DIREITO AMBIENTAL E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Organização
Albenir Querubini
Alexandre Burmann
Paulo de Bessa Antunes

DIREITO AMBIENTAL E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1ª Edição
Londrina/PR
2018

THOTH
EDITORA

© Os autores e © Direitos de Publicação Editora Thoth. Londrina/PR.
www.editorathoth.com.br
contato@editorathoth.com.br
Diagramação e Capa: Editora Thoth e Nabil Slaibi
Revisão: os autores
Editor chefe: Bruno Fuga

Conselho Editorial

Prof. Me. Bruno Augusto Sampaio Fuga
Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior
Prof. Me. Thiago Moreira de Souza Sabião
Prof. Me. Tiago Brene Oliveira
Prof. Dr. Zulmar Fachin
Prof. Me. Anderson de Azevedo
Prof. Me. Ivan Martins Tristão
Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
Profª. Dr. Deise Marcelino da Silva
Prof. Me. Erli Henrique Garcia
Prof. Me. Smith Robert Barreni
Profª. Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza
Prof. Me. Thiago Ribeiro de Carvalho
Prof. Me. Flávio Crocce Caetano
Profª. Me. Marion Bach
Prof. Me. Thiago Caversan Antunes
Prof. Dr. Celso Leopoldo Pagnan
Prof. Dr. Fábio Fernandes Neves Benfatti
Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia
Esp. Rafaela Ghacham Desiderato
Profª. Dr. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador
Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues
Prof. Dr. Fábio Ricardo R. Brasilino
Me. Aniele Pissinati
Prof. Dr. Gonçalo De Mello Bandeira (Portugal)
Prof. Me. Arhtur Bezerra de Souza Junior
Prof. Me. Henrico Cesar Tamiozzo
Profª. Dra. Amini Haddad Campos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988/ organizadores Albenir Itaboraí Querubini Gonçalves, Alexandre Burmann, Paulo de Bessa Antunes. – Londrina, PR: Thoth, 2018.
544 p.

Inclui bibliografias.
ISBN 978-85-94116-25-3.

1. Brasil [Constituição (1988)]. 2. Direito ambiental. I. Gonçalves, Albenir Itaboraí Querubini. II. Burmann, Alexandre. III. Antunes, Paulo de Bessa.

CDD 344.046

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária Rafaela Ghacham Desiderato
CRB 14/1437

Índices para catálogo sistemático
1.Direito ambiental : 344.046

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização.
Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu autor.

ORGANIZADORES

ALBENIR QUERUBINI

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFSM). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS) e Mestre em Direito (UFRGS). Professor nas Pós-graduações do I-UMA, UniRitter e Faculdade IDC. Membro da União Mundial dos Agraristas Universitário (UMAU) e Vice-Presidente da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU).

ALEXANDRE BURMANN

Advogado. Especialista em Direito Ambiental (PUCRS) e Mestre em Avaliação de Impactos Ambientais (UNILASALLE/RS). Professor em cursos de qualificação e pós-graduação. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Diretor na Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial (AGAAE).

PAULO DE BESSA ANTUNES

Advogado. Mestre em Direito (PUCRJ) e Doutorado em Direito (UERJ). Foi Procurador Regional da República – Ministério Público Federal por trinta anos, presidente da Comissão Permanente de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros e chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro.

AUTORES

ADRIANO NASCIMENTO MANETA

Advogado e engenheiro civil. Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental – Copam/MG, do Conselho Consultivo da APA Sul da Região Metropolitana de BH. Membro do Codema de Nova Lima/MG e do Conselho do Mosaico de UCs de Nova Lima/MG. Membro da Comissão de Direito do Agronegócio da OAB/MG. Vice-presidente da CMI/SECOVI-MG.

ALBENIR QUERUBINI

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFSM). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS) e Mestre em Direito (UFRGS). Professor nas Pós-graduações do I-UMA, UniRitter e Faculdade IDC. Membro da União Mundial dos Agraristas Universitário (UMAU) e Vice-Presidente da União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU).

ALEXANDRE BURMANN

Advogado. Especialista em Direito Ambiental (PUCRS) e Mestre em Avaliação de Impactos Ambientais (UNILASALLE/RS). Professor em cursos de qualificação e pós-graduação. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Diretor na Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial (AGAAE).

ALEXANDRE SION

Advogado. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca na Espanha. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal (créditos concluídos). Mestre em Direito Internacional Comercial (LL.M - Universidade da Califórnia). Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (FGV).

ALEXANDRE WALTRICK RATES

Advogado. Presidente do IMA/SC. Pós-graduação em Direito Administrativo Aplicado (Faculdade de Ciências Sociais/SC), em Direito e Gestão Ambiental (Faculdade Anita Garibaldi de Santa Catarina). MBA em Gestão Executiva Internacional (CESUSC/Universidade Lusófona). Mestre em Ciências Jurídicas (UNIVALI).Doutorando em Ciências Jurídicas (UNIVALI).

ANDERSON LUIZ MARTINS DE MOURA

Advogado. Especialista em Direito Ambiental (PUC-SP). Mestre em Direito Ambiental (PUC-SP).

ANNY VIANA FALCÃO

Advogada e consultora jurídica. Mestranda em Ciências Jurídicas (UFPB - bolsa CNPq) e especialista em Direito Urbanístico e Ambiental (PUC/MG).

AUGUSTO BERCHT

Advogado, tendo cursado um ano da graduação na Universidade de Heidelberg (Alemanha).

CECÍLIA BICALHO FERNANDES

Advogada especializada em Direito Ambiental. Especialista e mestre em Direito Ambiental (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal).

CRISTIANE JACCOUD

Advogada e Engenheira Florestal. Pós-doutoranda em Ciências Ambientais (UFF). Doutora em Planejamento Ambiental (COPPE/PPE Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Especialista em Direito Ambiental pela (PUC-Rio). Membro do Fórum Permanente de Direito Ambiental EMERJ/TJRJ. Professora em cursos de graduação e pós-graduação.

ÉDIS MILARÉ

Procurador de Justiça aposentado. Primeiro coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente e Secretário do Meio Ambiente do Estado

de São Paulo. Doutor e mestre em Direitos Difusos e Coletivos (PUC-SP), professor de Direito Ambiental, advogado e consultor jurídico.

EDUARDO FORTUNATO BIM

Procurador Federal junto ao Ibama, doutorando em Direito do Estado (USP) e mestre em Direito (UNIMEP).

FABIANA FIGUEIRÓ

Advogada. Mestre em Direito Ambiental (UCS/RS). Especialista em Direito Ambiental (PUCRS) e em Direito Criminal (IDC/RS). Conselheira do Conselho de Meio Ambiente da Federação Das Indústrias do Rio Grande Do Sul. Diretora da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental (ABES/RS).

FABRICIO ROBERTO TONIETTO CARVALHO

Advogado e Consultor Jurídico. Pós-graduado em Direito Contemporâneo – com ênfase para o Direito Ambiental (Universidade do Contestado). Pós-Graduado em Direito e Gestão Ambiental (CESUSC). Presidente da Comissão do Meio Ambiente da OAB/SC, Subseção de Campos Novos/SC.

FABRICIO SOLER

Advogado. Mestre em Direito Ambiental (PUC), MBA Executivo em Infraestrutura (FGV), Especialista em Gestão Ambiental (USP) e Pós-graduado em Gestão e Negócios do Setor Energético (USP). Professor de cursos de pós-graduação. Conselheiro de Meio Ambiente da FIESP. Presidente da Comissão de Direito da Energia da OAB/SP.

FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS

Advogada. Pós-doutora em Direito Ambiental (UFSC). Doutora em Direito (UFSC). Estágio de Doutoramento Sanduiche pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado em Direito Público (PUCRS). Professora adjunta da PUCRS. Professora do Mestrado em Direito UNILASALLE. Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS.

GEORGES HUMBERT

Advogado e professor universitário, Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP). Extensão em Políticas do Solo Urbano - Lincoln Institute of Land Policy (Cambridge-EUA). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.

GUILHERME DALLACOSTA

Advogado. Pós–graduado em Direito Ambiental e Urbanístico (PUC-Minas). Pós-graduado em Gestão Normativa de Recursos Hídrico (Universidade Federal de Campina Grande – UFCG/PB).

JEAN MARC SASSON

Advogado, Especialista em Direito Ambiental (PUC/RJ) e Mestre em Engenharia Ambiental e Urbana (PUC/RJ e Technische Universität Braunschweig). Professor em cursos de qualificação e pós graduação.

JHENNE CELLY PIMENTEL DE BRITO

Advogada. Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

LELAYNE THAYSE FLAUSINO

Advogada. Pós-graduada em Direito Ambiental e Magistério Superior (UNIVALI). Experiência na área pública, inclusive com estágio e assessoria voluntária à Procuradoria Geral Federal do IBAMA.

LEONARDO PEREIRA LAMEGO

Advogado. Mestre em Direito Ambiental Internacional (George Washington University - GWU) e Especialista em Regime Jurídico dos Recursos Minerários (Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC). Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG. Professor em cursos pós graduação em direito ambiental.

LUCIANA GIL FERREIRA

Advogada, Especialista em Direito Ambiental (PUC/SP). Colaboradora da Comissão de Meio Ambiente da OAB/RJ. Acumula experiência na área ambiental prestando consultoria jurídica ambiental especializada

nos diversos segmentos de infraestrutura em geral, como energia, telecomunicação, rodovias, óleo e gás, entre outras.

LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL

Procuradora do Município de Fortaleza, professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), doutora em Direito Constitucional (UNIFOR) e autora do livro "Competências constitucionais dos municípios para legislar sobre meio ambiente: a efetividade das normas ambientais".

LUIS ANTONIO MONTEIRO DE BRITO

Advogado. Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (UFPA). Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade (PUC/SP). Coordenador-assistente da especialização em Direito Ambiental do CESUPA e professor de Direito Ambiental e de Direito Agrário na graduação em Direito da FAMAZ/PA.

LUISA FALKENBERG

Advogada. Pós-Graduada pela University of Wisconsin/ USA com o título de Master of Science in Legal Institutions. Especializada em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS). Professora de cursos de Graduação e de Pós-graduação. Conselheira do CODEMA/FIERGS e Representante da FIERGS na Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos do CONSEMA/RS.

MARCELO TOBIAS DA SILVA AZEVEDO

Advogado, Especialista em Gestão do Ambiente e Sustentabilidade (FGV) e Mestrando em Direito Público (PUC/MG). Coordenador do curso de Pós-graduação de Direito da Mineração no CEDIN/MG. Professor em curso de graduação e pós graduação. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Minerário e membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

MÁRCIO MAZZARO

Advogado especialista em Direito Ambiental (FGV), Pós-graduado em Processo Civil e Penal. Procurador Estatal da CONAB. Gerente de Projetos no Ministério das Cidades, Conselheiro da Comissão Coordenadora do

Zoneamento Ecológico-Econômico do Terrritório Nacional e do Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro-GI Gerco/SECIRM.

MARCOS ABREU TORRES

Advogado da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e representante do setor produtivo no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Especialista em Direito Ambiental (PUC/SP) e Mestre em Constituição e Sociedade (IDP). Autor do livro "Conflitos de normas ambientais na federação".

PEDRO PUTTINI MENDES

Advogado e consultor jurídico. Mestrando em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Professor de Direito Agrário, Ambiental e Políticas Públicas, em Pós-Graduação e Curta Duração no IPOG - Instituto de Graduação e Pós-graduação, no Curso Técnico em Agronegócio do Senar/MS. Coordenador de Cursos de Extensão em Direito Aplicado ao Agronegócio. Autor de diversas publicações na área.

THIAGO RODRIGUES CAVALCANTI

Advogado. Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental – Copam/MG, do Conselho Consultivo da APA Sul da Região Metropolitana de BH e do Comitê da Reserva da Biosfera da Serra do Espinhaço. Membro da Comissão de Direito do Agronegócio da OAB/MG. Professor. Coordenador do Núcleo Jurídico da Gerência de Meio Ambiente da FIEMG.

MARGARETH MICHELS BILHALVA

Advogada, Mestre em Direito Público (UNISINOS/RS). Especialista em Direito Internacional e Nacional Ambiental (UFRGS/RS), Especialista em Direito Ambiental (PUC/RJ). MBA na FGV em Direito da Empresa e Economia. Professora em cursos de Pós-graduação. Consultora e Advogada Master na área de Direito Ambiental da PETROBRAS.

PATRÍCIA MENDANHA DIAS

Advogada. Especialista em Direito Processual (PUC/MG). Aperfeiçoamento em Direito Minerário e em Direito Ambiental pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN).

PAULO DE BESSA ANTUNES

Advogado. Mestre em Direito (PUCRJ) e Doutorado em Direito (UERJ). Foi Procurador Regional da República – Ministério Público Federal por trinta anos, presidente da Comissão Permanente de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros e chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro.

PEDRO CAMPANY

Advogado, Especialista em Direito Ambiental (FGV/RJ) e Mestre em Direito da Cidade (UERJ). Professor em cursos de qualificação e pós graduação. Advogado Especialista Ambiental em holding multinacional e com experiência nos setores elétrico, alimentício e petrolífero.

TIAGO ANDRADE LIMA

Advogado, Especialista em Direito Urbanístico e Ambiental (FASNE), Mestre em Tecnologia Ambiental (ITEP), Presidente do Comitê de Sustentabilidade da AMCHAM – Recife, Vice-Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE.

RAFAELA AIEX PARRA

Advogada. Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná – EMAP). MBA em Gestão Estratégica de Empresas (Instituto Superior de Administração e Economia – FGV). Mestranda em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina – UEL). Vice-coordenadora da Comissão de Direito Agrário e Agronegócio da OAB Londrina.

RENATO MARTINS SILVA

Advogado. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral (PUC-MINAS). Exercente das atividades notariais e registrais desde o ano de 1988, tendo sido delegatário nos Estados de Minas Gerais, Sergipe, São Paulo e Santa Catarina.

RICARDO CARNEIRO

Advogado especializado em direito ambiental. Especialista e mestre em Direito Econômico (UFMG). Professor de Direito Ambiental no Centro de Atualização em Direito – CAD, na Faculdade de Direito Milton

Campos e no Centro Universitária UNA. Integrante da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG

RITA MARIA BORGES FRANCO

Advogada, Professora de Direito Ambiental, Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais (PUC/SP).

ROMEU THOMÉ

Advogado. Pós-doutor em Direito pela Université Laval, Canadá. Doutor em Direito pela PUC/MG. Mestre em Direito pela UFMG. Professor do Mestrado em Direito Ambiental da Escola Superior Dom Helder Câmara.

SIMONE NUNES FERREIRA

Advogada. Graduada em Ciência Política (UNB). Pós-graduada em Relações Internacionais (UNB). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB).

TALDEN FARIAS

Advogado, Consultor Jurídico e Professor da UFPB. Doutor em Direito (UERJ), Doutor em Recursos Naturais (UFCG) e Mestre Em Ciências Jurídicas (UFPB).

WERNER GRAU NETO

Advogado. Doutor em Direito Tributário Ambiental (USP). Mestre em Direito Ambiental Internacional (USP). Membro da Subcomissão de Mudança do Clima da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP. Coordenador do GT de Defesa Animal e Saúde Pública da Comissão de Meio Ambiente da OAB/SP.

APRESENTAÇÃO

O DESAFIO DA ADVOCACIA AMBIENTAL

Paulo de Bessa Antunes

Este texto tem por objetivo apresentar o livro "Direito Ambiental e os 30 anos da Constituição Federal" que foi produzido pelos advogados integrantes da União Brasileira da Advocacia Ambiental - UBAA, associação que tenho a honra de servir como Presidente desde a sua fundação em 2016. O trabalho reveste-se de importância transcendental, na medida em que, boa parte da doutrina nacional tem sido produzida por magistrados e membros do Ministério Público, com escassa participação dos advogados privados e públicos. Assim, a obra tem a importante missão de apresentar a palavra aqueles que diuturnamente, buscam estabelecer um equilíbrio entre as diversas partes envolvidas nos mais diferentes conflitos ambientais. Com efeito, nem sempre a nobre tarefa de proteção ao meio ambiente e entendida como algo que, necessariamente, deve ser compreendido como uma parte fundamental do Estado de Direito Democrático em ação.

Muito se te falado na ecologização ou esverdeamento da Constituição Brasileira, todavia, não com pouca frequencia, há um esquecimento de que o Estado ecológico, ou verde, necessariamente é democrático. Como sabemos, à base da reivindicação de um mundo menos poluído e com menos impactos sobre as populações, está uma bisca de participação democrática de todos, O papel do advogado é precisamente zelar para que todas as garantias processuais e legais sejam asseguradas às diferentes partes de um litígio. Nesta altura, convém relembrar um pouco como o Direito Ambiental foi constituído e os desafios que estão presentes na sua construção diária.

A década de 70 do século passado marca o início do movimento "ecologista" de massas, sobretudo nos países do chamado "primeiro mundo". Em tal "movimento" existiam diversas questões: proteção do meio ambiente contra poluição, sobretudo química; necessidade de

participação política da juventude - draft resisters e; desconforto com valores materialistas exacerbados. 50 anos depois, não se pode desconhecer que tais movimentos foram extremamente relevantes para a alteração do mindset então vigente e criaram um novo movimento civilizatório. Não se esqueça que "Die Grünen" participaram do governo da Alemanha que aprovaram o fim das usinas nucleares em seu país no governo da Frau Merkl.

Em sequência de tais movimentos, a Comissão Brundtland aprovou o relatório "Nosso Futuro Comum" que deu dimensão planetária ao chamado "desenvolvimento sustentável" que, como se sabe, é sujeito a múltiplas interpretações e diferentes apropriações.

O conceito de desenvolvimento sustentável foi uma resposta aos livros tais como "limites do crescimento " e " population bomb" que, a partir de uma visão neomalthusiana sustentavam que a terra não tinha mais condições de crescer economicamente.

O desenvolvimento sustentável, portanto, opunha-se à visão neomalthusiana, estando calcado em alguns pressupostos: (1) situação crítica dos recursos naturais, (2) necessidade de desenvolvimento e (3) sustentabilidade social, com a participação da sociedade na discussão sobre a utilização dos recursos.

Lembre-se que o surgimento do "movimento ambientalista", na década de 70 (séc. XX) foi um movimento que gerou como exemplo externalidade o direito ambiental que foi criado como um "direito contra", pois visava coibir os malefícios de uma industrialização descuidada que só se preocupava com as questões econômicas.

No Brasil, o "direito contra" tem origens em Dayrell (caso da supressão de figueira em Porto Alegre), José Lutzemberger e Chico Mendes que, não sem motivos, foram muito hostilizados, chegando o último a ser assassinado.

Não há, portanto, qualquer possibilidade que, ao se examinar o Direito Ambiental, tais aspectos sejam excluídos a discussão, pois a essência deste Direito é a proibição. Evidentemente que uma visão rasteira e pouco estudada, confunde a ideia de proibição com "restrição" às atividades econômicas. Tal visão é, certamente, majoritária entre os setores ultrapassados da economia que pensam ser possível fazer negócio no século XXI como se fazia no século XIX.

Não é por acaso que os setores mais dinâmicos da economia mundial incorporam a proteção ambiental em seus modelos de negócio:

respeito aos direitos humanos, participação cidadã, etc... são componentes inafastáveis das questões ambientais.

A advocacia ambiental vive determinados paradoxos que muitas vezes levam o profissional a não entender o seu papel. A correta aplicação a lei ambiental, necessariamente, passa pela compreensão dos pressupostos teóricos e práticos acima descritos. A normatividade seca do século XIX é incapaz de compreender a dinâmica própria do direito ambiental. A reação simples e, portanto, errada para tal questão é, não raras vezes, o desejo de uma "volta para o passado" e lamentações ao redor da aplicação concreta da norma jurídica. Há, portanto, aqui um sentimento "reacionário " que imagina um "passado jurídico" que nunca existiu. Veja-se que todo momento de transição implica, dentre outras coisas, em conflito de modelos jurídicos.

A incompreensão - e o despreparo teórico - é de tal monta que a discussão sobre os modelos teóricos colocados pelo "ambientalismo", volta-se para a guerra fria, como se fosse possível a comunidade Saramaka ser "comunista" ou "socialista", modelos que tem a mesma origem do capitalismo.

A capacidade de compreender tais questões e incorporá-las na prática diária da advocacia ambiental é o grande desafio. Especialmente de praticar o direito ambiental de forma contemporânea e sem levá-lo para um passado no qual, aliás, ele não existia. A União Brasileira da Advocacia Ambiental – UBAA, espera colaborar no entendimento correto e contemporâneo do direito ambiental brasileiro.

Tenho a certeza que a obra ora apresentada será uma relevante contribuição para o debate legal sobre a proteção do meio ambiente na Brasil. Desejo que todos possam tirar o melhor proveito dos artigos presente no livro e, por fim, parabenizar aos autores pelo esforço e dedicação que tornou possível a coletânea ora apresentada.

SUMÁRIO

ORGANIZADORES 5

AUTORES 7

APRESENTAÇÃO 15

O DESAFIO DA ADVOCACIA AMBIENTAL 15

CAPÍTULO 1
Alexandre Waltrick Rates
Guilherme Dallacosta
O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS – UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGISLAÇÃO APLICADA . 33
Introdução 33
1 Repartição constitucional de competências em matéria ambiental 34
1.1 Competência legislativa 35
1.2 Competência material 37
2 O licenciamento ambiental como nítido instrumento de comando e controle com vistas à prevenção e reparação de danos ambientais nos municípios 39
2.1 Órgão ambiental competente e órgão ambiental capacitado 40
3 Os consórcios públicos como entes licenciadores em matéria ambiental 41
4 Possíveis divergências na formatação e na operacionalização dos consórcios públicos municipais em face do licenciamento ambiental 46
Considerações finais 48

Referências 49

CAPÍTULO 2
Anderson Luiz Martins de Moura
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO POLUIDOR INDIRETO: REFLEXÕES E TENDÊNCIAS 53
Introdução 53
1 Requisitos legais da responsabilidade civil ambiental – uma visão normativa 54
2 Definição de poluidor indireto 56
3 Limites legais da responsabilização do poluidor indireto – análise dos requisitos de responsabilização postos pela lei 6.938/81
3.1 Requisito 1 – Violação de um dever: 59
3.2 Requisito 2 – Nexo causal 60
3.3 Requisito 3 – Hipótese de incidência geral: Transgressão de regra que imponha medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos 60
3.4 Requisito 4 – Hipótese de incidência específica: Dar causa ao evento danoso 61
4 Validação do conceito pelo superior tribunal de justiça 62
5 Expectativas e tendências
5.1 Evolução legislativa 65
5.2 Evolução jurisprudencial 67
Considerações finais 69
Referências 72

CAPÍTULO 3
Cristiane Jaccoud
Alexandre Sion
CERTIDÃO MUNICIPAL DE CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO 75
Introdução 75
1 Contexto sobre a exigibilidade da "certidão de conformidade com a legislação de uso e ocupação do solo" no âmbito do licenciamento ambiental 76
2 Natureza jurídica 78
3 Problemática da "certidão de conformidade com a legislação

de uso e ocupação do solo" no âmbito do licenciamento ambiental 81
3.1 Inexistência de legislação municipal aplicável ao uso e ocupação do solo e presunção de conformidade do empreendimento 82
3.2 Condicionamento a estudos ou exigência de medidas compensatórias para emissão 85
3.3 Omissão do Município em tempo razoável..... 90
3.4 Aferição da conformidade do local e do empreendimento ou atividade pelo órgão ambiental licenciador 93
Conclusão 97
Referências 99

CAPÍTULO 4
Édis Milaré
BASE PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO COLETIVO101
1 Autonomia do processo coletivo..... 101
2 Princípios fundamentais da tutela coletiva..... 103
2.1 Compreensão dos princípios..... 103
2.2 Princípios em espécie
2.2.1 Princípio do amplo acesso à justiça 104
2.2.2 Princípio da duração razoável do processo 106
2.2.3 Princípio da flexibilidade procedimental 108
2.2.4 Princípio da disponibilidade motivada 108
2.2.5 Princípio da não taxatividade dos direitos tuteláveis .110
2.2.6 Princípio da atipicidade da tutela jurisdicional coletiva.111
2.2.7 Princípio da boa-fé 113
2.2.8 Princípio da eficiência 114
3 Advertência necessária 116

CAPÍTULO 5
Eduardo Fortunato Bim
Alexandre Burmann
OS LIMITES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL ANTE AOS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO..... 119
Introdução..... 119
1 Do processo de desapropriação 120
2 Da não intervenção do órgão ambiental no processo de

desapropriação 127
Considerações finais 129
Referências 130

CAPÍTULO 6
Fabiana Figueiró
Augusto Bercht
A NORMA DA PRECAUÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 131
Introdução 131
1 Um breve histórico da norma da precaução 132
2 A precaução no supremo tribunal federal: julgamentos emblemáticos 134
3 Análise crítica da norma da precaução 137
3.1 A norma da precaução e certeza científica: um excurso 137
3.2 O conteúdo da norma da precaução 140
3.2 Precaução: regra, princípio ou postulado? 143
3.4 Proporcionalidade e Precaução 148
Considerações finais 149
Referências 149

CAPÍTULO 7
Fabricio Roberto Tonietto Carvalho
Renato Martins Silva
CONDOMÍNIOS DE LOTES E ÁREAS VERDES – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL 151
Introdução 151
1 Condomínios de lotes de terreno urbano antes da lei 13.465/17 153
2 Aspectos constitucionais 154
3 Atividade econômica na constituição federal 156
4 Área verde no condomínio de lotes 159
Considerações finais 163
Referências 166

CAPÍTULO 8
Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros
Werner Grau Neto
VEDAÇÃO DE CRUELDADE: UM BREVE OLHAR NA PROTEÇÃO ANIMAL 169
Introdução 169
1 A proteção do animal não-humano como direito e dever fundamental 170
2 Os precedentes do supremo tribunal federal e a vedação de crueldade 184
Considerações finais 191
Referências 191

CAPÍTULO 9
Jean Marc W. Sasson
Georges Humbert
DUE DILIGENCE E O DIAGNÓSTICO DO PASSIVO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS POR LIXÕES 195
Introdução 195
1 Método 198
2 Resultados esperados 205
Conclusões 205
Referências 206

CAPÍTULO 10
Lelayne Thayse Flausino
PENA DE PERDIMENTO ADMINISTRATIVA DE EMBARCAÇÕES PESQUEIRAS COMERCIAIS INDUSTRIAIS: VIOLAÇÃO À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE 209
Introdução 209
1 Diretrizes legais pátrias a respeito da atividade pesqueira .. 210
2 Penalidades aplicadas às embarcações à luz da hermenêutica constitucional 216
3 Precedentes jurisprudenciais sobre proporcionalidade em aplicação de penas administrativas 218
Considerações finais 221

Referências 222

CAPÍTULO 11
Leonardo Pereira Lamego
RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS PELA MINERAÇÃO E GESTÃO AMBIENTAL DO FECHAMENTO DE MINAS 225
Introdução 225
1 Caraterísticas específicas da atividade minerária 228
1.1 Princípio do interesse nacional e caráter de utilidade pública 228
1.2 Rigidez locacional 229
1.3 Limitação temporal – exauribilidade previsível do recurso 230
2 A responsabilidade ambiental e o dever de recuperar as áreas 231
3 Plano de recuperação de áreas degradadas – PRAD 238
4 Plano de fechamento da mina – PFM 241
5 A experiência nos estados – Minas Gerais e Pará 243
Conclusões 247
Referências 248

CAPÍTULO 12
Luciana Gil Ferreira
Patrícia Mendanha Dias
AUTUAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: CRITÉRIOS DE JURIDICIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES 251
Introdução 251
1 Legalidade estrita versus juridicidade 252
2 Potencialidade danosa: necessidade de avaliação da potencialidade de dano na aplicação da penalidade 255
3 Atendimento à finalidade normativa: cogente avaliação sobre o cumprimento do objetivo pretendido pela norma 259
4 Solução tempestiva eficaz: adoção de técnicas eficazes a tempo 261
Considerações Finais 263
Referências 263

CAPÍTULO 13
Lucíola Maria de Aquino Cabral
Marcos Abreu Torres
30 ANOS DE CONFLITOS NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA AMBIENTAL. E CONTANDO 265
Introdução 265
1 Critérios constitucionais para prevenção de conflitos em normas concorrentes 266
2 Causas dos conflitos de normas ambientais concorrentes . 267
3 Não existe corrida para baixo (guerra ambiental) 274
4 Julgados do STF 280
5 Reforma necessária 286
Referências 287

CAPÍTULO 14
Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de Brito
REDISCUTINDO A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO JURÍDICA PARA REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS 293
Introdução 293
1 O que é prescrição? 295
2 A prescrição da pretensão de reparar danos ambientais na visão da doutrina majoritária e da jurisprudência do STJ 300
3 Prescritibilidade e segurança jurídica 305
Conclusão 310
Referências 311

CAPÍTULO 15
Luisa Falkenberg
COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: 30 ANOS DE DEBATES 313
Introdução 313
1 Suporte em decisão do STF 317
2 Referência doutrinária sobre a matéria 320
3 Ausência de regulamentação do artigo 23 da constituição federal 320
4 Lei complementar n. 140/2011 321
4.1 Sobre a inconstitucionalidade na Lei Complementar

n. 140/2011 321
5 Reflexões. Consequências práticas e recomendações para melhoria 323
Referências 325

CAPÍTULO 16
Marcelo Tobias da Silva Azevedo
MINERAÇÃO E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DOS ENTES FEDERADOS 327
Introdução 327
1 A proteção ambiental na constituição de 1988: estado de direito ambiental 328
2 Formação do estado federal a partir do modelo americano 330
2.1 Evolução Do Modelo Federal 333
3 Elementos estruturantes do estado federal 336
4 Repartição de competências no federalismo brasileiro 337
4.1 O Município e o Federalismo Assimétrico Brasileiro 338
5 Mineração e legislação local: conflitos decorrentes da divisão de competência brasileira 341
6 Pela busca de uma pacificação 343
Considerações finais 345
Referências 347

CAPÍTULO 17
Márcio Mazzaro
Simone Nunes Ferreira
A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ACESSO À BIODIVERSIDA-DE 349
Introdução 349
1 Convenção sobre diversidade biológica – Decreto nº 2.519, de 1998 352
2 Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001 353
3 Projeto de lei nº 7.735/2014 355
4 Lei nº 13.123, de 2015 357
4.1 Escopo 357

4.2 Setores Econômicos Regulados 360
4.3 Processo Administrativo 361
4.4 Repartição de Benefícios 362
4.5 Regularização 363
4.6 Relação com os Direitos de Propriedade Intelectual 363
4.7 Regulamentação 364
4.8 Componentes de apoio 364
4.8.1 Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGen. 364
4.8.2 Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado - SisGen 365
4.8.3 Fundo Nacional de Repartição de Benefícios - FNRB 365
4.8.4 Programa Nacional de Repartição de Benefícios - PNRB 366
4.9 Penalidades e Fiscalização 367
4.10 Regras de transição e regularização 368
Conclusão 369
Referências 370

CAPÍTULO 18
Margaret Michels Bilhalva
QUESTÕES PRÁTICAS PARA CELEBRAÇÃO DE TAC E TC EM MATÉRIA AMBIENTAL 371
Introdução 371
1 Prática dos tac e tcs 372
2 Diferentes tipos: tac ou tc 376
3 Medidas compensatórias 379
Conclusão 386
Referências 386

CAPÍTULO 19
Pedro Campany Ferraz
O DESASTRE DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL EM CASOS DE DESASTRES 391
Introdução 391
1 Responsabilidade civil ambiental: características e funções 392
1.1 Função da Responsabilidade Civil Ambiental 394
2 Desastres: natureza jurídica, espécies e seus respectivos da-

nos 396
3 Aplicação da responsabilidade civil ambiental em casos de desastres 397
(I) A limitação patrimonial do agente causador do dano 397
(II) A indefinição dos limites do dano ambiental 398
(III) Impossibilidade de reparação de danos sobre imóveis de terceiros pelo agente causador do dano 399
4 Crítica: para além da responsabilidade civil 400
Conclusão 405
Referências 406

CAPÍTULO 20
Pedro Puttini Mendes
PANTANAL, BIOMA CONSTITUCIONAL 409
Introdução: apresentando o pantanal na constituição federal 409
1 Diagnóstico legal da regulamentação do bioma pantaneiro 413
2 Pantanal e sustentabilidade 419
Considerações Finais 425
Referências 426

CAPÍTULO 21
Ricardo Carneiro
Cecília Bicalho Fernandes
A TEORIA DO FATO CONSUMADO E AS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 613 DO STJ NO DIREITO AMBIENTAL 429
Introdução 429
1 Questões preliminares: o direito adquirido e o princípio da segurança jurídica 431
2 A teoria do fato consumado na jurisprudência do STF e do STJ 438
3 A teoria do fato consumado no direito ambiental: os precedentes da súmula 613 do STJ 442
4 As perspectivas de aplicação da teoria do fato consumado a partir da edição da súmula 613 do STJ 446
Conclusão 453
Referências 454

CAPÍTULO 22
Rita Maria Borges Franco
CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E VINCULAÇÃO NA PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL 457
Introdução 457
1 Considerações sobre vinculação e discricionariedade 459
2 Considerações sobre discricionariedade técnica em matéria ambiental 474
Conclusão: discricionariedade técnica e vinculação na produção do ato administrativo ambiental 477
Referências 479

CAPÍTULO 23
Romeu Thomé
Jhenne Celly Pimentel de Brito
A COMPENSAÇÃO FLORESTAL DE EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 481
Introdução 481
1 A definição de impactos e medidas compensatórias no âmbito do licenciamento ambiental 483
1.1 Definição de impactos 485
1.2 Medidas Compensatórias 489
2 A previsão da lei 20.922, de 16.10.2013, do estado de minas gerais 490
1.1 Modalidades de cumprimento da compensação florestal da atividade minerária 492
3 Compensação como instrumento de gestão associada do planejamento sustentável em matéria ambiental 494
Considerações Finais 496
Referências 496

CAPÍTULO 24
Talden Farias
Anny Viana Falcão
PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO EM RISCO 499

Introdução 499
1 Um conceito em formação: patrimônio cultural edificado 500
2 O construto internacional de disposições preservacionistas em virtude dos conflitos armados 502
Considerações Finais 508
Referências 509

CAPÍTULO 25
Thiago Rodrigues Cavalcanti
Adriano Nascimento Manetta
A ABRANGÊNCIA DA LEI DA MATA ATLÂNTICA, APLICAÇÃO DE SUA COMPENSAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO 511
Introdução 511
1 A abrangência da lei da mata atlântica 511
2 As regras de competência para autorização da supressão de vegetação no bioma mata atlântica 515
3 Medidas compensatórias da lei da mata atlântica 525
Considerações Finais 530
Referências 531

CAPÍTULO 26
Tiago Andrade Lima
Fabrício Soler
OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU E A LOGÍSTICA REVERSA 533
Introdução 533
1 Internalização dos objetivos de desenvolvimento sustentável – ODS ao ordenamento jurídico brasileiro 534
2 A logística reversa e sua interface com os ODS 536
3 O estado atual da logística reversa no brasil 541
Considerações Finais 543
Referências 544

CAPÍTULO 27
Albenir Querubini
Rafaela Aiex Parra
A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SUA ATRIBUIÇÃO AUXILIAR AO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO AMBIENTAL PELOS IMÓVEIS AGRÁRIOS 547
Introdução 547
1 Panorâma da legislação de proteção ao meio ambiente aplicável à atividade agrária – A função ambiental da propriedade rural e o Código Florestal 548
2 O telos da atividade empresarial enquanto função social e a estreita ligação entre as ciências econômica e jurídica com o meio ambiente 552
3 A atividade econômica da propriedade rural e a responsabilidade socioambiental das Instituições Financeiras 556
Conclusão 562
Referências 563

DIRETORIA UBAA 2016/2019 567
ASSOCIADOS UBAA 2018 568

CAPÍTULO 1

O EXERCÍCIO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL ATRAVÉS DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS – UMA ANÁLISE ACERCA DA LEGISLAÇÃO APLICADA

ALEXANDRE WALTRICK RATES
GUILHERME DALLACOSTA

INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental por conta do modelo adotado em nossa Política Nacional de Meio Ambiente, tornou-se seu principal instrumento. Através deste mecanismo de comando e controle, o Poder Público busca prevenir e reparar danos ambientais decorrentes das atividades potencialmente poluidoras. Com a edição da Lei Complementar nº 140/2011, a figura do licenciamento ambiental Municipal passou a ser fortalecida, chancelando-se, de vez, a competência constitucional a esses entes federados para exercício do licenciamento de atividades de impacto local. Busca este trabalho, então, avaliar a possibilidade dos Municípios exercerem o licenciamento ambiental por meio de Consórcios Públicos Municipais, instituições legitimadas pela Lei nº 11.107/2005, que facilita a criação de um mecanismo de gestão do licenciamento intermunicipalizado.

Os Consórcios Públicos são apontados como uma ferramenta para suprir os problemas de carência de pessoal, infraestrutura e recursos financeiros, sobretudo nos Municípios menores, propiciando a institucionalização da gestão do meio ambiente local e aplicação de seus instrumentos, como o licenciamento e a fiscalização ambiental.

O presente artigo busca aprofundar a discussão acerca das controvérsias jurídicas sobre a regulamentação dos Consórcios Públicos conferida pela Lei nº 11.107/2005, analisando sua aplicabilidade legal para a realização do licenciamento e fiscalização ambiental. Em decorrência da plena e efetiva definição da competência municipal para o exercício da atividade de licenciamento - impactação local -, bem como com o advento da Lei Complementar nº 140/2011, os Municípios passaram a estruturar seus sistemas de licenciamento ambiental. Neste sentido, pretende-se, então, apresentar uma análise da legislação vigente que permite a gestão compartilhada do exercício de serviço público, utilizando-se, no mister ambiental, o formato dos Consórcios Públicos, devidamente estabelecido pela supracitada legislação de regência.

1 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 23, incisos III, VI e VII, determina que será de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição[1] *verbis*:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> (...)
>
> III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
>
> (...)
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora

O parágrafo único do referido artigo, previu a edição de leis complementares para fixação de normas para a "cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional"[2].

Nesse sentido, em 08 de novembro de 2011 foi editada a Lei Complementar nº 140, que fixa as normas definidas nos incisos III, VI e

1. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.
2. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

VII, do art. 23, da CF/88, para exercício da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre a matéria de meio ambiente. Referida lei definiu em seu artigo 3º os objetivos fundamentais dos entes federativos em matéria de cooperação administrativa para consecução de atividades inerentes aos cuidados e gestão do meio ambiente, traduzindo-se nas seguintes ações[3]:

> a) proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;
>
> b) garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;
>
> c) harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;
>
> d) garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Definiu também em seu texto, as ações e instrumentos de cooperação que poderão ser usados pelos entes para a consecução dos objetivos primordiais acima citados, tais como, leis específicas para cada região do país, ou dos estados, levando em consideração as peculiaridades locais. Nesse vértice, então, fica clara a repartição de competências para legislar sobre matéria ambiental, conforme será demonstrado a seguir.

1.1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Sobre competência em matéria ambiental a Constituição Federal de 1988, estabeleceu tratar-se de competência concorrente e privativa. A competência será privativa quando houver definição constitucional que apenas um ente poderá legislar sobre determinada matéria, como pode-se verificar do texto do artigo 22 da CF/88[4]: "Art. 22. Parágrafo único.

3. BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 08 DE DESEMBRO DE 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

4. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo".

Assim sendo, com fulcro no art. 22, IV, XII, XXVI, é de competência privativa da União legislar sobre águas, jazidas, minas, e outros recursos naturais, bem como atividades nucleares de qualquer natureza, o que não impede que através de autorização legislativa própria a União possa conceder aos Estados a competência para legislar sobre questões específicas das matérias acima relacionadas.

Já a competência é concorrente quando, concorrerem mais de um ente legislando sobre a mesma matéria, conforme ensinamento do art. 24, da CF/88[5]. Neste caso cabe a União a definição de normas gerais e aos Estados a subsidiariedade legislativa para estabelecer normas de interesse local, desde que em consonância com a legislação federal. Neste aspecto, segundo ANTUNES (2014, p. 105-106):

> Observadas as normas gerais federais, cada Estado pode estabelecer as suas próprias normas de tutela ambiental, criando sistemas estaduais de proteção ao meio ambiente. Esse é um caminho interessante para a proteção do meio ambiente, pois a maior proximidade entre o bem a ser tutelado e a agência de controle ambiental é bastante positiva e possibilita mais efetividade na tutela almejada.

Assim, a proximidade legislativa dos Estados com os interesses e realidades locais, faz com que a norma de proteção ao meio ambiente seja efetiva e traga melhores resultados, dada a diversidade biológica do País.

Os assuntos de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, estão definidos no art. 24, VI, VII e VIII da CF/88. Cabe ressaltar que, por inteligência deste artigo, a competência da União se resume na definição de normas gerais, cabendo aos Estados a edição de normas que atendam ao interesse local, conforme consta no art. 24, § 1º e 3º, da CF/88[6], o que não impede, então, que os Estados possam editar normas gerais sobre os temas que lhe são competentes, se a União não o fizer.

---

5. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.
Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre...

6. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.
Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

A grande inovação em matéria de legislação ambiental se deu com a elevação dos Municípios à condição de parte integrante da Federação[7], sendo concedido a estes a competência para: legislar sobre assuntos de interesse local (...); suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; promoverem no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano[8], desde que observadas a legislação e ação fiscalizadora federal e estadual.

Especificadamente sobre a competência municipal para legislar sobre meio ambiente Antunes (2014) leciona que:

> Parece claro, na minha análise, que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e as mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e a identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de *agir localmente, pensar globalmente*.[9]

1.2 COMPETÊNCIA MATERIAL

Competência material é aquela estabelecida para a criação de políticas públicas, estabelecimento de estratégias e exercício do Poder de Polícia[10]. Nesse diapasão, a competência material da União em matéria ambiental está definida no Art. 21, da CF/88, que trata sobre águas e recursos hídricos, aproveitamento energético, jazidas, minas e minérios nucleares e petróleo.

Aos Estados membros é cabível a competência prevista nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, ou seja, estes podem legislar sobre as

7. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.
Art. 1º. A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

8. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.
Art. 30. Compete aos Municípios...

9. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 105-106

10. "R*otineiramente o Poder de Polícia sobre determinada atividade integra as atribuições da pessoa de direito público interno dotada de competência legislativa no assunto, visto que o Poder de Polícia é uma decorrência da competência*". ANTUNES, Paulo de Bessa, *in* Direito Ambiental. São Paulo. Atlas. 2014. p. 97.

matérias que não sejam de competência exclusiva da União, podendo, para tanto, formalizar regras gerais.

Já, a competência material dos Municípios está definida nos arts. 23 e 30, III, VIII, da Constituição Federal. Trata-se de competência suplementar, já que os Municípios devem respeitar a legislação federal e estadual, se houver. Ainda lhes é também vedada a capacidade de legislar sobre matérias que sejam de competência exclusiva do Estado e da União, conforme determinação constitucional.

Pela Constituição os Municípios têm competência para legislar sobre matéria de interesse local, entre as quais podemos compreender: a) licenciamento ambiental; b) plano diretor do município; c) lei do uso e ocupação do solo; d) Código de Obras; e) código de posturas municipais; f) legislação tributária municipal; g) lei do orçamento do município.

