situação de tensão permanente.

Diante dessa assertiva, pôde-se investigar como os juízes operam efetivamente ao julgar a relação entre os usos do ambiente e o reconhecimento da existência de identidades étnicas diferenciadas, mediante os casos levados à decisão do STF, relativamente ao licenciamento ambiental de duas Usinas Hidrelétricas, Belo Monte e Teles Pires, além da transposição do rio São Francisco.

Dos casos analisados, foi possível constatar dois pontos reiteradamente observados – um, processual, ligado ao uso reiterado da Suspensão de Liminar, como instrumento que conduz essas causas ao STF, suprimindo os debates através dos recursos pertinentes; outro, as discussões centram-se, predominantemente, na existência ou não de violação do interesse público e da ordem administrativa ou econômica em razão de decisões judiciais que, anteriormente, determinaram a suspensão desses empreendimentos.

Esse, pois, passa a ser o principal critério de exame: saber se a decisão que obsta o licenciamento ambiental representa ou não uma grave violação à ordem pública. Não há o exame do mérito do direito material discutido: em geral, o principal ponto é ligado à suposta violação do direito à consulta aos indígenas e outros

grupos étnicos. A sindicabilidade em relação a esse ponto é suprimida em função da avaliação sobre a lesão à ordem pública. Houve uma exceção, relativa a um julgamento de Suspensão de Liminar julgado em 2002 pelo Min. Marco Aurélio, relativamente ao caso da Hidrelétrica Belo Monte; as demais avaliações em Suspensão de Liminar seguiram o mesmo caminho.

Nesse contexto, há avaliações feitas sobre a compatibilidade entre o ambiente e esses grupos, afirmando-se no STF que não ocorre contradição entre as ideias de proteção à natureza e a implantação de projetos de desenvolvimento; contudo, essa avaliação limita-se à afirmação genérica da compatibilidade, sem adentrar no exame do que isso significaria. Frisa-se que eventuais impactos ambientais poderiam ser superados pelo cumprimento de medidas de controle, se adotadas com rigor pelos órgãos ambientais; porém, não se soluciona a questão da consulta, cuja necessidade é, ou afastada ou postergada. Cria-se, de fato, situações consolidadas em relação à implantação desses empreendimentos.

Desse modo, confirmou-se, em sua maior parte, a hipótese inicial. Pelo que se observou, as alegações de violação de direitos a grupos étnicos foram tratadas como uma questão de valor inferior, na balança formada entre eles e a força dos empreendimentos ao interesse público. Contudo, essa afirmativa não foi encontrada de forma expressa nas decisões, pois ela é o resultado de uma ponderação efetivada correntemente na apreciação desses casos, nos quais não se nega expressamente nos enunciados o valor da proteção aos grupos étnicos.

Nesses juízos de ponderação, o que é reiteradamente afastado é o direito à consulta aos grupos étnicos. Nega-se a sua opinião sobre empreendimentos que alegadamente os afetam, pois há um interesse superior e comum a todos a ser resguardado.

Assim, ao mesmo passo que a Constituição afirma a pluralidade étnica e social, essa diversidade é afastada nos processos decisórios – a negativa ao direito de consulta equivale à afirmação de uma contradição sobre a implementação do texto constitucional e sua realização pelas instituições do Sistema de Justiça brasileiro

## REFERÊNCIAS

ACSERALD, Henri [et al]. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p.43-81.

\_\_\_\_\_. Amazônia: a dimensão política dos “conhecimentos tradicionais”. In: ACSERALD, Henri (org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Fundação Heirich Böll, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Ideologia da Decadência** – leitura antropológica a uma história da agricultura no Maranhão. Rio de Janeiro: Casa 8 – Fundação Universidade do Amazonas, 2008.

ALMEIDA, Jalcione; FLEURY, Lorena Cândido. A construção da usina hidrelétrica de Belo Monte: conflito ambiental e o dilema do desenvolvimento. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo, v. XVI, n. 4, p. 141-158, out-dez, 2013.

ANDRADE, Maristela de Paula. Quilombolas – novas etnicidades: subsídios para uma discussão. **Ciências Humanas em Revista**. São Luís, V. 4 n.1, p. 50-61, junho, 2006

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AYALA, Patrick de Araújo. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** – introdução à Sociologia do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8, p. 59-86, jan-jun 2012.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade**. 2 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2011. p. 185-227.

BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

BECKER, Howard S. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. 3 ed. São Paulo:

HUCITEC, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman. O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988. In. KISHI, Sandra Akemi Shimada et al. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI** – estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-398.

BELLO FILHO, Ney. **Pressupostos Sociológicos e Dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. 2006. 476 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre. **A quem interessa o controle de constitucionalidade ?** - o descompasso entre teoria e prática da defesa de Direitos Fundamentais. 2014. Disponível em <<http://www.ssrn.com/abstract=2509541>>. Acesso em 15 fev. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective**, in CHAZEL, F e COMMAILLE, J. (org.), Normes juridiques et régulation sociale. Paris: L.G.D.J, 1992. p. 95-99.