De acordo com o insculpido no art. 23, o Município, de forma comum com a União e os Estados tem a competência material/dever de: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora, determinando que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Com a edição da Lei Complementar nº 140/2011 foram definidas, entre outras, as seguintes competências do Município[11]:

> a) Executar a fazer cumprir, em âmbito municipal, as Políticas Nacional e
>
> b) Estadual de Meio Ambiente e demais políticas nacionais e estaduais relacionadas à proteção do meio ambiente;
>
> c) Exercer a gestão dos recursos ambientais no âmbito das suas atribuições;
>
> d) Promover o desenvolvimento de estudos e pesquisas direcionados à proteção e à gestão ambiental, divulgando os resultados obtidos;
>
> e) Organizar e manter o Sistema Municipal de Informações sobre o Meio Ambiente;
>
> f) Elaborar o Plano Diretor, observando os zoneamentos ambientais;
>
> g) Definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos;

11. BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 08 DE DESEMBRO DE 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Visualizado em 23.06.2018. 1010

> h) Exercer o controle e fiscalizar as atividades e empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município.

A vista do exposto é notável a competência do município para legislar, exercer o controle e fiscalização das atividades que necessitem de licenciamento ambiental. Assim os Entes estão aptos a promoverem o licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que impactam, preponderantemente suas áreas, bem como daquelas que o Estado lhe delegar, devendo para tanto ter uma estrutura administrativa com atribuições para efetivar o processo de licenciamento ambiental, implementando um Conselho Municipal de Meio Ambiente, aprovando legislação pertinente e estruturando uma equipe técnica especializada.

A atuação municipal em matéria de licenciamento ambiental é imprescindível para a diminuição dos problemas ambientais, já que estes poderão controlar o planejamento, crescimento e exercício de atividades em seu território, promovendo assim um desenvolvimento sustentado.

Portanto, não mais se discute acerca da plena competência do Ente Federado municipal para desenvolver o licenciamento de atividades que possa impactar o ambiente local, conforme toda a legislação mencionada. Passemos, então, a discorrer sobre a efetividade do licenciamento municipal.

2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO NÍTIDO INSTRUMENTO DE COMANDO E CONTROLE COM VISTAS À PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS NOS MUNICÍPIOS

A exigência de licença ambiental decorre de expressa determinação legal, por meio do art. 10 da Lei 6.938/81, determinando que "a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental" [12].

Deste modo, as atividades então consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras devem ser submetidas ao processo de licenciamento ambiental prévio para a regularização completa da

12. BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

atividade. Essa licença representa a anuência da autoridade ambiental competente, depois de verificado que a construção ou atividade atendeu às condicionantes técnicas e legais para sua localização, instalação e operação.

A Lei Complementar nº 140/2011, como já afirmado, trouxe para o arcabouço jurídico como exercício da competência municipal em matéria de licenciamento ambiental, as atividades consideradas de impacto de âmbito local. Sob esse prisma, o impacto ambiental de âmbito local pode ser entendido como qualquer alteração direta ou indireta das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que afetem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; e/ou a qualidade dos recursos ambientais, no âmbito do limite territorial do Município.

2.1 ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE E ÓRGÃO AMBIENTAL CAPACITADO

A competência para exercer o licenciamento ambiental é comum aos entes da Federação. União, Estados e Municípios possuem competência para licenciar atividades potencialmente poluidoras. O sistema de licenciamento ambiental, por força da norma de cooperação - Lei Complementar nº 140/2011 -, deve se dar em um único nível de competência. E é a referida lei quem determina as atividades ou empreendimentos que cada órgão detém competência para licenciar[13]: O art. 9º, XIV da Lei Complementar 140/2011 dispõe quais as atribuições administrativas dos Municípios que possibilitam o exercício do licenciamento ambiental[14].

Portanto, no tocante às competências, nada mais precisa ser dito ou justificado, posto que a norma editada para cooperação entre os Entes em relação aos cuidados com o meio ambiente restou por definir o *munus* de cada um.

13. BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 08 DE DESEMBRO DE 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

14. Art. 9º São ações administrativas dos Municípios: (...) XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos: a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APA´s); (grifos nossos)

Já com relação ao conceito de órgão ambiental capacitado, neste tocante ainda se requer uma definição mais aprimorada a ser feita pela legislação, embora a mencionada Lei Complementar nº 140/2011, insere uma definição sobre o que se deve por ele entender, quando no parágrafo único, do artigo 5º, apregoa[15]:

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

Assim sendo, os requisitos para efetivação do licenciamento ambiental de impacto de âmbito local impõem a necessidade de corpo técnico existente e compatível com a demanda efetivada pelo exercício do licenciamento ambiental. Há necessidade de estimar o corpo técnico de acordo com o nível de atividades licenciáveis a ser adotado pelo Município, sendo cediço que quanto maior o grau de complexidade que se pretende licenciar, maior será a necessidade de contar com número de técnicos em atividades multidisciplinares que se farão necessários.

3 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS COMO ENTES LICENCIADORES EM MATÉRIA AMBIENTAL

O artigo 241 da CF/88 prevê a criação de Consórcios Públicos entre os entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) para a gestão de serviços públicos[16].

> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços

15. BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 08 DE DESEMBRO DE 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

16. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

> públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A legitimidade para a criação de Consórcios Públicos é reiterada pela Lei 11.107/2005[17], sendo que, de seu teor, pode ser extraído que serão pessoas jurídicas formadas exclusivamente por entes da Federação, na forma da lei específica, servindo para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Sua regulamentação deu-se pelo Decreto 6.017/2007, conceituando-se os referidos consórcios como sendo[18]:

> Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:
>
> I - consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei no 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;

Os objetivos dos Consórcios Públicos, por sua vez, foram os definidos pelo artigo 3º da supracitada norma[19]. Da análise do dispositivo legal citado, fica claro que os Consórcios Públicos podem exercer competências pertencentes aos entes da Federação, desde que os mesmos sejam objeto de autorização ou delegação. Por conta disso, são eles apontados como uma ferramenta para gestão ambiental local, permitindo

17. BRASIL. LEI Nº 11.107, DE 06 DE ABRIL DE 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

18. BRASIL. DECRETO Nº 6.017, DE 17 DE JANEIRO DE 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

19. Art. 3º - Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos Consórcios Públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes: I – a gestão associada de serviços públicos; II – a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados; III – o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimento de licitação e de admissão de pessoal; IV – a produção de informações ou de estudos técnicos; V- a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres;(grifo nosso)

que os Municípios formem uma estrutura institucional e profissional para realização destas atividades, propiciando, ainda, a articulação com os Estados e a União, fortalecendo a gestão integrada do meio ambiente, efetivando-se o Sistema Nacional (SISNAMA). Os Consórcios Públicos podem ainda servir de instrumentos de padronização de procedimentos realizados no licenciamento e na fiscalização ambiental, sempre se pautando pelas Resoluções dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, conforme preconizado na Lei Complementar nº 140/2011, propiciando, ainda, a uniformização da própria legislação, diminuindo as situações de conflito.

Antunes (2014) sugere a formação dos Consórcios Públicos intermunicipais como alternativa para implementação do licenciamento no nível local. também defende o consorciamento municipal para realização do licenciamento ambiental ponderando que:

> A municipalização do controle ambiental de atividades com pequeno impacto é um imperativo que precisa ser implementado. Uma possibilidade que pode ser pensada é o estabelecimento de Consórcios Públicos municipais para fins de licenciamento ambiental mediante a criação de uma agência única.[20]

No tocante à questão ambiental, conforme já mencionado, a CF/88, em seu artigo 23[21], definiu as competências dos Entes da Federação para a proteção do meio ambiente. Uma vez que se trata de competência comum, compreendida como serviço público, surge a possibilidade do consórcio ser titular do chamado "poder de polícia ambiental". Porém, a questão é controversa, uma ver que os Consórcios intermunicipais são entes de abrangência regional. Ou seja, havendo transferência do Poder de Polícia, esse, em tese, não poderia ser exercido por aquele ente, porque, passando-se de um território de um Município para outro, a competência do licenciamento passa a ser do ente Estadual, não podendo então ser delegada uma competência que o ente não possui.

Sobre o Poder de Polícia Ambiental, por sua vez, leciona Machado (2004):

> [...] é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público

20. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 105

21. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visualizado em 23.06.2018. Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

> concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do poder público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza.[22]

Moreira Neto (2014) defende que o conceito de poder de polícia não se restringe a um tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública, mas dentro de posicionamento mais atual e moderno, corresponde a um topo de função estatal que deve ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e de suas leis, deduzindo que:

> Com efeito, já é conhecida de longa data a crise no conceito de poder de polícia, outro mais que se encontra defasado, já não se aceitando que possa continuar a ser definido como um 'poder administrativo', pois inegavelmente, sua titularidade não se confina a um ramo orgânico do Estado, mas se estende a todo ele, de modo que, em última análise, quem o instituiu, para harmonizar o uso e gozo dos direitos e liberdades individuais, inclusive a propriedade, com o interesse geral, é sempre o legislador. [23]

Distingue-se o poder de polícia originário, que já nasce com a entidade que o exerce, do poder delegado que é transferido legalmente para outra entidade. Segundo Meirelles (2006):

> O poder de polícia originário é pleno no seu exercício e consectário, ao passo que o delegado é limitado aos termos da delegação e se caracteriza por atos de execução. Por isso mesmo, no poder de polícia delegado não se compreende a imposição de taxas, porque o poder de tributar é intransferível da entidade estatal que o recebeu constitucionalmente. Só esta pode taxar e transferir recursos para o delegado realizar o policiamento que lhe foi atribuído. Mas no poder de polícia delegado está implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, pois que é atributo de seu exercício.[24]

O Estado no exercício de suas funções exerce as atividades tanto por seus próprios órgãos, como descentralizando suas atividades, transferindo-as para as pessoas administrativas vinculadas ao próprio Estado. Para Medauar (2011), denomina-se de descentralização administrativa "a

22. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental* Brasileiro. 12º ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 308-309

23. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2014. p. 447

24. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115

transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria"[25], de forma que são transferidos não somente as atividades administrativas, mas atos decisórios, não existindo hierarquia com a entidade matriz, já que os entes descentralizados são dotados de poder próprio de decisão em razão de sua competência que é deferida por lei.

A descentralização pode ser formalizada por meio de ato legislativo do ente Municipal que preveja a transferência da prestação do serviço público almejado. Concomitante, a Lei Federal nº 11.107/2005 prevê que o ente consorciado deverá celebrar Contrato de Programa com o Consórcio Público para formalização das obrigações das partes e condições de execução do serviço[26]. Vejamos o que trata a Lei *in verbis*:

> (...)
>
> Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§ 1º O contrato de programa deverá:

> I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e
>
> II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

Assim, o Contrato de Programa é o instrumento adequado para que o ente municipal estabeleça as regras necessárias para a delegação do serviço público pretendido. No caso do licenciamento ambiental, as condições a serem estabelecidas podem se referir à estruturação de equipe técnica adequada, competências e organização administrativa.

A Lei nº 11.107/2005 estabelece no *caput* do art. 1º, que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão contratar Consórcios

25. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 59

26. BRASIL. LEI Nº 11.107, DE 06 DE ABRIL DE 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Visualizado em 23.06.2018.

Públicos para a "realização de objetivos de interesses comum", prevendo no art. 2º, que os entes federados, quando da celebração do ajuste determinarão os objetivos dos consórcios "observados os limites constitucionais".

Por fim, cabe frisar que o Consórcio Público importa na descentralização de competência, com a instituição de uma entidade com personalidade jurídica, que integra a administração indireta dos entes consorciados, sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações. Em matéria de licenciamento ambiental, a descentralização aos entes municipais categoriza uma nova dinâmica ao licenciamento, constituindo importante instrumento de cooperação para a efetivação do controle de atividades potencialmente poluidoras de impacto local.

4 POSSÍVEIS DIVERGÊNCIAS NA FORMATAÇÃO E NA OPERACIONALIZAÇÃO DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS EM FACE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

É cediço que parte da doutrina afirma que os consórcios públicos têm natureza distinta da de contratos, uma vez que nos contratos há interesses opostos, há partes (uma que pretende o objeto e remunera e outra que visa ao lucro), há obrigações recíprocas, etc.; já nos consórcios há interesses convergentes e não opostos, há partícipes com as mesmas pretensões e não partes, não há obrigações recíprocas, etc. Entretanto, a maior parte dos doutrinadores afirma que os consórcios públicos possuem sim natureza de contratos, como afirma, por exemplo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2008):

> Com o intuito de compatibilizar com a Constituição essa edição, pela União, de normas gerais sobre consórcios públicos, a Lei nº 11.107/2005 atribuiu a eles natureza contratual. Assim, a competência da União estaria sendo exercida com base no art. 22, inciso XXVII, e não no art. 241 da Constituição.[27]

Neste aspecto, no tocante às características dos consórcios públicos, podem ser elas extraídas da própria Lei nº 11.107/05, quais sejam: a posição jurídica idêntica dos partícipes; a liberdade de ingresso e de retirada dos partícipes; a subsistência das responsabilidades assumidas durante a vigência do ajuste, etc.

27. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 57.

Também é certo que os consórcios públicos criados com personalidade jurídica de direito público se apresentam agora como associação pública, devido à alteração do artigo 41, inciso IV, do Código Civil de 2002, in verbis: "Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: (...) IV - as autarquias, inclusive as associações públicas".

Com isso o legislador, ao alterar a redação do citado artigo, colocando a expressão "inclusive", quis equiparar as associações públicas com as autarquias. Sendo assim, com essa "inclusão", das associações públicas entre as autarquias, elas passaram a fazer parte da administração indireta dos entes federados consorciados.

O que ocorre, infelizmente, é que, por força dos regramentos suso mencionados, muitos Prefeitos(as) foram equivocadamente induzidos a erro para transferirem todo o sistema de gestão de licenciamento ambiental para os referidos Consórcios Públicos que foram para isso criados, acreditando que com tal ação estarão isentos de responsabilização pelos órgãos de fiscalização (principalmente os Ministérios Público Federal e Estadual) por "equívocos" ou "excessos cometidos", bem como pela "agilização dos licenciamento ambientais".

Infelizmente, a experiência já havida em alguns Municípios, mostrou que além de se promover, em muitos casos, um licenciamento mais frágil, sem conhecimento e bases técnicas, por vezes efetivados por profissionais descompromissados com a causa ambiental, que, infelizmente, sem efetividade no setor público licenciam atividades ou empreendimentos que haviam sido negadas no órgão ambiental primário, as responsabilizações continuarão a vir com força para esses(as) alcaides, o que já forçou, inclusive, o término de uma experiência na região de Joaçaba[28], município de Santa Catarina. Isto acarreta graves consequências e abarca o jargão da "insegurança jurídica" para o licenciamento. O exemplo citado demando que os procedimentos administrativos, mesmo concluídos pelo Consórcio então licenciador, e, com licenças emitidas, tenham sido devolvidos e absorvidos pelo órgão ambiental estadual, que agora passa a ter a responsabilidade e dever de refazer todo o trabalho já realizado, gerando consequência drásticas para os empreendedores e prejuízos de toda a sorte.

Consórcio Público para a gestão ambiental é um caminho importante, facilitador da vida dos Municípios de menor porte. Entretanto, não

28. SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – MPSC. Emissão de licenças e fiscalizações ambientais pelo CPIMMOC foram suspensas por recomendação do Ministério Público. Disponível em:<http://joacaba01pj.blogspot.com/2017/03/emissao-de-licencas-e-fiscalizacoes.html>. Visualizado em 03.01.2018.

pode servir como "célula de salvação" para agilidade em procedimentos licenciatórios quando os demais órgãos integrantes do SISNAMA estiverem assoberbados de serviço. Não se agiliza procedimento administrativo de licenciamento ambiental. Procura-se desburocratizar o processo, diminuir necessidades técnicas, diminuir exigências, mas nunca, sob nenhuma hipótese, pode servir tal aspecto para facilitar o licenciamento, visto ser ele um elo importante para a gestão efetiva ambiental nos Municípios.

Enfim, os Consórcios devem ser estimulados a nascerem e desenvolverem suas atividades de forma correta, nunca servindo para substituir órgãos ambientais que, aliás, continuam sua missão mesmo com a aderência dos Municípios aos consórcios, missão essa traduzida na efetivação dos demais instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA, da emissão e assinatura das licenças (após o trabalho técnico que poderá ser feito pelos colaboradores do consócio público), da fiscalização ambiental, enfim, da sua obrigação primária, que não pode e não deve, nesse caso, ser substituída por um sistema consorcial, que tem o fito, tão somente, de auxiliar tecnicamente os Municípios na análise dos procedimentos ambientais, não sendo necessário, por exemplo, que se contrate um quadro profissional de alto custo e impacto para a folha, em especial aqueles profissionais específicos para atividades que são licenciadas esporadicamente, arcando os Municípios pequenos com esse ônus de contratação individual, neste momento que o País pede o enxugamento da máquina pública. Para isso o Consórcio pode assim proceder, o que gerará conforto para os orçamentos municipais.

Finalizando, importante salientar que, de acordo com o disposto na Lei Federal 6.938/81, o Consórcio Municipal não integra o Sistema Nacional de Meio Ambiente -SISNAMA, não podendo, então, fazer as vezes de órgão ambiental pleno, devendo se resumir a travestir-se de um órgão de apoio técnico, com missão específica e imponente, mas nunca retirando do Ente Federado Município, suas obrigações primárias como Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar nº 140/2011 regulamentou o parágrafo único do art. 23 da CF/88, estabelecendo regras claras em matéria de competência para exercício do licenciamento ambiental pelos entes federados. Um dos importantes avanços trazidos pela nova lei foi a consagração do exercício do licenciamento ambiental de impacto local pelos Municípios, o que até então apenas aparecia regulamentado pela Resolução CONAMA 237/97.

O que se discute então, a partir disso, é a possibilidade de composição com a Lei dos Consórcios Públicos, Lei 11.107/2005, que, ao atribuir a personalidade jurídica de direito público aos Consórcios Públicos de Municípios, autoriza-os a exercício de serviços públicos, tal como caracterizado o licenciamento ambiental.

Da análise da Lei dos Consórcios Públicos, verifica-se que há instrumentos jurídicos adequados criados para que o Poder Público possa exercer competências pertencentes aos entes da Federação, desde que os mesmos sejam objeto de autorização ou delegação. É exemplo a forma jurídica do Contrato de Programa, pelo qual o ente consorciado repassa a atribuição ao Consórcio para execução de determinado serviço público. No tocante à questão ambiental, a CF/88 em seu artigo 23, definiu as competências dos Entes da Federação para a proteção do meio ambiente. Tratando-se, então, da competência comum, compreendida como serviço público, pode o consórcio ser titular do chamado "poder de polícia ambiental". Dai decorre a possibilidade de executar a gestão do licenciamento ambiental, podendo estabelecer atos normativos próprios, que sejam comuns aos entes municipais, permitindo a análise de processos administrativos e a emissão dos atos licenciatórios.

Assim sendo, a forma consorciada de licenciamento ambiental adquire fundamental importância para o desenvolvimento da gestão ambiental local, sobretudo quando implantada em Municípios com população pequena e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) baixo. A viabilidade econômica e financeira, bem como a possibilidade de agregar equipe técnica capacitada é uma característica da forma consorciada. Ao tempo em que a legislação federal atribui competência e estabelece que os Consórcios Públicos são legítimos instrumentos de cooperação institucional para o desenvolvimento da gestão comum de proteção ao meio ambiente, é importante o fomento desta prática para permitir o desenvolvimento do exercício do licenciamento ambiental de atividades de impacto local.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ANTUNES, Bessa. Direito Ambiental. 16ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014.

ANTUNES, Bessa. Comentários ao Novo Código Florestal. São Paulo: Atlas. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Celso Bastos Editora. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. Ed. Coimba:Alamedina. 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro. Forense.2003.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo. Editora Atlas. 2007

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12º ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. Doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 260.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 5ª edição, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. O Licenciamento Ambiental e a Autonomia Municipal *in* Direito Ambiental, Temas Atuais Vistos por nós Advogados, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRESTES, Vanêsca Buzelato. Instrumentos Legais Normativos de Competência Municipal em Matéria Ambiental *in* Revista de Direito

Ambiental, n. 31, ano 08, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2003.

SANTA CATARINA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – MPSC. Emissão de licenças e fiscalizações ambientais pelo CPIMMOC foram suspensas por recomendação do Ministério Público. Disponível em:<http://joacaba01pj.blogspot.com/2017/03/emissao-de-licencas-e-fiscalizacoes.html>.

SILVA. José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 4° Ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO POLUIDOR INDIRETO: REFLEXÕES E TENDÊNCIAS

ANDERSON LUIZ MARTINS DE MOURA

INTRODUÇÃO

A legislação ambiental prevê a possibilidade de responsabilização civil ambiental do poluidor indireto, porém não delimita expressamente o alcance do nexo causal em relação a ele. Como consequência, há uma diversidade de entendimentos na doutrina e na jurisprudência sobre os limites da reponsabilidade civil ambiental.

Dada a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado, e uma carga de ideologia na aplicação do direito ambiental, é possível notar ideias que defendem uma ampliação do alcance da responsabilidade civil ambiental, para atingir um número cada vez maior de agentes na condição de poluidores indiretos, objetivando alcançar um nível de proteção maior para o meio ambiente.

Porém, a falta de delimitação expressa na lei não quer dizer que não exista limite legal para aferição do nexo causal em relação ao poluidor indireto. A Constituição Federal e a legislação ambiental ordinária fornecem elementos suficientes para delimitação do conceito de poluidor indireto, e para a análise do alcance do nexo causal em relação a ele, como pretende-se demonstrar a seguir.

Nessa linha, num contexto em que a responsabilidade civil ambiental, sobretudo do poluidor indireto, é debatida majoritariamente com fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, o objetivo deste texto é analisar os contornos dados ao tema pela própria lei, a fim de enfrentar

a matéria a partir de uma fonte pura, sem influência de entendimentos pessoais ou ideológicos que possam distorcer os conceitos efetivamente vigentes no ordenamento jurídico.

1 REQUISITOS LEGAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL – UMA VISÃO NORMATIVA

Segundo Eros Grau, não se interpreta a lei sem a luz da Constituição Federal[1]. Portanto, embora a regra geral da responsabilidade civil ambiental esteja prevista no artigo 14 da Lei 6.938/81, é preciso iniciar a análise de seus contornos a partir de sua previsão constitucional, contida no artigo 225 da Constituição Federal.

O caput do artigo 225 da Constituição Federal prevê que a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dever, o qual é imposto sobre o Poder Público e a coletividade[2]. Tem-se, portanto, a delimitação de um dever geral, e dos sujeitos sobre os quais ele recai.

Por sua vez, o §3º, do artigo 225, da Constituição Federal, trata das hipóteses de responsabilização por eventos relacionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos transcritos abaixo:

> Art. 225. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nessa linha, a Constituição Federal prevê:

> (i) O sujeito das responsabilidades: "os infratores". Portanto, a imposição de responsabilidade é decorrência da violação de um dever. E nem poderia ser diferente, pois, "sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele"[3].
>
> (ii) O motivo geral da responsabilização dos sujeitos: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente". Logo, a responsabilidade não decorre da mera

1. GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)* 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176-177.
2. Constituição Federal, Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
3. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

> conduta ou do mero exercício de uma atividade, mas apenas da conduta ou atividade que seja considerada lesiva ao meio ambiente.
>
> (iii) Especificamente quanto à responsabilização civil, a obrigação de reparar é aplicável aos "danos causados"[4]. Logo, por óbvio, danos que não tenham sido causados por uma determinada atividade não podem gerar responsabilidade para os agentes encarregados dela, o que faz do nexo causal o elemento essencial da análise para imputação de responsabilidade civil.

Dentro de tais balizas determinadas pela Constituição Federal, passa-se à análise das regras de responsabilização civil ambiental previstas no artigo 14, da Lei 6.938/81.

O §1º do artigo 14, da Lei 6.938/81, é o dispositivo que aborda a responsabilidade civil por danos ambientais. Porém, conforme a dinâmica determinada pela conforme Lei Complementar 95/98, um parágrafo é aplicável à hipótese regulada pelo *caput*[5], transcrito abaixo:

> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores.

Nesse sentido, o caput do artigo 14, da Lei 6.938/81, (i) determina os sujeitos da responsabilização: "os transgressores" – o que remete àqueles que violam seus deveres; (ii) esclarece quais são os deveres que, se violados, levam à responsabilização: "o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos"; e (iii) esclarece ainda que responsabilidade ali prevista exige nexo causal entre o dano e a degradação da qualidade ambiental: "danos causados pela degradação da qualidade ambiental".

Por sua vez, o §1º do artigo 14, da Lei 6.938/81, determina, em linha com o caput do artigo e com a Constituição Federal, que a responsabilidade civil por danos ambientais se aplica aos "danos causados" "por sua atividade"[6].

---

4. Constituição Federal, Art. 225. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
5. Parágrafos são desdobramentos do caput (conforme Lei Complementar 95/98, art. 10, II) e expressam complementos e exceções à regra geral (conforme Lei Complementar 95/98, art. 11, III, c).
6. Lei 6.938/81, Art 14. (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério

Assim, decorrem da Lei 6.938/81, à luz da Constituição Federal, os seguintes requisitos da responsabilidade civil ambiental:

> (i) Requisito 1 – Violação de um dever (art. 14, §1º, da Lei 6.938/81): O sujeito da responsabilidade é aquele que viola seus deveres de defesa e preservação do meio ambiente.
>
> (ii) Requisito 2 – Nexo causal (art. 14, §1º, da Lei 6.938/81): O objeto da responsabilidade é a reparação dos danos que foram causados pela atividade.
>
> (iii) Requisito 3 - Hipótese de incidência geral (art. 14, caput, da Lei 6.938/81): Transgressão de regra que imponha medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos.
>
> (iv) Requisito 4 – Hipótese de incidência específica: Dar causa ao evento danoso.

Portanto, ainda que a análise dos dispositivos legais acima possa parecer óbvia à primeira vista, ela define importantes limites para a responsabilidade civil ambiental do poluidor indireto, na medida em que rejeita interpretações que responsabilizem alguém que não violou regras de defesa e preservação do meio ambiente, e que cuja atividade não deu causa ao evento danoso.

2 DEFINIÇÃO DE POLUIDOR INDIRETO

O conceito de poluidor indireto decorre do artigo 3º, IV, da Lei 6.938/81, que define a figura do poluidor como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Portanto, o poluidor indireto é o agente indiretamente responsável pela atividade que causa poluição[7] - o que significa dizer, em outros termos, que o poluidor indireto não pratica a atividade que resulta no dano, mas responde pelos atos daqueles que a praticam diretamente.

Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

7. A distinção entre degradação e poluição para fins de responsabilidade civil por danos ambientais merece análise específica em texto próprio, que não cabe no presente artigo. Com base em análise anterior feita sobre o tema (vide MOURA, Anderson Luiz Martins de. Responsabilidade civil ambiental: análise do nexo causal aplicado ao poluidor indireto. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo), considera-se aqui que poluição é um conceito abarcado pela noção de degradação – nem toda degradação é poluição, mas o oposto é verdadeiro –, sendo que, para fins de responsabilização civil ambiental, o conceito de poluição equivale ao de dano ambiental.

A definição dos agentes que podem ser considerados responsáveis pelos atos de outros agentes não poderia ser arbitrária. Logo, é necessário que haja algum vínculo jurídico que o ligue um agente à atividade de outro, de modo que ele responda pelo resultado dela. É o que esclarece Sergio Cavalieri ao analisar hipóteses de responsabilidade indireta no Código Civil:

> A regra em sede de responsabilidade civil é que cada um responda por seus próprios atos, exclusivamente pelo que fez, conforme salientado quando tratamos da conduta (item 6.4). É o que tem sido chamado de responsabilidade direta, ou responsabilidade por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. Excepcionalmente, nas hipóteses previstas no art. 932 do Código Civil (correspondente ao art. 1.521 do Código revogado) uma pessoa pode vir a responder pelo fato de outrem. Teremos, então, a responsabilidade indireta, ou responsabilidade pelo fato de outrem.[8]

Contudo, diferentemente do Código Civil, a legislação ambiental não trabalha com um rol sistematizado de agentes responsáveis por determinados atos de outros agentes. Portanto, o vínculo jurídico que liga um determinado agente ao dano ambiental causado por atos de outro, deve ser analisado em cada caso concreto.

A falta de um rol pré-determinado de hipóteses previstas em lei não significa que a análise a ser feita num caso concreto possa ser realizada sem critérios legais claros. A bem da verdade, os critérios legais de análise podem ser extraídos da própria legislação ambiental, que prevê certas hipóteses pré-determinadas de responsabilização de um agente por danos causados pelos atos de outro. É o caso, por exemplo:

> (i) do profissional que, ao vender agrotóxicos, emite receita errada, displicente ou indevida, logo, responde pelos danos que o usuário do produto causar (Lei 7.802/89, art. 14, alínea 'a"[9]);
>
> (ii) do gerador de resíduos industriais, que responde pelos danos que vierem a ser provocados por terceiros que contratar para gerenciar tais resíduos (Lei 12.305/2010, art. 27, §1º[10]);

8. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235.

9. Lei 7.802/89, Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem: a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida.

10. Lei 12.305/2020, Art. 27. (...) § 1º A contratação de serviços de coleta, armazenamento,

> (iii) das organizações que financiam ou patrocinam projetos que envolvam organismos geneticamente modificados sem lhes exigir apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança e, assim, passam a ser corresponsáveis pelos eventuais danos que o projeto causar (Lei 11.105/2005, art. 2º, §4º[11]).

Tais hipóteses permitem extrair um critério claro adotado pela legislação ambiental brasileira.

No primeiro exemplo, é possível identificar que a lei atribui ao profissional que vende agrotóxicos um dever de contribuir para a segurança do ato que será praticado pelo agente que aplicará os agrotóxicos. No segundo exemplo, a lei atribui ao contratante do serviço de destinação final de resíduos sólidos uma responsabilidade que decorre da segurança da atividade desempenhada pelo prestador de serviços contratado. No terceiro, a lei impõe ao financiador de projetos que envolvam organismos geneticamente modificados um dever de vigilância do agente que desenvolverá o projeto[12].

Note-se que, nos três exemplos mencionados acima, a responsabilidade do poluidor indireto surge a partir do descumprimento do dever relacionado com a segurança ou a vigilância da atividade de um terceiro.

Desse modo, decorre da legislação ambiental que o vínculo que liga um agente aos atos praticados por outro é o dever de segurança ou vigilância que a lei tenha atribuído a esse agente. Trata-se de um vínculo jurídico coerente com a hipótese geral de incidência da responsabilidade civil ambiental, descrita acima. Se a responsabilidade incide sobre aquele que viola deveres de "preservação ou correção dos inconvenientes e danos", faz sentido que os deveres que fariam de um agente um poluidor indireto sejam os de segurança ou vigilância sobre atividades que podem causar danos.

---

transporte, transbordo, tratamento ou destinação final de resíduos sólidos, ou de disposição final de rejeitos, não isenta as pessoas físicas ou jurídicas referidas no art. 20 da responsabilidade por danos que vierem a ser provocados pelo gerenciamento inadequado dos respectivos resíduos ou rejeitos.

11. Lei 11.105/2005, Art. 2º (...) § 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

12. Vigilância específica, restrita à verificação da existência de Certificado de Qualidade em Biossegurança, e não genérica, que poderia ser confundida com um dever de fiscalização.

Essa é também a lógica acolhida pela doutrina civilista – a qual já debate o tema da responsabilidade indireta há tempos, e se encontra em estágio maduro sobre o tema – como se vê das lições de Sílvio Venosa[13], Maria Helena Diniz[14], Caio Mário[15] e Sergio Cavalieri, transcrita abaixo para clareza do conceito:

> Isso, entretanto, não ocorre arbitrária e indiscriminadamente. Para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia.[16]

Portanto, o enquadramento de um agente no conceito de poluidor indireto não ocorre de forma arbitrária, de acordo com critérios pessoais adotados pelo intérprete, mas de forma vinculada aos deveres que a lei impôs ao agente.

3 LIMITES LEGAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO POLUIDOR INDIRETO – ANÁLISE DOS REQUISITOS DE RESPONSABILIZAÇÃO POSTOS PELA LEI 6.938/81

3.1 REQUISITO 1 – VIOLAÇÃO DE UM DEVER:

Como discutido acima, à luz do art. 14, da Lei 6.938/81, o poluidor (direto ou indireto) é um agente que viola um dever inerente à sua atividade, de modo a causar um dano ao meio ambiente.

As atividades de um poluidor direto e de um poluidor indireto são diferentes e, por consequência, os deveres legais que recaem sobre elas também não são os mesmos.

Portanto, a violação do dever inerente à atividade do poluidor direto não gera responsabilidade para o poluidor indireto. Somente a violação de um dever que recaia sobre o poluidor indireto faria dele corresponsável por um dano ambiental.

---

13. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 75/76.
14. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 7. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 509.
15. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 3. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.557.
16. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 235.

Por decorrência lógica, aqueles que cumprem seus deveres, ou sobre os quais não recaem deveres de defesa e preservação no caso concreto, não estão sujeitos à responsabilização. Tem-se aqui um primeiro limite claro para o conceito de poluidor indireto.

3.2 REQUISITO 2 – NEXO CAUSAL

Sendo certo que o objeto da responsabilidade é a reparação dos danos que foram causados pela atividade, tem-se, por decorrência lógica, que os danos causados por outros fatores alheios à atividade, não geram responsabilidade para os agentes encarregados dela.

Tem-se aqui um segundo limite claro para o conceito de poluidor indireto. Para responsabilização do poluidor indireto, sua atividade deve ser uma das causas do dano gerado pelo poluidor direto.

3.3 REQUISITO 3 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA GERAL: TRANSGRESSÃO DE REGRA QUE IMPONHA MEDIDAS NECESSÁRIAS À PRESERVAÇÃO OU CORREÇÃO DOS INCONVENIENTES E DANOS

Como visto acima, os deveres de preservação ou correção dos inconvenientes e danos ambientais que recaem sobre potenciais poluidores indiretos são os ligados à segurança ou vigilância da atividade dos potenciais poluidores diretos. Por sua vez, o art. 14, da Lei 6.938/81, fala em violação de tais deveres.

Logo, não basta que uma atividade gere deveres de segurança ou vigilância sobre outra para que o responsável pela primeira seja automaticamente considerado um poluidor indireto.penas a transgressão desses deveres geraria responsabilidade. Trata-se de uma questão de nexo causal.

Para aplicação da lógica da lei a um dos exemplos concretos já mencionados acima, considere-se o seguinte cenário: Se o financiador do projeto que envolva organismos geneticamente modificados exigiu a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança como condição para o financiamento – portanto, cumpriu seu dever de vigilância sobre a atividade de outrem – mas a instituição financiada cometeu um erro no projeto e causou dano ao meio ambiente, tal dano não tem relação com os atos que cabiam ao financiador. Logo, o fato de o financiador

possuir um dever específico de vigilância sobre a atividade não faz dele automaticamente poluidor indireto em caso de dano ambiental.

Portanto, tem-se aqui um terceiro limite claro para o conceito de poluidor indireto – ou a conjugação dos dois limites anteriores: Ainda que um agente tenha deveres de segurança ou vigilância sobre a atividade de outro, não haverá nexo causal entre os atos daquele agente e o dano se ele cumpriu tais deveres. Trata-se de hipótese em que o dano seria resultado apenas dos atos de um poluidor direto.

3.4 REQUISITO 4 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA ESPECÍFICA: DAR CAUSA AO EVENTO DANOSO

O art. 14, da Lei 6.938/81, exige ainda que o dano tenha sido causado pela atividade do poluidor (direto ou indireto). Logo, não basta que um dever do possível poluidor indireto tenha sido violado. Também é requisito de sua responsabilização que tal violação tenha sido causa do dano ambiental.

Para exemplificação desse requisito, considere-se o seguinte cenário: Se o profissional que vende agrotóxicos emitiu receita errada no ato da venda – portanto, violou seu dever de segurança sobre a atividade de outrem, agravando o risco dela –, mas o evento de contaminação subsequente ocorreu por conta de um acidente no transporte dos agrotóxicos pelo usuário, não há nexo de causalidade que configure o conceito de poluidor indireto em relação ao profissional que vendeu agrotóxicos. Isso, pois, o risco que a falha do profissional agravou é o da atividade de usar inadequadamente o produto, mas não o da atividade de transportar o produto.

Encontra-se aqui o limite final para imposição de responsabilidade a um poluidor indireto – ou a conjugação dos três limites anteriores: A violação dos deveres atribuídos a ele pela atividade do poluidor direto devem ter dado causa ao evento danoso para que, somente assim, o poluidor indireto seja considerado corresponsável.

Portanto, em linha com os requisitos legais analisados acima, a partir do artigo 225, da Constituição Federal, e do artigo 14, da Lei 6.938/81, o alcance do conceito de poluidor indireto decorre da existência de deveres de um agente que, se violados, tenham dado causa ao dano praticado pelo poluidor direto. Nesse sentido se manifesta Tiago Zapater:

> A extensão do conceito de poluidor indireto (para saber quais dos indiretamente relacionados a determinada

> atividade poluidora podem ser considerados causadores do dano) deve considerar a possibilidade ou não de se atribuir tal dever de segurança a essas atividades mais remotas.[17]

Desse modo, é preciso identificar num caso concreto, quais deveres recaiam sobre quais agentes, quais desses deveres foram descumpridos, e quais dos deveres descumpridos criaram ou agravaram o risco que levou ao dano – ou, em outra ordem de raciocínio sobre a causalidade, quais deveres que, se tivessem sido devidamente cumpridos, teriam evitado o dano.

4 VALIDAÇÃO DO CONCEITO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) valida o entendimento de que a responsabilidade do poluidor indireto decorre da violação de um dever atribuído a ela pela legislação, de modo a agravar o risco que levou ao dano causado efetivamente por um poluidor direto:

> 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.
>
> 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.
>
> 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).[18]

17. ZAPATER, Tiago Cardoso. Responsabilidade civil do poluidor indireto e do cocausador no dano ambiental. *In:* ROSSI, Fernando F.; DEFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GUETTA, Mauricio (Coord.). Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 365.

18. STJ, REsp 604725/PR, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/08/2005.

Tal entendimento do STJ prevalece mesmo diante do fato de o tribunal adotar um conceito de nexo causal exageradamente amplo[19], e aplicar, ao menos nominalmente, a teoria do risco integral[20].

O amplo conceito de nexo causal mencionado pelo STJ em 2007, em acórdão relatado pelo Ministro Herman Benjamin, é mais teórico do que prático, pois, por exemplo, o próprio acórdão que fixou tal entendimento originalmente (REsp 650728/SC) – o qual tratou de dano ambiental decorrente de depósito ilegal de resíduos em área de preservação permanente –, o fez em uma passagem conceitual do voto condutor, tendo, ao final, decidido que a causalidade para responsabilizar o agente se configurou pela violação de deveres do proprietário do imóvel onde houve depósito ilegal de resíduos em área de preservação permanente.

Demonstração disso é o fato de que, mesmo após a fixação de tal conceito amplo, o próprio Ministro Herman Benjamin, em 2009, seguiu decidindo que a responsabilidade civil ambiental do poluidor indireto decorre do nexo causal configurado pela violação de deveres jurídicos do agente que levaram ao dano:

> Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. Ocorre aí inexecução de uma obrigação de agir por quem tinha o dever de atuar. Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desrespeita estipulação ex vi legis, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que

19. "para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem" (STJ, REsp 650728/SC, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/12/2009).

20. Conforme Recurso Especial paradigmático, julgado de acordo com o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973: "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar" (STJ, Recurso Especial 1354536/SE, Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJ 05/05/2014).

> afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo.[21]

Do mesmo modo, a aplicação da teoria do risco integral, a qual geraria a erosão do nexo de causalidade, é mais nominal do que conceitual, pois, mesmo diante do acórdão que pacificou a aplicação da teoria do risco integral, em 2014, em julgamento submetido à sistemática dos processos representativos de controvérsia, em 2017, sob o mesmo rito, o STJ decidiu que a responsabilização do poluidor indireto só poderia ocorrer em caso de violação de um dever que gerasse o risco que levou ao dano:

> 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp nº 1.374.284/MG).
>
> 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador.
>
> 5. No caso, inexiste nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação.
>
> 6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização – na condição de poluidora indireta - acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada."[22]

Portanto, mesmo diante de entendimentos severos e discutíveis, as decisões do STJ têm respaldado o entendimento de que o alcance do

21. STJ, REsp 1071741/SP, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/12/2010.

22. STJ, REsp 1602106/PR, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe 22/11/2017.

conceito de poluidor indireto decorre da análise de deveres que, violados, se tornam causa do dano gerado pelos atos do poluidor direto.

5 EXPECTATIVAS E TENDÊNCIAS

5.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Os dispositivos legais que regem a responsabilidade civil por danos ambientais são os mesmos desde 1981 (art. 3, IV, art. 4º, VII, e art. 14, caput e §1º, da Lei 6.938/81). O conteúdo desses dispositivos foi recepcionado pela Constituição Federal, em 1988, como demonstra a análise do seu artigo 225, caput e §3º.

Nesse intervalo de 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal, muitos entendimentos se desenvolveram na doutrina, no sentido da flexibilização do nexo causal, com a consequente ampliação do alcance da responsabilidade civil ambiental para além dos limites originalmente previstos pela legislação em 1981.

Entre diversas teorias de interpretação do nexo causal sob o ponto de vista das concausas – como a teoria da equivalência dos antecedentes[23], a teoria da causalidade adequada[24], a teoria da necessariedade[25], a teoria do escopo da norma jurídica violada[26], e teoria da imputação objetiva[27] –, bem como as teorias que avaliam o nexo causal na responsabilidade objetiva, sob o ponto de vista do risco – tais como a teoria do risco proveito[28], a

23. Segundo a qual todos e quaisquer fatos sem os quais o resultado não teria ocorrido são equivalentes e aptos a configurar nexo causal, levando a hipóteses como a teórica responsabilização da mãe do criminoso, pois, o nascimento dele é condição anterior e necessária para a ocorrência do crime.
24. A qual defende uma análise isolada de cada causa para identificar a que, por si só, seria capaz de produzir o resultado.
25. Segundo a qual só se admite relação de causa e efeito entre os danos que são necessariamente consequência direta e imediata do ato, excluindo danos posteriores derivados de causas subsequentes (danos indiretos).
26. Segundo a qual a causalidade é definida pelo interesse protegido pela norma. Assim, se analisa quais normas foram violadas pela conduta, e se o evento danoso estava sob proteção delas, o violador responderá pelo dano.
27. Pela qual haverá responsabilidade sempre que uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico criar risco que seja fator determinante a fazer surgir o resultado danoso. Sua intenção é eliminar a subjetividade da investigação causal. Haverá responsabilidade sempre que o dano seja resultado de um risco criado por uma conduta que era proibida por uma norma.
28. Segundo a qual, pautada numa relação de causalidade baseada no equilíbrio entre bônus e ônus, aquele que se beneficia da atividade fica sujeito aos riscos que ela gera, estando, portanto, ligado aos danos dela decorrentes.

teoria do risco criado[29], e a teoria do risco integral[30] – aquela que mais foi defendida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, com um enfoque de ampliação do alcance da responsabilidade civil do poluidor indireto, foi a teoria do risco integral[31].

Porém, a discussão doutrinária e jurisprudencial não foi convertida em mudança legislativa.

Mais do que isso, mesmo num cenário de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido da adoção da teoria do risco integral com consequente flexibilização do nexo causal, a Lei 12.305/2010, promulgada nos tempos atuais, deu um sinal claro de que o legislador de fato não acolheu tal posicionamento.

De acordo com o artigo 28, da Lei 12.305/2010, o gerador de resíduos sólidos domiciliares tem cessada sua responsabilidade pelos resíduos com a disponibilização adequada para a coleta ou, nos casos de resíduos sujeitos à logística reversa, a devolução[32]. Portanto, a Lei 12.305/2010 criou um limite expresso da responsabilidade do gerador de resíduos domiciliares, não permitindo interpretações que atribuam a ele os riscos dos atos de outros agentes que atuarão posteriormente na cadeia de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto[33].

Desse modo, o recente dispositivo vem no sentido oposto ao da teoria do risco integral, como bem observa o professor Édis Milaré:

> Com efeito, esse dispositivo acaba por eximir a responsabilidade do poluidor indireto pelo dano causado ao meio ambiente, delimitando exatamente qual a abrangência das circunstâncias a serem consideradas para o

29. A qual defende a existência de responsabilidade pelos riscos gerados pelo exercício de uma atividade, mas não por aqueles que permeiam a atividade sem terem sido gerados por ela. Assim, diferentemente da teoria do risco integral, a teoria do risco criado admite a incidência de excludentes de causalidade.

30. A qual defende a internalização de todos os riscos relacionados a uma atividade, sem a possibilidade de aplicação de excludentes de causalidade. Desse modo, o mero exercício da atividade relacionada ao dano configuraria nexo causal.

31. Por exemplo, na doutrina, Édis Milaré, Helita Barreira Custódio, Herman Benjamin, entre outros; e, na jurisprudência, os julgados do STJ mencionados exemplificativamente neste artigo.

32. Lei 12.305/2010, Art. 28. O gerador de resíduos sólidos domiciliares tem cessada sua responsabilidade pelos resíduos com a disponibilização adequada para a coleta ou, nos casos abrangidos pelo art. 33, com a devolução.

33. Lei 12.305/2010, Art. 3º. (...) XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei.

> estabelecimento do nexo causal entre a atividade danosa e o dano ambiental propriamente dito. Trata-se, a bem ver, de assunto que ensejará muitos debates e acuradas reflexões sobre seu verdadeiro alcance.[34]

Dessa forma, ainda que parte importante da doutrina defenda – e tenha direito legítimo de defender – a ampliação do alcance da responsabilidade civil para atingir agentes cada vez mais distantes em relação à causa direta do dano, a legislação atual mostra uma tendência clara de rejeição às teses de expansão dos limites da responsabilidade civil por danos ambientais.

5.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como mencionado, o STJ pacificou seu atual entendimento no sentido da aplicação da teoria do risco integral aos casos de responsabilidade civil por danos ambientais. Por outro lado, como também mencionado, a referência à teoria do risco integral pelo tribunal é, na prática, mais nominal do que conceitual.

Conforme notado nas pesquisas de Gustavo Tepedino[35] e Caitlin Mulholland[36], por vezes os tribunais utilizam a denominação de uma determinada teoria de causalidade, mas aplicam o fundamento teórico de outra, o que parece ser o caso dos julgados do STJ, conforme os exemplos analisados acima.

Uma análise dos detalhes do mais recente deles (REsp 1602106/PR) confirma a evolução do entendimento do tribunal especificamente acerca da responsabilidade do poluidor indireto.

Em primeiro lugar, o tribunal confirmou o entendimento de que, "em que pese a responsabilidade por dano ambiental ser objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração do nexo causal a vincular o resultado lesivo à conduta efetivamente perpetrada por seu suposto causador".

A decisão ratifica ainda que "a aplicação da teoria do risco integral a casos de responsabilidade civil por danos ambientais não exime os autores de demandas reparatórias do dever de demonstrar a existência de nexo de causalidade".

---

34. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1188.
35. TEPEDINO, Gustavo. *Novas fronteiras do direito civil,* volume I. Coleção soluções práticas de direito: pareceres. São Paulo: RT, 2012. p. 286-290.
36. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.189.

Com isso, a decisão não acolheu posições doutrinárias e jurisprudenciais pontuais que vêm defendendo a hipótese de presunção de nexo causal em casos de responsabilidade civil ambiental.

Em segundo lugar, embora o tribunal venha adotando a teoria do risco integral nos casos de responsabilidade civil ambiental, a decisão afastou interpretações extensivas dessa teoria, tendo definido que riscos externos – criados por atividades de terceiros – não geram responsabilidade:

> Também não se pode dizer que os riscos inerentes ao transporte marítimo estão relacionados com as atividades desenvolvidas pelas ora recorrentes.
>
> Tais riscos – justificadores da aplicação ao caso da teoria do risco integral – eram próprios das atividades econômicas da SOCIEDAD NAVIERA ULTRAGAZ (a proprietária da embarcação envolvida no incidente objeto da lide) e da empresa CATTALINI TERMINAIS MARÍTIMOS (responsável pela exploração do terminal portuário onde se deu o evento danoso).
>
> Quando muito, seria razoável estender a responsabilidade proveniente da assunção desse risco à empresa vendedora da carga (METHANEX CHILE LIMITED), haja vista ter sido ela, na espécie, a contratante do serviço de transporte.

Com isso, mesmo sob a teoria do risco integral, apenas os riscos da própria atividade poderiam gerar responsabilidade civil por danos ambientais.

Em terceiro lugar, criando um limite claro para as interpretações sobre a imposição de responsabilidade civil ambiental por omissão do suposto poluidor, o tribunal decidiu o seguinte:

> (...) não se revela razoável afirmar também que a responsabilização das recorrentes seria resultado lógico de eventual comportamento omissivo de sua parte, pois este, como consabido, só se verifica nas hipóteses em que o agente (suposto poluidor), tendo o dever de impedir a degradação, deixa mesmo assim de fazê-lo, beneficiando-se, ainda que de forma indireta, do comportamento de terceiro diretamente responsável pelo dano causado ao meio ambiente.

Esse posicionamento confirma o entendimento segundo o qual não se pode ampliar a responsabilidade civil ambiental para atingir aqueles que não tinham originalmente o dever de evitar o dano.

Em quarto lugar, o tribunal não acolheu as interpretações extensivas da responsabilidade civil ambiental, que defendem a aplicação da teoria da equivalência das condições, segundo a qual todo e qualquer ato sem o qual o dano não teria ocorrido é considerado suficiente para configurar nexo

causal – por exemplo, no caso julgado, segundo essa teoria, a mera aquisição da carga transportada seria considerada suficiente para estabelecer nexo causal, pois sem ela o transporte não teria acontecido e, por sua vez, o dano ambiental não teria ocorrido.

Em seu voto-vista, o Ministro Luis Felipe Salomão ponderou:

> A teoria da equivalência das condições (teoria da conditio sine qua non) atribui a toda e qualquer circunstância, que haja concorrido para produzir o dano, a qualidade de uma causa. Assim, qualquer das causas pode ser considerada capaz para gerar o dano.
>
> A abalizada doutrina especializada em responsabilidade civil é uníssona ao afirmar que, na seara da responsabilidade civil, inclusive no tocante ao risco integral, para aferir se um dano pode ser imputado a outrem em razão de sua conduta, não há falar em invocação da teoria da equivalência das condições, de índole generalizadora, admitida apenas no âmbito penal.

Com isso, o Ministro concluiu que "a teoria da causalidade adequada revela-se a mais adequada para justificar o nexo de causalidade no plano jurídico".

Por fim, o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão fixa ainda o importante conceito de que a aplicação do direito ambiental não pode cometer o "grave equívoco de se examinar preceitos jurídicos voltados à conservação dos recursos naturais, desconsiderando os reais efeitos sobre a dinâmica das relações econômicas e sociais".

Assim, tal decisão demonstrou uma tendência de visão mais técnica sobre a responsabilidade civil ambiental, sobretudo do poluidor indireto, se afastando de posicionamentos ideológicos que, diante do justo interesse de proteger o meio ambiente, poderiam levar à atribuição de responsabilidades indevidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte da doutrina e da jurisprudência mostra uma tendência de defesa da ampliação do alcance da responsabilidade civil ambiental, que parece ser resultado da intenção de garantir cada vez mais prevenção e reparação de danos ambientais. A intenção é inegavelmente nobre, mas num Estado Democrático de Direito, não poderia ser implementada a qualquer custo, impondo o ônus da responsabilização civil a quem a lei não pretendeu responsabilizar. A responsabilidade civil ambiental, como qualquer outra responsabilidade, deve ser aplicada com rigor técnico.

Como demonstrado acima, a técnica de responsabilização deriva da própria lei, e não da doutrina, da jurisprudência ou de convicções ideológicas, ainda que bem intencionadas.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro exige a violação de um dever como requisito para imposição de responsabilidade, o que é plenamente compatível com a responsabilidade objetiva aplicável às hipóteses de danos ambientais, pois "também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico"[37].

Portanto, o alcance do nexo causal em relação à figura do poluidor indireto passa pela análise dos deveres que a legislação impõe a ele – os quais são diferentes daqueles impostos à figura do poluidor direto –, e pela verificação de que a violação de tais deveres gerou ou agravou o risco que foi materializado pelo poluidor direto ao causar o dano.

Ao impor deveres para uma atividade remota em relação àquela que efetivamente causa o dano, a legislação tem o claro objeto de aumentar os níveis de proteção do meio ambiente. Ocorre que interpretações que pretendam ultrapassar os limites de tais deveres podem gerar condenações indevidas, e até mesmo a redução dos níveis de proteção almejados originalmente pela legislação.

Ainda que as interpretações extensivas do conceito de poluidor indireto pretendam incentivar os agentes distantes do dano a adotarem práticas preventivas – pois, para não serem considerados poluidores indiretos, teriam de intervir junto aos poluidores diretos, de modo a evitar o dano ambiental que responsabilizaria ambos –, na prática, acabam por colocar sob risco de responsabilização certos agentes que não têm poder de controle sobre as causas de danos ambientais. Portanto, geram uma ilógica pretensão de incentivar alguém a prevenir algo que ele já não tinha poderes para ter feito ou evitado. Assim, na realidade, apenas aumentariam o risco de responsabilização do agente, mas não reduziria o risco de degradação do meio ambiente[38].

Nessa linha, como bem observa Rômulo Sampaio, uma expansão exagerada do conceito de poluidor indireto acabaria por reduzir o incentivo às práticas de prevenção:

> (...) quando a lei chama terceiros alheios à relação típica do

37. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 221.

38. MOURA, Anderson Luiz Martins de. *Troca de papéis na responsabilidade ambiental*. Valor Econômico, São Paulo, 17.04.2014. Caderno Legislação & Tributos, p. E2.

> nexo de causalidade da clássica teoria da responsabilidade civil para adotarem medidas de controle de risco, está refletindo uma política pública inteligente de aumentar o nível de precaução, princípio basilar do Direito Ambiental. Essa política só cumprirá com os objetivos de aumento do nível de precaução se, ao observar o dever legal de cuidado imposto por um diploma normativo, puder o indireto se eximir da responsabilidade pela descaracterização do nexo de causalidade. Do contrário, se ao indireto for aplicada indiscriminadamente a mesma responsabilidade do direto, sem diferenciação, não há qualquer incentivo racional para que qualquer indireto adote qualquer medida de precaução.[39]

Nesse sentido, decisões judiciais acerca da responsabilidade civil ambiental do poluidor indireto devem, necessariamente, se fundamentar na lei, antes de prestigiarem teorias construídas pela doutrina ou pela própria jurisprudência.

Essa ordem de raciocínio se mostra necessária, pois a doutrina é (e de fato deve ser) livre para defender tanto posições respaldadas pela legislação vigente, quanto opiniões críticas à legislação – pois, a doutrina, embora fundamental à prática jurídica, não é em si fonte do direito, como esclarece Miguel Reale[40].

Já a jurisprudência, não possui a mesma liberdade franqueada à doutrina. Se de um lado o juiz tem certa liberdade para formar suas convicções[41], também é claro que sua liberdade é limitada pelo que a lei dispõe[42]. Portanto, decisões judiciais devem ser necessariamente uma aplicação da lei aos fatos.

---

39. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 35.

40. "Não o é pelo simples fato de que ela não se desenvolve numa "estrutura de poder", que é requisito essencial ao conceito de fonte" (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 176.

41. Código de Processo Civil, Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

42. Código de Processo Civil, Art. 489. (...)
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (...)
V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
Código de Processo Civil, Art. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Diante disso, tem-se que, para garantir a efetiva proteção do meio ambiente, de forma justa e eficaz, é preciso aproximar a prática da responsabilidade civil ambiental e a lei.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de direito ambiental. V. 3, n. 9, jan/mar 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Campinas: Ed. Millennium, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. V. 7. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MOURA, Anderson Luiz Martins de. Responsabilidade civil ambiental: análise do nexo causal aplicado ao poluidor indireto. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MOURA, Anderson Luiz Martins de. Troca de papéis na responsabilidade ambiental. Valor Econômico, São Paulo, 17.04.2014. Caderno Legislação & Tributos, p. E2.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.189.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. V. 3. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Art. 4º Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Novas fronteiras do direito civil, volume I. Coleção soluções práticas de direito: pareceres. São Paulo: RT, 2012. p. 286-290.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZAPATER, Tiago Cardoso. Responsabilidade civil do poluidor indireto e do cocausador no dano ambiental. *In:* ROSSI, Fernando F.; DEFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; GUETTA, Mauricio (Coord.). Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 365.

CAPÍTULO 3

CERTIDÃO MUNICIPAL DE CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO

CRISTIANE JACCOUD
ALEXANDRE SION

INTRODUÇÃO

A presente análise se debruça sobre a certidão prevista no art. 10 § 1º da Resolução CONAMA nº. 237/97, doravante denominada "Certidão Municipal de Conformidade com a Legislação aplicável ao Uso e Ocupação do Solo" ou "Certidão Municipal de Conformidade", a ser emitida pela Municipalidade onde se localizará empreendimento ou atividade sujeita ao licenciamento ambiental, e cujo conteúdo deve, a teor do referido dispositivo normativo, "declarar a conformidade do empreendimento ou atividade com a legislação municipal aplicável ao uso e ocupação do solo".

Trata-se de um dos documentos exigidos à instrução do processo de licenciamento e, inobstante tal exigência advenha desde o final da década de 1990, é mencionada de forma superficial pela doutrina, que, salvo poucas exceções, lhe reserva apenas tímidos comentários.

No entanto, tem-se observado que a questão vem sendo objeto de questionamento nas vias administrativa e judicial (i) seja pela eventual inexistência de legislação aplicável ao uso e ocupação do solo no Município, e logo, o impasse para sua emissão; (ii) seja pelo condicionamento, pelo Município, para emissão do documento; (iii) seja em razão da omissão de manifestação, pelo Município, em tempo razoável.

Assim, o estudo pondera os possíveis reflexos jurídicos no procedimento de licenciamento ambiental quando da ausência da referida

certidão pelos diferentes motivos acima expostos e enfrenta, ainda, a possibilidade da continuidade do licenciamento pelo órgão competente. Para tanto, perpassa pela exposição sobre a natureza jurídica do documento e pelo necessário enfrentamento das competências legislativa e administrativa em matéria urbanística e ambiental, com especial destaque para a competência para o licenciamento e a possibilidade de manifestação dos entes federativos no procedimento.

Por fim, analisa a possibilidade de substituição da Certidão Municipal de Conformidade por outro documento apto a atestar seu objeto, bem como, a possibilidade de aferição da referida conformidade pelo próprio órgão ambiental licenciador, com base em evidências fornecidas pelo empreendedor.

Faz-se oportunamente a ressalva de que o presente artigo não tem o objetivo de questionar a constitucionalidade de quaisquer dos dispositivos legais e regulamentares utilizados como base, declinando-se, tão somente, à exposição sobre aspectos evidenciados na advocacia ambiental, nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais ao deslinde da questão e no encaminhamento de possíveis alternativas para aferição da conformidade com a legislação municipal de uso e ocupação do solo em detrimento de declaração emitida pelo Município.

1 CONTEXTO SOBRE A EXIGIBILIDADE DA "CERTIDÃO DE CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO" NO ÂMBITO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental, instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente ("PNMA")[1], se caracteriza como o "procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental"[2].

Traduz-se em uma das formas de exercício do poder de polícia da administração pública, inserido na competência administrativa comum dos entes federativos, na forma dos incisos VI e VII do art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("CRFB/88").

O exercício desta competência comum em matéria ambiental, conforme previsão do parágrafo único do referido dispositivo constitucional,

1. Instituída pela Lei Federal nº. 6.938/81.
2. Conforme conceito estabelecido pelo art. 2º, I da Lei Complementar nº. 140/11.

foi delineado através da Lei Complementar nº. 140/11 ("LC nº. 140/11"), que estabelece expressamente no art. 13 que "os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo", com base nos atribuições especificadas nos artigos 7º, 8º e 9º da mesma norma.

Inobstante o licenciamento deva ocorrer perante um único ente, pode haver a necessidade de informações a subsidiarem a análise do procedimento que advenham de ente federativo diverso do ente licenciador ou outro órgão da administração pública diverso do órgão ambiental[3].

Nesse sentido, dentre os diversos documentos que devem ser apresentados no âmbito do licenciamento ambiental, destaca-se a "Certidão de Conformidade com a Legislação Aplicável ao Uso e Ocupação do Solo" de que trata o art. 10, § 1º da Resolução CONAMA nº. 237/97, consoante se denota do referido dispositivo:

> Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:
>
> [...]
>
> § 1º - No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

Em conformidade com o dispositivo supra e considerando a competência municipal para "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo" (art. 30, VIII, da CRFB/88), infere-se que a certidão em tela, que deve ser emitida pelo Município onde se situará o empreendimento objeto do licenciamento, tem o condão exclusivo de "demonstrar" ao órgão ambiental licenciador a compatibilidade da tipologia do empreendimento objeto de licenciamento com o regramento municipal aplicável ao uso e a ocupação do solo.

---

3. A esse respeito, cabe destacar que a possibilidade de atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Cultural Palmares (FCP), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e do Ministério da Saúde nos processos de licenciamento ambiental, disciplinada através da Portaria Interministerial nº. 60/2015, bem como, a necessidade de autorização ou anuência de órgãos gestores de unidades de conservação, quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, consoante estabelecido pelo art. 36, §3º da Lei Federal nº. 9.985/2000 e delineado pela Resolução CONAMA nº. 428/2010.

Nesse interregno, efetiva-se o "princípio da cooperação", dado que, muitas vezes, o órgão ambiental licenciador, quando diverso do órgão municipal, pode não ter conhecimento dessas particularidades e peculiaridades.

2 NATUREZA JURÍDICA

Contextualizada a exigibilidade da Certidão Municipal de Conformidade com a Legislação aplicável ao Uso e Ocupação do Solo no âmbito do licenciamento, em se tratando de ato administrativo emanado do Poder Executivo Municipal, faz-se necessária uma breve explanação sobre sua natureza jurídica.

Para tanto, retoma-se à classificação dos atos administrativos segundo Carvalho Filho[4], que, quanto aos efeitos, os distingue entre (i) atos constitutivos; (ii) atos declaratórios; e (iii) atos enunciativos. Vejamos:

> Atos constitutivos são aqueles que alteram uma relação jurídica, criando, modificando ou extinguindo direitos. Exemplo: a autorização, a sanção disciplinar, o ato de revogação.
>
> Atos declaratórios são os que apenas declaram situação preexistente, citando-se, como exemplo, o ato que declara que certa construção provoca riscos à integridade física dos transeuntes, ou o ato que constata irregularidade administrativa em órgão administrativo.
>
> Por fim, temos os atos enunciativos, cuja característica é a de indicarem juízos de valor, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório. O exemplo típico é o dos pareceres. Diga-se, aliás, que tais atos não são considerados como típicos atos administrativos por alguns autores. (Grifos nossos).

Ainda nas lições do eminente jurista, as certidões, assim como os atestados e as declarações, são atos administrativos declaratórios "porque o seu conteúdo expressa a existência de um fato jurídico", sendo reflexo do "princípio da publicidade da Administração"[5].

Desta feita, seja pelo que se depreende do próprio conteúdo da normativa seja pela classificação doutrinária, a Certidão Municipal de Conformidade, assim como natural às certidões, é ato administrativo declaratório, na medida em que não cria, transfere, modifica ou extingue direitos e tampouco emite juízo de valor. Ao contrário, limita-se apenas a

4. CARVALHO FILHO, 2015, p. 141.
5. CARVALHO FILHO, 2015, p. 141.

declarar uma situação jurídica pré-existente, aferida através da contraposição da tipologia do empreendimento com o zoneamento urbano já definido para sua localização.

A natureza declaratória de referida certidão já foi reconhecida, em casos análogos, em âmbito judicial. Nesse sentido é a manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo, mencionada no acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº. 0008950-83.2008.8.26.0271, onde, através de Mandado de Segurança, buscava-se justamente o posicionamento da Municipalidade, que quedava inerte à solicitação do empreendedor para fins de instrução e obtenção da licença ambiental. Vejamos:

> [...] No presente caso, a impetrante aduz em sua inicial que a autoridade coatora se omite a respeito do pedido de renovação da certidão formulado, quer para deferi-la ou indeferi-la, o que constitui omissão administrativa, ilegal, sanável pelo writ.
>
> Observo que a certidão postulada, qual seja, certidão de uso e ocupação do solo, destina-se a informar se a atividade e respectivo uso são permitidos ou não, para determinado local e, caso seja permitido, volta-se a descrever os principais parâmetros urbanísticos, afastamentos, taxa de permeabilidade, dentre outros.
>
> Vale repetir que a citada certidão se destina a informar se a atividade e uso do solo são ou não são permitidos. [...] (TJSP - Ap.c/Rev.nº.: 0008950-83.2008.8.26.0271. Relator(a): Zélia Maria Antunes Alves; Comarca: Itapevi; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 27/06/2014; Data de registro: 27/06/2014)

Ainda nessa seara, sendo ato iminentemente declaratório a informar a conformidade do empreendimento com a política urbana nos termos da legislação municipal, trata-se, pois, de ato vinculado. Assim, não há que se falar em discricionariedade pelo poder público municipal.

Para tal afirmativa, novamente nos valemos das lições de Carvalho Filho, que a respeito dos atos vinculados, leciona:

> Atos vinculados, como o próprio adjetivo demonstra, são aqueles que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece. Ao agente, nesses casos, não é dada liberdade de apreciação da conduta, porque se limita, na verdade, a repassar para o ato o comando estatuído na lei. Isso indica que nesse tipo de atos não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei.

No sentido de confirmar o caráter vinculado da Certidão em tela, Tribunais de Justiça dos Estados[6] já se manifestaram em diversas ocasiões. A título de exemplo, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão ("TJMA") em sede de Apelação Cível, posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ"):

> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA PETIÇÃO INICIAL DA PESSOA JURÍDICA A QUE AUTORIDADE COATORA INTEGRA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DESPACHO INICIAL DO JUIZ QUE SUPRIU A EXIGÊNCIA. CERTIDÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. OMISSÃO DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE URBANISMO E HABITAÇÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXPEDIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 4. Comprovado que a propriedade do imóvel descrito na inicial é do impetrante e inexistindo fatores impeditivos à utilização do bem para fins de edificação, o seu proprietário tem direito líquido e certo à certidão de uso e ocupação do solo do imóvel [...]. 5. Sentença mantida em todos os seus termos. Recurso não provido. (TJ-MA - APL: 0601712013 MA 0024720-24.2013.8.10.0001, Relator: ANGELA MARIA MORAES SALAZAR, Data de Julgamento: 05/06/2014, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/06/2014)

Também no sentido da natureza vinculada da Certidão e da impossibilidade de análise discricionária ou juízo de conveniência e oportunidade, veja-se:

> REMESSA. MANDADO DE SEGURANÇA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. REQUISITOS DEMONSTRADOS. ATO VINCULADO. I - A expedição de certidão de uso e ocupação do solo se constitui em ato vinculado do poder público. II - Comprovado pela parte que preencheu os requisitos da lei para a expedição de certidão de uso e ocupação do solo esta deve ser confeccionada sob pena de ofensa a direito líquido e certo. (TJ-MA - REEX: 0272262012 MA 0000160-98.2012.8.10.0115, Relator: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Data de

6. Além do julgado colacionado, cumpre mencionar outros precedentes no mesmo sentido: TJ-MA - REEX: 0272262012 MA 0000160-98.2012.8.10.0115, Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 28/02/2013, Data de Publicação: 15/03/2013; TJ-MG. Apelação Cível 1.0064.13.0013317/003 0013317-79.2013.8.13.0064. Rel. Des. Marcelo Rodrigues. 2ª Câmara Cível. Data do julgamento: 05.08.2014. Data da Publicação: 19.08.2014; TJ-MG. Agravo de Instrumento 1 0572 17 000312-1/001. Des. Raimundo Messias Junior, 2ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 11.05.2017.

Julgamento: 28/02/2013, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2013)

Desta feita, sem necessidade de maiores digressões, entendemos demonstrada a natureza declaratória e vinculada da Certidão de Conformidade com a Legislação de Uso e Ocupação do Solo a ser emitida pelo Poder Executivo Municipal.

3 PROBLEMÁTICA DA "CERTIDÃO DE CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO" NO ÂMBITO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Diante da natureza jurídica da Certidão Municipal de Conformidade, como visto ao norte, não se vislumbrariam, de plano, controvérsias a ponto de configurá-la como um "ponto nevrálgico" em alguns procedimentos de licenciamento ambiental.

Ocorre que, inobstante tais evidências preliminares, tem-se observado um número cada vez mais expressivo de licenciamentos que "travam" devido a questões relacionadas à Certidão. Como se trata de uma incumbência do empreendedor, este, em muitos casos, não consegue o documento, e o órgão ambiental se vê "impedido" de dar sequência à análise do pedido de licenciamento.

A questão se agrava particularmente em empreendimentos de infraestrutura como, em especial, empreendimentos lineares, a exemplo de linhas de transmissão de energia, oleodutos, minerodutos, entre outros, que não raras vezes estendem-se por centenas de quilômetros perpassando vários Estados e Municípios.

Diante de impasses na obtenção da aludida certidão a fim de embasar o processo de licenciamento, em alguns casos a controvérsia é endereçada à Procuradoria do órgão ambiental competente para o licenciamento na tentativa de se buscar uma solução ainda na esfera administrativa. Por outro lado, não raras vezes, é levada à apreciação judicial através de Mandados de Segurança, com fulcro no direito líquido e certo à obtenção de certidões, consagrado no art.5º, XXIV, "b" da CRFB/88.

Assim, são analisadas três circunstâncias: (i) eventual inexistência de legislação aplicável ao uso e ocupação do solo no Município; (ii) condicionamento, pelo Município, para emissão da Certidão Municipal de Conformidade; e (iii) omissão, pelo Município, em tempo razoável, de manifestação sobre a conformidade dos empreendimentos.

Passa-se, portanto, à explanação das conjecturas supramencionadas e dos posicionamentos doutrinários, administrativos e/ou jurisprudenciais para cada caso.

3.1 INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL APLICÁVEL AO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO E PRESUNÇÃO DE CONFORMIDADE DO EMPREENDIMENTO

A abordagem dessa questão prescinde de um breve reporte à competência constitucional municipal para legislar sobre matéria urbanística e as normas gerais sobre a temática.

Nessa toada, sem prejuízo da competência concorrente nos termos dos arts. 24, I e §§, atenção há que ser dada à competência atribuída aos Municípios no art. 30 e às diretrizes de política urbana previstas no art. 182 da CRFB/88.

Nos moldes do art. 30 da CRFB/88, além de "legislar sobre assuntos de interesse local" (I) e "suplementar a legislação federal e estadual no que couber" (II), aos Municípios competem a edição de normas destinadas a "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (VIII). De maneira adicional, o art. 182 estabelece que cabe aos Municípios fixar diretrizes gerais com o objetivo de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (caput), bem como, aqueles com mais de vinte mil habitantes devem aprovar plano diretor, como "instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana" (§ 1º).

Vale consignar que o STF já aprovou tese de repercussão geral no sentido de que "os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor".

Ainda em relação ao ordenamento urbano pelos Municípios, no âmbito da legislação federal, destacam-se a Lei Federal nº. 10.257/00, que regulamenta os arts. 182 e 183 da CRFB/88 e estabelece diretrizes gerais da política urbana (Estatuto das Cidades), a Lei Federal nº. 6.766/79, que dispõe sobre parcelamento do solo e a Lei Federal nº. 11.977/09, que traz normas sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

Portanto, os Municípios não só possuem a competência para legislar em matéria de direito urbanístico, como têm o dever de aprovar o plano diretor (se possuir mais de vinte mil habitantes), podendo, ainda, criar outras leis, desde que compatíveis com o disposto no respectivo plano diretor.

Desta feita, caso o Município não tenha cumprido com o seu dever constitucional e não tenha disciplinado, na forma como lhe é facultado, sobre o ordenamento territorial, ou seja, diante da inexistência de norma municipal sobre uso e ocupação do solo, deve-se presumir a conformidade de atividade ou empreendimento, uma vez que não há base legal para que o Município declare eventual incompatibilidade com ordenamento inexistente.

Esta conclusão decorre do "princípio fundamental da legalidade", esculpido no art. 5º, II da CRFB/88[7], pelo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", corroborado ainda pelo princípio fundamental da livre iniciativa, na forma dos arts. 1º, IV8 e 170, parágrafo único9 da CRFB/88).

Acerca do referido princípio da legalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[10] leciona:

> Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

Nesse sentido, cumpre mencionar que o STJ, ao apreciar a controvérsia sobre a possibilidade do desenvolvimento de atividades produtivas ante a ausência de proibição legal expressa, firmou entendimento no sentido de que "dentro de uma interpretação harmônica das normas legais 'aquilo que não está proibido é porque está permitido'"[11].

---

7. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

8. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

9. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

10. DI PIETRO, 2014, p. 64.

11. STJ - EREsp: 439456 SP 2007/0101157-6, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de

Disso se extrai, portanto, que ao empreendedor não pode ser imposta obrigação ou ser cerceada a sua garantia à livre iniciativa (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, IV da CRFB/88), ao desenvolvimento nacional (um dos objetivos fundamentais, na forma do art. 3º, II da CRFB/88) e ao trabalho (direito fundamental, consoante art. 5º, XIII da CRFB/88), sem que haja expressa vedação legal. É dizer ainda que o empreendimento e o respectivo licenciamento ambiental não pode ser suspenso ou inviabilizado por não haver legislação municipal que regulamente o uso e a ocupação do solo.

A obrigação constante do §1º, art. 10, da Resolução CONAMA n°. 237/97 consiste, conforme visto, na verificação da conformidade do empreendimento com a referida legislação, publicizada a partir da emissão de certidão pela Prefeitura Municipal. Não havendo legislação aplicável, por óbvio, não há que se falar em desconformidade com a legislação.

Se o objetivo da exigência de certidão é verificar eventual contrariedade às normas territoriais, a demonstração de inexistência de legislação aplicável - que pode se dar através de declaração emitida pelo Município, seja através do Poder Executivo, bem como, sob nosso entendimento, também através do Poder Legislativo - importa na conclusão lógica e inafastável de que não há qualquer inconformidade ou irregularidade que impeça ou condicione o regular andamento do licenciamento para posterior implantação e operação do empreendimento.

Nesse sentido, a Advocacia Geral da União ("AGU"), através da Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA ("PFE/IBAMA") em recente manifestação, após análise de um parecer que elaboramos a pedido de um cliente para tratar, entre outros pontos, da ausência de certidão de Municípios que não possuem leis de uso e ocupação do solo, assim entendeu:

> EMENTA: I. Nos procedimentos de licenciamento ambiental, regidos pela Resolução Conama nº 237/1997, deverá o Ibama exigir a certidão municipal de conformidade do local e do tipo de empreendimento/atividade a ser licenciado com a legislação local, aplicável ao uso e ocupação do solo (inteligência do art. 10, § 1º, daquela Resolução). [...] IV. O Ibama deverá avaliar a pertinência da motivação utilizada pelo ente municipal para deixar de conceder a certidão, cabendo ainda ao órgão ambiental interpretar as manifestações das prefeituras municipais, no que tange à conformidade do empreendimento com as normas locais. Caso o município declare não possuir legislação a regular

Julgamento: 08/08/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 27.08.2007 p. 179.

> o uso e ocupação do solo em seu território, poderá o Ibama conferir efeito de certidão positiva a esse tipo de manifestação, apresentada pelo órgão competente, já que sem legislação local sobre o assunto não há que se vislumbrar a existência de qualquer espécie de incompatibilidade. [...] (PARECER n. 00107/2017/CONEP/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU NUP: 02001.002976/2016-16)

Assim, outra conclusão não se apresenta senão a de que, diante da inexistência de legislação municipal aplicável ao uso e ocupação do solo, há presunção de conformidade do empreendimento ou da atividade.

3.2 CONDICIONAMENTO A ESTUDOS OU EXIGÊNCIA DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS PARA EMISSÃO

Ainda na seara da problemática objeto desta análise, outro aspecto a ser enfrentado é quando o Município condiciona a emissão da Certidão Municipal de Conformidade à apresentação de estudos ambientais ou à medidas compensatórias das mais diversas, que podem ter ou não relação com os impactos do empreendimento ou atividade.

A análise desta questão perpassa pela (re)afirmação da competência de um único ente federativo para o licenciamento ambiental, bem como, pela competência exclusiva do órgão ambiental licenciador para a definição dos estudos e das medidas mitigatórias e compensatórias aplicáveis ao empreendimento.

Como já brevemente explanado, o licenciamento ambiental se consubstancia em uma das formas de exercício do poder de polícia da administração pública em matéria ambiental, inserido na competência administrativa comum dos entes federativos, na forma dos incisos VI e VII do art. 23 CRFB/88 e cuja forma de exercício é disciplinada na LC 140/11, conforme previsão do parágrafo único do referido dispositivo constitucional.

Ocorre que, ante a delonga legislativa na edição da mencionada lei complementar, conforme lições de Édis Milaré[12], a questão foi sendo delineada com base na regra do artigo 10, *caput*, da Lei Federal nº. 6.938/1981[13].

Paralelamente a esse critério legal, o CONAMA editou a Resolução nº. 237/97, determinando a unicidade do licenciamento (art. 7º)[14], fundada

12. MILARÉ, 2013, p. 787,

13. Ainda que referido artigo 10 originalmente se distanciasse da regra constitucional, ao excluir os Municípios da competência administrativa em matéria ambiental.

14. Art. 7º - Os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência,

em múltiplos critérios decorrentes, ora da amplitude dos impactos, ora da localização, ora da natureza ou da dominialidade do bem sujeito à interferência (artigos 4º, 5º e 6º), tudo a evitar conflitos e superposição de atribuições entre os variados níveis de poder.

Apesar das previsões expressas da referida Resolução, havia questionamentos consistentes acerca da possibilidade da definição de regras de competência, inclusive a exclusividade de licenciamento em um único nível, por meio de Resolução[15].

Finalmente, com o advento da LC nº. 140/11 grande parte dessas controvérsias foi pacificad[16], especialmente em relação aos conflitos de superposição de competência, ao estabelecer, também como já brevemente mencionado, critérios objetivos de repartição de competências para o licenciamento nos artigos 7º, 8º e 9º.

Adicionalmente, a LC nº. 140/11 dispõe que o licenciamento ambiental deve se dar perante um único ente federativo, garantindo-se a oportunidade de manifestação dos demais entes, em ocasião oportuna e de maneira não vinculante. Vejamos:

> Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.
>
> §1º. Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

Desta feita, entendemos que não restem dúvidas que caiba ao órgão licenciador definir os estudos necessários, as medidas mitigatórias e compensatórias a serem adotadas. Nesse sentido, a dicção do art. 13 da LC 140/11 corrobora ainda o próprio conceito de "licença ambiental" esculpido no art. 1º, II da Resolução CONAMA 237/97.

> Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
>
> (...)
>
> II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e

conforme estabelecido nos artigos anteriores." (Grifamos).

15. A definição de competência entre os entes federativos é matéria reservada à Constituição e às leis complementares.

16. Algumas discussões ainda persistem, como, entre outras, a aparente inconstitucionalidade da alínea "a", inciso XIV do art. 9º da LC 140/2011. O Estado definir o que os Municípios podem licenciar fere o Pacto Federativo.

> medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Também como se verifica da dicção expressa do §1º do art. 13 da LC 140/2011, aos entes federativos diversos do ente federativo licenciador é garantida a oportunidade de consignarem seus pleitos (que podem se referir a estudos, exames técnicos e compensações) no âmbito do respectivo processo de licenciamento, cabendo ao órgão ambiental licenciador a conveniência do acatamento.

Nesse ínterim, o condicionamento da emissão da Certidão Municipal de Conformidade a qualquer tipo de estudo ambiental ou exigência de medidas compensatórias relativas aos impactos do empreendimento implicaria em uma distorção do ato administrativo, que tem o condão apenas de atestar um fato (e, repisa-se, de natureza declaratória e vinculada).

Assim, não pode o município deixar de cumprir seu dever constitucional e legal configurado na obrigação de emissão da Certidão Municipal de Conformidade, nem imiscuir-se na competência do órgão licenciador no que tange à análise dos estudos ambientais, suas medidas mitigatórias e compensatórias, questionando-as ao empreendedor, exatamente porque, entre outros motivos já desenhados aqui, dispõe de garantias legais dentro do processo de licenciamento para apresentar seus pleitos.

Eventuais pleitos da municipalidade devem ser direcionados ao órgão licenciador, a quem caberá o juízo de admissibilidade e conveniência. Modo diverso caracterizaria a tentativa de usurpação da competência licenciadora, travestindo-se em um verdadeiro "licenciamento pela via reversa", o que fere cabalmente as regras de competência comum dos entes federativos em matéria ambiental, esculpidas em sede constitucional e delimitadas pela LC nº. 140/11.

Nesse sentido, Eduardo Fortunato Bim[17], colega da UBAA, ex Subprocurador e atual Procurador Federal da Procuradoria Especializada do IBAMA-Sede, ao tratar especificamente da Certidão de Uso e Ocupação do Solo no âmbito do licenciamento ambiental, assevera:

> Os municípios também não podem impor condicionantes (...). A regulamentação da concessão da certidão não pode chegar ao ponto de desvirtuar a certidão e transformá-la

17. (BIM, 2016, p. 153)

em uma anuência condicionada.

Também nesse sentido já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ("TJMG"), tanto em ação que versava sobre imposição de compensação ambiental quanto em ação que versava sobre exigência de estudo ambiental para emissão da certidão prevista no artigo 10, § 1º, da Resolução CONAMA 237/97. Transcreve-se:

> APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA LICENCIAMENTO AMBIENTAL EMPREENDIMENTO QUE ABRANGE MAIS DE UM MUNICÍPIO COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL CERTIDÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO EMISSÃO CONDICIONADA À COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EXIGIDA PELO MUNICÍPIO SUPERPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIA IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA APELAÇÃO À QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Quando o empreendimento abranger mais de um município, a competência para o licenciamento ambiental é do órgão ambiental estadual, não cabendo ao município exigir qualquer compensação ambiental para emissão da certidão prevista no artigo 10, § 1º, da Resolução CONAMA 237, de 1997.
>
> 2. Eventuais impactos ambientais decorrentes da instalação e operação do empreendimento submetido ao controle ambiental serão monitorados e sofrerão as devidas intervenções do órgão competente, não sendo permitida a superposição de competências entre os órgãos ambientais das três esferas administrativas. Apelação Cível 001331779.2013.8.13.0064. Rel. Des.(a) Marcelo Rodrigues. 2ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 05/08/2014. Data da Publicação: 19/08/2014) (Grifos nossos)APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA LEI - INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE MINISTERIAL NA PRIMEIRA INSTÂNCIA - AUSÊNCIA - PREJUÍZO - NÃO COMPROVAÇÃO - MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA EM SEGUNDO GRAU - VÍCIO SANÁVEL - LICENCIAMENTO AMBIENTAL - COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL ESTADUAL - CERTIDÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL (ART. 10, § 1º, DA RESOLUÇÃO CONAMA 237, DE 1997) - CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO - EMISSÃO CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE ESTUDO AMBIENTAL - SUPERPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE -

> APELAÇÃO À QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual somente haverá utilidade em declarar a nulidade do processo por ausência de intervenção ministerial se restar demonstrado o efetivo prejuízo ao interesse público primário.
>
> 2. Não cabe ao município exigir a realização de estudo ambiental para emissão da certidão prevista no artigo 10, § 1º, da Resolução do CONAMA 237, de 1997, visto que o licenciamento é de competência do órgão ambiental estadual, devendo a municipalidade apenas manifestar-se sobre a observância pelo empreendimento da lei de uso e ocupação do solo.
>
> 3. Eventuais impactos ambientais decorrentes da instalação e operação do empreendimento submetido ao controle ambiental serão monitorados e sofrerão as devidas intervenções do órgão competente, não sendo permitida a superposição de competências entre os órgãos ambientais das três esferas administrativas. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0372.14.003094-4/001. Rel. Des.(a) Marcelo Rodrigues. 2ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 03/11/2015. Data da Publicação: 13/11/2015)

Nessa toada, não nos parece admissível que a Municipalidade condicione a emissão de referida certidão ante as seguintes premissas:

> i. A natureza declaratória da certidão de conformidade de uso e ocupação do solo que tem o condão de atestar um fato ao administrado e ao órgão licenciador.
>
> ii. O direito fundamental à obtenção de certidões perante a administração pública, previsto expressamente no art. 5º, XXIV, "b" da CRFB/88.
>
> iii. A previsão legal de instância oportuna para que os entes federativos se manifestem perante o órgão competente no âmbito do licenciamento ambiental, a fim de levar seus pleitos em relação ao empreendimento, conforme garantido explicitamente no § 1º do art. 13 da Lei Complementar 140/2011.
>
> iv. A competência exclusiva do órgão ambiental licenciador para definir os estudos ambientais e as medidas mitigatórias e compensatórias aplicáveis ao empreendimento.

De igual maneira, o Estado (aqui genericamente considerado, tanto em relação à divisão federativa quanto à separação dos poderes), não pode ser conivente com a usurpação de competência para análise dos impactos ambientais atribuída conforme os ditames da LC nº. 140/2011,

em harmonia com o que estabelece o art. 23, incisos VI e VII e parágrafo único da CRFB/88.

3.3 OMISSÃO DO MUNICÍPIO EM TEMPO RAZOÁVEL

Por fim, há que se analisar quando o Município, instado a emitir o referido documento, se omite por tempo considerável, contrariando o "princípio da duração razoável do processo", esculpido como direito fundamental no art. 5º, LXXVIII da CFRB/88 através da EC n. 45/15[18].

A alteração constitucional que visou assegurar meios que garantam a celeridade da tramitação processual com vistas à sua efetividade, por óbvio não estabeleceu critérios ou mecanismos para se aferir a razoabilidade na duração de um processo, dada a abrangência de sua aplicabilidade aos processos judiciais e administrativos de naturezas e peculiaridades múltiplas e distintas. Assim, tal delineamento fica a cargo de regramentos específicos, imprescindíveis à efetividade do dispositivo constitucional.