\_\_\_\_\_.; WACQUANT, Loïc. Sur les ruses de la raison impérialiste. **Actes de la recherche en sciences sociales**. Paris, n 121 122, p. 109-118, Mar, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sobre o Estado**: cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. **Expansão da Oferta de Energia Elétrica** – acompanhamento das centrais geradoras hidrelétricas. ANEEL: Dezembro de 2014. Disponível em <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/UHE\\_Cronograma\\_Eventos\\_dezembro\\_2014.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/UHE_Cronograma_Eventos_dezembro_2014.pdf)>. Acesso em 02 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Boletim de Acompanhamento da Expansão da Oferta** – Brasília: ANEEL, 2014. Nº 1, de outubro de 2014. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/Boletim%20Expans%C3%A3o%20da%20Oferta%20-%20outubro%202014.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição 2604**, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Brasília: 26 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3573-8/DF**, Rel. Min. Carlos Ayres Brito,

Brasília: 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **SLA 125/PA**, Rel. Min. Ellen Gracie Northfleet, Brasília: 16 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 14404 MC/DF**, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, Brasília: 27 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **SL 722/MT**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Brasília: 26 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ACO 876**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília: 26 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BURSZTYN, Marcel. **Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLAVERO, Bartolomé. **Descolonización, derechos humanos, diversidad de culturas**. In: WILHEMI, Marco Aparicio. **Encantos y desencantos de los derechos humanos**. Barcelona: Icaria editorial, 2011.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a proteção jurídica da floresta Amazônica. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada [et al]. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI –**

estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. p.658-697.

DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6.ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

\_\_\_\_\_. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DESCARTES, René. **Discours de la méthode**. Paris: Gallimard, 2009

DESLAURIERS, Jean-Pierre, KERISIT, Michèle. O delineamento da pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 127-153.

DRIMOULIS, Dimitri [et al.]. **Resiliência Constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP**. São Paulo, n 17, p.14-29, 1993.

\_\_\_\_\_. **Os donos do Poder** – formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In SALLES, Carlos Alberto de. **Processo Civil e Interesse Público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-90.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1998.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**. São Paulo, nº 70, 2007, p.101-138 .

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: editora universitária São Francisco, 2012.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls** – um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GIORGI, Raffaele di. **Direito, Democracia e Risco** – vínculos com o futuro. Porto

Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da globalização. **Novos Estudos**, São Paulo, CEBRAP, n. 43, p 87-101, nov.1995.

HALL, Stuart. **Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001

HERRERA FLORES, Joaquim. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: **El Vuelo de Anteo**. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000. p. 19-78.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.363-385.

LIANG WANG, Daniel Wei. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4,p. 539-568, jul-dez. 2008.

LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de “ambientalização dos conflitos e sobre dilemas de participação. **Horizonte Antropológico** [on line]. Porto Alegre. 2006, v.12, n.25, p. 31-64.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Legislação Florestal e Competência e Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAIA, Leonardo Castro; CAPPELLI, Silvia; PONTES JÚNIOR, Felício (Org.) **Hidrelétricas e atuação do Ministério Público na América Latina**. Porto Alegre: Letra & Vida, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos** – conceito e legitimação para agir. 4 ed. São Paulo, revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito**: conceito, objeto e método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In: **Novos Estudos**, Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, nº 58, nov. 2000. p. 183-202.

MOUFFE, Chantal. Rawls: filosofia política sem política. In: **O regresso do Político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Vinte Anos da Constituição**: reconstruções, perspectivas e desafios. 2008 [conferência de abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008]. Disponível em < > Acesso em 19 de fevereiro de 2015.

NASSAR, Paulo André. Construção do compromisso maximizador: análise do processo constituinte e das características da Constituição de 1988. In: DRIMOULIS, Dimitri [et al]. **Resiliência Constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 25-34.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Os quilombos e as práticas profissionais dos antropólogos. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org). **Quilombos**: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p.13-42.

\_\_\_\_\_. **O papel social do antropólogo** – aplicação do fazer antropológico e do conhecimento disciplinar nos debates públicos do Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: E-papers, 2010.

OST, François. **A natureza à margem da Lei** – a Ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade**. 2 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2011.

PRIEUR, Michel. Mondialisation et Droit de L'Environnement. In: **Meio Ambiente** – palestras proferidas nas três edições do Seminário Internacional de Direito Ambiental, promovidas pela Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2004. p.23-30.

PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. A Questão Ambiental no Direito Brasileiro. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada et al. **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI** – estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. p.472-517.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Paolo. **Os filósofos e as máquinas**. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

SACHS, Wolfgang. **Dicionário do desenvolvimento**: guia para o conhecimento como poder. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 3 ed. São Paulo: Cortês, 1997.

\_\_\_\_\_. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: **Lua Nova**. São Paulo, nº 39, 1997, p. 105-124.

SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição**: a ADI 3.239 e a constitucionalidade do Decreto nº 4.887 2003. 2008. Disponível em <[6ccr.mpf.mp.br/.../territoriosquilombolas](http://6ccr.mpf.mp.br/.../territoriosquilombolas)> Acesso em 17 de fevereiro de 2015.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Inventário de Leis, Decretos e Regulamentos de Terras do Maranhão**. Belém: NAEA/Supercoros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direitos dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2008.

\_\_\_\_\_. “Novo” Direito e “novos” movimentos sociais. In: **Jangwa Pana**. Santa Marta, n. 08, 2009, p. 143-155.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TULLY, James. **Une étrange multiplicité – Le constitutionnalisme à une époque de diversité**. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 1999.

WAGLEY, Charles. **Uma comunidade amazônica**: o estudo do homem nos trópicos. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Tradução de Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.93-157.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – fundamentos da Sociologia Compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. Vol. 01.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade. **Revista Sequência**. Florianópolis, v.28, n. 54, jul. 2007, p. 95-106.