Gisele Mazzoni Welsch[19], ao analisar os aspectos da efetividade da EC/45, aponta que:

> Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 45/2005 a efetiva prestação jurisdicional foi erigida a princípio fundamental. Todavia, cumpre registrar, inicialmente, que não basta a tutela formal do direito. É necessário que sejam colocados à disposição os meios concretos que permitam que a norma venha atingir o efeito desejado – a efetividade do processo - com a consequente redução do prazo de duração entre o ajuizamento do pedido e a eficaz prestação jurisdicional.

Em uma acepção por analogia, especificamente no processo de licenciamento ambiental, a "duração razoável do processo" pode ser referenciada ao tempo que o órgão ambiental deve dispor para análise do pedido de cada licença, levando ainda em consideração o prazo de manifestação de órgãos e entidades da administração pública em relação às questões que lhes são institucionalmente afetas.

O lapso temporal que o órgão ambiental dispõe para análise das licenças está previsto na própria Resolução CONAMA nº. 237/97,

18. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

19. WELSCH, 2008, p. 07.

em seu art. 14. O referido dispositivo dispõe sobre a possibilidade de estabelecimento de prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares. De todo modo, consigna o "prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento", fazendo apenas a ressalva da extensão do mencionado prazo para (12) meses, nos casos de empreendimentos e atividades considerados de significativo impacto ambiental, sujeitos ao EIA/RIMA e/ou audiência pública.[20]

Adicionalmente, e ainda segundo os ditames do mesmo dispositivo (art. 14 da Conama 237/97), tais prazos somente poderiam ser alterados se justificados, e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente, fazendo-se a ressalva de sua suspenção durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor.

Vê-se, portanto, que mesmo antes da emenda constitucional que erigiu o "princípio da duração razoável do processo" como direito fundamental, a temática já restava consignada no âmbito do processo de licenciamento ambiental.

Importante observar, entretanto, que o licenciamento ambiental guarda características, complexidades e subjetividades que não são vislumbradas na Certidão Municipal de Conformidade, demasiadamente mais simples, dada sua natureza iminentemente declaratória.

Assim, no intuito de vislumbrar o "prazo razoável" para a emissão da Certidão Municipal de Conformidade, valemos-nos dos posicionamentos dos Tribunais.

Quando do exame da omissão Municipal para emissão da Certidão Municipal de Conformidade com a Legislação aplicável ao Uso e Ocupação do Solo, nossos Tribunais entenderam pela aplicabilidade dos comandos normativos da Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo

20. Art. 14 - O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.
§ 1º - A contagem do prazo previsto no caput deste artigo será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor.
§ 2º - Os prazos estipulados no caput poderão ser alterados, desde que justificados e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente.

administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, com fulcro ainda no princípio da eficácia do serviço público, cujo desrespeito implica em lesão a direito líquido e certo do administrado. Vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE CERTIDÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. EXIGÊNCIA PARAINSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTO COMERCIAL (POSTO DE COMBUSTÍVEL). DEMORA INJUSTIFICADA E DEMASIADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONFIGURAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. A demora injustificada no atendimento de pedido de certidão formulado por cidadão afronta expressa disposição legal que impõe o prazo de quinze dias para a expedição de certidão pela administração, e ao princípio da eficácia do serviço público, configurando lesão a direito líquido e certo da parte que não teve respostas na via administrativa. 2. Inteligência da Lei Estadual nº. 8.959/2009; Lei Federal nº. 9.784/1999 e do art. 5º, inciso LXXVII, da CF/88. 3. Apelação cível não conhecida por intempestiva. 4. Reexame necessário conhecido e improvido.
>
> (TJMA - APL: 0049422014 MA 0055543-49.2011.8.10.0001, Relator: LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA, Data de Julgamento: 30/07/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/08/2015)
>
> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APRECIAÇÃO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DA CELERIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONFIGURAÇÃO.
>
> I - Conforme reiterados pronunciamentos da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição. (MS 13.728/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 08/02/2012).II - A Lei Estadual nº 8.959/2009, que trata dos processos administrativos no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão consagra o princípio da celeridade no âmbito judicial e administrativo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, estipulando, nos seus artigos 57e 58, o dever da Administração decidir no prazo de até 30 (trinta) dias após a conclusão da instrução do processo, salvo prorrogação por igual período devidamente justificada. III - Segurança concedida. (TJMA - MS nº. 11.646/2013. Acórdão nº. 137016/2013. Rel. Des.

MARCELO CARVALHO SILVA - DJE 10/10/2013).

Desse modo, diante da ausência de prazo específico, é de se presumir que, consoante os entendimentos e os precedentes citados, o procedimento administrativo municipal para aferição e declaração da conformidade do empreendimento com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo deve ocorrer em consonância com os prazos máximos estipulados na Lei Federal nº 9.784/1999[21] para o caso de licenciamentos federais, ou consoante prazos estipulados em normas congêneres dos respectivos estados e municípios, nos casos respectivos de licenciamentos estaduais e municipais.

Assim, não emitida a certidão em "prazo razoável", evidentemente que o empreendedor poderá se socorrer do judiciário para ver garantido o seu direito líquido e certo. Mas a questão que se coloca é: a judicialização é o único remédio? Não existe uma solução administrativa a dar efetividade aos inúmeros comandos constitucionais negados quando a certidão não é emitida pelo Município?

Entendemos que exista! E nesse ponto parece-nos razoável e legal que o próprio órgão ambiental possa aferir a adequação locacional do empreendimento com as normas municipais, como defenderemos adiante.

3.4 AFERIÇÃO DA CONFORMIDADE DO LOCAL E DO EMPREENDIMENTO OU ATIVIDADE PELO ÓRGÃO AMBIENTAL LICENCIADOR

Ante à natureza jurídica declaratória da referida certidão, é fato que sua emissão pela municipalidade lhe reveste de toda a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Todavia, não afasta a possibilidade de que, em sua ausência, o fato a ser atestado possa ser evidenciado pelo interessado através de outro documento de semelhante teor declaratório ou através da apresentação de documentação técnica que permita tal aferição pelo órgão ambiental licenciador.

No primeiro caso – documento diverso da Certidão Municipal de Conformidade emitida pelo chefe do Poder Executivo Municipal mas com semelhante teor declaratório - cumpre destacar a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro, que, em modificação ao Decreto Estadual nº. 44.820/14, que dispõe sobre o Sistema de Licenciamento Ambiental - SLAM e dá outras providências, admitiu o Alvará de Localização e Funcionamento

21. A depender do entendimento, 15 (art. 42) ou 30 dias (art. 49).

como documento hábil a demonstrar a conformidade do empreendimento com a legislação municipal de uso e ocupação do solo. Vejamos.

> Art. 15. Para concessão das licenças previstas nos artigos 7º ao 13 deverá ser comprovada pelo empreendedor a conformidade do empreendimento ou atividade à legislação municipal de uso e ocupação do solo, mediante certidão ou declaração expedida pelo Município.
>
> § 1º O Alvará de Localização e Funcionamento expedido pelo Município que ateste a conformidade da atividade/empreendimento quanto ao uso e ocupação do solo será aceito para fins do cumprimento do disposto no caput, desde que possua prazo válido. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto n.º 45.482 de 04.12.2015). § 2º Na hipótese de não constar prazo de validade no documento acima mencionado, serão aceitas certidões ou alvarás emitidos até 1 (um) ano antes da data do pedido da licença. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto n.º 45.482 de 04.12.2015).

De modo adicional e sem prejuízo da dicção do §1º do art. 10 da Res. CONAMA 237/97 referir-se a "certidão emitida pela Prefeitura Municipal", entendemos razoável que, na ausência de legislação aplicável conforme explanado alhures, declaração expedida pela Câmara Municipal seja admitida.

No entanto, ainda que se apresentem como alternativas à Certidão Municipal de Conformidade nos moldes delineados pelo art. 10 §1º da Resolução CONAMA 237/1997, as situações acima citadas têm aplicabilidade limitada.

No caso do Alvará de Localização e Funcionamento, apenas se enquadra nas hipóteses de regularização de empreendimentos e atividades já instalados e sujeitos à autorização municipal, não sendo apto a "substituir" a certidão de conformidade necessária à subsidiar a emissão de LP. Além disso, especificamente no caso da referenciada norma fluminense, para Alvarás sem prazo de validade determinado a possibilidade ganha severa limitação ao abarcar, na forma da aludida norma, apenas aqueles emitidos até um ano antes da data do pedido de licença, a despeito de se tratar de atos administrativos válidos e vigentes. Do mesmo modo, a Declaração expedida pela Câmara Municipal tem aplicabilidade restrita à alternativa de omissão, pelo Município, de documento de igual teor.

Assim, a questão que se coloca é, diante de impasses para persecução da Certidão Municipal de Conformidade, seja pela "omissão do Município em tempo razoável", seja pelo condicionamento a estudos ou exigência de compensação para emissão do documento, seja, ainda, por inércia do Poder

Executivo municipal, seria razoável e legal que o próprio órgão ambiental pudesse aferir a conformidade do empreendimento ou atividade, a fim de evitar a necessidade de tutela jurisdicional?

Cumpre repisar que o ponto que se discute é a possibilidade de mecanismo alternativo para a necessidade da busca da tutela jurisdicional, a ser aplicado dentro do próprio processo de licenciamento e pelo próprio órgão licenciador.

Neste contexto, uma hipótese a ser vislumbrada seria a de que o próprio órgão ambiental licenciador aferisse e atestasse a conformidade locacional do empreendimento com as normas de uso e ocupação do solo de determinado Município, mediante a apresentação de documentos pelo empreendedor.

Cabe destacar o fato de que as declarações devem ser baseadas em norma municipal promulgada. Sendo assim, em função da natureza pública de tais normas, qualquer um poderia verificar seu conteúdo, ou seja, (i) quais são as zonas urbanas (residencial, comercial, industrial, agrícola, uso misto, preservação ambiental) e eventuais subcategorias); (ii) alocações e limites das zonas urbanas e eventuais subcategorias e suas alocações e limites; (iii) disciplina de ocupação do solo em cada zona e eventuais subcategorias; (iv) usos permitidos e não permitidos para cada zona ou subcategoria.

Lado outro, as coordenadas geográficas da localização (ou alternativas locacionais) do empreendimento são informações basilares que já devem constar dos estudos ambientais realizados pelo empreendedor para subsidiar o processo de licenciamento.

Assim, bastaria, sob nosso entendimento, a produção de documento que evidenciasse a localização (ou alternativas locacionais) do empreendimento em contraposição ao zoneamento municipal. Identificada a inserção em determinada zona, bastaria, por conseguinte, leitura e interpretação das regras aplicáveis àquela área para aferir se a tipologia é ou não permitida naquele local.

Neste caso, os referidos documentos devem, por sua vez, ser elaborados por profissional legalmente habilitado, o qual assume a responsabilidade técnica pelas informações prestadas (aplicando-se, por analogia, o art. 7º da Resolução CONAMA nº. 01/1986 no que respeita à responsabilidade daqueles que elaboram estudos[22]) e, portanto, sujeitando-

22. Artigo 7º - O estudo de impacto ambiental será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados.

se às penalidades previstas no art. 69-A da Lei Federal nº. 9.605/1998[23] e no art. 82 do Decreto Federal nº. 6.514/2008[24].

Adicionalmente, há que se consignar a incidência da hipótese prevista no art. 19 da Resolução CONAMA nº. 237/1997[25], que possibilita a suspensão ou cancelamento da licença nos casos de se verificar, posteriormente, ter havido "omissão ou falsa descrição de informações relevantes" que subsidiaram sua expedição.

A toda evidência, o órgão ambiental se encontra suficientemente protegido e amparado pelos diversos dispositivos legais citados para subsidiar uma eventual e cabível decisão no sentido de aferir a conformidade do empreendimento com a legislação municipal e determinar a continuidade da análise do processo de licenciamento, sob pena de responsabilidade dos profissionais pelos documentos apresentados.

Desta forma, parece-nos plausível a possibilidade de se dar prosseguimento ao procedimento de licenciamento ambiental, haja vista que a única função da Certidão em questão, de verificar a conformidade do empreendimento com a legislação municipal pertinente, poderá ser realizada pelo órgão licenciador, possibilitando o correto andamento do processo administrativo, em atendimento aos inúmeros comandos constitucionais, como, entre outros, o princípio da eficiência da administração pública[26] e o direito fundamental conferido ao administrado, nos âmbitos judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[27].

---

23. Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:(Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
§ 1º Se o crime é culposo: (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)
§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

24. Art. 82. Elaborar ou apresentar informação, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso, enganoso ou omisso, seja nos sistemas oficiais de controle, seja no licenciamento, na concessão florestal ou em qualquer outro procedimento administrativo ambiental:
Multa de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

25. Art. 19 – O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: [...]
II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

26. Art. 37 da CRFB/88

27. Art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, incluído por força da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

CONCLUSÃO

As discussões que travamos nos capítulos deste artigo tiveram como ponto de partida a necessidade de endereçar uma solução para um problema real e frequente que afeta, principalmente, empreendimentos de infraestrutura, com maior relevo para aqueles que impactam um grande número de municípios, como é o caso dos chamados empreendimentos lineares.

As dificuldades práticas do nosso modelo federativo são realçadas nos licenciamentos ambientais que, quando conduzidos pelo Estado ou pela União, exigem do empreendedor a apresentação de Certidão Municipal de Conformidade com a Legislação aplicável ao Uso e Ocupação do Solo.

O que, aparentemente deveria ser simples, confrontar a localização desenhada para determinado empreendimento com a legislação municipal de uso e ocupação do solo e atestar ou não a sua compatibilidade, ganha ares de dramaticidade em muitos Municípios do país.

A novela das Certidões normalmente se apresenta de três formas distintas, a saber: (i) eventual inexistência de legislação aplicável ao uso e ocupação do solo no Município; (ii) condicionamento, pelo Município, para emissão da Certidão Municipal de Conformidade; e (iii) omissão, pelo Município, em tempo razoável, de manifestação sobre a conformidade dos empreendimentos.

Para tentar desmistificar esse drama demonstramos que aludida Certidão possui natureza declaratória e vinculada. É dizer: por mais justas que sejam as preocupações, por mais razoáveis que sejam os pedidos, não é no momento da Certidão de Uso e Ocupação do Solo que devem ser endereçados. Para tudo, existe um momento e um lugar. Grande parte dos problemas surgem da nossa dificuldade de discutir eventuais questionamentos no seu momento e local adequados.

O poder executivo municipal, ao analisar o pedido de Certidão de Uso e Ocupação do Solo, não tem o direito de avaliar, segundo a sua conveniência e oportunidade, se outorgará ou não referida Certidão. Se o empreendimento não estiver de acordo com a legislação municipal de uso e ocupação do solo deverá receber uma Certidão negativa. E se estiver de acordo deverá receber uma positiva. Deveria ser simples assim.

E por que é assim? Porque a par da competência constitucional dos Municípios para legislar em matéria de direito urbanístico, o licenciamento ambiental deve ser conduzido por um único ente federativo, a teor do que

estabelece o art. 23, VI, VII e parágrafo único da CRFB/88 c/c o art. 13 da LC 140/2011.

Desse modo, se o Município não é, segundo as regras de repartição de competência administrativa ambiental a que alude os arts. 7º, 8º e 9º da LC 140/2011, o competente para licenciar determinado empreendimento, repousando referida competência administrativa sobre os ombros do Estado ou da União, não pode fazer as vezes de órgão ambiental competente procurando avaliar, por exemplo, os impactos ambientais que referido empreendimento causará. A toda evidência, trata-se de prerrogativa exclusiva do órgão ambiental licenciador.

É por esse motivo que o Município não pode condicionar a emissão da Certidão de Uso e Ocupação do Solo a entrega de nenhum documento que não exclusivamente aqueles destinados a demonstrar a localização e o tipo do empreendimento, cujas informações sejam fundamentais para aferição da compatibilidade com a legislação municipal de uso e ocupação do solo. Todas as preocupações ambientais que o Município eventualmente tiver devem ser endereçadas ao órgão ambiental licenciador.

A seu turno, para aqueles empreendimentos que procuram ser implantados em Municípios que não possuam legislação de uso e ocupação do solo a Certidão de Uso e Ocupação do Solo, por óbvio, deve ser dispensada, na medida em que não pode haver vedação locacional se o espaço municipal não foi prévia e legalmente definido.

Tanto para os casos em que o Município procura condicionar a emissão da Certidão de Uso e Ocupação do Solo quanto para aqueles em que o Município não se manifesta após prazo razoável[28], o órgão ambiental, subsidiado por informações técnicas apresentadas pelo empreendedor e sob a responsabilidade de quem as produziu, pode atestar ou não a compatibilidade do empreendimento com a legislação municipal de uso e ocupação do solo.

Sem prejuízo da possibilidade do empreendedor se socorrer do judiciário, a solução administrativa referida no parágrafo antecedente visa dar azo aos inúmeros comandos constitucionais (arts. 1º, 3º, 5º, 23, 170 e 225 da CRFB/88) que são afetados quando um processo de licenciamento ambiental é paralisado por falta de Certidão de Uso e Ocupação do Solo.

28. Em processos federais, em qualquer caso, não pode ser superior a 30 dias, na forma do que estabelece a Lei Federal 9.784/1.999.

REFERÊNCIAS

BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento Ambiental. 3º Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MILARÉ, Édis. "Direito do Ambiente". 8ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

WELSCH, Gisele Mazzoni. A Razoável Duração do Processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88) como Garantia Constitucional. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 789, 24 de junho de 2008. Disponível em: http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5939-a-razoavel-duracao-do-processo-art-5o-lxxviii-da-cf88-como-garantia-constitucional. Acesso em 24.06.2017.

CAPÍTULO 4

BASE PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO COLETIVO

ÉDIS MILARÉ

1 AUTONOMIA DO PROCESSO COLETIVO

Numa sociedade industrial de massa, há que existir igualmente um processo civil de massa, solidarista, em que acima da história individual – na oportuna observação de Barbosa Moreira – "vai se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só. Essa mudança de enfoque não poderia deixar de refletir-se no quadro das relações sociais reguladas pelo direito. As concepções tradicionais miravam em regra situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em grupos bem definidos. Do legislador esperava-se que disciplinasse, e do juiz que declarasse, direitos e obrigações atribuídos em termos bem precisos a titulares fáceis de identificar. Era a uma pessoa, ou a um número conhecido e fechado de pessoas, que se reservava o lugar de honra, assim nas vicissitudes jurídicas puramente particulares, como nos episódios que envolviam o Estado, ele próprio convertido, pelo requinte da técnica, em pessoa singular. A herança individualista marca ainda hoje os instrumentos com que costumamos operar. Mas bem se vê – e dia a dia com maior clareza – que ela não cobre toda a realidade. À sua margem agitam-se e reivindicam atenção crescente interesses de outro corte, a que se vai aplicando a denominação, possivelmente imprecisa, de coletivos".[1]

No Brasil, as primeiras luzes do processo coletivo coincidem com a reforma de 1977 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que, na origem,

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173 e 174.

de finalidade meramente tutelar do patrimônio público, passou a prestigiar também a proteção de valores não econômicos, tais como os relacionados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico (art. 2º, § 1º); a seguir, pela edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), que reconheceu expressamente a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ação reparatória por danos infligidos ao meio ambiente (art. 14, § 1º); depois, pela Lei 7.347/1985, disciplinadora da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e pela promulgação da Constituição Federal de 1988, marco normativo de singular realce para a maturidade do processo coletivo, que incumbiu o Ministério Público de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", sem prejuízo da mesma atribuição a terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na lei; e, finalmente, pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito coletivo *lato sensu*, e dos chamados interesses individuais homogêneos (art. 117), estabelecendo-se, assim, um microssistema processual coletivo, com regras e princípios próprios, que lhe conferem a necessária *autonomia* em relação ao processo civil individual.

É força dizer que, malgrado tenham sido estas as principais fontes legais do processo coletivo brasileiro – responsáveis por seu surgimento, sua evolução e sua conceituação doutrinária –, todos os demais diplomas específicos direcionados ao tratamento dos direitos coletivos materiais e processuais passam a integrar este microssistema, dado que, unidos pelos princípios e lógica jurídica comum, não-individualista, se interpenetram e se completam[2].

Oportunas, neste compasso, as palavras de Ada Pellegrini Grinover: "tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual".[3]

2. ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 19.

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 11.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA TUTELA COLETIVA

2.1 COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS

O Direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da filosofia das ciências, entre os quais está a necessidade de *princípios constitutivos* para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficientemente desenvolvida e adulta para existir por si, e situar-se num contexto científico dado. Foi por essas vias que, do tronco de velhas e tradicionais ciências, surgiram outras afins, como rebentos que enriquecem a família; tais como os filhos, crescem e adquirem autonomia sem, contudo, perder os vínculos com a ciência-mãe. Por isso, têm os estudiosos se debruçado sobre a identificação dos princípios ou mandamentos básicos que fundamentam o desenvolvimento da doutrina e que dão consistência às suas concepções.

A palavra princípio, em sua raiz latina, significa aquilo que se toma primeiro (primum capere), designando início, começo, ponto de partida. Princípios encerram enunciações normativas, de valor genérico, envolvendo a interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico. Ou, como averba Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição, "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".[4]

Convém lembrar que, entre ciências afins, um princípio pode não ser exclusivo de uma única dentre elas, cabendo na fundamentação de mais de uma. Com esta advertência, e sem qualquer pretensão de incursionar pela teoria geral dos princípios, desafiadora de traços mais largos em trabalho específico, destacaremos, aqui, apenas a base principiológica que, a nosso juízo, sustenta a autonomia do processo coletivo[5], com ênfase para a seara ambiental.

4. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 976 e 977.

5. Para tanto, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. Nesta obra, o autor foca, didaticamente, a concepção de princípios nas teorias de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luís Virgílio Afonso da Silva, Lenio Streck, José Joaquim Gomes Canotilho e Josef Esser (ver p. 37-46).

Assim, dentre outros[6], tem-se como informadores da tutela jurisdicional coletiva os princípios que seguem.

2.2 PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

2.2.1 PRINCÍPIO DO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça, mais especificamente ao Poder Judiciário, tem assento no art. 5º, XXXV, da CF[7], reproduzido no art. 3º, *caput*, do CPC/2015,[8] que dizem com a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer demanda de direito material provocada por um legítimo interessado.

No entanto, importa enfatizar que o direito de ação não é irrestrito, posto que dependente "da concorrência das chamadas condições da ação[9], filtros mínimos indicados pelo legislador processual pelos quais devem

6. O Substitutivo ao Projeto de Lei 5.139/2009, que acabou arquivado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Federal, e que visava a dar uma nova disciplina para a ação civil pública, fazia referência a nove princípios processuais específicos da tutela jurisdicional coletiva: a) amplo acesso à justiça e participação social; b) duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; c) isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; d) tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; e) motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; f) publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; g) dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; h) exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e i) preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva. Em sede doutrinária, Gregório Assagra de Almeida aponta os seguintes princípios: a) do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; b) da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum; c) da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável; d) da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; e) do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; f) da máxima efetividade do processo coletivo; g) da não-taxatividade da ação coletiva; h) da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva; i) da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público; j) da legitimidade ativa concorrente ou pluralista (*Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 33-37); Elton Venturi, a seu turno, se refere aos princípios: a) da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva; b) da tutela jurisdicional coletiva diferenciada; c) do devido processo social; d) da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; e) da interpretação pragmática (Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 133-161).

7. "Art. 5º. [...]. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

8. "Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito".

9. A ausência de uma das condições da ação – interesse processual e legitimidade – importa na extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 485, VI, CPC/2015).

passar o postulante da tutela jurisdicional não apenas para a ela ter amplo acesso, como também para evitar que o adversário seja submetido a um processo temerário, capaz de lhe causar severos prejuízos".[10]

Percebe-se, assim, que "o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas".[11]

Em boa doutrina, sustenta-se que o acesso à justiça não se resume ao abrir de portas ao Poder Judiciário – na linha, é certo, do disposto no art. 10 da Declaração do Rio (1992), que fala em "acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos" –, posto que preordenado este mais a um papel subsidiário, de "última tábua de salvação", que só deve ser acionado quando os mecanismos extrajudiciais não tiverem força suficiente para afastar situações de lesão ou ameaça a bem jurídico ambiental[12].

Nesse sentido, entre os mecanismos capazes de conferir efetividade ao princípio em comento na área ambiental, avultam: (i) a ampliação da legitimidade para a propositura de ações coletivas ambientais; (ii) a legitimidade do cidadão para a ação popular ambiental; (iii) a ampliação do instituto do amicus curiae (amigo da corte) nas ações ambientais; (iv) a assistência jurídica em favor das entidades da sociedade civil e das pessoas necessitadas em matéria ambiental; (v) a criação de justiça especializada em matéria ambiental; (vi) audiências públicas judiciais em matéria ambiental; (vii) compromisso de ajustamento de conduta para a resolução de conflitos ambientais[13].

A ação civil pública tem se revelado um dos mais proeminentes instrumentos para a democratização do processo, facilitando, generosamente, o acesso à jurisdição às formações sociais intermediárias, ao Ministério Público e a tantos outros colegitimados ativos para a defesa dos superiores interesses da sociedade nos chamados conflitos de massa. Com efeito, alguns conflitos causam microlesões, e a tendência dos

10. SCHENK, Leonardo Faria. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 114.

11. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*... loc. cit. p. 11.

12. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental.* 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 364.

13. Idem, p. 364-383.

lesados é de não ir à Justiça para reclamar quantias mínimas. Por isso, a solução coletiva para esse tipo de conflitos é de fundamental importância. Por exemplo, na área de consumo, a venda de óleo comestível em lata ou garrafa com falta de 10 miligramas é uma lesão tão diminuta no plano individual que ninguém se dará ao trabalho de reclamar disso em juízo. Mas, na dimensão coletiva, a lesão pode ser bastante significativa. O combate a essas microlesões, por meio de ações coletivas, é de suma importância no plano social, pois pune o fabricante desonesto e protege a sociedade. Nesse sentido, para assegurar pleno acesso da comunidade à Justiça para a tutela de todos os seus direitos, a ação coletiva é dotada de extrema importância, por fortalecer politicamente o indivíduo[14].

De qualquer forma, independentemente da hierarquia que se queira atribuir a tais mecanismos, importa acentuar que, na seara ambiental, em particular, "quanto mais se abrirem as portas do acesso, mais se terão a proteção e a efetivação deste direito sagrado a todos os seres que habitam este Planeta. Por isso, toda interpretação a ser feita em relação à utilização das técnicas ambientais relativas ao acesso à justiça, especialmente as relacionadas com o poder de agir e de requerer a tutela jurisdicional ao longo da cadeia processual, deve ser vista sob o postulado de que, nas lides ambientais, o acesso à justiça deve ser alargado e jamais restringido".[15]

Insta observar, por fim, que o acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, desafia o Estado a prover meios para que ele se concretize em toda a sua plenitude, investindo na adequada estruturação do Poder Judiciário, na capacitação de funcionários, em novas metodologias de trabalho e, principalmente, na utilização de meios tecnológicos disponíveis.

2.2.2 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF[16], com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45/2004, o princípio encontrou guarida no art. 4º do CPC/2015[17], complementado pelo art. 6º do mesmo *Codex*[18], que

14. WATANABE, Kazuo. A efetividade dos processos coletivos no direito brasileiro. Em *AASP Boletim*. n. 3054. p. 18-22.

15. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 143 e 144.

16. "Art. 5º. [...]. LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

17. "Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

18. "Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em

deixa claro o padrão de conduta e o relevo da cooperação esperados dos sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O direito fundamental à tutela jurisdicional implica, a bem ver, que as partes tenham direito, em tempo razoável, não só à solução de mérito cognitiva, mas também à entrega do resultado de eventual atividade executiva. Em outros termos, "o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo. O amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. A fixação de prazos razoáveis para a prática de atos relevantes para a defesa dos interesses em juízo, como a contestação e os recursos, faz com que o processo demore algum tempo. Mas estas são dilações devidas, compatíveis com as garantias constitucionais do processo".[19]

O princípio assume papel de proeminência na seara ambiental – na qual se lida com a proteção da sadia qualidade de todas as formas de vida –, a impor a necessária urgência na tramitação dos feitos a ela relativos, segundo prudente e fundamentado alvitre do julgador, em cada caso concreto[20].

Exemplo que prestigia o postulado da duração razoável do processo, pode ser entrevisto no acordo a que alude o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, por meio do qual o suposto infrator se dispõe a adequar sua conduta às exigências da lei, pondo fim à investigação ou ao processo em tempo bastante reduzido. "Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o 'indevido' processo".[21]

Portanto, espera-se do magistrado, na condução do processo, permanente vigilância em relação aos atos inúteis e protelatórios, indeferindo-os prontamente e decretando, em caso de má-fé, as devidas punições[22].

---

tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

19. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*.3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 8.
20. Art. 12, § 2º, IX, do CPC/2015.
21. FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.
22. Ver arts. 130, 139, II e 370, par. único, do CPC/2015.

2.2.3 PRINCÍPIO DA FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL

O processo, no preciso dizer de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, "não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento para permitir a justa composição do litígio, ou seja, a resolução da questão de direito material objeto do conflito, visando a alcançar o seu escopo social e jurídico de pacificar com justiça".[23]

É nesse contexto que se imagina imperiosa a flexibilização do procedimento, como alternativa para as técnicas processuais que venham a se mostrar inadequadas às peculiaridades do direito material sob tutela, em cada caso. Realmente, "não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo".[24]

Nada obstante a timidez do CPC/2015, a matéria acabou sendo nele versada, ao permitir a dilação de prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova – desde que determinadas antes de encerrado o prazo regular –, de modo a conferir maior efetividade a tutela do direito (art. 139, VI).

A técnica processual deve ser enxergada sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada, quando necessário, para conferir maior efetividade à tutela do direito. É esta a ideia subjacente ao caráter instrumental do processo, que renega se privilegie o enfoque puramente formal de suas técnicas quando contrastadas com os valores maiores para os quais estão preordenadas. Daí, p. ex., a possibilidade de o juiz promover o saneamento de determinados vícios, desde que não tenham prejudicado qualquer das partes e tenham alcançado a sua finalidade[25]. Evita-se, assim, as indesejadas situações de extinção do feito sem resolução do mérito, garantindo-se a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

2.2.4 PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE MOTIVADA

Para os legitimados sujeitos à observância da pertinência temática institucional, a ação civil pública é um direito, em harmonia com o princípio dispositivo que informa o Direito Processual Civil. Nada obstante isso,

23. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 88.

24. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68 e 69.

25. Arts. 139, IX, 277 e 282, § 1º, do CPC/2015.

pelo princípio em comento, uma vez ajuizada a demanda coletiva, eventual interesse na sua desistência há de embasar-se em adequada *motivação*, em ordem a permitir um juízo de valor acerca de sua razoabilidade e a possibilitar a assunção da ação pelo Ministério Público ou por qualquer outro colegitimado.

Para o Ministério Público, entretanto, guardião-mor e com legitimação irrestrita para a tutela dos interesses transindividuais, mais que mero poder (= direito), há o dever de agir. É dizer, a ação lhe é indisponível[26]. Por conta desse ônus maior é que o legislador, sobre isentar-lhe de controles prévios de representatividade, conferiu-lhe também o poder exclusivo de promover o inquérito civil para bem aparelhar suas demandas. A eventual inércia ou desistência da ação por parte dos colegitimados poderão ser supridas sempre pelo seu agir obrigatório.

Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. "Não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: nesse sentido, sua ação é um dever [...]. Todavia, se o Ministério Público não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir

26. Discorda desse entendimento FERRARESI, Eurico, para quem, por ser agente político, o Ministério Público tem plena discricionariedade para a propositura de ações públicas. Segundo faz ver, ao contrário do que se dá na esfera penal, em que a ação é *privativa* do Ministério Público, na seara civil, em razão mesmo do tom *reparatório* que lhe é imanente, a legitimação é *concorrente* e *disjuntiva*, onde, à evidência, o princípio da obrigatoriedade não pode ter lugar. Com efeito, que sentido faz dizer-se, por exemplo, que o Ministério Público é obrigado a propor a ação, se para o seu exercício se legitimam outras entidades? O correto "é que cada legitimado – inclusive o *parquet* – examine a situação concreta e promova a demanda coletiva de acordo com critérios de oportunidade e conveniência" (Princípio da não-obrigatoriedade da ação coletiva. *APMP Revista*. n. 47. ano XI. p. 9. 2008). Em outro senso, pondera MAZZILLI, Hugo Nigro que "os agentes políticos não podem fazer o que lhes dê na cabeça, pois, quando a lei lhes traça um caminho, são obrigados a segui-lo, como também o são até mesmo os chefes de Poder. O agente público, qualquer deles, só poderá agir discricionariamente quando a própria lei lhe permita juízo de oportunidade e conveniência. Sem dúvida, aspectos de conveniência prática recomendam a mitigação da indisponibilidade da ação penal, como já tem ocorrido quando a lei permite a transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou a tomada de compromisso de ajustamento de conduta na área da tutela coletiva. E, de lege ferenda, a lei pode dar-lhe ainda maior liberdade de ação, permitindo-lhe que possa escolher litígios estratégicos ou casos paradigmáticos, que gerem impacto social. O que não pode, sem que a lei o autorize, é o órgão do Ministério Público tomar nas mãos o poder de escolher o que quer fazer. Faltaria não só autorização legal para o Ministério Público dispor de direitos que não pertencem ao próprio Estado (como os interesses transindividuais), como ainda lhe faltaria legitimidade social para abrir mão dos direitos da coletividade. A investidura do Ministério Público é para que ele sirva a lei, e não fazer dela o que bem lhe aprouver. Certo é que, em alguns casos, a própria lei lhe concede margem de avaliação, como nas infrações penais de menor potencial ofensivo ou nos compromissos de ajustamento de conduta. Mas, excetuadas as hipóteses em que a lei cometa à instituição um juízo de discricionariedade, no mais, quando identifique uma hipótese na qual a lei lhe imponha a ação, não pode recusar-se a agir, nem pode, a pretexto de agir, dispensar aquilo que a lei exigiu" (A defesa dos interesses difusos em juízo. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98 e 99).

quando identifique a hipótese em que a lei exija sua atuação, ao contrário, tem ampla liberdade para apreciar se ocorre hipótese em que sua ação se torna obrigatória".[27]

Não que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente informada de discricionariedade, ficando a seu critério a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente[28] essa propositura, poderá deixar de exercê-la[29].

Com efeito, lendo-se a Lei 7.347/1985, fica claro que o Ministério Público pode promover o arquivamento do inquérito civil, se convencido da inexistência de fundamento para a propositura da ação, com homologação do Órgão Superior de Revisão[30]. Em tal hipótese, é óbvio, não se terá – nem haveria por que fazê-lo – exercido o direito de ação.

Resumindo: a ação civil pública pode ou não ser proposta pelo seu titular, sendo informado o seu exercício pelo princípio dispositivo. Tal regra, contudo, não se aplica, em sua plenitude, ao Ministério Público, certo que, nesse caso, por manifesto interesse de ordem pública, há como que uma quebra do atributo dispositivo, passando o exercício da ação a ser informado pelo princípio da *disponibilidade motivada* ou, como se queira, da obrigatoriedade mitigada (dever-direito), nos termos antes expostos, e em decorrência do fato de ser indisponível, para o Órgão Ministerial, o interesse tutelado por meio desse específico instrumento que lhe é confiado.

27. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos*...cit., p. 97.

28. A tese da oportunidade e da conveniência, para fins de propositura da ação civil pública, há que ser tratada com muito cuidado. Não se pode dar-lhe um sentido amplo, vastíssimo, como aquele imperante para a Administração Pública em várias situações. Conveniência e oportunidade, aqui, não é a do Ministério Público (política ou administrativa), mas a da própria proteção dos interesses tutelados pela Instituição. Assim, por exemplo, numa Comarca localizada em área de unidade de conservação, a agressão isolada a uma árvore, decorrente de uma poda pública desconforme, diante da dimensão de outros problemas existentes na região (desmatamento, garimpagem etc.), pode permitir solução intermediária entre a propositura da ação e o nada fazer. Ou, ainda, quando a propositura da ação civil pública, pelas características do fato, se mostrar totalmente desnecessária. Cuidamos, pois, de mitigação controlada, com os olhos postos no interesse público, e não de afrouxamento – pela inépcia, pelas conveniências políticas, pela omissão – do princípio da obrigatoriedade.

29. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 41 e 42.

30. Art. 9º da Lei 7.347/1985.

2.2.5 PRINCÍPIO DA NÃO TAXATIVIDADE DOS DIREITOS TUTELÁVEIS

Atento ao preceito insculpido no art. 6º do CPC/1973 – hoje reproduzido no art. 18 do CPC/2015 –, à luz do qual não se podia pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei[31], o legislador estabelecia o rol dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública a conta-gotas, em numerus clausus[32].

Recorde-se, a propósito, que, ao apreciar o Projeto que se transformaria na Lei 7.347/1985, o Presidente da República vetou a norma de extensão à época constante do inc. IV do art. 1º, que visava a dar flexibilidade ao texto legal, numa área de rápidas mutações, permitindo a aplicação imediata da norma às novas situações concretas não imaginadas pelo legislador, mas que se encaixavam, ainda assim, na rubrica da difusão ou coletivização, fundamentos da ação civil pública.

Posteriormente, todavia, a CF (art. 129, III)[33] e o CDC (art. 110)[34] reintroduziram a cláusula geral, que possibilitou, via ACP, a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual. Hoje, portanto, a regra é a não taxatividade (= numerus apertus), pois onde existirem interesses difusos ou coletivos carentes de proteção, cabível será a ação civil pública, independentemente de listagem legal (ou regulamentar) casuística[35].

31. A afirmação, no regime constitucional anterior, tinha ainda o suporte do art. 153, § 4º, que garantia o direito genérico de ação apenas para a tutela de *direitos individuais*, o que implicava dizer que, para a defesa de *interesses transindividuais* – que constituem o objeto da ação civil pública –, mister se fazia a previsão legal específica.

32. Cf. nossa pesquisa a respeito das hipóteses de ação civil pública no Direito brasileiro, antes da Lei 7.347/1985, publicada na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Edição especial. vol. 19. p. 270-275. Porto Alegre, 1986. Ver, também, levantamento de MAZZILLI, Hugo Nigro apontando nada menos que 117 hipóteses de ações civis públicas de iniciativa do MP (*A defesa dos interesses difusos*...cit., p. 79-88).

33. "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]. III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*" (grifo nosso).

34. "Art. 110. Acrescente-se o seguinte inc. IV ao art. 1º da Lei 7.347/1985: [...]. 'IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo'."

35. ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. Em MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 207.

2.2.6 PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Este princípio, também chamado de princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva – que diz com as ações ou instrumentos processuais preordenados à defesa dos direitos coletivos –, decorre do disposto no art. 83 do CDC[36], aplicável às ações fundadas na LACP por determinação de seu art. 21.

Como já anotamos alhures, o art. 3º da Lei 7.347/1985, que originalmente só se reportava a ações condenatórias (ao pagamento em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer), ficou ampliado a todas as espécies de ações capazes, no caso, de propiciar adequada e efetiva defesa do ambiente, por força do estatuído no art. 83 do CDC. Não tem, portanto, nenhum sentido prático o nomen juris que se dê à ação destinada a pleitear qualquer forma de tutela jurisdicional – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva –, desde que adequada para a efetiva proteção do direito coletivo[37].

Em reforço, importa registrar que a ação civil pública foi guindada ao patamar constitucional sem limitações, sendo acatada com abrangência total de objeto imediato, podendo os colegitimados ativos buscar toda e qualquer tutela jurisdicional para a defesa dos valores por ela perseguidos. Pense-se, v.g., na invalidação de um contrato administrativo lesivo ao meio ambiente, pela via da ação civil pública, sem necessidade de utilizar a ação popular, cujos requisitos subjetivos e objetivos são mais estreitos[38].

Em sede da LACP, portanto, "a amplitude das formas de tutela é necessária (não simplesmente aconselhável), tanto assim que não é possível proteger adequadamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive para as gerações futuras, se apenas for tutelado por meio da reparação dos danos ambientais, menos ainda se a reparação for somente pelo equivalente em dinheiro. É essencial para sua integridade que ilícitos tenham sua prática, continuação ou repetição inibidas (tutela inibitória) ou que os efeitos concretos do ilícito sejam removidos (tutela de remoção do ilícito ou reintegratória). Havendo danos, indispensável que a reparação se dê na forma específica (tutela reparatória ou ressarcitória in natura) – e apenas em último caso, ou de

36. "Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

37. ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*, cit., p. 30.

38. GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação coletiva fortalece proteção. *O Estado de S. Paulo*, 14.12.1991, Caderno Justiça. p. 8.

maneira complementar, em pecúnia. Ainda, tudo isso, não raras vezes, não pode esperar o fim da 'fase de conhecimento', sob pena de a tutela ser concedida intempestivamente e, assim, ser inefetiva".[39]

Dessa feita, uma interpretação restritiva do art. 3º em comento seria o mesmo que negar à ACP o escorreito cumprimento do papel que lhe reservou o legislador, qual o de servir de instrumento para a tutela de inestimáveis valores sociais que, portanto, permaneceriam num verdadeiro limbo, como almas vagantes em busca de um corpo.

2.2.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Dentre as normas fundamentais do processo civil avulta em importância a relacionada à boa-fé, por isso que quanto mais adequado for o comportamento dos sujeitos do processo, maior será a probabilidade deste alcançar a sua finalidade.

O princípio da boa-fé, de que se está a falar – previsto especificamente no art. 5º do CPC/2015 –, não se refere a conceito vago de interpretação meramente subjetiva (que se contenta com a ausência de má-fé), mas diz com a boa-fé objetiva[40] (que exige postura consentânea com as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece com a maneira como geralmente se espera dos atores processuais).

Dentro dessa perspectiva, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro fala de duas funções precípuas do princípio em comento, a saber: a) estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos personagens do processo; e b) restringir ou proibir a prática de atos considerados abusivos.

Na primeira das funções, estabelece comportamentos que se equiparam a prestações positivas, dentre os quais, (i) para o juiz: a obrigação de fundamentar sua decisão (art. 11); assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I); velar pela duração razoável do processo (art. 139, II); promover, a qualquer tempo, a autocomposição (art. 139, V); flexibilizar o procedimento quando necessário para conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI) etc.; (ii) para as partes e seus procuradores: deveres de veracidade e de lealdade (art. 77, I); cumprimento das decisões jurisdicionais (art. 77, IV); informar nos autos o endereço, residencial ou profissional, onde receberão informações (art. 77, V) etc.

---

39. MOREIRA, Egon Bockmann *et al. Comentários à lei de ação civil pública*: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo cpc e temas atuais. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 74.

40. Conforme enunciado 374 do Fórum Permanente de Processualistas Civis- FPPC.

Na segunda função, restringe ou proíbe a prática de atos abusivos, consideradas como prestações negativas, por exemplo: (i) para o juiz: vedação de participar de processo em que esteja impedido ou seja considerado suspeito (arts. 144 e 145); não proceder no exercício de suas funções com dolo ou fraude (art. 143, I) etc.; (ii) para as partes e seus procuradores: não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou do direito litigioso (art. 77, VI); não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários a declaração ou a defesa do direito (art. 77, III); não deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I); não provocar incidente ou interpor recurso com o intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII) etc[41].

Enfim, o princípio da boa-fé, inscrito direta e expressamente no art. 5º, por ser norte de atuação para todos os operadores do direito, encontra referências espalhadas por, praticamente, todo o Código de Processo Civil (p. ex., quando determina sejam riscadas do processo expressões ofensivas contidas nas peças apresentadas por seus personagens – art. 78, § 2º), estabelecendo também, ainda que implicitamente, previsões em leis esparsas.

2.2.8 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi guindado ao plano constitucional pela EC 19, de 04.06.1998, que o acrescentou ao rol dos chamados princípios constitucionais da Administração Pública, mencionados no *caput* do art. 37, que restou assim materializado: "A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]".

Também a Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a ele fez referência no *caput* do art. 2º: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*".

A bem ver, a *eficiência* a que se referem tais textos, e como dito, está posta como um dos princípios da Administração Pública, estudado à luz do direito administrativo-constitucional, visando "a encontrar os

41. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil,* cit., p. 82.

melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados".[42] Vale dizer, a observância do princípio em comento implica que o administrador atue de acordo com uma exigência de otimização, ou seja, havendo mais de uma opção possível para se alcançar as finalidades pretendidas pela lei, deverá ele optar por aquela mais célere e que implique menores dispêndios de tempo e recursos.

A seu turno, o CPC/2015, fazendo coro a tais mandamentos, assentou, no seu art. 8º, que, na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando a dignidade da pessoa humana e observando, entre outros, o princípio da *eficiência*. Ou seja – para o que é de interesse deste trabalho –, o que se busca, aqui, é auscultar o sentido do princípio no plano do exercício da função jurisdicional, isto é, da *eficiência processual*.

A previsão da eficiência, no referido dispositivo, "consubstancia-se na melhor forma de gerenciamento do processo. Alcançar o melhor resultado, no menor espaço de tempo e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados é postulado da eficiência processual".[43]

O processo eficiente, diz bem Fabiano Carvalho, "é processo bem gerenciado mediante atividade jurisdicional rápida, responsável, maximizada e abrangente com o escopo de alcançar a tutela jurisdicional de declaração do direito (solução integral do mérito) e/ou tutela jurisdicional executiva (resultado do processo/procedimento executivo ou satisfação). Além disso, na órbita processual, a eficiência deve ser redutora dos conflitos surgidos por atos ou pronunciamentos judiciais. Assim, a atividade jurisdicional eficiente não pode gerar um sem-número de recursos ou similares impugnativos. O erro judicial decorre da falta de eficiência do juiz e representa custos processuais. A atividade jurisdicional eficiente deve gerar um processo civil de *resultados*".[44]

De tal arte, no âmbito do processo coletivo, por força do disposto no art. 19 da LACP, a norma do art. 8º, *in fine*, do CPC/2015, que consagra a eficiência processual, haverá de ser aplicada de forma direta e integrativa, inclusive como potencializadora dos demais princípios a ele inerentes.

---

42. GABARDO, Emerson. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 91.

43. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil,* cit., p. 90 e 91.

44. O princípio da eficiência no processo coletivo. Constituição, microssistema do processo coletivo e novo código de processo civil. Em MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 274.

3 ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA

Segundo diretriz estampada no art. 20 da LINDB- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei 13.655, de 25.04.2018, *"não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão"*. Busca o preceptivo, a bem ver, reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal frente a normas (= regras e princípios) indeterminadas, que, como sabido, são passíveis de múltiplas interpretações. Para tanto, o seu parágrafo único impõe ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, "a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

Por certo, o comando em análise "não exige conhecimento extraprocessual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias".[45]

Destarte, sem negar a extraordinária importância dos princípios como fonte coadjuvante à composição justa de litígios, é preciso cuidar para que não passem a ocupar, sempre e sempre, o lugar das regras postas e legítimas[46], em clara opção do julgador por uma postura ativista[47], situação que vem merecendo duras críticas da doutrina, no sentido de que "não

45. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017, que resultou na Lei 13.655/2018*. Em http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2018/04/Parecer-Resposta-TCU.pdf. Acesso em 16.07.2018. Grifamos.

46. Até porque, "é possível haver conflito entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios [...]. *O conflito entre regra e princípio resolve-se, geralmente, pela prevalência da regra, se ambos estiverem no mesmo patamar hierárquico"* (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil,* cit., p. 1304). Grifamos.

47. Para a doutrina, ativismo judicial vem a ser "o pronunciamento que substitui a legalidade vigente pelas convicções do julgador" (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 421).

podem ser os princípios jurídicos e sua ponderação utilizados como uma caixa preta para legitimar decisionismos, intuicionismos e ativismos. Eles não têm o condão de modificar o direito para a forma como a doutrina ou como a jurisprudência pretendem. Esse é o papel do Legislativo".[48] Ou, ainda, mais apropriado aos tempos esquisitos que correm, a compreensão dos princípios "nem sempre se encontra imune a excessos de perfil até mesmo fundamentalista ou, pelo menos, o que é mais frequente, de uma dose de voluntarismo que procura se legitimar mediante inovação genérica – e, por vezes, mesmo panfletária – do discurso dos princípios".49

Numa palavra, vale lembrar, aqui, a pertinência e oportunidade do conhecido aviso de advertência tupiniquim fincado à beira de nossas estradas: "Pare, olhe e escute". É bom dar-lhe atenção.

48. BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. *Direito ambiental versus justiça ambiental*: crítica ao ativismo judicial em matéria de meio ambiente. Em Revista de direito ambiental. vol. 89, p. 147. São Paulo: Ed. RT, 2018.

49. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

CAPÍTULO 5

OS LIMITES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL ANTE AOS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO

EDUARDO FORTUNATO BIM
ALEXANDRE BURMANN

INTRODUÇÃO

Muitas vezes para possibilizar empreendimentos, obras e atividades, faz-se necessária a intervenção na propriedade privada por meio da desapropriação. Porém, em algumas dessas situações, haverá a manifestação do órgão ambiental, mediante processo de licenciamento, no qual ele estabelecerá critérios, condutas e condições para a instalação e devida operação do empreendimento, obra ou atividade.

O licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos de gestão ambiental estabelecido pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo obrigatório nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº 6.938/81. Ele é realizado pelo órgão ambiental competente, conforme a Lei Complementar nº 140/11 (artigos 7º ao 10), para licenciar a instalação, ampliação, modificação e operação de atividades e empreendimentos que utilizam recursos naturais ou que sejam potencialmente poluidores ou que possam causar degradação ambiental.

O objetivo do presente artigo é analisar os limites da intervenção do órgão ambiental dentro do processo de desapropriação – especialmente na modalidade administrativa/amigável – onde aspectos de valoração do imóvel são mais subjetivos e suscetíveis às interferências externas.

1 DO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é regida no direito brasileiro por normas constitucionais e infraconstitucionais. É considerada forma de manifestação da soberania do Estado sobre o particular, caracterizando-se pela transferência compulsória da propriedade, fulcrada em utilidade pública ou interesse social. Segundo Odete Medauar, a desapropriação é uma figura jurídica que retira o bem do patrimônio do seu titular por necessidade estatal, de interesse público, mediante prévia e justa indenização, atingindo "o caráter perpétuo do direito de propriedade, pois extingue o vínculo entre proprietário e bem, substituindo-o por uma indenização."[1] Nas palavras de Hely Lopes Meirelles,

> a desapropriação é o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada.[2]

Em termos constitucionais, há a previsão de que "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição" (artigo 5º, XXIV). Essa é a desapropriação ordinária, utilizada pelo direito brasileiro na quase totalidade dos projetos, inclusive nos licenciados pelos órgãos ambientais. A desapropriação extraordinária é aquela na qual a transferência da propriedade para o patrimônio público ocorre por ela não estar de acordo com os ditames da função social da propriedade (desapropriação-sanção). Não é paga mediante prévia e justa indenização em dinheiro, mas em "títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal" para a política urbana, nos termos do artigo 182, § 4º, inciso III da CF ou em "títulos da dívida agrária" para a reforma agrária, conforme artigo 184 da carta magna.

O principal diploma normativo da desapropriação ordinária é o Decreto-Lei (DL) nº 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações), embora haja inúmeras leis especiais que tratem do assunto[3].

---

1. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 383.
2. *Direito administrativo brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 507.
3. NIEBUHR, Karlin Olbertz. Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles. WALD, Arnoldo et. al. (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade*: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017): defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 702).

A "Lei Geral" das Desapropriações prevê que os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato (art. 3o). Importante também destacar que a desapropriação pode ser consensual (amigável) ou judicial, conforme previsto expressamente no artigo 10 do DL 3.365/41.[4]

Resumidamente, pode-se dizer que a desapropriação se desenvolve em duas fases, por meio de uma sucessão de atos definidos em lei e que culminam com a incorporação do bem ao patrimônio público. Assim, a primeira fase é aquela na qual o Poder Público declara a utilidade pública (Decreto-Lei nº 3.365/41) ou o interesse social (Lei Federal nº 4.132/62) do bem para fins de desapropriação; e a segunda, chamada fase executória, que compreende a adoção das medidas necessárias à efetivação da desapropriação, e pode se dar pela via administrativa ou judicial.

Quando a desapropriação é consensual ou amigável, o valor pago é acertado diretamente entre as partes, que devem ser plenamente capazes ou competentes para tanto. A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro, exceto nos casos de desapropriação extraordinária previstos na Constituição, nos já citados artigos 182, § 4º, inciso III e 184.

Em relação ao expresso comando constitucional para que a indenização seja justa, cabe uma breve digressão sobre a formação do preço do imóvel. Essa explicação é fundamental porque se tem como justa a indenização que recomponha exatamente a propriedade desapropriada, não podendo ser aquém ou além do desfalque suportado pelo expropriado.[5]

Os preços são determinados pelo julgamento de valores feitos pelos envolvidos (vendedor e comprador). Eles refletem relações de troca e, consequentemente, são determinados pelas pessoas comprando e vendendo em livre negociação ou por aquelas que se abstêm de comprar e de vender. O mesmo imóvel pode ter preços diferentes a depender de quem esteja vendendo ou comprando. Inúmeras variáveis entram em cena ao se determinar o valor de um imóvel: valor sentimental, necessidade ou não imediata do dinheiro, resistência em se mudar etc. Essas características ficam ainda mais acentuadas em relação ao acordo, no qual o preço se torna ainda mais subjetivo. Não é muito fácil, dessa forma, determinar o

4. "Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará."

5. CUSTODIO, Vinícius Monte. *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 145.

que é indenização justa, porque o preço é variável, não se atendo apenas ao valor de mercado, como se costuma propagar. A natureza subjetiva do interesse da compra e/ou da venda é também uma variável importante na formação do preço.

A peculiaridade da identificação do preço faz o Tribunal Regional Federalda 5ª Região rechaçar demanda que visa a complementação dos valores pagos em desapropriação amigável pela comparação da tabela de preços de outros procedimentos desapropriatórios. Para o Tribunal, em entendimento adotado de forma pacífica:

> Não se faz mais possível, em sede de ação ordinária, pretender-se a rediscussão do preço acordado, visando a uma complementação do que já fora pago, com base em outros procedimentos expropriatórios, referentes a outros imóveis com peculiaridades diferentes.[6]

Embora haja em relação aos imóveis a NBR 1653 (ABNT), exigida em todas as manifestações escritas de trabalhos que caracterizam o valor de bens, de seus frutos ou de direitos sobre eles, dando a ilusão de que o justo preço é identificado pelo fato de existir uma metodologia em NBR, a verdade é que ele varia consideravelmente. Só o fato de o preço em várias desapropriações judiciais não corresponder ao estimado extrajudicialmente mostra o quão complicada é a crença de que o preço justo é algo certo, fixo e imutável, podendo ser milimetricamente identificado graças à ciência envolvida na avaliação do bem. Pelo fato de a identificação do preço estar longe de ser algo exato, a legislação mais atual sobre desapropriação, como é o caso da Lei Complementar nº 76/93 (artigo 13, § 1º), exige o duplo grau de jurisdição somente quando a sentença que condenar o expropriante for em quantia superior a cinquenta por cento sobre o valor oferecido na inicial. Regra essa que é prestigiada pela nossa jurisprudência:

> Somente está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que, em desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, condenar o expropriante ao pagamento de indenização superior em cinquenta por cento ao valor da oferta inicial.[7]

---

6. TRF da 5ª Região, 4ª T., v.u., AC 457929 / 2008.05.00.090092-9, rel. Des. Fed. Edílson Nobre, j. em 17/04/2012, *DJe* 19/04/2012, p. 742. No mesmo sentido: TRF da 5ª Região, 3ª T., v.u., AC 340.301/CE, rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ 13/03/2007, p. 575; TRF da 5ª Região, 2ª T., v.u., AC 328.341/CE, rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, *DJ* 10/06/2009, p. 185; TRF da 5ª Região, 4ª T., v.u., AC 531.663/CE, rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, *DJe* 09/12/2011, p. 204; TRF da 5ª Região, 1ª T., v.u., AC 328.443/CE, rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 28/02/2008, p. 1.387.

7. STJ, 2ª T., v.u., AR no REsp 1.307.638/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 05/12/2013, *DJe* 11/12/2013.

O preço é uma estimativa, em que costumam entrar inúmeras variáveis do caso concreto, do contexto no qual ocorre a negociação. Pode acontecer de o preço pago na desapropriação administrativa ser maior do que na judicial tendo em conta o *holdout* problem, como visto adiante, ou outros fatores. Para o expropriante, vale a pena pagar um pouco mais para evitar o *holdout* e o atraso na implementação de seu projeto. Para o expropriado, não valeria a pena esperar por um preço melhor sob pena de receber um valor menor ao cabo de uma desapropriação judicial. A avaliação do justo preço deve ser vista nesse contexto, tanto por parte do poder público e seu delegatário, quanto por parte do particular.

Quando diante da desapropriação amigável, na qual as partes pactuam o preço, a forma de pagamento (nem sempre em dinheiro e nem sempre integralmente prévia), existe doutrina que chega a propugnar que se tem um autêntico contrato de compra e venda de direito privado[8]. É a disponibilidade do direito do expropriado que torna possível o pagamento por outra forma que não o dinheiro, bem como de forma que não seja prévia, como ocorre com o pagamento após a transferência da propriedade, ainda que parcialmente.

Independentemente da sua natureza jurídica, o fato é que o acordo subjetiva ainda mais aquele processo de formação do preço no caso concreto, tornando o seu controle mais deferente ao que foi pactuado entre as partes. Uma vez acordado o valor para a transferência da propriedade ou das benfeitorias, não há mais que se discutir o preço, exceto se presente algum vício de vontade ou consentimento dos negócios jurídicos – na forma de algum "defeito do ato jurídico", nos termos dos artigos 138 a 157 do Código Civil.

A jurisprudência também entende que não há que se falar em rediscutir o preço, chegando mesmo, em alguns casos, a decidir pela ausência de interesse processual para eventual ação visando rediscutir o montante livremente acordado entre as partes.

Com efeito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende que não se faz possível rediscutir o valor acordado para a desapropriação do bem:

> Apelação cível. Indenização. Particular que firmou escritura de desapropriação amigável, recebendo o valor estimado pelo Município para o imóvel. Pretensão de obter complementação, inclusive quanto ao fundo de comércio, sob o argumento de não ter sido justa a indenização paga. Impossibilidade. Ato jurídico que não tem vício, tendo o

8. CUSTODIO, Vinícius Monte, *Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro*, 2017, p. 185.

> proprietário a faculdade de dispor de seus bens, no valor que lhe for conveniente. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.[9]

O Tribunal de Justiça de São Paulo também rechaça a pretensão de rever os valores acordados na desapropriação amigável em inúmeros precedentes:

> Indenização por danos morais e materiais. Imóvel declarado de utilidade pública. Desapropriação amigável. Acordo extrajudicial. Valor indenizatório ajustado entre as partes. Quitação plena dada pelo expropriado. Pretensão visando à complementação do valor indenizatório. Inadmissibilidade. Vício de consentimento não evidenciado nos autos. Eventual arrependimento que não tem o condão de tornar insubsistente a avença. Precedentes desta Corte. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.[10]

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também não destoa desse entendimento, exigindo vício de consentimento para viabilizar a rediscussão do preço acordado pelas partes:

> As composições amigáveis celebradas em decorrência das desapropriações não comportam rediscussão na via judicial, quando ausentes vícios de consentimento ou qualquer causa que possa implicar na nulidade do negócio celebrado entre as partes". (Ap. Cível n. 2013.064762-6, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 16-6-2014) (AC n. 2014.085150-3, de Anita Garibaldi, rel. Des. Subst. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. 14-7-2015).[11]

---

9. TJRJ, 12ª Câmara Cível, m.v., AC 0000455-11.2006.8.19.0014, rela. p/ ac. Desa. Nancí Mahfuz, j. em 18/06/2013, DJERJ 29/11/2013. No mesmo sentido: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO NA FORMA DO ARTIGO 267, VI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O presente caso trata de desapropriação de imóvel declarado de utilidade pública. As partes acordaram sobre o valor a ser pago a título de indenização. Assim temos que a desapropriação foi realizada de forma amigável. Portanto correta a sentença no sentido de falta de interesse processual, uma vez que a desapropriação, na forma em que está sendo feita, deve ser concluída administrativamente sem a necessidade de intervenção judicial. Assim, descabe a condenação em honorários advocatícios diante da ausência de resistência. Diante do exposto, RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS" (TJRJ, 8ª Câmara Cível, AC 0001725-14.2006.8.19.0065, rel. Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa, j. em 24/03/2015).

10. TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, v.u., AC 1000365-75.2014.8.26.0445, rel. Des. Décio Notarangeli, j. em 16/06/2016. No mesmo sentido: "POSSUIDOR DE IMÓVEL EM ÁREA DESAPROPRIADA INDENIZAÇÃO - TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO EM SEDE ADMINISTRATIVA - AMPLA QUITAÇÃO. Ausência de vício de consentimento no acordo celebrado - Acessões e terreno que constituem coisa indivisível - Interpretação segundo a intenção dos contratantes - Indevido complemento de indenização - Improcedência da demanda que se mantém - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça Apelo desprovido" (TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, AC 1000025-59.2015.8.26.0587, rel. Des. Spoladore Dominguez, j. 06/04/2016).

11. TJSC, 1ª Câmara de Direito Público, v.u., AC 2014.088919-3, rel, Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 01/12/2015. No mesmo sentido: TJSC, 2a Câmara de Direito Público, v.u., AC 2014.085150-

Os Tribunais Regionais Federais também entendem pela impossibilidade de se rediscutir o preço, salvo diante de vícios de vontade:

> ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. ACORDO DE DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. POSTERIOR ALTERAÇÃO DE SEU CONTEÚDO. I – Estando o acordo revestido das formalidades legais, não pode o contratante posteriormente querer modificá-lo sob pena de afronta ao princípio da segurança das relações contratuais.[12]

> [...] 2. A negociação extra-judicial (amigável) dando plena quitação e permitindo a transferência da propriedade, impede a rediscussão judicial da indenização, salvo prova incontroversa de vício de vontade, o que não ocorre no caso concreto. 3. Apelo improvido.[13]

Entretanto, o fato de se tratar de negócio jurídico bilateral não torna a desapropriação amigável imune ao controle jurisdicional, inclusive em relação ao preço. Os defeitos ou vícios de vontade ou consentimento dos negócios jurídicos (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) são aplicáveis, mas não cabe a mera rediscussão de preço, sendo ônus de quem alega o vício provar a sua ocorrência. Em relação ao preço, deve-se interpretar a questão de acordo com as considerações acima, evitando-se a ilusão de que seria possível identificar exatamente um valor "x" ou "y", e que deverá haver deferência judicial ao acordado.

Caso não haja a possibilidade de a desapropriação se efetivar por via extrajudicial (amigável ou administrativamente), entra em cena o processo judicial, geralmente para a hipótese de dissenso a respeito do preço indenizatório, embora seja possível quando desconhecido o proprietário do bem. Excepcionalmente, poder-se-á falar em homologação judicial diante da desapropriação amigável para fins de regularização da matrícula do imóvel bem como para determinar a expedição da carta de adjudicação da área ao órgão ou entidade pública.[14] Entretanto, a via judicial é

3, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. em 14/07/2015.

12. TRF da 3ª Região, 1ª Turma, v.u., AC 83487 / 0011305-15.1988.4.03.6100, rel. Des. Fed. Oliveira Lima, j. em 04/08/1998, DJ 01/12/1998, p. 109.

13. TRF da 1ª Região, 4ª T, v.u., AC 0000565-28.2003.4.01.3901, rel. Des. Fed. Carlos Olavo, j. em 10/01/2006, *DJU* 25/01/2006, p. 06.

14. TJSP, 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público, AC 0004972-27.2007.8.26.0597, rela. Desa. Beatriz Braga, j. em 31/05/2016. No mesmo sentido: "ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL CONSUMADA. OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Encontrando-se revestido das formalidades legais, não se apresenta juridicamente possível a revisão de acordo extrajudicial, por inconformismo da parte. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 5ª Regiões. 2. Sentença que deve ser mantida por seus jurídicos fundamentos. 3. Apelação improvida"(TRF da 1ª Região, 4ª T, v.u., AC 0001089-93.2001.4.01.3901, rel. Des. Fed. I'talo

desaconselhada por tomar mais tempo, além de requerer recursos materiais e financeiros, especialmente por causa dos juros compensatórios e honorários advocatícios.

De qualquer forma, protelar a resolução das desapropriações na esfera extrajudicial pode fazer com que desapropriados aumentem seu poder de barganha nas negociações, o que é descrito como *holdout problem* (problema da retenção). Os proprietários, sabendo da essencialidade de seu imóvel para a conclusão de algum projeto, tendem a elevar os preços, buscando preços bem acima do que seriam os usualmente praticados ou pelo qual venderiam em circunstâncias normais.

Quanto maior for o número de vendedores, maior é o potencial desse preço adicional inviabilizar o empreendimento. Para evitar esse comportamento oportunista e bloqueador do interesse público, a desapropriação

> será o instituto jurídico adequado para assegurar a viabilidade dessa operação. Na maioria dos casos, a simples ameaça de desapropriação já será suficiente para evitar comportamentos oportunistas dos proprietários, que tenderão a negociar a venda de seus imóveis a preços razoáveis.[15]

Como destaca Jéssica Acocella, o melhor cenário, do ponto de vista econômico, não prescinde da desapropriação quando se tratar de vários indivíduos afetados pela atividade estatal:

> De fato, haveria, neste cenário, um elevado custo de transação para o Estado, que não teria outra alternativa senão negociar com todos os particulares – número que pode tornar faticamente impossível qualquer tipo de transação real – a transferência voluntária de sua propriedade. Tal procedimento abriria espaço, porém, para que cada proprietário, aproveitando-se do estado de premência estatal, barganhasse individualmente por preços excessivos, superiores aos possivelmente obtidos em relações normais de mercado. Extraordinários custos acabariam tendo de ser suportados pelo Estado. Resultado lógico: menor eficiência no atendimento da legítima demanda social que se quer, com o projeto público, atender. Esta forma nociva de barganha pode, assim, ser evitada negando-se aos pretensos alienantes, sobretudo quando são em grande quantidade, a possibilidade de recusar a transferência de sua propriedade para a Administração Pública. [...]
>
> Nota-se, portanto, que quanto maior o número de

Fioravanti Sabo Mendes, j. em 10/01/2006, DJU 06/02/2006, p. 102).

15. PINTO, Victor Carvalho. *O reparcelamento do solo*: um modelo consorciado de renovação urbana. Brasília: Senado Federal – Núcleo de Estudos e Pesquisas, maio de 2013, p. 6.

> indivíduos afetados pela atividade estatal, mais ineficiente tende a ser a adoção, pelo agente público, de instrumentos negociais. Nesses casos, torna-se, diante do raciocínio econômico, mais imperiosa a adoção de instrumentos impositivos, que sujeitam o particular à vontade estatal sem oportunidade de se lhe opor resistência. Em condição diversa, isto é, quando for reduzido o universo de agentes privados atingidos, tende a ser facilitada a adoção, pela Administração, de mecanismos consensuais, estabelecendo-se, com o particular, uma relação menos verticalizada e mais voltada para o conserto de interesses.[16]

A desapropriação pode ocorrer de forma consensual ou judicial, sendo que em ambos os casos não deve ser rediscutido o preço. No primeiro caso, pela existência de ato jurídico perfeito, no segundo, pela existência da coisa julgada. Embora o negócio jurídico possa conter algum vício, sendo passível de anulação, da mesma forma que a coisa julgada pode ser desconstituída nos casos previstos em lei, essa situações são excepcionais e somente podem ser acatadas dentro dos estritos critérios legais.

Em outras palavras, a perda da propriedade via desapropriação é regulada por normas rígidas, seja as de direito administrativo, seja pela liberdade dos negociantes baseadas no Código Civil. Seria o licenciamento ambiental um instrumento apto a alterá-las? É o que se verá a seguir.

2 DA NÃO INTERVENÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL NO PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO

Para Talden Farias, o licenciamento ambiental é o processo que tem por objetivo "assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente."[17] Serão definidos durante o processo de licenciamento ambiental todas as obrigações das obras, empreendimentos ou atividades, estando estabelecidas nas licenças ambientais, na forma de condicionantes.

Nesse contexto, surge a pergunta: poderia o licenciamento ambiental alterar as regras estabelecidas à desapropriação, na forma de condicionantes?

---

16. ACOCELLA, Jéssica. *Uma releitura da desapropriação à luz da Constituição de 1988 e suas principais repercussões sobre o regime jurídico vigente*. 2013. 331 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013, p. 105.
17. FARIAS, Talden. *Licenciamento Ambiental*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28.

Considerando a particularidade dos processos de licenciamento ambiental e de desapropriação, verifica-se que a existência de regulamentação da desapropriação por normas de direto público impede que o órgão licenciador intervenha no processo de desapropriação (consensual ou judicial), ainda que seja na formação inicial do preço, antes mesmo do processo negocial começar.

Ao órgão ambiental cabe a análise das alternativas locacionais, mas disso significar ingerência na negociação que deve ocorrer entre o desapropriante e o desapropriador ou na ação judicial tem uma grande diferença.

Não muda essa realidade o fato de o empreendedor eventualmente enviar ou ter enviado ao órgão ambiental ou outros entes públicos o caderno de preços utilizado por ele para negociar os preços na desapropriação amigável. Essa avaliação dos valores dos imóveis deve ser objeto de controle dos órgãos de contas, não do órgão ambiental. A previsão de metodologia em norma ABNT ou em outra norma qualquer não torna a questão um problema ambiental a ser gerenciado pelo licenciamento ambiental. O eventual erro no caderno de preços nada tem a ver com o controle ambiental efetuado pelo órgão licenciador. Como visto, o acordo entre as partes é soberano, bem como o é a decisão judicial estabelecendo o preço.

A intervenção do estado para discutir aspectos indiretos do preço da desapropriação, tal como a possibilidade de se reassentar famílias instaladas em área de preservação permanente, por exemplo, em substituição ao valor pago, é ato que impacta diretamente o preço das obras públicas e desvirtua o regime das desapropriações, ao se transformar o justo preço em preço do remanejamento. O pagamento do preço pode ocorrer em pecúnia ou mesmo em bens de outra espécie, como imóveis etc., mas como faculdade. Como obrigação, é apenas em pecúnia. Obrigar o empreendedor a pagar de forma não imposta pelo ordenamento jurídico, forçando um curso de ação, não está no escopo do licenciamento ambiental em relação a desapropriação.

Não há previsão legal para a importação de qualquer aspecto da desapropriação ao licenciamento ambiental, não podendo a socioeconomia do licenciamento ambiental intervir em expressas regulações e espaços decisórios garantidos pela legislação. O regime desapropriatório amigável é algo consolidado; a única discussão a ser feita é sobre o preço. Internalizar outras questões na desapropriação, que são afeitas ao licenciamento ambiental, apenas aumenta o custo das transações, impacta a gestão pública

(*v.g.*, modicidade tarifária, eficiência, economicidade) e, consequentemente, subverte as soluções positivadas para a expropriação.

Cabe ao órgão ambiental competente, dentro do seu processso de licenciamento, estabelecer as medidas compensatórias adequadas para a mitigação dos impactos da instalação deste ou daquele empreendimento, não podendo utilizar-se de subterfúgios de outros institutos – no caso, a desapropriação – para fazer valer suas "necessidades".

A identificação do preço ofertado ou pago, a forma de negociação, o eventual parcelamento do preço, o que os expropriados fizeram ou farão com o dinheiro da indenização, obrigar a assistência jurídica ou o seu custeio etc. são questões negociais e econômicas íntimas pertinentes ao expropriante e ao expropriado, não ao órgão ambiental, não se admitindo intrusão do órgão ambiental porque o espaço decisório garantido no direito sobre desapropriação não pode ser desvirtuado sob o pretexto de gerenciar impactos socioambientais do projeto.

Sob a perspectiva do cidadão, sua autonomia de vontade e privacidade em negociar o preço impede a intervenção do Estado, inclusive do órgão ou entidade licenciadora; do lado do expropriante, é a sua discricionariedade em conduzir o processo desapropriatório dentro das balizas legais que impede a ingerência do licenciamento ambiental, cabendo aos órgãos de controle fiscalizarem, se a formação da oferta não foi manifestamente desarrazoada, causando prejuízo ao Erário.

Em suma, o órgão ambiental não pode intervir em qualquer aspecto da desapropriação, ainda que sob o pretexto de gerenciar os impactos socioeconômicos, uma vez que isso gera o desvirtuamento do regime legal desse instituto. A intervenção não pode ser direta e nem indireta, vedando-se, por exemplo, a imposição de deveres ao expropriante no âmbito de programas de educação ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desapropriação tem regime jurídico próprio de direito púbico, não interferindo nesta situação o fato de ser derivada de obra, empreendimento ou atividade sujeito ao licenciamento ambiental. O processo de desapropriação pode ocorrer consensualmente, na forma administrativa/amigável, ou pela via judicial. Na desapropriação, o preço é uma estimativa, em que são consideradas diversas variáveis do caso concreto.

O licenciamento ambiental não pode intervir em qualquer aspecto da desapropriação, sob qualquer pretexto, tendo em vista a autonomia do expropriado na negociação do preço justo (premissa constitucional), bem como da discricionariedade do expropriante em negociar dentro das premissas legais. O controle da desapropriação é tarefa dos órgãos de controle, e não do órgão ambiental. A discricionariedade do órgão licenciador para impor mitigantes e eventuais compensações, através de condicionantes da licença ambiental, deve ocorrer no processo de licenciamento, não podendo haver intervenção do órgão licenciador na desapropriação – que é regida por normas próprias de direito constitucional e administrativo, ainda que de forma indireta, como, por exemplo, através de programa de educação ambiental.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jéssica. Uma releitura da desapropriação à luz da Constituição de 1988 e suas principais repercussões sobre o regime jurídico vigente. 2013. 331 fls. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013, p. 105.

CUSTODIO, Vinícius Monte. Um novo olhar sobre as desapropriações no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 145.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 16a ed. São Paulo: RT, 2012, p. 383.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 17a ed. São Paulo: Malheiros, p. 507.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles. WALD, Arnoldo et. al. (Orgs.). O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017): defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 702).

FARIAS, Talden. Licenciamento Ambiental. 6a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28.

PINTO, Victor Carvalho. O reparcelamento do solo: um modelo consorciado de renovaçãourbana. Brasília: Senado Federal – Núcleo de Estudos e Pesquisas, maio de 2013, p. 6.

CAPÍTULO 6

A NORMA DA PRECAUÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

FABIANA FIGUEIRÓ
AUGUSTO BERCHT

INTRODUÇÃO

A proteção estatal do meio ambiente tem sido um tema crescente no ordenamento jurídico e na atividade legislativa nacional, nesse sentido foi clara a opção do constituinte de 1988, ao elevar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao *status* de fundamental e ter vinculado o Poder Público e a coletividade a sua defesa e preservação[1].

Dentre os instrumentos legais voltados à promoção da defesa do meio ambiente, a norma da Precaução ocupa posição de destaque na construção de uma política estatal de preservação ambiental[2], sendo utilizada em diversos ordenamentos jurídicos para regular situações em que é difícil a avaliação se determinada atividade poderá ou não causar dano, justamente por não haver estudos científicos conferindo certeza suficiente a respeito.

Propormos, nesse panorama, tomar como referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina especializada, inclusive

1. Constituição Federal: Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
2. SCHMIDT, Reiner; KAHL, Wolfgang; GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Umweltrecht. 9 aufl. München: C. H. Beck Verlag, 2014. p. 117.

internacional, para analisar, a partir da pletora de acepções, elementos essenciais da norma da Precaução, quais sejam: a certeza científica, seu conteúdo normativo, sua espécie normativa e a sua relação com o postulado da Proporcionalidade.

1 UM BREVE HISTÓRICO DA NORMA DA PRECAUÇÃO

Historicamente, a norma da Precaução foi esboçada, inicialmente, no ordenamento jurídico alemão com a edição, em 1974, da Lei Federal de Proteção Contra Emissões (*Bundesschutzimmisionsschutzgesetz*) ("*BImSchG*" doravante). Embora outras normas, inclusive no ordenamento jurídico alemão, já contassem com elementos atribuídos à norma da precaução, a BImSchG estabeleceu que, em relação a empreendimentos que necessitam de permissão estatal, deveriam ser tomadas ações de precaução contra efeitos danosos ao meio ambiente e demais perigos, prejuízos e danos relevantes, em especial por medidas representativas do estado atual da técnica[3] (BImSchG §5º, 2, 2).

A concepção de Precaução continuaria a estruturar a política ambiental alemã pelos anos que seguiram[4] na matriz energética, nas tecnologias de telecomunicação, na indústria automobilística e na retirada do chumbo da gasolina, sempre tomando o padrão de "estado atual da técnica"[5]. E, na reforma da BImSchG, em 2013, a Precaução foi incluída entre os objetivos da referida lei (BImSchG §1º, 2).

Ao mesmo passo, a Precaução também foi inserida em diversas normas de Direito Internacional, tal qual a Carta para a Natureza das Nações Unidas de 1982[6], a Convenção do Mar do Norte, em 1987[7] e a Conferência Internacional do Conselho Nórdico sobre Poluição dos Mares, em 1989[8].

---

3. O presente artigo adotará essa tradução para a expressão alemã *"Stand der Technik"*.
4. BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The Precautionary Principle in Germany – enabling Government in O'RIORDAN, Thimothy e CAMAERON, James (Orgs), *Interpreting the Precautionary Principle. London* :Earthscan, 1994, p.47 e seguintes.
5. Idem, ibdem
6. (...) 11 (B) as atividades que possam representar um risco significativo para a natureza devem ser precedidas de uma análise exaustiva, seus proponentes devem demonstrar que os benefícios esperados superam possíveis danos à natureza, e onde os potenciais efeitos adversos não são completamente compreendidos, as atividades não deve prosseguir;
7. "De modo a proteger o Mar do Norte de efeitos possivelmente danosos das substâncias mais perigosas, é necessária uma abordagem precautória - o que pode requerer o controle da entrada de tais substâncias mesmo antes de uma relação causal ter sido estabelecida por evidências científicas absolutamente claras."
8. "(...) salvaguardar o ecossistema marinho, entre outras coisas, da eliminação e prevenção de

Em 1992, a norma da Precaução foi expressamente formulada no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento do qual o Brasil é signatário, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

> De modo a proteger o meio ambiente, a abordagem precautória deve ser largamente aplicada pelos Estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaça de dano sério ou irreversível, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Outros dois documentos dignos de nota que também versam sobre a norma, são a Declaração de Wingspread (Precautionary Principle Conference), ocorrida nos Estados Unidos da América, em 1998, que buscou expressamente conceituar a norma da Precaução, e o Comunicado da Comissão Europeia, de 2 de fevereiro de 2000, que buscou estabelecer diretrizes claras comuns relativas à aplicação do princípio da precaução.

Mesmo havendo uma série de formulações a respeito da norma da Precaução em âmbito internacional (embora sem significado unívoco), é importante notar que a primeira formulação expressa a respeito da norma da Precaução que foi inserida no ordenamento jurídico Brasileiro é o Princípio 15 da Convenção Rio 92[9]. Outras normas federais que citam a precaução, mesmo que sem aprofundarem seu conceito e aplicabilidade, são o Decreto 4.339/2002[10], o Decreto 5.208/2004[11] e o Decreto 2.519/1998[12], que internalizou a Convenção sobre Diversidade Biológica.

Como muito bem nota MACHADO, a norma da Precaução foi positivada no ordenamento Brasileiro de maneira inconsistente pela

---

emissões de poluição onde houver razão para acreditar que os danos ou efeitos prejudiciais sejam prováveis de serem causados, mesmo quando haja evidência científica inadequada ou inconclusiva para provar uma relação causal entre emissões e efeitos".

9. MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.97.

10. O Decreto que institui a Política Nacional de Biodiversidade refere: Art. 1. Os princípios estabelecidos neste Anexo derivam, basicamente, daqueles estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica e na Declaração do Rio, ambas de 1992, na Constituição e na legislação nacional vigente sobre a matéria.

11. O Decreto, que promulgou o Acordo-Quando sobre o meio ambiente do Mercosul e refere: Art. 1º Os Estados Partes reafirmam seu compromisso com os princípios enunciados na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992.

12. Entre os considerados da convenção consta: Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça.

legislação supracitada[13]. Essa afirmação se reveste de especial importância, pois, ainda que possa derivar a norma da Precaução do artigo 225 da Constituição Federal, o que, como se verá abaixo, o Supremo Tribunal Federal fez em diversas ocasiões, tal dispositivo não explicita o conteúdo dessa norma, quando muito recepciona-a. Nesse sentido, conforme abordaremos, é a legislação infraconstitucional que explicita o conteúdo da norma da Precaução.

Desse breve resumo da evolução da norma da Precaução e da sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro surgem uma série de elementos relevantes para a análise subsequente da aplicação da referida norma pelo Supremo Tribunal Federal. Entre tais elementos, destaca-se a relação entre a norma da Precaução e "certeza científica", a qual, embora não estivesse presente na primeira formulação da norma da Precaução no direito alemão, está presente na maior parte das formulações posteriores da norma da Precaução, especialmente no âmbito internacional, conforme abordaremos oportunamente.

2 A PRECAUÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JULGAMENTOS EMBLEMÁTICOS

O Supremo Tribunal Federal trouxe à discussão a norma da precaução em diversos julgamentos sobre temas ambientais. Optamos por abordar, no presente estudo, alguns dos casos que consideramos emblemáticos e cujo conteúdo das decisões se coadunam com a discussão ora realizada.

Em 2017, o STF concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4066, que versava sobre dispositivo da Lei 9.055/1995, relativa à extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto crisotila, também conhecido como asbesto branco, e dos produtos que o contenham[14]. A partir dos votos dos

13. MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.101.

14. Votaram pela procedência do pedido cinco ministros – Rosa Weber, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia – e pela improcedência – Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Não sendo atingida a maioria necessária, não restou declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.095/1995, sendo o julgamento destituído de eficácia vinculante, própria das ADIs. Contudo, logo em seguida, foi concluído o julgamento da ADI 3937 e, neste caso, por maioria, restou declarada a constitucionalidade de Lei do Estado de São Paulo que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual. No bojo desta ADI, os ministros declararam, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no País.

ministros no equilibrado julgamento verifica-se claramente a dissonância de interpretações e forma de aplicabilidade da norma da Precaução.

O ministro Luiz Fux, inclusive, refere de forma incisiva que há uma "excessiva vulgarização na sua aplicação" a qual, segundo ele, é muitas vezes "alçado muitas vezes à condição de dogma" e "utilizado promiscuamente como uma verdadeira caixa preta dentro da qual podem ser extraídas as mais diversas consequências jurídicas". Indo além, argumenta que muitas vezes se utiliza a precaução "como uma instância substitutiva de opções legislativas sempre que não se for possível precisar os danos porventura causados ao meio ambiente". Também em tom reflexivo, o ministro Marco Aurélio aduz que "escolhas regulatórias normalmente se dão entre alternativas que envolvem riscos", discorrendo sobre os impactos também discutíveis dos produtos que poderiam ser utilizados em substituição ao amianto. Para ele "no momento de fazer opções, a chave é buscar a conciliação entre benefícios e malefícios, distinguir entre riscos gerenciáveis e não gerenciáveis, entre eventos danosos reversíveis e irreversíveis". Com isso, é inadequado que o Poder Judiciário, substituindo o legislador, venha a proibir o uso da substância em virtude de prejuízos ainda indeterminados, sendo "equivocada a interpretação do princípio da precaução a ponto de assentar-se a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial a coletividade".

Ainda no julgamento da ADI 4066, em sentido oposto, o ministro Celso de Mello entende que **"**mesmo se incertos, no plano da pesquisa científica, os impactos nocivos do amianto crisotila, ainda assim tornar-se-ia legítimo (e inteiramente adequado) invocar-se, no caso, em detrimento do diploma legislativo ora questionado, o princípio da precaução". Segundo o ministro, mesmo que se apresentasse insuficiente a certeza científica quanto à nocividade do uso controlado do amianto crisotila, havendo probabilidade de concretização de dano decorrente da atividade, impõe-se "ao Poder Público, com apoio em referido postulado, a adoção *de* medidas de índole cautelar destinadas a preservar a incolumidade do meio ambiente".

Em 2016, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 627189, interposto por concessionária de energia elétrica contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, baseado em legislação suíça, determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia devido a supostos efeitos nocivos à saúde da população. Tratando-se de caso com repercussão geral, este certamente é um dos julgados em que o Tribunal se debruçou de forma mais atenta à Precaução, fixando que, enquanto não houver certeza científica acerca dos efeitos

nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia elétrica, devem ser adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009.

O voto da relatoria do ministro Dias Toffoli apresenta importantes diretrizes jurídicas sobre o assunto, baseando-se em doutrina técnica e jurídica nacional e estrangeira. Da leitura dos votos, também sobressai a divergência da corte constitucional sobre a matéria. Destaca-se o posicionamento do ministro relator de que a norma da Precaução constituir-se-ia em um princípio, que "é um critério de gestão de risco", sendo que a aplicação do princípio não deve produzir uma paralisia estatal ou da sociedade, cabendo ao Estado gerir tais riscos de forma proporcional e sem gerar temores infundados. Em sentido oposto, o ministro Edson Fachin[15] considerou que haveria dúvida da comunidade cientifica a embasar o acórdão recorrido relativamente aos ditos danos à saúde humana e ao meio ambiente, sendo que neste viés, para ele, ante a premissa de que precaução está no campo de dúvida razoável, os dados razoáveis que embasaram o acórdão recorrido "concretizaram os direitos fundamentais de proteção ao meio ambiente e à saúde sem afrontar o princípio da legalidade constitucional".

O terceiro acórdão do STF que analisaremos ao longo deste artigo trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, proposta pela presidência da República, por meio da Advocacia Geral da União e julgada em 2009, que questionava decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados, em detrimento de legislação proibindo tais importações. Em julgamento com maioria de votos, o Plenário do STF considerou as normas em questão constitucionais.

Para a ministra Carmem Lucia, deve-se precaver a ocorrência de riscos futuros e possíveis decorrentes de atividades humanas, sendo que, segundo a relatora, "não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental". A magistrada ressalta que as normas brasileiras que proíbem a importação de pneus usados atendem ao princípio da precaução, o qual "a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer" e segue afirmando que esse não "desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se

15. Foram vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski.

entende. Em um voto divergente, o ministro Marco Aurélio ponderou acerca do princípio da legalidade e o ditame de que "ninguém é obrigado a fazer alguma coisa ou deixar de fazer senão em virtude de lei", em referência ao fato de as restrições serem oriundas de resoluções do CONAMA.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA NORMA DA PRECAUÇÃO

No capítulo acima, verificou-se que as formulações do Supremo Tribunal Federal a respeito da norma da Precaução não foram unívocas e atribuíram a tal norma características, conteúdo normativo e – inclusive – denominações diversas. Agora, passaremos a uma análise crítica da posição do referido tribunal a respeito de quatro aspectos centrais da norma da Precaução, quais sejam: a certeza científica; o conteúdo da norma; a sua espécie normativa; e a relação entre Precaução e Proporcionalidade[16].

3.1 A NORMA DA PRECAUÇÃO E CERTEZA CIENTÍFICA: UM EXCURSO

Como elucidamos, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a norma da Precaução, relaciona-a com a existência ou não de certeza científica a respeito da possibilidade de dano em determinada situação. Tal posicionamento é condizente com as formulações da norma da Precaução tanto a partir do Princípio 15 da Convenção Rio 92, quanto do preâmbulo da Convenção sobre Diversidade Biológica, internalizada pelo Decreto 2.519/1998, respectivamente:

> De modo a proteger o meio ambiente, a abordagem precautória deve ser largamente aplicada pelos Estados de acordo com suas capacidades. Onde houver ameaça de dano sério ou irreversível, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.
>
> Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas manifestações, estressou essa relação entre a norma da Precaução e um estado de certeza científica,

16. Ressalta-se que, embora esses tópicos sejam analisados no presente trabalho separadamente, a análise de um complementa a de outro, nesse sentido é impossível desassociar a análise a respeito da certeza científica do próprio conteúdo da norma da Precaução, assim como o conteúdo da norma é que definirá a sua espécie normativa.

como percebe-se nos votos de diversos ministros nos casos acima analisados.

Dessa forma manifestaram-se, respectivamente, o ministro Gilmar Mendes e Celso de Mello em seus votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066[17], que versa sobre uso do amianto crisotila:

> No caso concreto, inexistem estudos suficientes acerca do impacto do crisotila sobre a fauna e a flora e do tempo que o mineral levará para perder a condição de agente patológico, após ser devolvido a natureza na forma de rejeito. Então, invoca-se a precaução para que o Poder Judiciário, substituindo o legislador, proíba o uso do amianto, em razão dos prejuízos ainda indeterminados que pode trazer ao meio ambiente e ao futuro.
>
> Com efeito, e mesmo que se apresentasse insuficiente a certeza científica quanto à nocividade do uso controlado do amianto crisotila, ainda assim – é importante insistir – o princípio da precaução (...) incidirá.

Da mesma forma manifestou-se o ministro Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983, relativa à prática da vaquejada[18]:

> Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. (grifo nosso)

Também o ministro Carlos Britto, na Ação Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101[19]sobre a importação de pneus usados e o ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário n° 627.189

> (...) ali, onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público. (grifo nosso)
>
> (...) ou seja, incidirá o princípio quando houver incertezas científicas sobre riscos possíveis, a fim de se evitarem impactos potencialmente prejudiciais ao meio ambiente e/ou à saúde pública.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066. Julgado em 20 ago. 2013.
18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983. Julgado em 03 out. 2013.
19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101. Julgado em 24 jun. 2009

A partir dos votos supra mencionados, pode-se inferir que, muito embora essa relação entre a norma da Precaução e a certeza científica seja atestada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em nenhum acórdão ela é problematizada.

Nesse panorama, temos que, em primeiro lugar, deve-se questionar se, com base nas lições da epistemologia, seria possível se falar, efetivamente, em "certeza científica". Diversos autores, tais como POPPER[20] e KHUM[21], sustentam que o conhecimento científico se desenvolve por meio da sua própria superação. POPPER, especificamente, afirma que o conhecimento científico, em sua própria definição, abarca a possibilidade de ser falseável "*defeasible"*, assim não poderia se falar em "certeza científica", pois, para ser considerada como "científica", qualquer afirmação teria que abarcar a possibilidade de sua superação, por um novo conhecimento ou diante de provas em contrário.

A indeterminação da norma da Precaução em relação ao que poderia ser considerado como "certeza científica" e se – de fato – seria possível se falar em "certeza" científica foi muito bem apontada por CEZAR e ABRANTES, para quem a norma da precaução, tal qual formulada no Princípio 15 da Convenção Rio 92, não teria especificado o que poderia ser considerado como "certeza científica"[22].

A ausência de especificação a respeito desse conceito essencial para a aplicação da norma pode ser visto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não determinou ou teceu comentários sobre quais elementos poderiam ser utilizados para se verificar o que configuraria uma situação em que não haveria "certeza científica" a respeito de determinada matéria.

A indeterminação do que poderia ser considerado como "certeza científica" prejudica uma aplicação consequente da norma, uma vez que seu campo de aplicação seriam, justamente, casos em que não há "certeza científica" a respeito de que determinada atividade causará determinado dano ou casos em que não há certeza científica sobre a ausência de casualidade entre determinada atividade e a incidência de determinado dano[23].

---

20. POPPER, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*. New York: Routledge, 2002, p. 57 e seguintes
21. KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 4ª ed. Chicago: The University of Chicago Press,2012.
22. CEZAR, Frederico Gonçalves e ABRANTES, Paulo César Coelho, Princípio da Precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. Brasília: Cadernos de Ciência e Tenologia, v.20, n.2, p.225-262, maio/ago. 2003, p. 233 e seguintes.
23. Idem, ibdem.

E, muito embora não esteja no escopo desse artigo discutir sobre a possibilidade de se falar na existência de uma "certeza" na ciência, tema que deve ser reservado ao campo da epistemologia, ainda assim cabe ressaltar que uma definição sobre o nível de ausência de "certeza científica" que justificaria a aplicação da norma da Precaução é essencial para a estruturação da aplicação da referida norma sem que essa se torne ambígua[24].

3.2 O CONTEÚDO DA NORMA DA PRECAUÇÃO

Como exposto, a norma da Precaução foi concebida de diversas formas tanto no ordenamento jurídico nacional, quanto em ordenamento jurídicos estrangeiros e em âmbito internacional[25]. Essa multiplicidade de significados que são atribuídos à norma da Precaução encontra, também, reflexo na jurisprudência nacional, que lança mão da mesma com acepções diversas, objetivos múltiplos e metodologias de aplicação variadas, gerando, assim, verdadeira polissemia e incongruência.

Com efeito, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foco desse trabalho, a norma da Precaução tem contornos mais definidos do que em outros tribunais nacionais, porém, mesmo na aplicação pelo referido tribunal, não se encontra uma definição clara do seu âmbito de abrangência. Essa situação é inclusive reconhecida pelo ministro Dias Toffoli, em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário n° 627.189[26].

Em uma acepção do que seria a norma da Precaução, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066[27] o ministro Celso de Mello afirma que "se dúvida houver a propósito da nocividade ou periculosidade de um dado elemento ou de certa atividade, não haverá solução outra senão a de decidir-se favoravelmente à preservação do meio ambiente".

E, dessa forma, havendo dúvida a respeito da nocividade ou da periculosidade de determinada atividade – e, vale dizer, considerando a falseabilidade inerente ao conhecimento científico, sempre haverá um

24. MARCHANT, Gary E. e MOSSMAN, Kenneth L., *Arbitrary and Capricious - The Precautionary Principle in the European Union Courts*. Washington: AEI Press, 2004.p.4 e seguintes

25. MARCHANT, Gary E. e MOSSMAN, Kenneth L., *Arbitrary and Capricious - The Precautionary Principle in the European Union Courts*. Washington: AEI Press, 2004, p. 10-11

26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 627.189. Julgado em 08 jun. 2016.

27. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066. Julgado em 20 ago. 2013.

espaço para dúvidas -, a norma da Precaução seria utilizada para paralisar a atividade ou, nas palavras do próprio ministro Celso de Mello:

> (...)sempre que houver probabilidade de concretização de dano em consequência de atividade identificada por sua potencialidade lesiva.
>
> Caso tal ocorra, impor-se-á, então, ao Poder Público, com apoio em referido postulado, a adoção de medidas de índole cautelar destinadas a preservar a incolumidade do meio ambiente e a proteger, desse modo, a integridade da vida e da saúde humanas.

Semelhante a esse posicionamento, foi o do ministro Carlos Britto ao proferir seu voto no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n°101, manifestando-se que, havendo dúvida sobre a potencialidade lesiva ao meio ambiente de determinada atividade, essa deve ser interrompida, ao afirmar que "E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público".

Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes, acertadamente, advertiu, no seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066, baseado na lição de ANTUNES, que a norma da Precaução não deve ser entendida como uma exigência de paralisação das atividades só por haver dúvidas a respeito delas ou risco potencial "É equivocada a interpretação do princípio da precaução a ponto de assentar-se a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial a coletividade". Nessa toada, o ministro Dias Toffoli, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 627.189, afirma que a norma da Precaução não estabeleceria um "padrão de risco zero" e que a norma da Precaução imporia um dever de tomar medidas para acautelar riscos, não paralisar atividades. Essa posição nos parece adequada, na medida em que seria inviável acautelar o risco zero ou a absoluta certeza científica nas situações relacionadas ao meio ambiente.

Também os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 101 e no Recurso Extraordinário n° 627.189, teceram comentários a respeito da norma da Precaução como um critério de gestão de riscos, uma acepção da norma que encontra largo uso na doutrina internacional[28], porém raramente apreciada nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

28. WIEDEMANN, Peter, Vorsorge und Risikoängste: zur Risikowahrnehmung des Mobilfunks. Wiesbaden: VS Verlag, 2010; GOKLANY, Indur M., The Precautionary Principle - A critical appraisal of Enviromental Risk Assessment. Washington: Cato Institute, 2001

Nossa constatação é que o Supremo Tribunal Federal transita no que ANTUNES define, lucidamente, entre posições maximalistas e posições intermediárias da norma da Precaução. Aquelas aplicariam irrestritamente a norma da Precaução sobre as outras normas do ordenamento nacional, inclusive com o condão de paralisar atividades se constatada incerteza sobre a possibilidade de riscos, já estas buscam monitorar o desenvolvimento das atividades potencialmente danosas, jamais optando pela sua paralisação imediata, salvo a real existência de danos concretos[29].

Entre as posições maximalistas nota-se a derivação do brocado *"in dubio pro natura*" da norma da Precaução, tal qual o ministro Ricardo Lewandowski fez em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.983.

Essa breve análise serve para demonstrar que, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não avalia o nível de (in) certeza científica que implicaria na aplicação da norma da Precaução, também não há, nela, uma definição sobre qual seria o conteúdo dessa norma.

Uma aplicação maximalista da precaução tende utilizar a referida norma em qualquer situação que se considere haver uma atividade em relação a qual não há certeza científica se pode acarretar em danos ao meio ambiente. Isso, como visto, pode ser utilizado para proibir a atividade totalmente.

Cabe considerar, entretanto, que o cerne dessa norma é a ausência de certeza científica a respeito da possibilidade de dano. Entretanto, levando em conta as posições epistemológicas vistas acima, que acreditam ser impossível se falar em "certeza" no conhecimento científico, extremadamente, a norma da Precaução poderia ser utilizada para coibir toda e qualquer atividade, uma vez que todo conhecimento científico é, por definição, falseável[30]. É exatamente contra essa ambiguidade da acepção maximalista da norma da Precaução que advertem MARCHANT e MOSSMAN[31]. A própria formulação da norma da Precaução no Princípio da Rio 92 determina, apenas, que a ausência de certeza científica não pode ser usada como elemento retardador para tomada de medidas visando a

29. ANTUNES, Paulo de Bessa, *Direito Ambiental*, 16ªed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40 e seguintes.

30. CEZAR, Frederico Gonçalves e ABRANTES, Paulo César Coelho, Princípio da Precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. Brasília: Cadernos de Ciência e Tenologia, v.20, n.2, p.225-262, maio/ago. 2003, p. 244

31. MARCHANT, Gary E. e MOSSMAN, Kenneth L., Arbitrary and Capricious - The Precautionary Principle in the European Union Courts. Washington: AEI Press, 2004.p.4 e seguintes

evitar a degradação ambiental. Na referida formulação da norma, ainda, há clara referência de que devem ser mensurados os impactos econômicos das referidas medidas.

Por outro lado, uma posição intermediária na aplicação da Precaução, à qual, ressalta-se, também cabe o ônus de definir o estado de (in)certeza científica que ensejaria a sua aplicação, dá à norma da Precaução contornos que evitam que a ausência de dados científicos sejam usados para a justificar a inação estatal, podendo esse criar normas que busquem a precaução contra causas de danos plausíveis (*denkbarer Schadenursachen*)[32]. Uma medida para isso seria normas que exigem uso de tecnologias de acordo com o estado atual da técnica para a prevenção de emissões danosas ao meio ambiente ou a própria norma que exige a realização de estudos de impactos ambientais prévios.

Não parece ser possível, entretanto, determinar com precisão qual das duas posições é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o que corrobora com o atual estado de ambiguidade na abrangência da norma a qual o próprio ministro Fux critica em seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n°4.066, conforme vimos acima.

Não obstante, uma definição do conteúdo da norma ora estudada é essencial para que se verifique a sua espécie normativa, como se verá adiante.

3.2 PRECAUÇÃO: REGRA, PRINCÍPIO OU POSTULADO?

A moderna teoria das normas separa os dispositivos (textos) que são objeto de interpretação pelos operadores do direito, da norma, que é o resultado dessa interpretação[33]. Assim, de determinado dispositivo um intérprete pode derivar mais de uma norma, inclusive espécies normativas diferentes.

Portanto, poderíamos, teoricamente, seguindo a base teórica de ÁVILA tratar da norma da Precaução como uma regra, um princípio e um postulado[34]. Essa classificação de uma norma em uma dessas três espécies não é, no entanto, sem consequência, pois a espécie normativa determina como essa norma interage com as demais normas do ordenamento jurídico, bem como seu modo de aplicação.

32. SCHMIDT, Reiner, KAHL, Wolfgang e GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, Umweltrecht, 9ª ed. München: C. H. Beck Verlag, 2014, p. 118

33. ÁVILA, Humberto, Teoria dos Princípios, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50

34. O presente usará como referencial teórico a teoria das normas desenvolvida por Humberto Ávila em: Teoria dos Princípios, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

O presente trabalho não pretende adentrar em toda problemática da classificação normativa da Precaução, porém é importante pontuar que, por mais que a doutrina e jurisprudência nacional refiram-se, em sua maior parte atécnicamente, a um princípio da Precaução, isso não significa que aplicam a norma como uma norma-princípio ou mesmo considerem que ela, de fato, seja uma norma-princípio na definição que uma consequente teoria das normas atribui a essas normas.

Por mais que corriqueiramente fale-se em "princípio" da Precaução, é importante lembrar que essa denominação, já presente no direito alemão depois da edição da BImSchG, em 1974, é anterior às primeiras teorias que diferenciaram normas-princípios e normas-regras[35].

O próprio Supremo Tribunal Federal não é unívoco em sua denominação da Precaução, pois, apesar da maioria das referências a essa norma ser como "princípio" da Precaução, ainda assim o ministro Celso de Mello refere-se ao "postulado" da Precaução em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066 e no Recurso Extraordinário n° 627.189, sem que tenhamos identificado por qual motivo estaria adotando nomenclatura diversa da usada pelos demais ministros.

Assim, abstraindo-se os usos corriqueiros e atécnicos, cabe considerar se a Precaução, de fato, seria categorizada como uma norma-Princípio. Para isso fez-se necessária uma análise da estrutura da norma e também de seu modo de aplicação, como também revistar a definição de cada uma das espécies normativas.

ÁVILA define princípios da seguinte forma em sua obra:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.[36]

Embora muito pudesse ser dito a respeito dessa classificação, para o presente trabalho é importante ressaltar que os princípios são normas de função diretiva, que determinam a adoção de condutas que contribuam para a persecução de um bem ou de um estado de coisas determinado. Também deve ser levado em conta a obrigatoriedade da tomada desses meios, quando um princípio é positivado[37]

35. Cabe lembrar que a primeira edição de "A Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy é de 1985.

36. Idem, p. 102

37. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.102

As posições do Supremo Tribunal Federal que, acima, foram identificadas como "intermediárias" podem ser compreendidas como aplicações da norma da Precaução como um princípio, na medida em que buscam criar um estado ideal, qual seja, de que a exigência de certeza científica não seja utilizada para que medidas de precaução não sejam tomadas pelos poderes estatais.

Vislumbra-se a atuação da norma da Precaução como uma norma–princípio quando ela é utilizada para se exigir o uso do estado atual da técnica a fim de evitar emissões, mesmo que não haja certeza científica sobre o dano que elas podem vir a causar. Essa função é largamente desenvolvida e aceita na doutrina alemã[38] - embora só parcialmente citada nas obras nacionais. O uso do estado atual da técnica é uma forma de - ante à insegurança irremediavelmente inerente às atividades que atuam sobre o meio ambiente - garantir o uso das tecnologias aptas e possíveis para evitar o dano. Outra forma de aplicação da norma da Precaução como uma norma-princípio também pode ser vista na exigência de que sejam realizados estudos ambientais prévios à implementação de determinada atividade.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal temos que a aplicação da norma da Precaução, na posição vencedora no Recurso Extraordinário n° 627.189, é claramente a de uma norma-princípio. Naquele caso, diante da alegada incerteza sobre a possibilidade de efeitos danosos da radiação eletromagnética, aplicou-se a norma brasileira que previa padrão de acordo com o recomendado pelos órgãos internacionais para proteção. No caso, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar padrões mais severos, por entender que as medidas tomadas já eram suficientes para se garantir o estado buscado pela norma da Precaução e que ir além disso seria sobrepor essa norma a outros princípios do ordenamento jurídico sem a correspondente justificação.

Entretanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também consta com formulações da norma da Precaução nas quais essa pode ser identificada como uma norma-regra.

Nesse sentido, regras são definidas como:

38. CHARITOPOULOS, Nikolaos, Die Grundprinzipien des deutschen, europäischen und griechischen Umweltrechts: umweltpolitische Hintergründe und Zielsetzungen und ihr Verhältnis zueinander. Dissertação apresentada para obtenção do título de Doutor na Justus-Liebig Universität Giessen em 27 de abril de 2009, sob orientação do Professor Doutor Thomas Groß, p. 155; SCHMIDT, Reiner, KAHL, Wolfgang e GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, Umweltrecht, 9ª ed. München: C. H. Beck Verlag, 2014, p. 118; WIEDEMANN, Peter, Vorsorge und Risikoängste: zur Risikowahrnehmung des Mobilfunks. Wiesbaden: VS Verlag, 2010. p. 32.

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos[39]

Chama-se a atenção para o fato que as regras são aplicadas por meio da correspondência entre a situação fática analisada e o comportamento ou situação previsto na regra, assim, enquadrando-se uma situação fática na descrição normativa prevista pela regra, essa deve ser seguida.

Várias formulações do Supremo Tribunal Federal, em especial as classificadas como "maximalistas" se deixam definir como uma regra.

Como uma norma-regra a Precaução determinaria uma situação fática, qual seja, a ausência de certeza científica a respeito do potencial danoso de determinada atividade e preveria uma consequência jurídica determinada, qual seja a tomada de medidas que evitem o potencial dano.

Embora possa-se argumentar que, em tese, a norma não preveria quais são as exatas medidas jurídicas que devem ser tomadas uma vez constatada a ausência de certeza científica a respeito do potencial danoso, o Supremo Tribunal Federal, como se viu acima, em diversas ocasiões formulou que, nessa situação, a norma da Precaução exigiria a proibição da atividade.

Muito embora chamada de "princípio", quando como tal é aplicada. Isso, entretanto, sem que seja avaliado se essa norma, poderia, de fato, assumir esse caráter tanto pela sua estrutura, quanto pela relação necessária com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial com o postulado da Proporcionalidade, como se verá abaixo.

Cabe considerar que, tratada como uma norma regra, a precaução padece de ambiguidade na descrição das situações que prevê como a ausência de certeza científica. Afinal, como se discutiu acima, em nenhum momento há uma definição clara (i) do que seria certeza científica (e se, quiçá essa seria possível) e (ii) de qual grau de ausência certeza científica seria exigido para aplicação da norma. Como verificado, se considerarmos as posições epistemológicas que vêem na construção científica um estado de constante superação de conhecimento, por meio da falseabilidade, então estaríamos diante de uma regra que, mais que permitir, exigiria a proibição de qualquer atividade.

39. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios,* 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.102.

Essa redução ao absurdo do conteúdo da norma da Precaução tomada como uma regra serve apenas para salientar a inerente ambiguidade dessa norma[40] e a sua índole a criar um estado de paralização o qual, ironicamente, também não garante o cumprimento da norma da precaução, pois também não haverá certeza científica se a própria inação evitará danos ao meio ambiente[41].

Em suma, defende-se que as posições maximalistas de acepção da norma da Precaução aplicam essa com caráter de uma norma-regra, sem considerar, efetivamente, quais seriam as consequências dessas aplicação.

Por fim, ainda cabe analisar se seria possível entender a norma da Precaução como uma norma-postulado. ÁVILA[42] define postulados normativos aplicativos como normas de segundo grau, isso é: normas que versam sobre o próprio método jurídico, ou seja, estabelecem condições para a aplicação e interpretação das normas de primeiro grau (regras e princípios). Eles são distintos das normas de primeiro grau pois eles atuam diretamente sobre elas e não sobre os fatos que elas regulam.

Postulados não descrevem comportamentos, eles não são cumpridos integralmente e muito menos podem deixar ser aplicados por razões excepcionais, logo eles não são regras. Postulados não estabelecem uma situação ideal de coisas, não são cumpridos de maneira gradual e não podem ser ponderados com peso distinto dependendo da situação, logo eles não são princípios.

Muito embora o ministro Celso de Mello, em duas ocasiões distintas, tenha se referido à norma da Precaução como "postulado da Precaução", entendemos que a nomenclatura utilizada não levou em consideração a teoria das normas usado como referencial teórico do presente trabalho, uma vez que a norma da Precaução regula fatos, isso é, seja buscando a promoção de uma situação ideal, seja descrevendo uma situação fática e prescrevendo uma consequência jurídica para ela.

Dessa forma, a norma da Precaução, por regular atividades fáticas, não normativas, não pode ser entendida como uma norma-postulado.

40. MARCHANT, Gary E. e MOSSMAN, Kenneth L., *Arbitrary and Capricious - The Precautionary Principle in the European Union Courts*. Washington: AEI Press, 2004, p. 4 e seguintes.

41. SUNSTEIN, Cass R., *The Paralyzing Principle*, in Regulation, 25, 32, 2003, p. 32-37.

42. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.163 e seguintes.

3.4 PROPORCIONALIDADE E PRECAUÇÃO

A aplicação da norma da Precaução encontra limite claro no postulado da Proporcionalidade[43], seja a Precaução entendida como uma norma-princípio, seja ela entendida – e especialmente nesse caso – como uma norma-regra.

A Proporcionalidade consiste em uma restrição às restrições[44], ao exigir que os meios escolhidos para se atingir determinado fim não sejam desproporcionais ao ponto de limitarem outros direitos e bens constitucionais na sua busca em atingir o fim escolhido.

A própria versão da norma da Precaução contida no Princípio 15 da Declaração Rio 92 contempla um aspecto de ponderação, ao determinar que as medidas tomadas devem ser economicamente viáveis.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a relação entre a norma da Precaução e a Proporcionalidade já foi tratada. Em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.066, o ministro Luiz Fux utiliza a Proporcionalidade para justificar a constitucionalidade das normas autorizadoras do uso de amianto, por entender que essas seriam adequadas em promoverem a proteção ao meio ambiente.

No Recurso Extraordinário n° 627.189, o ministro Dias Toffoli foi expresso ao inferir que "a obrigação de resguardar, de garantir o direito fundamental ao meio ambiente sadio, ocorrerá com a adoção de medidas proporcionais, mesmo em casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos".

Qualquer aplicação da norma da Precaução encontra um limite claro em sua relação com a Proporcionalidade, de modo que apenas medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito podem ser consideradas, diante de determinado grau de ausência de certeza científica, a respeito de determinada atividade, quer aplicando a norma como princípio, quer como regra.

Especificamente, a aplicação da norma da Precaução como uma regra, especialmente de uma forma maximalista, é de difícil adequação com esse postulado normativo. Isso por que, diante da posição que não

43. SCHMIDT, Reiner, KAHL, Wolfgang e GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, Umweltrecht, 9ª ed. München: C. H. Beck Verlag, 2014, p. 117-119; REHBINDER, Eckhard, Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorenprinzip als Beispiel, in Bürger – Richter – Staat: festchrift für Horst Sendler, München:C. H. Beck Verlag, 1991, p. 271.

44. PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Berhard, KINGREEN, Thorsten e POSCHER, Ralf, Grundrechte- Staatsrecht II, 30ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2014, p. 71 e seguintes.

haveria como estabelecer um estado de certeza científica, uma vez que qualquer conhecimento científico é, por definição, falseável, poderia a Precaução ser usada como uma regra para ordenar a suspensão de toda e qualquer atividade, o que, ainda que haja dúvidas sobre sua adequação para promoção da proteção ao meio ambiente, certamente esbarraria na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou, por meio de uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrar que o referido tribunal, que, em diversas ocasiões reputou que a norma da Precação seria uma norma constitucional, não tem manifestação unívoca em relação a elementos básicos para aplicação, quais sejam: (i) a relação entre a norma e o conceito de certeza científica; (ii) o conteúdo da norma; (iii) a espécie da norma e; (iv) a relação entre a norma e o postulado da Proporcionalidade.

Uma adequação desses elementos e, por conseguinte, uma aplicação consequente da norma da Precaução viabilizaria o condão que essa norma tem para ser elemento central de uma política estatal focada no desenvolvimento sustentável.

Entretanto, tão quanto permaneçam tais elementos sem uma definição jurisprudencial e doutrinária, a norma da Precaução continuará a ter uma definição polissêmica e uma aplicação incongruente, gerando insegurança jurídica e abrindo margem para proibição não razoável de atividades e empreendimentos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The Precautionary Principle *in* Germany: enabling Government. *In:* O'RIORDAN, Thimothy; CAMAERON, James (Org.). Interpreting the Precautionary Principle. London: Earthscan, 1994.

CEZAR, Frederico Gonçalves; ABRANTES, Paulo César Coelho. Princípio da Precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio

e sua relação com o processo de análise de risco. Cadernos de Ciência e Tecnologia, Brasília, DF, v.20, n.2, p. 225-262, maio/ago. 2003.

GOKLANY, Indur M. The Precautionary Principle: a critical appraisal of Enviromental Risk Assessment. Washington: Cato Institute, 2001.

KUHN, Thomas S. The Structure of Scientific Revolutions. 4th ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARCHANT, Gary E.; MOSSMAN, Kenneth L. Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts. Washington: AEI Press, 2004.

PIEROTH, Bodo et al. Grundrechte: Staatsrecht II. 30 aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

POPPER, Karl. The Logic of Scientific Discovery. New York: Routledge, 2002.

REHBINDER, Eckhard. Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorenprinzip als Beispiel, in Bürger – Richter – Staat: festchrift für Horst Sendler. München: C. H. Beck Verlag, 1991.

SCHMIDT, Reiner; KAHL, Wolfgang; GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Umweltrecht. 9 aufl. München: C. H. Beck Verlag, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. The Paralyzing Principle. Regulation, Chicago, v. 25, n. 32, p. 32-37, 2003.

WIEDEMANN, Peter. Vorsorge und Risikoängste: zur Risikowahrnehmung des Mobilfunks. Wiesbaden: VS Verlag, 2010.

CAPÍTULO 7

CONDOMÍNIOS DE LOTES E ÁREAS VERDES – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL

FABRICIO ROBERTO TONIETTO CARVALHO
RENATO MARTINS SILVA

INTRODUÇÃO

Os condomínios de lotes se constituem em fenômeno urbanístico bastante atual e não tão controverso como outrora. A minimização desta controvérsia se deu com decisões recentes dos nossos Tribunais, algumas delas de Tribunais Superiores, para o que se destaca, em especial, a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 607.940 DF1, com reconhecimento de repercussão geral sobre o tema, isso anteriormente a edição da Lei 13.465/17[2], cuja continuidade do debate pretende-se expor a seguir, tendo em vista, principalmente, a escassez de elementos doutrinários e jurisprudenciais depois da publicação da referida lei.

A celeuma gravitava em torno da análise da constitucionalidade de leis municipais que já permitiam o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários dessa natureza (condomínios "fechados", hoje com a rubrica "condomínios de lotes", nos termos do atual art. 1.358-A do Código Civil[3], dada pela Lei 13.465/17) em suas circunscrições territoriais, oportunizando melhor aproveitamento do direito de propriedade.

Uma análise mais comedida do tema deve apontar para a avaliação da autonomia legislativa municipal que versar, desde já e independentemente

1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.940/DF – Distrito Federal. Relator: Teori Zavascki.
2. BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, Brasília,DF, jul 2017.
3. BRASIL. Lei n. 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília,DF, jan 2002.

de previsão em lei federal (falado em seguida) sobre os empreendimentos imobiliários de condomínios de lotes, atentando-se para o princípio da prevalência do interesse local, decorrente do nosso modelo de pacto federativo, bem como da sua incidência sobre áreas públicas do direito, consequentemente urbanística, não apenas e tão somente do direito privado, como podem entender alguns.

Nesta seara merece destaque no cenário constitucional vigente, a competência da União, disposta na Constituição da República Federativa do Brasil[4], como sendo enumerada ou explícita (artigos 21 e 22), salvo sua competência tributária, também residual (artigo 154, I). Já a competência dos Estados-membros se constitui por remanescente (artigo 25, §1º) e, excepcionalmente, enumerada (a exemplo do artigo 25, §2º e 3º). Finalmente, a competência dos Municípios também se constitui por enumerada, estando assegurada a autonomia para legislar sobre tudo quanto for de seu interesse local (artigo 30, I), bem como as demais matérias arroladas expressamente na Constituição Federal, a exemplo do artigo 182.

Dado esse norte e para iniciar a abordagem como uma oportunidade de reflexão, tratar-se-á de discutir, sem nenhuma pretensão em esgotar ou pacificar o tema: se os municípios brasileiros precisavam realmente aguardar a edição de uma lei federal para o disciplinamento dessa modalidade de empreendimento imobiliário ou, ainda assim, com a edição da redação atual do art. 1.358-A do Código Civil (dada pela Lei 13.465/17), não estão, da mesma forma, autorizados a empreendimentos desta natureza, devendo aguarda uma definição federal mais acurada?; Com a edição da lei federal diplomando o seu tratamento restringirá ou minimizará a eficácia de leis municipais que já tratem dessa modalidade de empreendimento imobiliário?; A referida legislação (art. 1.358-A CC) estaria com o seu objeto limitado à edição de normas gerais para o tratamento do tema, resguardando, aos municípios, a competência para regulamentar o assunto em sua esfera de competência legislativa, sempre atento às suas peculiaridades e com foco na implementação ou efetivação das políticas urbanas do seu interesse local?; No que tange as áreas verdes que devem compor um loteamento precisam, também, seguir a mesma linha, ou seja, natureza e extensão disciplinado por aqueles (loteamentos) ou, em se tratando de empreendimento "em condomínio" sem interferência interna a ser dada pela municipalidade, não haverá necessidade de imposição das mesmas ou similares regras?

4. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988

1 CONDOMÍNIOS DE LOTES DE TERRENO URBANO ANTES DA LEI 13.465/17

Importante destacar que o assunto não sendo pacífico, mesmo após a edição da legislação que deu vida ao art. 1.358-A do Código Civil[5], especialmente através da investida pelo Ministério Público Federal através de sua Procuradoria (via ADI 5771[6]), em que pese não apontar na causa de pedir diretamente o assunto em tela – condomínios de lotes -, uma reflexão sobre o tema da forma como estava sendo formatado pela doutrina e jurisprudência, em especial pela linha que vinha seguindo o STF (Supremo Tribunal Federal), dada pela controvérsia quanto às designações dos empreendimentos imobiliários de natureza "fechada", se faz necessário. Inobstante suas espécies se assemelhem - "condomínios de lotes de terreno urbano", utilizando-se aqui do termo apontado por Melhim Namem Chalhub[7] (autoridade no assunto) e "loteamentos fechados" - possuem regramentos jurídicos diversos. Tanto para um, como para outro, encontraremos a confusa e errônea atribuição das seguintes denominações: - loteamentos integrados; loteamentos em condomínio; loteamentos fechados; condomínio horizontal; condomínio deitado; condomínio atípico; condomínio urbanístico.

Referida atecnia já foi sanada pelo texto da Lei vigente (13.465/17) para as hipóteses em que os empreendimentos de natureza fechada forem desenvolvidos sob a espécie de "condomínio de lote", cujas características e diferenças do sistema de "loteamento fechado" serão vistas a seguir.

Com tal medida, afastou, também, a errônea designação constante dos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados, relativamente ao apontado "condomínio urbanístico". Como se pode ver a intenção do legislador levou em conta a sugestão de nome que veio anteriormente dada por Chalhub, apenas retirando do termo proposto a extensão "de terreno urbano", mantendo-se, assim, o que efetivamente constou da atual legislação, "condomínios de lotes".

Com autoridade, Melhim Namem Chalhub[8], autor de artigo que se constitui um marco no tratamento desse tema, intitulado "Condomínio de

5. BRASIL. Lei n. 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília,DF, jan 2002.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5771/DF – Distrito Federal. Relator: Luiz Fux.
7. CHALHUB, Melhim Namem, "Condomínios de lotes de terreno urbano". *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: RT, vol. 67, jul-dez 2009.
8. CHALHUB, Melhim Namem, "Condomínios de lotes de terreno urbano". *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: RT, vol. 67, jul-dez 2009, p. 108.

lotes de terreno urbano", publicado na Revista de Direito Imobiliário 67, de 2009, destacou que "a expressão adequada para designar uma gleba de terra dividida em quinhões autônomos, sob regime condominial, situada na zona urbana, é condomínio de lotes de terreno urbano, e não condomínio urbanístico". Destacando, que: "O vocábulo urbanístico designa o que é referente a urbanismo, ou seja, o saber e a técnica da organização e da racionalização dos espaços urbanos, sendo inadequada para designar imóveis urbanos, como são os lotes de terreno situados na zona urbana."

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Superada a controvérsia da denominação, indispensável dedicar-se aos aspectos de ordem constitucional.

A compreensão sobre a demanda social por empreendimentos imobiliários com essas características - "*fechados*" - passa pela rememoração de alguns dos direitos fundamentais e sociais, com assento na Constituição da República Federativa do Brasil[9], em especial a compreensão do alcance do direito fundamental à segurança - segurança efetiva - insculpido nas disposições dos artigos 5º e 144, e também do direito social à moradia - moradia digna - nas disposições do artigo 6º da Carta Constitucional.

Sobre o primeiro deles, direito fundamental à segurança, preceitua o texto constitucional que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos e deverá ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nesse diapasão, não menos importante destaca-se que as normas internacionais de direitos humanos asseguram o direito a um padrão de vida digno, o que, por certo, implica o direito de se viver com segurança, de se viver em paz, vertente atrelada à efetivação da cidadania.

Ainda nesse contexto, importante frisar que essa demanda social por segurança decorre das lacunas deixadas pelos governantes no exercício e na implementação das políticas públicas mínimas, a exemplo da saúde e da própria segurança, deflagrando-se, é certo, uma busca irreversível por empreendimentos imobiliários que impulsionaram esse fenômeno urbano, reconhecidamente consolidado, qual seja, o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários em condomínio.

Há de se destacar que, considerado o fato de o direito positivo nascer após o poder criador do homem, fato inquestionável, reclama-se

9. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988

do legislador um avanço na implementação de mecanismos para uma convivência mais segura em sociedade. Especialmente o fato de ter uma legislação que dá um norte para o tema - vindo da década passada, portanto, do próprio século passado, o que, necessariamente, exige não somente do legislador, mas de todos que direta ou indiretamente estejam ligados ao tema, o façam com parâmetros atuais e não de ideias do passado, quando a realidade era totalmente diversa, em especial neste quesito, segurança.

Quanto ao direito social à moradia, Uadi Lammêgo Bulos[10] prelecionou que:

> Num primeiro súbito a inserção da moradia pode parecer uma filigrama dos nossos legisladores, para tornar o texto da Carta Política mais parnasiano do que ele já é. Todavia, o acréscimo procurou levar em conta uma realidade social: poucos brasileiros têm casa própria.

Inequívoca, reconheça-se, a indispensabilidade de um e de outro direito. Mas, ao mesmo tempo, causaria preocupação o choque entre a necessidade de assegurar-se a efetividade de ambos os direitos fundamentais - vida segura e moradia digna - com o também fundamental direito à "liberdade de locomoção", também delineado por Uadi Lammêgo Bulos[11] como "uma garantia constitucional suprema na ordem jurídica implantada a partir de 5 de outubro de 1988", cujas restrições hão de ser raras e somente manuseadas em caráter de excepcionalidade.

Pois bem, como lidar com esse choque de direitos fundamentais?

Inobstante a necessidade de se fazerem efetivas todas as garantias fundamentais supracitadas, em especial no contexto dos empreendimentos imobiliários a cuja compreensão se dedica, afastando-se qualquer oportunidade de alegação de mácula de inconstitucionalidade das legislações que os pretendam implementar, importante rememorar as lições de Alexandre de Moraes quanto à inexistência de direitos fundamentais absolutos, quando então preleciona que "os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)"[12].

Para Marcelo Buzaglo Dantas[13], citando o Professor alemão Robert Alexy, da Universidade de Kiel:

10. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003, p. 415.
11. BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003, p. 176.
12. MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2003, p. 61.
13. DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*: O direito ao meio ambiente

> O que se dá na colisão de princípios é algo inteiramente diferente, afirma o autor, para quem "se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder". Ou seja, um deles terá precedência sobre o outro, observadas determinadas condições. Em outras condições, a precedência pode ser resolvida de maneira absolutamente oposta. É que os princípios têm pesos diferentes e, de acordo com as nuances do caso concreto, têm precedência sobre os outros. Nas palavras do autor, "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só os princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana – que, segundo norma expressa da Constituição Federal alemã[14], é inviolável – "é sopesado diante de outros princípios". E embora reconheça que em regra ele prevalece, o autor recusa-se a atribuir-lhe um caráter absoluto, consoante se observa do seguinte:

> O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, não há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto.

3 ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não se pode perder de vista o fato de a atividade econômica posta na Constituição da República Federativa do Brasil ser elemento essencial para o desenvolvimento dos centros urbanos, e, figurando como princípio constitucional, deve seguir em paralelo aos demais.

Na mesma obra Dantas[15] aponta que

---

ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pag 23.

14. DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pag 42.

15. DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental de conflitos*: O direito ao meio ambiente

> Convém, desde logo, salientar que, ao contrário do que se possa pensar, o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa situam-se no rol dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988, já em seu art.1º, IV, estabelece como um dos fundamentos da República "o valor social da livre iniciativa", que também é um dos princípios fundamentais da ordem econômica (art.170, IV). E entre os objetivos fundamentais da mesma República está o de "garantir o desenvolvimento nacional" (idem, art.3º, II).
>
> Logo, é de se afastar interpretações distorcidas que pretendam colocar os valores fundamentais em tela em posição hierarquicamente inferior a outros, quaisquer que sejam. A propósito, como bem enuncia Fernando Quadros da Silva: O princípio da livre iniciativa assume especial destaque porque assegura a liberdade econômica. Tem uma dupla dimensão: princípio geral conformador da ordem econômica e ao mesmo tempo direito fundamental a ser protegido.

Trazendo à baila o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, Lenza[16] afirma:

> Ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece: "utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios, benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico". Trata-se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados.

Na mesma linha o jovem doutrinador da área ambiental, Eduardo Fortunato Bim[17], aduz que:

> Com tantos direitos em jogo é complicado falar em retrocesso, uma vez que um eventual retrocesso de um poderia ser o avanço de outro. Então, não adianta falar em garantia progressiva dos direitos fundamentais

ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pag 180 e 181.

16. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*/Pedro Lenza – 16.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. Página: 159

17. BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental/Eduardo Fortunato Bim – 3.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 583p. 23cm.Página: 280

> (desenvolvimento progressivo), como faz a Convenção Americana de Direitos Humanos (art.26) – mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica -, porque ela mesma prevê que direitos concorrentes, como os econômicos, sociais, educacionais, científicos e culturais, devem buscar a plena efetividade, ou seja, o desenvolvimento progressivo.

Desta forma, a depender do contexto em que exigíveis mais de um direito fundamental, haverá que se promover uma ponderação dos valores envolvidos, tudo de forma a permitir, caso a caso, um melhor sopesamento quanto à invocação a maior ou a menor de um determinado direito fundamental em detrimento de outro, que não ficará desprovido da condição de "fundamental", mas que tão somente se inclinará a uma aplicação mais restrita ou, por que não dizer, a uma não aplicação em determinadas ocasiões, tudo com o fito de se verem efetivados outros direitos fundamentais mais importantes às demandas sociais em determinadas circunstâncias.

Justamente essa a linha daquilo que tem sido decidido pelos nossos tribunais superiores. Há que se reconhecer, na análise dos empreendimentos imobiliários de natureza condominial (aqui mantendo-se fiel ao termo disciplinado pelo Lei 13.465/17), uma primazia dos direitos fundamentais à vida e à segurança, bem como do direito social à moradia segura, em detrimento do direito fundamental da liberdade de locomoção. (ADI 2058521-79.2015.8.26.0000)[18]

Ainda nesse contexto, não menos importante destacar-se que, mais adiante, ao compreender a diferença entre os modelos do "condomínio de lote" do "loteamento fechado", ficará aclarada a menor relevância do choque dos direitos fundamentais à vida, à segurança e à moradia com o direito fundamental à liberdade de locomoção. Explica-se: no âmbito dos "empreendimentos fechados" de condomínios de lotes, não há que se falar na existência de áreas públicas ou de áreas afetadas ao domínio público como queiram, uma vez que, diversamente do que ocorre na aprovação dos loteamentos e também dos loteamentos fechados (que iniciam-se como loteamentos e são fechados posteriormente, pela atual dicção – acesso controlado ou até mesmo em casos de permissão/concessão de uso), nenhuma parcela da propriedade privada será afetada ao interesse público, e cuja circulação e utilização ficará restrita aos proprietários das unidades autônomas – lotes. Dessa forma, em não havendo a afetação de parte do solo destinado ao empreendimento fechado ao domínio público, não haverá que se falar, também, em tolhimento à liberdade de locomoção,

18. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2058521-79.2015.8.26.0000/DF – Distrito Federal; de 21.10.2015 Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti

invocável somente nas hipóteses em que se verificar o cerceamento, total ou parcial, das áreas de propriedade ou ao menos de domínio público, em especial às classificadas como de uso comum.

4 ÁREA VERDE NO CONDOMÍNIO DE LOTES

Atente-se para o seguinte fator, agora iniciando a discussão sobre a área verde, aproveitando o assunto do parágrafo anterior (áreas públicas), por ter a atual legislação (dada pela Lei 13.465/17) deixado o "caminho aberto" para que a municipalidade atenda às necessidades de seus munícipes, legislando sobre o assunto de interesse local, seria, evidentemente, necessário que se estabelecesse uma parcela do imóvel que incorporasse o condomínio de lotes, com parte específica de área neste sentido (verde), colaborando com a preservação da natureza, seja de ordem natural ou implantada, tendo em vista que o sentido da norma, como se verá, não é exclusivamente privada, mas de caráter público, também. Contudo, por possuir natureza jurídica diversa do loteamento, da mesma forma, poderá, a critério da municipalidade, que a porcentagem desta área verde seja no mesmo patamar daquela que a norma determina para os casos de loteamentos, menor que a exigido para estes ou, ainda, disciplinar que tenha área verde ainda maior daqueles em situação similar aos loteamentos. Assim, entende-se que o critério ficaria a cargo do município impor a sua extensão, de acordo com a sua realidade local.

Considerando que a criação dada pela atual legislação dos chamados condomínios de lotes se trata, na realidade, de um desdobramento da Lei de Parcelamento do Solo, por isso o seu viés público e não somente do direito privado (regulado pela legislação substantiva civil), haja vista os projetos de "loteamentos" virem com algumas exigências/requisitos, dentre eles que as áreas destinadas ao sistema de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário com espaços livres de uso público, não possam ser inferiores a determinada porcentagem – tal como exigidos pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano – fica evidente que através de lei municipal, se determine que o condomínio de lote tenha em sua estrutura uma pequena parcela de área verde, em que pese não haver no seu interior equipamento urbano comunitário e espaço de uso público, mas tão somente para os moradores daquele condomínio, isso não significa dizer que devam acompanhar ou não a extensão exigida para loteamentos.

Aqui é necessário se fazer uma pequena distinção quanto as áreas exigidas em casos de loteamentos, quais sejam: área institucional - destinada à edificação de equipamentos comunitários como praças, ginásios de

esporte, salão comunitário, entre outros conforme dicção do §2º do art. 4º da Lei 6.766/79 ("Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares"); área de arruamento – destinada à abertura de vias de circulação na gleba, feita pelo proprietário, com prévia aprovação municipal e transferência gratuita das áreas das ruas para este Ente da federação; área verde – destinada aos espaços de domínio público que desempenhem função ecológica, paisagística e recreativa, propiciando a melhoria da qualidade ambiental, funcional e estética da cidade, sendo dotados de vegetação e espaços livres de impermeabilização, admitindo-se intervenções mínimas como caminhos, trilhas, brinquedos infantis e outros meios de passeios e divertimentos leves.[19]

As áreas verdes podem ser constituídas de formação vegetal natural ou artificial pré-existente ao parcelamento da gleba ou até por formação imposta pelo Poder Público. Pode ainda recair sobre espaços público ou privados, nesta última hipótese o particular poderá ser obrigado a preservar áreas verdes existentes ou ser obrigado a implantá-la, mesmo que não se destine ao uso comum do povo. Ainda que possam servir ao lazer e recreação, como elementos urbanístico, as áreas verdes também não destinam apenas à ornamentação urbana, mas desempenham, nos dias atuais, importante papel sanitário e até de defesa e recuperação do meio ambiente em face da degradação de agentes poluidores.

Assim, área verde não pode ser confundida com os demais conceitos (institucional, arruamento, área de preservação permanente). Mas, levando-se em conta os casos de condomínios de lotes não se falar em área destinada ao domínio público, nem por isso não haverá de se impor ao empreendedor a obrigação de deixar ou implantar uma pequena parcela de área verde, contudo, seja ou não obrigados nas mesmas proporções de casos de loteamento, visto, principalmente, o fato de que tudo o que irá compor o interior do condomínio recorrerá da responsabilidade do particular e não haverá circulação pública neste espaço, apenas comum dos proprietários dos lotes neste empreendimento, quando a municipalidade entender por uma área a menor do que a exigidas para os loteamentos.

Com isso, pode-se afirmar que o regime jurídico das áreas verdes pode incidir sobre espaços públicos ou privados. Realmente, a legislação urbanística poderá impor aos particulares a obrigação de preservar áreas verdes existentes em seus terrenos, ou mesmo impor a formação, dessas áreas, ainda que permaneçam com sua destinação ao uso dos próprios

19. SANTA CATARINA. Ministério Público. Guia do Parcelamento do Solo Urbano. Centro de Apoio do Meio Ambiente. Coordenador. Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto. Florianópolis. MPSC. 2010.

proprietários. É que, como visto, as áreas verdes não têm função apenas recreativa, mas importam em equilíbrio do meio ambiente urbano, finalidade a que tanto se prestam as públicas como as privadas. Resta claro, então, a distinção entre área verde e outras áreas de preservação. Apesar da preservação arbórea comum às duas, a primeira permite construções e a intervenção direta do homem para o lazer, a segunda não, salvo raras exceções. Ainda, quanto as áreas de preservação permanente o são por características naturais, as áreas verdes podem ser criadas e ter sua localização determinada pelo loteador. Atentando-se para o fato que deve, ainda, ser observado o que disciplina a Lei 11.428/06 (Lei da Mata Atlântica) quando a área possuir vegetação nativa que se enquadre nos dispositivos da referida lei e demais orientações dos Órgãos Ambientais responsáveis pela emissão das necessárias licenças.

O que se deve ter em mente é que nos casos de loteamento a legislação do parcelamento já aponta uma série de exigência, dentre elas a própria área verde, em certa e delimitada proporção, contudo, no que tange aos condomínios, pode haver, inclusive, casos de a extensão da área verde vir disciplinada a menor ou maior pela municipalidade, quanto a destinação do uso comum dos condôminos, especialmente pelo fato de que todo o desembolso financeiro com o empreendimento recairá sobre o particular.

Para Chalhub[20]:

> Conjunto de lotes de terreno urbanos podem ser organizados em forma de condomínio por unidades autônomas, nos termos do art. 1.358-A e parágrafos do Código Civil e do § 7º do art.2º da Lei nº. 6.766/1979, introduzidos no direito positivo pela lei nº 13.465, de 11.7.2017.(...)
>
> Sendo certo que a responsabilidade pela implantação da infraestrutura dos condomínios de lotes "ficará a cargo do empreendedor", tal como se dá na atividade empresarial da incorporação imobiliária e do loteamento, a cujas normas se submete o empreendedor para levar a cabo o negócio.
>
> O § 7º do art.2º da Lei nº 6.766/1979[21], incluído pela Lei nº 13.465/2017, por sua vez, prevê a qualificação do lote como unidade imobiliária autônoma integrante de condomínio, e o § 4º do art. 4º da mesma lei dispõe que:
>
> Poderão ser instituídas limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da

20. CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária/Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo: Forense, 2017. Pag. 42 a 46.

21. BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências., Brasília,DF, dez 1979.

> população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros."

Anteriormente a edição da Lei 13.465/17 o fundamento que estava sendo utilizado para justificar a existência de tais empreendimentos (condomínios) estava disciplinado, principalmente, no art.8º, "a", da Lei nº 4.591/1964 e art.3º do Decreto-lei nº 271/1967. Assim, com o julgamento do já citado RE n. 607.940/DF[22], com repercussão geral, reconhecendo a constitucionalidade de legislação municipal, o que fez a nova legislação, foi dar legalidade ao que já vinha sendo decidido, claro que, não de forma pacífica.

Ao contrário do que alguns podem entender, com o devido e merecido respeito quando afirmam que a lei não deixou claro se suas partes comuns têm destinação à edificação ou não, entende-se que esta "abertura" foi proposital pelo legislador, uma vez que, considerando o interesse local, que pode ser restringido, alargado, completado ou qualquer outro adjetivo que se encontre para o caso (desde que não conflite com as normas existentes), justamente para se adequar a sua realidade dentro dos limites do município, seja através de lei específica ou até mesmo nas disposições do seu plano diretor.

O princípio dominante, segundo Chalhub[23]:

> É um só e se aplica a todas essas situações de fracionamento da propriedade, observadas, obviamente, as singularidades das suas distintas conformações materiais, como observa Caio Mário da Silva Pereira ao referir-se à necessidade de se demarcar o perímetro de cada lote de terreno em que são edificadas as casas integrantes de um condomínio: "O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embaraçar sua utilização pelos demais".

Arremata Chalhub[24]:

22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.940/DF – Distrito Federal. Relator: Teori Zavascki.

23. Chalhub, Melhim Namem. Incorporação imobiliária/Melhim Namem Chalhub. – 4.ed., ver, atual. e ampl. – São Paulo: Forense, 2017.) Página: 45.

24. CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária/Melhim Namem Chalhub. – 4.ed., ver, atual. e ampl. – São Paulo: Forense, 2017.) Página: 42.

> Foi com base nesses fundamentos jurídicos que, logo após a entrada em vigor do novo Código Civil, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, ao apreciar a extensão da aplicação dos arts.1.331 e seguintes do Código Civil, aprovou Enunciado segundo o qual os condomínios de lotes de terreno submetem-se ao regime jurídico da propriedade condominial por unidades autônomas, observadas, naturalmente, as peculiaridades materiais do objeto de cada um desses condomínios. Há muito sustentamos a constitucionalidade da legislação municipal sobre a matéria e defendemos a necessidade de instituição, em lei federal, de requisitos mínimos a serem observados na implantação de condomínios de lotes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, evidencia-se que os benefícios do já consolidado fenômeno urbanístico dos condomínios de lotes, se devia a carência de um modelo de habitação que contemplasse e desse legalidade ao direito fundamental a uma vida segura. Nada mais acertado do ponto de vista dos reais interessados pela adequada regulação destes empreendimentos, levando-se em conta o interesse local. Aceitando-se que os próprios cidadãos de um município discutam o formato, a possibilidade de sua regulamentação com o acréscimo das áreas verdes (em proporções menores ou maiores das de um loteamento) no seu interior, valendo-se, para tanto, da sua autonomia legislativa municipal para desenvolvimento da política urbana, quando então, fundado no princípio da prevalência do interesse local, decorrente do nosso modelo de pacto federativo, alcançar um melhor aproveitamento do direito de propriedade em sua circunscrição territorial.

Com o desenvolvimento dos empreendimentos de condomínios de lotes, há que se reconhecer, num primeiro momento, a ocorrência do choque entre os direitos fundamentais à vida, à segurança e à moradia digna com o direito fundamental à liberdade de locomoção, ocorrência que, segundo posicionamento dos nossos tribunais superiores, será dirimida pela prevalência dos primeiros sobre o segundo, para o que se rememora que não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer direito fundamental absoluto.

O desenvolvimento dessa modalidade de empreendimento – condomínios de lotes – não implicará em invasão de competência legislativa privativa da União, responsável pela caracterização do direito de propriedade bem como pela definição do seu modo de constituição, uma vez que não se estará criando novo modelo de propriedade, mas

se estará oportunizando um melhor aproveitamento dela, quando então será verificada a adequação do exercício desse direito aos interesses e características locais, mediante legislação municipal definidora das políticas públicas de zoneamento, para o que não se deve confundir a tarefa de criar-se um novo direito com a tarefa de se alterar o conteúdo de um direito já existente há décadas, e para o que se rememora, ainda, que inobstante a taxatividade dos direitos reais ser rígida, ou seja, de catalogação vinculada aos limites legais, também é reconhecida a elasticidade no preenchimento do conteúdo de um direito previamente catalogado na legislação e, no âmbito dessa elasticidade da tipicidade, há que se reconhecer, segundo se compreende, a possibilidade de um melhor preenchimento, por exemplo, do direito de propriedade, instrumentalizado pela legislação de direito urbanístico a ser definida por cada município.

Quanto a esse aspecto da competência, destaca-se que aos municípios compete a legitimidade para legislar em sede de direito urbanístico, para o que deverão observar eventuais normas gerais da União - artigo 21, XX da Constituição Federal[25], a exemplo do que se firmou com a atual legislação (Lei 13.465/17) estando assegurada a competência municipal para o desenvolvimento de normas específicas, sempre no intuito de satisfazer seus interesses, demandas e peculiaridades locais (30, I) e, sendo necessário suplementar (completando muitas vezes) a legislação federal ou estadual no que couber (30, II), quando então estará a promover seu adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (30, VIII), em legítimo desenvolvimento de sua política urbana, cuja autoridade lhe é concedida, diretamente, pelas disposições, em especial, do artigo 182 da Magna Carta, onde preceitua que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

Essa modalidade de empreendimento tem por principais características as seguintes: instrumentalização por meio da lavratura da instituição de condomínio e da convenção de condomínio, a serem firmadas por instrumento público ou particular, consoante as diretrizes do artigo 1.332, do Código Civil Brasileiro[26]; a cada unidade autônoma - lote - caberá uma fração ideal no terreno e nas demais partes e dependências comuns, permitida a unificação e a divisão de frações ideais, nos termos

25. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988.

26. BRASIL. Lei n. 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília,DF, jan 2002.

da respectiva instituição de condomínio; a edificação a ser erigida deverá respeitar os limites da convenção de condomínio e das respectivas normas de ordem pública, destacando que, mesmo após a edificação da acessão, "o lote" continuará se constituindo pela unidade autônoma; nenhuma parte do imóvel será atingida pelo domínio público – vias de circulação e demais áreas livres são de domínio privado – o que diferencia, substancialmente, essa espécie de empreendimento da espécie dos loteamentos fechados, em especial pela ausência de confusão entre as coisas públicas e as coisas privadas, bem como pela impossibilidade de aduzir-se ofensa ao direito fundamental à liberdade de locomoção; lei municipal poderá impor limites para a utilização da modalidade de condomínio de lotes como forma de melhor aproveitamento ou de aproveitamento máximo do direito de propriedade, tudo de forma a manterem-se equilibradas as políticas de afetação de parcelas das propriedades privadas aos interesses públicos, em especial aquelas indispensáveis à efetivação das políticas de educação e de saúde, promovidas pela afetação de parte dos imóveis objetos dos parcelamentos na modalidade "loteamentos", tudo no exercício, repise-se, da legítima autonomia municipal para o desenvolvimento da sua política urbana; para o equilíbrio dos aspectos de ordem urbanística, a lei municipal poderá exigir uma contrapartida, a bem dos interesses públicos, seja através da reforma de bens públicos ou através da doação de áreas que se situem, necessariamente, fora do contexto fático e físico do empreendimento, sob pena de, admitindo-se áreas destinadas à utilização pública no seio do empreendimento, propiciar-se a mesma celeuma atinente aos loteamentos fechados; a responsabilidade por despesas de manutenção das coisas e das dependências comuns será por conta e risco dos condôminos, de maneira que, nessa modalidade de empreendimento, além de o ente público não se submeter à concessão de áreas públicas para a utilização exclusiva, também não ficará onerado por despesas de manutenção das coisas e das dependências comuns de empreendimento de natureza estritamente privada.

A compreensão deste enredo é ratificada por precedentes jurisprudenciais de nossos tribunais, inclusive superiores, certamente a base para a edição da legislação atual sobre o assunto, e o desenvolvimento desse modelo de empreendimento já é invocado com sucesso em vários municípios da nossa Federação, para o que se deve reconhecer a aceitação social dos mesmos, ratificada pela falta de resistência da sociedade, o que induz à presunção de que atende o interesse coletivo, portanto, não haveria de se falar em necessária legislação federal, da mesma forma – por obvio -, não há que se questionar a possibilidade/necessidade de a

municipalidade atuar neste sentido, ou seja, suplantando a norma geral dada pela Lei 13.465/17. A legislação federal já existente, desde que não confronte disposição atual da redação trazida pela referida lei (dos acréscimos dados ao Código Civil e Lei do Parcelamento do Solo) em nada necessitará mudar.

Finalmente, no que tange as áreas verdes, por tudo que se trouxe anteriormente pelos elementos da doutrina, jurisprudência e da atual redação da norma, que, ao contrário de algumas posições, deixou evidente a sua intenção em "dar abertura" para normas locais definirem de acordo com a sua realidade, a necessidade de impor ao empreendedor a obrigatoriedade da existência em parte do condomínio, de uma área que colaborará com aquilo que se busca diuturnamente, que é a preservação com sustentabilidade, podendo haver sim, norma neste sentido. Contudo, a toda evidência, isso ficará a cargo do entendimento local (município), não esquecendo, é claro, que área verde não se confunde com área institucional em si, pois o condomínio necessariamente deverá ter a sua disposição definida como áreas privativas e áreas comuns, bem como, a devida preservação das áreas consideradas de preservação permanente existente no local, nos exatos termos do disciplinado no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil[27] e que não conflite com demais leis ambientais.

REFERÊNCIAS

BENASSI, Marcos Antônio. Condomínio edilício e loteamento fechado/ Marcos Antônio Benassi – Leme: BH Editora e Distribuidora, 3ªed. 2015.

BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental/Eduardo Fortunato Bim – 3.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRAZ, Petrônio – Direito municipal na constituição/Petrônio Braz.6. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

CÂMARA, Hamilton Quirino. Condomínio Edilício: Manual Prático com perguntas e respostas/ Hamilton Quirino Câmara. – 4ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

27. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988

CARVALHO, Délton Winter de. Gestão Jurídica Ambiental/Délton Winter de Carvalho. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHALHUB, Melhim Namem, "Condomínios de lotes de terreno urbano". Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, vol. 67, jul-dez 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária/Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo: Forense, 2017.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de (Coords.). Direito Urbanístico – Ensaios por uma Cidade Sustentável – Da Formulação de Políticas à sua Aplicação. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito ambiental de conflitos: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro/ Celso Antonio Pacheco Fiorillo. – 15 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTA CATARINA, Ministério Público. Guia do Parcelamento do Solo Urbano. Centro de Apoio do Meio Ambiente. Coordenador. Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto. Florianópolis. MPSC. 2010.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Curso de direito urbanístico e das cidades/Georges Louis Hage Humbert. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado/Pedro Lenza – 16.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações: 12.ed.rev. e atual. segundo a legislação vigente – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REZENDE, Afonso Celso F. Incorporação imobiliária, instituição de condomínios e loteamentos urbanos: prática nos processos/Afonso Celso F. Rezende, Alencar Frederico, Luiz Geraldo Moretti. – 11. ed. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo, 1942 – Condomínio edilício e incorporação imobiliária/Arnaldo Rizzardo. – 5. Ed. Ver, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANT'ANA, Ana Maria de. Plano Diretor Municipal/Ana Maria de Sant'ana. – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2006.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Loteamento fechado ou condomínio de fato./Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho – Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Carlos Henrique Dantas da. Plano diretor: teoria e prática/Carlos Henrique Dantas da Silva. – São Paulo: Saraiva, 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental/Luís Paulo Sirvinskas. – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Luciana Correia Gaspar. Município e poder normativo na criação de novos instrumentos urbanísticos – o estatuto da cidade como normativa do direito público por uma política urbana./Luciana Correia Gaspar Souza./Curitiba: Juruá, 2014.

CAPÍTULO 8

VEDAÇÃO DE CRUELDADE: UM BREVE OLHAR NA PROTEÇÃO ANIMAL

FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS
WERNER GRAU NETO

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal foi elaborada, conforme já mais de uma vez foi dito, "com os olhos no retrovisor". Saíamos do regime de exceção e experimentávamos ali o início de um período democrático. Vozes que por anos haviam sido abafadas buscavam agora fazer-se ouvir. Natural de tal momento, o fazer-se ouvir, depois de duas décadas de supressão da voz, dava-se de forma exasperada. Quem não tem voz, quando a recebe, normalmente grita. Até que a democracia atinja a maturidade, e as vozes se nivelem, todos buscam elevar o tom de suas vozes. As vozes que hoje, por aqui, de alguma forma, se manifestam, são vozes que nunca são ouvidas.

Nesse senda, Senhor cidadão, eu quero saber com quantas mortes no peito se faz a seriedade, se a tesoura do cabelo também corta a crueldade. Assim cantava Tom Zé, na década de 70. Talvez outras causas o inspirassem, outros medos o assustassem, outras lutas se travassem, mas a pergunta permanece ecoando. Afinal, com quantos quilos de medo se faz uma tradição?

Quais são as relações que se estabelecem entre os animais humanos e os não-humanos? O que podemos defender como manifestação cultural a qualquer custo (se é que isto é possível) ou a que práticas deveremos impor limites? O valor vida, mesmo não sendo a vida humana, deve ser um valor a ser ponderado quando em duelo com outros?

O que nos faz conceder tratamento diferenciado às diferentes espécies de animais não-humanos? O que separa o cão do boi? O gato do frango? O cavalo do rato? Bekoff[1] questiona em suas pesquisas que se não conseguimos fazer com os nossos animais de estimação o que fazemos com os ratos, macacos, porcos e vacas diariamente nas fazendas e nos laboratórios, talvez devêssemos nos questionar a razão.

O desafio que move esse ensaio é o enfrentamento entre a proteção dos animais não-humanos na Constituição Federal e as possíveis colisões (ou quem sabe aparentes colisões) com o direito fundamental a manifestações culturais e os precedentes julgados pela Corte Constitucional.

1 A PROTEÇÃO DO ANIMAL NÃO-HUMANO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

O avanço apresentado pelo Direito Ambiental, em suas múltiplas ilações, é incontestável no que concerne a promoção de uma qualidade coletiva de vida digna na sociedade brasileira. Desde a publicação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA - (Lei n.º 6.938/81), conhecida como Código do Meio Ambiente em face da sua relevância para a força da proteção jurídica no Brasil, que se aponta o olhar para uma outra forma de proteção ambiental que não reducionista a proteção do homem, pois apresenta um modelo ético antropocêntrico moderado.

A PNMA recebeu a incumbência de estabelecer um conceito legal para o ambiente (mesmo que, hoje, sujeito a críticas por ser pouco abrangente e já quase utilizado como referência histórica) introduziu uma nova maneira de se interpretar a legislação brasileira na seara ambiental. Até então, com poucas e raríssimas exceções, com uma pegada antropocêntrica radical fortemente arraigada, ousa e insere um dispositivo aberto – direcionando para o que a doutrina especializada veio a nominar, como já referimos acima, de um antropocentrismo moderado[2].

O inciso I, do artigo 3º da PNMA conceitua ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Dessa forma, como se coloca o conceito, inauguram uma fase vanguardista para o Direito brasileiro, afirmando que a proteção do

1. BEKOFF, Marc. *The emotional lives of animals*: a leading scientist explores animal joy, sorrow, and empathy – and why they matter. California: New World Library, 2007.
2. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ambiente se dá para todas as formas de vida e não somente para a vida humana.

Paradoxalmente, no que tange à matéria ambiental, essa disposição para se introjetar uma proteção da vida como um todo, ou mesmo pensar uma dignidade da vida (ou uma dignidade ecológica) é ainda dispersa e, por vezes, até mesmo contraditória, o que dificulta, senão inviabiliza, tanto a proteção do meio ambiente quanto o seu entendimento a uma vida sustentável, defendidas seja pelos cidadãos, seja pelo próprio poder público.

As componentes clássicas do antigo princípio de realidade - inflexibilidade da lei, imprevisibilidade do destino, impossibilidade de fugir ao sofrimento - foram, no projeto da modernidade, quando não abolidas, pelo menos reduzidas a grandezas residuais. Sloterdijk[3] defende que a revolta ontológica dos tempos modernos põe em marcha contra essas " constantes" uma tripla revolução: uma revolução da mobilização, uma revolução da proteção e uma revolução do alijamento e da facilitação. Observa-se uma exploração unilateral e técnica do homem para com a natureza, comportamento esse, explorador e irresponsável levando a todos a beira da catástrofe.

Como bem ressalta Sloterdijk[4], a velha ecologia do palco (no qual e do qual se retirava toda riqueza como cenário de um palco planetário como apetrechos) e da peça ficou transtornada. Já não se trata, desde então, de colocar de qualquer maneira figuras culturais arriscadas sobre fundos proporcionados pela Natureza e suspeiteis de ser carregados sem limite. E, dessa forma, que a devida desdramatizacao da história estimula o redescobrimento de uma Natureza dramática. Caso a humanidade despertasse do seu narcisismo histórico, descobriria que já não tem mais missão nenhuma senão a de adoptar como suas as causas da Natureza, por demais finita. Devido aos êxitos conseguidos pela mobilização histórica, a Natureza e a civilização soldaram-se numa comum improbabilidade. O autor reforça, ainda, que essas condições equivalem a uma aceitação da solidariedade e que nela nasce, espontaneamente, o que denomina como m etos de cidadãos da Terra, fazendo com que se evitem exigências cegas à capacidade da Terra.

Na civilização ocidental, a preocupação com a proteção do ambiente tem assumido marcadamente um desenvolvimento como sociedade,

3. SLOTERDIJK, Peter. *A mobilização infinita*: para uma crítica da cinética política. Lisboa: Relógio D'agua, 2002.

4. SLOTERDIJK, Peter. *A mobilização infinita*: para uma crítica da cinética política. Lisboa: Relógio D'agua, 2002, p. 234.

enquanto comportamento cultural e uma crescente evolução que ocorre nem sempre na mesma proporção em que os recursos tecnológicos, científicos e seu entendimento avançam. Prieur[5] sustenta que a noção de ambiente se assemelha a um camaleão, haja vista ser uma palavra que em um primeiro momento exprime fortes paixões, esperanças e incompreensões e, ainda, conforme o contexto no qual é utilizada será entendida, simplesmente, como uma palavra da moda, um luxo dos países ricos, um mito[6].

Surge uma crise de paradigma, resultado do que Ost denomina de alteração do estado de consciência ecológica[7] (OST, 1995). Uma crise do vínculo e do limite entre o homem e a natureza: "Crise do vínculo: já não conseguimos discernir o que nos liga ao animal, ao que tem vida, à natureza; crise do limite: já não conseguimos discernir o que deles nos distingue"[8]. Essa crise é uma das chaves para a solução do conflito, ou de pelo menos, um ou alguns dos conflitos que aqui se iniciou a demonstrar. Tem-se de definir qual é a relação entre o homem e a natureza, qual o papel que se tem em relação com o ambiente. O que distingue e o que aproxima animais humanos de animais não-humanos, da flora, e o que há de vínculo, qual o limite com a natureza, com o meio ambiente, enfim. A única maneira de fazer justiça ao homem e à natureza é, assumindo esse novo paradigma9 (a partir desse despertar de consciência ecológica) afirmar ao mesmo tempo aquilo que os aproxima e aquilo que os afasta. Afinal, o homem é um ser vivo produzido pela natureza, no decorrer da evolução, à qual, hoje, assegura a sua sobrevivência e ela, a natureza é diferente do homem, é diferente ao homem e mesmo assim possuem um vínculo sem que se possam reduzir um ao outro10.

O Brasil, hoje, se encontra na primeira posição em patrimônio de biodiversidade, sendo parte considerável desse patrimônio, o grupo de animais não-humanos. Os animais não-humanos formam um grupo

5. PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris, Dalloz, 2004, p.1.
6. Ver MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
7. OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Piaget, 1995.
8. OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Piaget, 1995, p. 9.
9. Considerando que não se busca uma luta por uma igualdade massificadora, mas uma igualdade de interesses, afirmando simultaneamente, suas semelhanças e suas diferenças (OST, 1995), o diferente e a singularidade como potências de vida que se afirmam, em suas forças (DELEUZE; PARNET, 1998), entre os animais humanos e animais não-humanos na ótica dos direitos e deveres fundamentais
10. OST, François. *A natureza à margem da lei*: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Piaget, 1995, p. 12.

heterogêneo e que recebe proteção diferenciada, o que não significa uma melhor proteção, apenas diferente. A própria Constituição, de uma maneira ou de outra, sustenta essa diferenciação. A título exemplificativo se pode analisar, mesmo que de forma breve, o inciso VI, do artigo 24 da Constituição brasileira que diz:

> Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

O texto grifado destaca os verbetes 'caça, pesca e fauna', ou seja, é competência concorrente dos entes da Federação legislar sobre caça (o que se caça?), sobre a pesca (o que se pesca?) e sobre a fauna. Ora, salvo melhor juízo, se caça animais não-humanos, se pesca animais não-humanos e fauna é o conjunto de animais não-humanos. Então, qual a justificativa da separação? Enfatizar? Reforçar a proteção? Em que pese seria uma interpretação mais amiga do ambiente a leitura do reforço para uma maior proteção, de fato a separação ocorre, porque nem o objeto da caça nem o produto da pesca são tratados como fauna. São tratados como recursos naturais, apresentam valor econômico e somente serão vistos como fauna a partir do momento em que ingressarem nas listas de risco de extinção. O modelo, portanto, é perverso para com aqueles seres vivos que, ainda, são vistos, não como vida, mas como recursos econômicos, frutos a serem consumidos (não importando a forma de consumo).

No concernente à evolução da proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro é inegável, após a análise das Cartas Constitucionais, que a referência ao tema na história constitucional brasileira tem evoluído sobremaneira. Parte-se de um modelo constitucional que nada disciplinava acerca da proteção ambiental até alcançarmos nível de amparo e de conscientização de proteção do ambiente, regrado pela Constituição vigente. É notório assegurar, portanto, que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a proteger de forma deliberada a questão do ambiente. Contudo, tal fato não descarta uma abordagem, mesmo que discreta e progressiva, de uma orientação protecionista das Constituições brasileiras anteriores, nem que fosse somente ligada ao fato da repartição da competência legislativa e administrativa entre os membros da Federação, circunstância que possibilitou a elaboração de legislação protetiva do ambiente como foi o caso do Código Florestal, do Código de Água e de Pesca, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, disciplina em seu artigo 225 que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, CF/88).

Ante o exposto é indubitável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 88 é antropocêntrico, é feito pelo homem e para servir ao homem. Mirra defende, nesse sentido e na linha do que se manifestou até então, que o dispositivo do artigo 225 é um direito fundamental da pessoa humana, previsto como forma de preservar a vida e a dignidade das pessoas – núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, afirma, ainda, que ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo põe à prova a possibilidade de uma existência digna para todos os seres humanos[11].

Alerta-se, alicerçados na concepção de Machado, que com indiscutível razão, afirma que os incisos I, II, III e VII do § 1º e os §§ 4º e 5º do artigo 225 equilibram o antropocentrismo do caput tornando o capítulo do meio ambiente na Constituição Federal de 88 um pouco mais próximo do biocentrismo, "havendo uma preocupação de harmonizar e integrar os seres humanos e biota"[12]. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis.

Dessa forma, a proteção ao ecossistema no qual se está inserido, e dele faz parte, foi concebida para respeitar o processo de desenvolvimento econômico e social para que o ser humano desfrute de uma vida digna. Toda a matéria relacionada, direta ou indiretamente, com a proteção do ambiente, projeta-se, portanto, no domínio dos direitos fundamentais[13]. Esta inter-relação ocorre, não somente pela inserção sistemática do meio ambiente no âmbito dos direitos fundamentais, mas, principalmente, por ser o Estado Democrático de Direito a garantia, a promoção e a efetivação desses direitos. O direito fundamental à proteção do ambiente pode ser classificado segundo as categorias de direito de defesa e direito à prestação[14].

---

11. MIRRA, Alvaro L. V. *Fundamentos do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
12. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.
13. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
14. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

O direito fundamental à proteção ambiental constitui um direito que pode ser designado complexo, abrangendo as múltiplas funções dos direitos fundamentais do homem. Tomando por pressuposto a distinção entre texto (dispositivo), norma e direitos vê-se que, no que diz com o artigo 225 da Constituição Federal, se cuida de uma série de disposições (textos) que encerram várias normas que, por sua vez, asseguram posições jurídicas subjetivas fundamentais, de natureza diversa, tanto com função defensiva quanto prestacional. Portanto, para uma concepção acertada da diferença existente entre os direitos a prestações e os direitos de defesa, não basta afirmar que o primeiro corresponde a ações positivas enquanto o segundo corresponde a ações negativas.

A diferença consiste em que, a omissão de cada ação individual de destruição ou de afetação é uma condição necessária e somente se a omissão de todas as ações de destruição e de afetação seria uma condição suficiente para o cumprimento da proibição de destruir e, com isso, alcançar a satisfação do direito de defesa. Nesse sentido, pode-se afirmar que várias normas definidoras do direito fundamental, a proteção do meio ambiente, exercem simultaneamente duas ou mais funções (direitos de defesa e direitos a prestações). Cabe ressaltar, com o intuito de exemplificar a linha argumentativa do presente trabalho, onde e em que sentido convém observar, à luz do artigo 225, a presença dessas diversas posições jurídicas fundamentais. No que tange aos direitos e aos deveres de proteção do meio ambiente, no sentido amplo dos direitos a prestações, na acepção de que este direito à proteção outorga ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens (SARLET, 2005), urge ressaltar o próprio caput do artigo 225, quando dispõe, claramente, o direito e o dever, tanto do Estado (enquanto tarefa estatal) quanto da coletividade (enquanto dever fundamental), de prestar proteção ambiental.

Dessa feita, no que se refere ao direito fundamental de preservação ambiental, para efetiva aplicação da norma correspondente ao direito há a necessidade imprescindível da conjugação das duas funções dos direitos fundamentais, tanto na condição de direitos de defesa, quanto na perspectiva prestacional. Não é suficiente que apenas haja a omissão de ações de destruição ou de afetação do meio, é necessário que haja, também, ações que ordenem a preservação e a promoção da saúde e do equilíbrio ambiental. Tais questões serão retomadas e desenvolvidas nos próximos segmentos. Contudo, a proteção do ambiente não é, tão-somente, direito fundamental, mas se consubstancia, ainda, em um do dever fundamental de proteção ao meio ambiente. Esse dever fundamental está alicerçado,

na pressuposição de que os deveres fundamentais remetem à condição de nele incluir princípios sociohumanos de convivência que, por sua vez, instruem e são instruídos pelas questões presentes no direito fundamental ao contemplar o direito à igualdade, à liberdade, à solidariedade.

Dessa feita, em que pese a leitura primeira e antropocêntrica que pode ser feita do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 88, cumpre destacar o conjunto que alberga um ideal biocêntrico, pois somente através da preservação da vida que se alcançará o equilíbrio proposto pelo legislador. Machado[15] salienta que, o direito ao meio ambiente equilibrado, do ponto de vista ecológico, consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a 'existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos' Assim, o equilíbrio somente pode ser obtido a partir da relação entre os seres e o ambiente que os recebe. A Constituição brasileira, como bem pontua Machado[16], para além de asseverar o meio ambiente como bem ecologicamente equilibrado, determina que é dever do Poder Público proteger a fauna impedindo as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção das espécies.

O Direito é decorrente das transformações sociais e das demandas criadas em razão dessas modificações da estrutura social. As normas jurídicas são fruto da necessidade do Estado regular em conformidade com as novas demandas da sociedade. O direito à proteção ambiental passou a ser considerado um direito fundamental. Destaca-se que, as transformações introduzidas pela Constituição de 88 não estão adstritas aos aspectos jurídicos somente. As transformações ocorrem um três dimensões: em uma dimensão ética, em uma dimensão biológica e em uma dimensão econômica (curiosamente, os três pilares do desenvolvimento sustentável). Nessa esteira, o direito dos animais surge como uma alternativa de dilatação dos fundamentos éticos a fim de abranger os demais animais (para além dos humanos), reconhecendo um direito inerente a todo o reino animal (ou, ao menos, aos animais sencientes).

A Constituição Federal no seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII disciplina a proibição da crueldade contra os animais não-humanos. A partir da própria Norma Fundamental se pode projetar a proteção dos animais não-humanos no Ordenamento Jurídico-Constitucional brasileiro[17].

15. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57-58.

16. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

17. Ver MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos animais: fundamentação e novas

O texto constitucional, ao regulamentar a proteção ambiental a partir do olhar da proteção da fauna, assim determina:

> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (grifo nosso)

A norma constitucional é bastante clara ao vedar qualquer prática que coloque em risco as espécies ou submeta os animais a crueldade. Por mais que a comunidade jurídica queira estabelecer a condição antropocêntrica do Direito Ambiental brasileiro, não há como negar que a Lei Maior reconhece expressamente a condição de senciência dos animais não-humanos, haja vista somente aquele que sente poder ser submetido a qualquer tipo de crueldade.

A proteção animal sob a tutela constitucional delimitou uma nova dimensão do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 é um marco para o pensamento sobre os direitos animais no Brasil, mesmo não tendo sido a primeira norma de proteção aos animais não-humanos, foi a primeira Carta a enfrentar o tema (de maneira efetivamente vanguardista). Ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade. No entanto, a lógica do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, ainda é, impregnada de atitudes conservadores e arraigadas a tradições ultrapassadas e, assim, as decisões dos tribunais, por vezes, são legalistas sem a utilização de uma necessária reflexão acerca das mudanças sociais e da própria constituição federal, levando em conta, apenas, o desejo do dono (ou seja, os animais ainda são pensados em função do seu proprietário ainda em conceito de *res*). Entretanto, algumas decisões já apontam para uma possibilidade de mudança nesse pensamento e nessa postura conservadora. Alguns casos são, inclusive, bem recentes, como foram as decisões liminares favoráveis a proteção dos animais nas ações contra a Universidade Federal de Santa Catarina e contra a Universidade Federal de Santa Maria no que concerne à utilização dos animais na docência e na pesquisa.

No âmbito das normas infraconstitucionais da esfera federal, a proteção do animal não-humano se apresenta no ordenamento jurídico

perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. RODRIGUES, Danielle Tetü. O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2012. Dentre outras obras de referência na área.

brasileiro desde muito antes da história constitucional recente. Desde 1924 o Brasil apresenta normas de proteção ao animal não-humano. Em 16 de setembro de 1924 foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto n.º 16.590 que hoje é reconhecida como a primeira norma, de âmbito federal, a proibir a crueldade contra os animais. O Decreto n.º 16.590/24 visava[18] regulamentar as atividades das Casas de Diversões Públicas, proibindo as corridas de touros e novilhos, as brigas de galo e canário, dentre outras atividades que, enquanto consideradas diversão, causassem sofrimento aos animais. Em 1934, foi publicado o Decreto n.º 24.645, do Chefe do Executivo, estabelecendo medidas de proteção aos animais, destacando-se o artigo 3º que arrola 31 (trinta e uma) ações consideradas maus-tratos.

Em 1941 surge, como relata Rodrigues[19], a tipificação da conduta de práticas cruéis contra os animais em razão do artigo 64 do Decreto Lei n.º 3.688, conhecido como Lei das Contravenções Penais.

Conforme Medeiros[20], em 03 de janeiro de 1967, por intermédio da Lei n.º 5.197, que ordenamento jurídico brasileiro dispõe de uma norma acerca da proteção da fauna, especialmente no que concerne à regulamentação da caça, se é que é possível considerar uma norma que regulamente a caça como norma que tenha vindo para proteger os animais não-humanos. Em seu artigo 1º[21], o referido diploma legal disciplina que os animais que compõem a fauna silvestre, de qualquer espécie, estão proibidos de serem caçados. Contudo, em que pese à proibição parecer peremptória (uma vez que o referido artigo impede a caça de qualquer espécie animal em fase de desenvolvimento e que viva fora do cativeiro, ou seja, desde que seja fauna silvestre) não o é, e permite a abertura de inúmeras exceções que figuram com a denominação de peculiaridades, conforme a técnica legislativa utilizada à época, como se pode verificar através da

18. O Decreto n.º 16.590/24 foi revogado pelo Decreto n.º 11/1991. Contudo, há de se destacar o quão vanguardista foi a norma editada em 1964. Destacam-se alguns dispositivos: "Art. 1º. Todos os animais existentes no País são tutelados pelo Estado. Art. 2º, § 3º. Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros da Sociedade Protetora dos Animais. Art. 16. As autoridades federais, estaduais e municipais prestarão aos membros das sociedades protetoras dos animais a cooperação necessária para se fazer cumprir a lei. "

19. RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais*: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66.

20. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

21. Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. BRASIL. Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm. Acesso em: 20/09/2007.

análise dos dois parágrafos que suportam o referido dispositivo[22]. O § 1º (BRASIL, LEI N.º 5.197/67) abre exceção para o caso da existência de peculiaridades regionais[23] e o § 2º (BRASIL, LEI N.º 5.197/67) permite que, em domínio privado, seja proibida a caça, mesmo que liberada conforme o § primeiro, mas, nesse caso, o responsável pela fiscalização será o particular, situação que muito dificulta a proibição, pois exime o Estado de qualquer tipo de fiscalização passando para o particular toda a responsabilidade de cuidado para com os animais. A partir de 2008, em julgamento da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), se determinou a proibição da caça amadora ao julgar o recurso interposto pela ONG União Pela Vida e pelo Ministério Público Federal. Em 2005, foi proferida a sentença reconhecendo que a caça amadorista, recreativa e esportiva não podiam ser liberadas nem licenciadas no Estado do Rio Grande do Sul pelo IBAMA[24]. A decisão determinava ainda que o IBAMA somente poderia autorizar, permitir ou liberar a caça cientifica e de controle. O TRF4 considerou não existir finalidade social relevante que legitime a caça amadorista.

Ainda no mesmo ano, mas com um enfoque um pouco diferenciado (mas não menos antropocêntrico) do que se manifestou na proteção vinculada à caça, no mês de fevereiro, o ordenamento jurídico brasileiro dispôs sobre a proteção e sobre o estímulo à pesca. No Decreto-Lei n. º 221, de 28 de fevereiro de 1967, é nítido o enfoque econômico e a pouca preocupação com a fauna enquanto animal vivo e não apenas como recurso ambiental com grande valor econômico [25]. Em nenhum momento

22. Destacam-se: "§ 1º Se peculiaridades regionais comportarem o exercício da caça, a permissão será estabelecida em ato regulamentador do Poder Público Federal. § 2º A utilização, perseguição, caça ou apanha de espécies da fauna silvestre em terras de domínio privado, mesmo quando permitidas na forma do parágrafo anterior, poderão ser igualmente proibidas pelos respectivos proprietários, assumindo estes a responsabilidade de fiscalização de seus domínios. Nestas áreas, para a prática do ato de caça é necessário o consentimento expresso ou tácito dos proprietários, nos termos dos arts. 594, 595, 596, 597 e 598 do Código Civil." BRASIL. Lei n.º 5.197, de 3 de janeiro de 1967. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5197.htm. Acesso em: 20/09/2007.

23. A interrogação se faz presente pela falta de precisão legislativa ao liberar a atividade de caça. Utiliza a expressão "peculiaridades regionais" sem realizar um mínimo de esclarecimento a respeito, deixando um espaço enorme para a criação.

24. Sobre o tema ver LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. Ação Civil Pública – Processo 2004.71.00.021481-2 – Sentença 0397/2005 *In* MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 291-330.

25. Destacam-se: "Art. 1º Para os efeitos dêste Decreto-lei define-se por pesca todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenham na água seu normal ou mais frequente meio de vida. Art. 2º A pesca pode efetuar-se com fins comerciais, desportivos ou científicos; § 1º Pesca comercial é a que tem por finalidade realizar atos de comércio na forma

se observa a preocupação do legislador com o objeto da atividade, ou seja, com a proteção dos animais que estão sendo capturados para as finalidades a que está se propondo regular a legislação.

Uma legislação que ainda causava polêmica nos bancos acadêmicos, em razão dos múltiplos questionamentos que comportava, em face da carência de uma abordagem ética e bioética que há pouco vem despertando, e em razão dos avanços tecnológicos a que se está subjugado é a lei que regula a vivissecção[26] de animais para a pesquisa científica e para fins didáticos.

Ainda na perspectiva da evolução legislativa, em 14 de dezembro de 1983, a Lei n.º 7.173 veio a disciplinar o estabelecimento e o funcionamento dos jardins zoológicos no Brasil. Passou-se, dessa forma, a considerar, na forma da lei, que qualquer coleção de animais silvestres mantidos em cativeiro, expostos à visitação pública, é zoológico. [27]

Conforme Medeiros[28], se afirma que:

> O interessante na legislação supracitada é que, embora venha a regular um espaço onde estejam mantidos em cativeiros os animais silvestres, há sempre a demonstração de preocupação com os animais humanos (visitantes do espaço de exposição) quase na mesma proporção que com os animais não-humanos presos nos espaços e distantes de seu habitat natural. A título de ilustração da observação realizada, se pode destacar o artigo 7º do referido diploma legal, que dispõe que os humanos devem estar confortáveis no zoológico.

---

da legislação em vigor. § 2º Pesca desportiva é a que se pratica com linha de mão, por meio de aparelhos de mergulho ou quaisquer outros permitidos pela autoridade competente, e que em nenhuma hipótese venha a importar em atividade comercial; § 3º Pesca científica é a exercida unicamente com fins de pesquisas por instituições ou pessoas devidamente habilitadas para esse fim. BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm. Acesso em: 20/09/2007.

26. O termo vivissecção tem a sua origem no latim com a junção de "vivus" (vivo) e *"sectio"* (corte, secção). Logo, "vivissecção" quer dizer "cortar um corpo vivo", no caso dos animais não-humanos, para a realização de testes laboratoriais, demonstrações didáticas, etc. A vivissecção pode ser definida, portanto, como sendo o uso de seres vivos, principalmente animais não-humanos, para o estudo dos processos da vida e das doenças, na prática experimental e didática. Greif e Trez (2009, p. 19) definem vivissecção como sendo: "qualquer forma de experimentação animal que implique intervenção com vistas a observar um fenômeno, alteração fisiológica ou estudo anatômico".

27. Destaca-se: "Art 1º - Para os efeitos desta lei, considera-se jardim zoológico qualquer coleção de animais silvestres mantidos vivos em cativeiro ou em semi-liberdade e expostos à visitação pública." BRASIL. Lei n.º 7.173, de 14 de dezembro de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7173.htm. Acesso em: 21/09/2007.

28. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57.

Com a entrada em vigor da Lei de n.º 7.643/87[29], alcança-se uma evolução no quesito da pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras. Finalmente restou terminantemente proibida a pesca ou qualquer outra forma de molestamento intencional de toda a espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, impulsionando uma série de trabalhos de pesquisa e de organizações não-governamentais pela proteção de espécies de cetáceos que já estivessem em risco. Convém esclarecer que, em razão disso, perdem a vigência os artigos 41 a 45 do Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967, que regulava a pesca e a industrialização de cetáceos. O artigo 41[30] do Decreto-Lei ainda se referia à pesca da baleia (sendo a baleia um mamífero, portanto impossível de ser pescado).

Ainda acerca da pesca, para a proteção dos períodos de reprodução, a Lei n. º 7.679/88, reza pela proibição da pesca em determinados locais e em determinadas situações especificas, tais como pescar em cursos d'água nos períodos migratórios para a reprodução ou nos períodos de desova; pescar animais indefesos; animais com tamanho inferiores ao permitido; espécies que devam ser preservadas ou quantidades superiores às permitidas. Com relação ao método de pesca a legislação também foi bem específica e proibiu a pesca com explosivos, substâncias tóxicas, em locais interditados, ou sem licença ou autorização, dentre outras (BRASIL, LEI N.º 7.779/88)[31]. E mesmo com a proteção da legislação se não houver uma efetiva participação da comunidade e um trabalho de educação ambiental pouco efetiva se torna a letra da lei.

---

29. "Art. 1º Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras." BRASIL. Lei n.º 7.643, de 18 de dezembro de 1987. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7643.htm. Acesso em: 21/09/2007.

30. "Art. 41. Os estabelecimentos destinados ao aproveitamento de cetáceos em terra, denominar-se-ão Estações Terrestres de Pesca da Baleia." BRASIL. Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0221.htm. Acesso em: 21/09/2007.

31. Destaca-se: "Art. 1º Fica proibido pescar: I - em cursos d'água, nos períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução e, em água parada ou mar territorial, nos períodos de desova, de reprodução ou de defeso; II - espécies que devam ser preservadas ou indivíduos com tamanhos inferiores aos permitidos; III - quantidades superiores às permitidas; IV - mediante a utilização de: a) explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; b) substâncias tóxicas; c) aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; V - em época e nos locais interditados pelo órgão competente; VI - sem inscrição, autorização, licença, permissão ou concessão do órgão competente. § 1º Ficam excluídos da proibição prevista no item I deste artigo os pescadores artesanais e amadores que utilizem, para o exercício da pesca, linha de mão ou vara, linha e anzol. § 2º É vedado o transporte, a comercialização, o beneficiamento e a industrialização de espécimes provenientes da pesca proibida." BRASIL. Lei n.º 7.679, de 23 de Novembro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7679.htm. Acesso em: 21/09/2007.

No ano de 1989, o Decreto n.º 97.633 passou a dispor sobre o Conselho Nacional de Proteção à Fauna, criado pelo artigo 36 da Lei n.º 5.197/67, criando parques e áreas protegidas para o exercício da caça e áreas de lazer, com o intuito de proteção da fauna, fato que é, no mínimo, controverso, pois admitir que uma norma que está criando um conselho nacional para a proteção da fauna fixe áreas de "lazer" destinadas a caça que, por certo, não terá como objeto o homem e sim a própria fauna protegida é, assumir institucionalmente a não proteção. [32]

A Lei n.º 9.605/98, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais (LCA) ou Lei da Vida, dedicou um capítulo aos crimes contra a fauna. São nove artigos dedicados à proteção dos animais não-humanos, em sua maioria voltados para a proteção das espécies silvestres da fauna. Contudo, cumpre ressaltar que a partir da Lei n.º 9.605/98, as atividades danosas cometidas contra a fauna passaram de contravenção para crime, o que para aqueles que buscam a proteção dos animais é uma gigantesca vitória.[33]

Em 2000, o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV da Constituição Federal de 1988, e tendo em vista o disposto na Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), firmada em Washington, em 03 de março de 1973, aprovou o Decreto n.º 3.607. A CITES é uma convenção extremamente controversa, haja vista a permissão e legitimação do comércio de animais, sob o apelo do controle. A referida convenção estabelece as medidas de controle pelos países importadores e exportadores e dispõem quais são as obrigações das autoridades administrativas e científicas quando existir transação comercial envolvendo animais não-humanos. Cumpre ressaltar que é norma importante para o Brasil, uma vez que o País se encontra numa das maiores rotas de tráfico de animais silvestres do mundo.[34]

---

32. Destaca-se: Art. 1: "I - criação e implantação de Reservas e Áreas protegidas, Parques e Reservas de Caça e Áreas de Lazer; II - o manejo adequado da fauna;" BRASIL. Decreto n.º 97.633, de 10 de abril de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97633.htm. Acesso em: 23/09/2007.

33. Até o advento da LCA a proteção penal da fauna brasileira se deu por caminhos diversos. A primeira medida de proteção dos animais se deu no Governo de Getúlio Vargas, então Chefe do Governo Provisório, avocando a atividade legiferante, promulgou o Decreto Federal n.º 24.645/1934 que em seu art. 3º elencava um rol extensivo de atividade que disciplinava como maus-tratos (já revogado pelo Decreto Federal n.º 11/1991). Em 3 de outubro de 1941 foi editada a lei de contravenções penais que, em seu art. 64 disciplinava a prática de crueldade contra os animais como contravenção penal (artigo que foi revogado pela LCA).

34. O tráfico de animais representa hoje, ao lado das drogas proibidas e de armas, um das fontes principais de renda ilícita dos criminosos. Desta forma, combater a guarda de animais silvestres em cativeiros, por menor que seja a quantidade de animais, é dever do Poder Público. O Brasil é um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido a sua imensa

Ao lado da regulação do quesito lazer e diversão dos animais humanos em face dos animais não-humanos, tem-se a legislação dos jardins zoológicos, já apontada anteriormente, e, mais recentemente, a normatização das atividades de rodeio e provas de montaria em 2002, pela Lei n.º 10.519, de 17 de julho. A Lei apresenta uma abordagem nitidamente antropocentrista, cuja preocupação é a regulação na atividade de lazer no qual o animal humano demonstrará a sua destreza sobre o animal não-humano. Contudo, para tanto, não poderá fazê-lo sofrer, conforme se depreende da interpretação do artigo 1º e seu §[35], pois se o "atleta" deverá ser um perito na sua atividade, não poderá sujeitar o animal (seu parceiro) à crueldade. Contudo, mesmo assim os animais são molestados de alguma forma.

Finalmente, evidencia-se, o advento da Lei Arouca, a Lei n.º 11.794/2008 que veio a revogar a Lei n.º 6.638/79 na regulamentação do uso de animais não-humanos na pesquisa e no ensino. Constrói-se a figura, a partir da publicação da Lei Arouca, da instauração da quebra do princípio da proibição de retrocesso, pois a Constituição Federal de 88, proibindo o tratamento cruel para com os animais não-humanos, já está encaminhando a legislação para um novo paradigma que foi ignorado pela Lei Arouca (Lei n.º 11.794, de 08 de outubro de 2008)[36]. A Lei Arouca inclui a possibilidade de realizar atividade de vivissecção em estabelecimentos de ensino médio, o que era proibido na legislação anterior. Convém esclarecer que a proibição não era mera cosmética legislativa, existia porque o procedimento é violento, é brutal, expõe o animal à crueldade (ambos os animais – humano e não-humano) e no que tange a validade científica e didática, essa é, no mínimo, duvidosa, quiçá inexistente.

Medeiros e Albuquerque[37] defendem que

---

biodiversidade. Os traficantes movimentam cerca de 10 a 20 bilhões de dólares em todo o mundo, colocando o comércio ilegal de animais silvestres na terceira maior atividade ilícita do mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e de armas. O Brasil participa com 15% desse valor, aproximadamente 900 milhões de dólares. Disponível em: WWW.ambientebrasil.com.br Acesso em: 01.02.2006.

35. Destacam-se: "Art. 1o A realização de rodeios de animais obedecerá às normas gerais contidas nesta Lei. Parágrafo único. Consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal." BRASIL. Lei n.º 10.519, de 17 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10519.htm. Acesso em: 23/09/2007.

36. BRASIL. Lei n.º 11.794, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11794.htm. Acesso em: 20/11/2008.

37. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. Lei Arouca: legítima proteção ou falácia que legitima a exploração? *In* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardello (coord.).

> É inegável o sofrimento a que esses animais não-humanos são submetidos, mesmo que por vezes procedimentos não invasivos sejam realizados, ou, quando invasivos, seja operada a anestesia. O grau de sofrimento psicológico e o estresse é imensurável.

Obviamente que a questão é controversa e suscetível de muito debate, desde que seja amplo e transparente e não apenas dominado por aqueles que tem poder e interesse na continuidade do status quo estabelecido. Não há mais espaço, no sistema jurídico contemporâneo, para se "admitir o tratamento dos animais não-humanos como seres 'coisificados' sem sentimentos, ou mesmo, sem dignidade, sem interesses – e direitos – a serem defendidos"[38]. Com essa ênfase, se pressupõe a presença de princípios e dimensões que contemplem a dignidade de cada um e todos[39].

Nessa linha, de certa forma como uma resposta aos anseios sociais, ao longo dos anos, em busca de um edifício jurídico cujos os alicerces também incluíssem a proteção dos animais não humanos, é possível elencar os principais atos normativos federais no que concerne a proteção jurídica dos animais não-humanos.

Urge observar que, apesar das inúmeras normas aqui comentadas nem todas, como se pode observar alude a proteção do animal não-humano sob a ótica sensocentrista ou mesmo, antropocentrista moderada. Muitas das normas de "proteção dos animais" existentes, na realidade, apontam para um conteúdo antropocêntrico radical, ainda tendo os animais não-humanos como fonte de renda e recurso econômico.

2 OS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VEDAÇÃO DE CRUELDADE

Radica no mundo uma consciência cada vez mais aguda de parte do animal humano que sente na pele as ações de degradação gritante e acelerada do ambiente na maior parte das vezes como resultante de uma produção própria, "embora também se tenha consciência de que o país, Brasil, possui uma das biodiversidades mais ricas do mundo, tal como as

---

Direito ambiental II. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

38. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. Lei Arouca: legítima proteção ou falácia que legitima a exploração? *In* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardello (coord.). Direito ambiental II. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

39. HABERMAS, Jurgen. *A crise do bem-estar e o esgotamento das energias utópicas*. Diagnóstico do tempo: seis ensaios. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2005.

maiores reservas de água doce do planeta, além de um terço das florestas tropicais restantes, estimando-se a existência de uma em cada 10 espécies de plantas ou animais vivos no planeta"[40].

Nessa linha Medeiros e Albuquerque defendem que o "grande desafio do Direito contemporâneo é conseguir abraçar os anseios de uma sociedade que está vivenciando mutações do seu modo de agir e de pensar em uma velocidade impressionante. Hodiernamente, (re)pensar a questão dos animais não-humanos e sua posição no ordenamento jurídico não é mais situação estabelecida em um pequeno nicho e, nessa seara, as provocações por enxergar o Direito de forma diferente é quase um imperativo"[41].

As questões que emergem a partir desse debate contemporâneo acerca da proteção ambiental necessariamente (o imperativo) devem enfrentar a relação entre os animais humanos e os animais não-humanos. Tais relações, segundo Medeiros "têm suscitado, como questão basilar para a regulação normativa sobre a matéria e para a interpretação da existência de um dever fundamental de cada um e da coletividade para com os animais não-humanos, da possibilidade de aplicação do princípio da dignidade para além da pessoa humana"[42].

A Constituição Federal, em seu artigo 225 avançou muito no que concerne a proteção dos animais não-humanos, em um primeiro momento já se pode salientar que toda e qualquer matéria relacionada, direta ou indiretamente, com a proteção do ambiente, projeta-se, portanto, no domínio dos direitos fundamentais[43]. E o avanço não restou estanque ao caput do artigo 225, a Constituição brasileira, vanguardista, enfrentou a questão da proteção dos animais não-humanos, normatizando que é vedada qualquer prática que submeta os animais à crueldade. Constitucionalizou-se a proteção da integridade física e moral dos animais não-humanos.

40. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETTERLE, Selma Rodrigues. *Biodiversidade*: uso inclusivo e sustentável do ambiente. *In* PADILHA, Norma Sueli; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CAMPELLO, Livia Gaigher (coord.). Direito ambiental I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA. Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 177.
41. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Leticia. *Constituição e animais não-humanos*: um impacto no direito contemporâneo. *In* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (coord.). *Direito ambiental II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 154.
42. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.
43. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A proteção dos animais não-humanos no âmbito da legislação infraconstitucional brasileira vem evoluindo, de maneira significativa, desde 1934, quando o então Presidente Getúlio Vargas decretou uma norma de proibição de maus tratos e crueldade contra os animais não-humanos (Decreto n. 24.645) elencando 31 formas de reconhecimento de maus tratos e determinando sanções em caso de descumprimento. Apesar de o Decreto n. 24.645/1934 não estar mais em vigor, deixou um legado que vem se alargando e criando raízes no trabalho do Poder Legislativo brasileiro. Desde 1934 até o presente momento é tranquilo observar uma mudança significativa, no âmbito da proteção dos animais não-humanos, a partir da legislação e, consequentemente, a partir das decisões judiciais. E essa mudança tem ocorrido com muita celeridade.

Com escopo de manter e ampliar a sustentabilidade da vida a partir da análise da aplicação efetiva do princípio da dignidade para além da vida humana e de um olhar baseado na proibição de tratamento cruel, conforme a própria Constituição, se faz necessário uma análise crítica acerca do conteúdo ético, solidário e fraterno das decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça acerca da proteção da fauna no Brasil, do prisma do direito constitucional, do direito civil e do direito penal, haja vista que a ausência do reconhecimento de um direito dos animais, como ramo do direito ambiental, assim como a ausência do reconhecimento do valor inerente dos animais não-humanos, acarreta um descompasso nas decisões em matéria de proteção dos animais não-humanos no Brasil, fazendo com que o desrespeito para com as demais formas de vida se perfectibilize ao invés de despertar o grau ético, solidário e fraterno que esse direito fundamental requer. Faz-se necessária a análise crítica acerca do sustentáculo, ético, solidário e fraterno que envolve as decisões judiciais acerca da proteção da fauna no Brasil como forma de um despertar para uma mudança de paradigma jurídico, vivenciando e efetivando o princípio da dignidade para além da vida humana.

Com efeito, pudera tudo que tivesse vida e senciência ser livre de sofrimento. Com efeito, uma compaixão sem limites unindo a todos os seres vivos, eis o mais sólido e seguro garante da moralidade. Contudo, como sustenta Lourenço[44], os animais são merecedores de tratamento justo e não somente caridoso. O autor reputa como insuficiente uma ética fundamentada exclusivamente na compaixão.

44. LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

Na mesma linha de Lourenço, Nussbaum defende que "o fato de os seres humanos agirem de forma a negar aos animais uma existência digna parece ser uma questão de justiça, e uma questão urgente, ainda que tenhamos de argumentar mais para convencer aqueles que se recusam a aceita-la"[45]. E então, nesse cenário, como enfrentar a interlocução entre os animais não-humanos e os animais humanos? É para comer? É para vestir? É para se divertir? E como reagem os poderes constituídos quando questionados acerca da aplicação do Direito?

Talvez a busca dessa Justiça, se apresente na Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, inciso VII, em que advém a vedação de toda a ação que submeta os animais à crueldade. Tem-se, portanto, que a vedação de crueldade é uma regra constitucional estrita, restritiva e proibitiva de condutas.

A previsão constitucional de vedação de crueldade contra os animais, expressamente traz consigo, uma tarefa estatal, em que o Estado deve coibir práticas que submetam os animais à crueldade. Essa regra não admite ponderação[46]. Somente poderá ser considerada legítima e legal a manifestação cultural que não ofender a vedação de crueldade.

Aos legisladores infraconstitucionais cabe a atuação no intervalo entre o princípio da proibição de excesso e o da proibição de insuficiência. A liberdade consiste em legislar entre esses dois extremos. Uma insuficiente proteção de um direito fundamental, aquém do mínimo de proteção exigível, bem como uma excessiva proteção de um direito fundamental, além do máximo de proteção exigível, indicam omissão dos poderes públicos (ou atuação insuficiente) ou atuação excessiva dos mesmos, ambas violadoras dos direitos fundamentais.

Em recente manifestação, Ingo Sarlet defendeu: "a proibição de crueldade com os animais, a exemplo da proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante, assume a feição quanto à sua estrutura normativa, de regra estrita, que proíbe determinados comportamentos. Tal regra já corresponde a uma "ponderação" prévia levada a efeito pelo constituinte e, por isso, não pode ser submetida a balanceamento com outros princípios e direitos. Nessa toada, qualquer manifestação cultural

45. NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

46. Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2004. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

religiosa ou não, somente será legítima na medida em que não implique em crueldade com os animais".

Nesse sentido, a teoria dos limites dos direitos fundamentais vem em socorro de uma sociedade pluralista e solidária, justamente para solucionar os conflitos entre os direitos fundamentais. No caso em tela, trata-se de uma restrição constitucional imediata, ou seja, diretamente estabelecida pela norma constitucional. José Joaquim Gomes Canotilho[47] defende que, "quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através da lei, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva".

No contrato social, segundo Wagensberg[48], em que se presume intrínseco um contrato contra a crueldade, as crenças e as tradições devem ser revistas continuamente. Uma tradição em si mesma não é argumento para justificar absolutamente nada. Não há tradição digna quando o espetáculo se reduz a uma demonstração de poder e força, de submissão do animal ao homem em uma exibição de covardia da espécie humana.

Deve-se é refletir por que o homem se habitua a fechar os olhos sobre os sofrimentos que ele comete, acabando por convencer-se de que esse é um mal necessário, em nome da tradição a proteger, de uma economia a conservar, de um eleitorado a preservar[49].

De fato, a Constituição pátria foi vanguardista ao estabelecer uma norma de proteção a vida dos animais não-humanos com uma cláusula específica de vedação de crueldade e maus-tratos. De todas as pautas que hoje habitam os espaço da esfera pública, se dúvida o tema da proteção animal tem significativo destaque. Não há como negar que as interações entre as espécies animais e o homem se apresentam das mais diversas formas e das mais diferentes intensidades.

Contudo, o conflito que tem chegado a Corte Constitucional está relacionado a um possível conflito de direitos fundamentais entre o direito a manifestações culturais e a proibição de crueldade animais. Ou seja, um verdadeiro cabo de guerra entre o artigo 225 e o artigo 215, ambos da Constituição Federal.

E essa busca de solução, pelo Poder Judiciário, de possíveis conflitos de direitos fundamentais não é novidade. Há pelo menos, cinco situações

47. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

48. WAGENSBERG, Jorge. *El maltrato animal y el espiritu de los tempos*. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

49. CYRULNIK, Boris. *Les animaux aussi ont des droits*. Paris: Seuil, 2013.

em que o Supremo Tribunal Federal teve de se manifestar acerca da regra de vedação de crueldade.

O primeiro grande caso vinculado ao tema, sendo de grande repercussão nacional, foi o Recurso Extraordinário de número 153.531 de Santa Catarina. O caso da Farra do Boi. Uma ação civil pública que debate o limite entre a crueldade contra o boi e a manifestação cultura oriunda da região dos Açores. O Ministro Francisco Rezek foi o Ministro Relator e inicia o voto defendendo a aplicação do inciso VII, do § 1º, do art. 225 da Constituição e decide que "não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso".

Em seguida o Supremo Tribunal Federal haverá de se manifestar acerca de três leis cuja matéria é a liberação da rinha de galo em seus respectivos estados da Federação.

A primeira ação de controle de constitucionalidade analisada pelo STF, teve o Ministro Eros Grau como Ministro Relator e avaliou a Lei do Estado de Santa Catarina, a ADI 2514/SC. O Ministro Eros Grau decide pelo acolhimento do pedido de inconstitucionalidade afirmando que "Com efeito, ao autorizar a odiosa competição entre galos, o legislador estadual ignorou o comando contido no inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição do Brasil, que expressamente veda práticas que submetam os animais à crueldade" e complementa defendendo que " a sujeição da vida animal a experiencias de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil".

Dois anos depois chega ao Supremo Tribunal Federal a ADI 3776/RN tendo o Ministro Cezar Peluso como relator. A ação de controle de constitucionalidade requeria a extirpação da lei do Rio Grande do Norte do ordenamento jurídico pátrio, pois regulava a rinha de galo. O Ministro inicia o voto analisando os precedentes da corte constitucional e decide: "Como se vê, é postura aturada da Corte repudiar autorização ou regulamentação de qualquer entretenimento que, sob justificativa de preservar manifestação cultural ou patrimônio genético de raças ditas combatentes, submeta animais a práticas violentas, cruéis ou atrozes, porque contrárias ao teor do artigo 225, § 1º, VII, da Constituição da República".

Em 2011 a ação direta de inconstitucionalidade de n.º 1856 do Rio de Janeiro, tendo a relatoria do Ministro Celso de Mello, requer a

inconstitucionalidade da lei que regulamentava a rinha de galo no estado fluminense. O ministro entendeu que: "Nem se diga que a 'briga de galos' qualificar-se-ia como atividade esportiva ou prática cultural ou, ainda, como expressão folclórica, numa patética tentativa de fraudar a aplicação da regra constitucional de proteção da fauna, vocacionada, dentre outros nobres objetivos, a impedir a prática criminosa de atos de crueldade contra animais"

No dia 6 de outubro de 2016, foi julgada no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.983 que pleiteava a extirpação da Lei n.º 15.299/13 do Estado do Ceará do Ordenamento Jurídico brasileiro. A Lei cearense regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, violando o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. A decisão se deu no sentido de julgar procedente o pedido formulado na ação, declarando inconstitucional a Lei estadual.

Conforme a inicial da referida ação de controle de constitucionalidade, a vaquejada "é uma prática desportiva, atualmente muito popular no nordeste brasileiro, na qual dois vaqueiros montados em cavalos devem derrubar um touro (ou novilho), puxando-o pelo rabo dentro de uma área previamente demarcada". A vaquejada consiste em espetáculo no qual são formadas "duplas de competidores que correm a galopes, cercando o boi em fuga. O objetivo é conduzir o animal até uma área marcada com cal e, estando ali, agarrá-lo pelo rabo, torcendo-o para, na queda, posicioná-lo com as quatro patas para cima".

A vaquejada se configura como uma atividade de entretenimento, com finalidade econômica, cuja crueldade contra os animais que lhe é intrínseca não permite sua regulamentação. Tal atividade leva não apenas ao sofrimento, mas a morte de animais, em razão da violência da ação (problemas ortopédicos, fraturas, descolamento da cauda, dentre outros relatados nos próprios auto da ação). Na vaquejada, a crueldade é ínsita, inerente à prática, pois envolve necessariamente o tracionamento da cauda do animal e sua consequente derrubada ao solo, enquanto corre em disparada. A cauda é extensão natural da coluna vertebral, região rica em vasos sanguíneos e terminações nervosas e, portanto, extremamente vulnerável a graves e permanentes lesões. Não há regulamentação possível que altere essa realidade.

Mesmo que revestida por práticas que outrora existiram no contexto cultural nordestino, na atualidade sua perpetuação se dá não por elementos culturais, mas sim pela manutenção de setores que fizeram dessa atividade uma atividade predominantemente econômica. Trata-se de uma atividade

desportiva que toma por base o sofrimento desnecessário de um animal para manter uma atividade econômica que em tudo se choca com os ditames da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta lançada nesse pequeno texto é de uma provocação a um pensar fora da zona de conforto, abrindo-se a uma perspectiva de troca frutífera. Abre-se a oportunidade para a construção de uma dignidade ampliada, de uma questão de justiça intercultural.

Como já dissemos em outras oportunidades, está mais do que na hora de se superar o prisma da indiferença pelo qual se encara o sofrimento do outro. Há de se rever ações que impõem confinamento, tortura e imposição forçada ao medo.

Seja na rinha de galo, na farra do boi ou na vaquejada, o debate parece render bons frutos. A Constituição Federal nos oferta uma regra de vedação constitucional de crueldade, não possibilitando, portanto, qualquer atividade ou prática que submeta os animais a crueldade, seja essa atividade considerada manifestação cultural ou não.

Mesmo em um sistema jurídico predominantemente antropocêntrico há espaço para a proteção da dignidade da vida, seja ela a vida do animal humano ou do animal não-humano. Não sendo permitida as praticas que submetam os animais a crueldade. E que siga o Supremo Tribunal Federal os seus próprios precedentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAUJO, Fernando. A hora dos direitos dos animais. Coimbra: Almedina, 2003.

BEKOFF, Marc. The emotional lives of animals: a leading scientist explores animal joy, sorrow, and empathy – and why they matter. California: New World Library, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2004.

CYRULNIK, Boris. Les animaux aussi ont des droits. Paris: Seuil, 2013.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOURENÇO, Daniel Braga. Direito dos Animais. Porto Alegre: Fabris, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio Ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Leticia. Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo. *In* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (coord.). Direito ambiental II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 134-158.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; GRAU NETO, Werner. A esquizofrenia moral e o dever fundamental de proteção ao animal não-humano. Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 7, volume 10, jan-jun, 2012.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETTERLE, Selma Rodrigues. Biodiversidade: uso inclusivo e sustentável do ambiente. *In* PADILHA, Norma Sueli; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CAMPELLO, Livia Gaigher (coord.). Direito ambiental I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA. Florianópolis : FUNJAB, 2013, p. 176-205.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ROSA, Cassio Cibelli. A dignidade da vida e a vedação de crueldade. Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Curitiba, v. 2, . 2, p. 1-20, jul/dez, 2016.

MIRRA, Alvaro L. V. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolgang; FENSTERSEIFER, Tiago (org). A dignidade

da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Piaget, 1995.

PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Paris, Dalloz, 2004.

RODRIGUES, Danielle Tetü. O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2012.

SAFINA, Carl. Beyond words: what animals think and feel. New York: Picador, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SLOTERDIJK, Peter. A mobilização infinita: para uma crítica da cinética política. Lisboa: Relógio D'agua, 2002.

WAGENSBERG, Jorge. El maltrato animal y el espiritu de los tempos. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. Lei Arouca: legítima proteção ou falácia que legitima a exploração? *In* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardello (coord.). direito ambiental II. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

HABERMAS, Jurgen. A crise do bem-estar e o esgotamento das energias utópicas. Diagnóstico do tempo: seis ensaios. Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 2005.

CAPÍTULO 9

DUE DILIGENCE E O DIAGNÓSTICO DO PASSIVO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS POR LIXÕES

JEAN MARC W. SASSON
GEORGES HUMBERT

INTRODUÇÃO

A due diligence nada mais é que uma auditoria que busca identificar eventuais problemas e riscos envolvidos em um objeto no momento da transferência de sua titularidade em uma transação, a qual, neste aspecto, diferencia-se das auditorias periódicas privadas e públicas. Pode-se afirmar que este instrumento pode ser analisado sob duas perspectivas: a financeira que não será abordada neste trabalho, e a jurídica.

Antes de adentrar nos procedimentos relativos a due diligence é necessário compreender o cenário da gestão dos resíduos sólidos urbanos atual.

Inicialmente, cumpre consignar que o saneamento básico - serviço público que hoje engloba, além da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, tal como definido no artigo 3º, I, Lei nº 11.445/2007 - é uma atividade cujo arcabouço legal e institucional vem passando por substanciais modificações nos últimos anos. Pode-se afirmar que o assunto encontra-se na agenda de prioridades do século XXI.

Além disso, a Lei nº 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) com vistas a solucionar a falta de capacidade do País em tratar seus resíduos sólidos, tem como objetivo a "[...] gestão

integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos" (artigo 4º).

Certo é que a PNRS é uma política setorial integrante da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA - Lei nº 6.938/1981), uma vez que os resíduos sólidos impactam diretamente no Meio Ambiente assim como no bem-estar da população. De acordo com o artigo 10 da PNRS, cumpre ao Município gerir os resíduos sólidos gerados em seu território de modo a promover a disposição e destinação ambientalmente adequadas.

Nesta esteira, ao Município é incumbida a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios que depende, evidentemente, da coleta, destinação e disposição ambientalmente adequada (artigo 3º,VII e VIII da PNRS).

Em relação à destinação e tratamento, a PNRS determina no artigo 54 que os resíduos sólidos deverão ser destinados adequadamente: "A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.".

Isto significa que o Poder Público deverá gerenciar seus resíduos sólidos adequadamente observando a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos, conforme disposto no artigo 9º da PNRS.

Portanto, a disposição final dos resíduos em aterros sanitários seria a última opção de destinação, sendo prioritário o tratamento e reaproveitamento dos resíduos sólidos através da reciclagem ou outras formas tratamento que beneficiem os resíduos sólidos.

Em que pese a legislação atual estabelecer a valorização dos resíduos sólidos, devendo ser destinado aos aterros sanitário somente o que é rejeito, continua a se destinar aos lixões ou vazadouros à céu aberto resíduos sólidos sem qualquer tipo de tratamento. Entende-se como lixão a forma inadequada de disposição final de resíduos sólidos municipais, que se caracteriza pela simples descarga sobre o solo, sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde pública. Consiste na descarga de resíduos a céu aberto ou vazadouro[1].

Certo é que a destinação de resíduos sólidos urbanos para estes locais é terminantemente proibida pelo ordenamento jurídico vigente, razão pela qual a única alternativa juridicamente admitida é o imediato

1. D 'ALMEIDA, 2000;

encerramento dos lixões e aterros controlados, tendo em vista a previsão do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, elaborado pela União através do Ministério do Meio Ambiente, que previa a destinação adequada dos resíduos e a consequente extinção dos lixões e aterros controlados até Agosto de 2014:

> 3.1.RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS
>
> 3.1.1 Disposição Final Ambientalmente Adequada de Rejeitos
>
> Diretriz 01: Eliminação de lixões e aterros controlados até 2014 e Disposição Final Ambientalmente Adequada de Rejeitos, conforme estabelecido na lei 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e seu decreto regulamentador - Decreto nº 7.404/2010.

Destaca-se que em caso de descumprimento desta determinação, tanto os Municípios quanto seus gestores públicos, estarão sujeitos às diversas penalidades, tal como o crime ambiental previsto no art. 54, V da Lei nº 9.605/98, além da impossibilidade do Município acessar recursos federais.

Expirado o prazo estabelecido na PNRS para o encerramento dos lixões, fato é que a maior parte dos municípios, por falta de quadros técnicos/gerenciais e da insuficiência de recursos financeiros, não conseguiram cumprir a determinação legal e, embora o prazo ainda não tenha sido alterado, várias propostas para a sua prorrogação encontram-se em discussão.

É flagrante a necessidade de encerramento dos lixões e, consequentemente, a mudança deste cenário caótico da gestão de resíduos sólidos. Em 2008, a disposição final ambientalmente adequada era uma realidade apenas em 1.092 dos 5.564 municípios brasileiros então existentes, segundo dados da Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Já no final de 2013, esse número evoluiu para 2,2 mil municípios.

Já os dados da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais – ABRELPE divulgados em "Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil – 2014", demonstram que 78,6% dos municípios brasileiros possuem serviços de manejo de resíduos sólidos. Das mais de 215 mil toneladas de resíduos sólidos urbanos gerados diariamente no ano de 2014, cerca de 90,6% foram coletadas; deste montante, apenas 58,4% receberam destinação adequada.

Diante deste cenário e como forma de planejar o gerenciamento municipal, cumpre ao Município elaborar o Plano Municipal de

Gerenciamento de Resíduos Sólidos – PMGRS, nos termos do artigo 18 da PNRS e do artigo 50, §2º, I do Decreto nº 7.404/2010, quando identificará e indicará medidas saneadoras para os passivos ambientais originados das áreas contaminadas pelos lixões e aterros controlados.

Só assim, com planejamento e diagnóstico da realidade atual em cada município, é que se poderá desativar, isolar e recuperar cada uma das áreas dos lixões. Sem a conclusão destas etapas precedentes, não se permitirá o desenvolvimento de nenhuma atividade antrópica nestas áreas contaminadas.

Estas áreas estão contaminadas. Os poluentes ou contaminantes concentram-se na superfície, no subsolo e, inclusive nos mais minúsculos compartimentos deste ambiente como, por exemplo, nos sedimentos, nos fracionamentos das rochas, nos materiais utilizados para aterrar entre outros lugares.

Neste cenário, qualquer aproveitamento destas áreas contaminadas sem qualquer diagnóstico e análise do passivo ambiental existente, demonstra-se inadequada e irresponsável.

Em suma, o presente artigo pretende demonstrar ao gestor público a importância de cumprir a etapa do diagnóstico do passivo ambiental em áreas degradadas, sobretudo aquelas áreas resultantes de lixões encerrados sem qualquer tratamento, sendo esta um dos principais desafios atualmente da gestão urbana.

Além disso, deseja alertar aos cidadãos sobre a necessidade de exigir e realizar o diagnóstico do passivo ambiental quando adquirir áreas ou imóveis, garantindo e prevenindo o investimento realizado dos efeitos jurídicos adversos por falta de informação ou negligência do Poder Público que não cumpriu com esta obrigação.

Assim, pretende-se discutir e avaliar o principal instrumento de diagnóstico ambiental e seus efeitos jurídicos na gestão de resíduos sólidos e no encerramento de lixões, a ferramenta chamada Due Diligence.

1 MÉTODO

Pretende-se utilizar, na presente pesquisa, o método fenomenológico que consiste em mostrar as informações e, posteriormente, esclarecê-las, conforme se depreende de Gil: "Não explica mediante leis nem deduz a partir de princípios, mas considera imediatamente o que está presente à consciência: o objeto" [2]. Desta forma, busca-se focar no objeto, limitando-

2. IL, 2008, p. 14;

se somente aos aspectos fundamentais do fenômeno a ser estudado em detrimento de deduções ou empirismos, buscando compreendê-lo por meio da intuição. Além disso, a metodologia aplicada fundamentou-se em revisões bibliográficas e em normas federais sobre a temática.

Tecidas estas breves considerações a respeito dos métodos, cumpre esclarecer que historicamente a Due Diligence tem origem no direito Romano diligentia quam suis rebus que significa: "a diligência do cidadão em gerenciar suas coisas" e que foi fortalecido, posteriormente, nos Estados Unidos após a promulgação do Securities Exchange Act de 1993, que tinha como foco: "[...] assegurar a proteção dos interesses dos investidores em valores mobiliários, o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários e dos assuntos ligados a este ou auxiliares." (tradução livre).

Hoje, a Due Diligence é encarada pelo setor empresarial como uma ferramenta estratégica de prevenção, essencial nas aquisições de empresas e na realização de investimentos. Tanto é que a tradução livre para português do significado das expressões anglo-saxã due significa devida e diligence abrange diligência e cautela.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a Due Diligence é a oportunidade que o adquirente tem de se aprofundar e conscientizar a respeito do negócio que está realizando ou até mesmo obter um raio X do negócio. Assim, de acordo com Dirceu Rosa, o procedimento due diligence é composto por cinco etapas:

> 1) Declaração de intenção do comprador. Esta fase inicial envolve a celebração de um acordo preliminar de compra (conhecido como engagement letter) ou uma carta de intenções preliminar. É onde são determinadas as regras da due diligence, através de um documento que indica normas e temas estratégicos importantes, tanto para o potencial vendedor como para o comprador, bem como aborda aspectos como confidencialidade, direito de preferência no negócio, entre outros. Sendo um acordo que formata uma negociação que se dará entre as partes, não existe como enumerar com precisão o que deve constar neste documento. O bom senso das partes é o que prevalece. Geralmente uma engagement letter vem acompanhada da prestação de diversos representations and warranties por parte do vendedor, uma parte importante do seu conteúdo; 2) Envio de check list. Documento que geralmente é preparado pelos advogados contratados para realizar a due diligence, listando as informações que deverão ser disponibilizadas pela empresa-alvo. Um check list pode até mesmo incluir perguntas diretas e geralmente é entregue aos diretores da empresa-alvo pouco depois da assinatura

> da engagement letter; 3) Fornecimento e/ou obtenção das informações. Após o recebimento do check list, inicia-se a fase mais árdua da due diligence, que envolve a revisão das informações passadas pela empresa-alvo, bem como a pesquisa e coleta de dados complementares. Pode ser efetuado através da consulta em bases de dados públicos (como o site do INPI, no caso de propriedade industrial) da análise dos documentos entregues pela empresa-alvo, entre outros. Os documentos podem ser disponibilizados em local determinado, que no jargão negocial é conhecido como data room, uma opção que garante maiores cuidados quanto ao sigilo e segurança dos documentos; 4) Consolidação das informações. Após a análise dos dados coletados pelas equipes de advogados, um extenso relatório é preparado, nos moldes solicitados pela contratante do serviço e seguindo os padrões adotados pelos advogados responsáveis; 5) Entrega do relatório final de due diligence. Este relatório poderá ser utilizado pelo encomendante diretamente na mesa de negociações, ou ser criteriosamente analisado pelo mesmo ao avaliar a viabilidade da transação. A partir daí, caberá a ambas as partes continuar as negociações até a assinatura de um acordo final.[3]

Desta forma, a due diligence busca identificar as responsabilidades ambientais que poderão resultar da transação, como por exemplo, se a propriedade envolvida está contaminada ou se a área causou contaminação em outras propriedades ou pessoa. Portanto, a função de uma due diligence é tentar obter uma estimativa dos passivos ambientais, uma vez que as desconformidades verificadas influenciarão o valor final de uma transação de compra e venda de um terreno.

Estabelecida a importância da due dilligence, cumpre estabelecer que conforme disposto no artigo 225 da Carta Constitucional, o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado foi a todos assegurado, tendo sido impostas à coletividade e ao Poder Público obrigações de defendê-lo e preservá-lo.

Uma das formas de manter equilibrado o Meio Ambiente será através da conservação da qualidade do solo conforme preceitua a Resolução CONAMA nº 420/2009. Esta resolução estabelece diretrizes para o gerenciamento ambiental de áreas contaminadas por substâncias contaminantes em decorrência de atividades antrópicas, estabelece como objetivo que a "(...) proteção do solo deve ser realizada de maneira preventiva, a fim de garantir a manutenção da sua funcionalidade ou, de

3. ROSA, Dirceu Pereira de Santa. *A importância da Due Diligence de propriedade intelectual nas reorganizações societárias intelectual*, p. 3-19. Revista da ABPI, São Paulo, set./out. 2002. n. 60, p. 06-07;

maneira corretiva, visando restaurar sua qualidade ou recuperá-la de forma compatível com os usos previstos (art.3º)".

Assim, é dever constitucional do Poder Público cuidar preventivamente ou corretivamente da funcionalidade do solo, principalmente quando constatar que o local está contaminado, como definido no art. 6º, V da Resolução:

> V - Contaminação: presença de substância(s) química(s) no ar, água ou solo, decorrentes de atividades antrópicas, em concentrações tais que restrinjam a utilização desse recurso ambiental para os usos atual ou pretendido, definidas com base em avaliação de risco à saúde humana, assim como aos bens a proteger, em cenário de exposição padronizado ou específico;

Em outras palavras, uma área contaminada pode ser definida como uma área, local ou terreno onde há comprovadamente poluição ou contaminação causada pela introdução de quaisquer substâncias ou resíduos que nela tenham sido depositados, acumulados, armazenados, enterrados ou infiltrados de forma planejada, acidental ou até mesmo natural[4].

Com efeito, a principal causa de contaminação do solo do lixão deriva do chorume - um líquido de cor escura percolado resultante da decomposição da matéria orgânica que contém substâncias químicas contaminantes, ou não, a depender do tipo de resíduos depositados – o qual é a ameaça mais significante para as águas subterrâneas, uma vez que poderá alcançar as camadas mais profundas do solo. Dependendo da natureza da formação do solo e da ausência do sistema de coleta do chorume, este tem sido associado diretamente à contaminação dos aqüíferos subterrâneos, tornando-se alvo de extensas investigações[5]. Além disso, pode-se ainda dizer que o chorume dos resíduos urbanos é composto ainda por cátions e ânions inorgânicos; metais pesados; matéria orgânica; e compostos orgânicos específicos (ex: hidrocarbonetos e fenóis)[6].

4. Ministério do Meio Ambiente;
5. ZANONI, 1972; Walls, 1975;
6. CHRISTENSEN, 1986;



Título: Figura 01 - Área contaminada por um lixão[7]

Sendo assim, antes de remediá-las, estas áreas contaminadas deverão sofrer uma investigação confirmatória para diagnosticar a contaminação nos termos do art. 23, II c/c art. 6º, VIII da Resolução CONAMA para posterior descontaminação ou remediação:

> Art. 23, II - Diagnóstico: etapa que inclui a investigação detalhada e avaliação de risco, as expensas do responsável, segundo as normas técnicas ou procedimentos vigentes, com objetivo de subsidiar a etapa de intervenção, após a investigação confirmatória que tenha identificado substâncias químicas em concentrações acima do valor de investigação.
>
> Art. 6º VIII - Investigação confirmatória: etapa do processo de identificação de áreas contaminadas que tem

7. Fonte: http://euambientalista.blogspot.com.br/2013/02/recuperacao-de-areas-degradadas-pela.html

> como objetivo principal confirmar ou não a existência de substâncias de origem antrópica nas áreas suspeitas, no solo ou nas águas subterrâneas, em concentrações acima dos valores de investigação;

Uma vez realizado o diagnóstico, serão avaliados os riscos em relação à exposição de dois bens fundamentais: à vida/saúde humana e o meio ambiente. Devem ser identificadas, portanto, todas as fontes de contaminação - primárias e secundárias – e demais medidas de intervenção para possibilitar a reabilitação da área contaminada.

Segundo Stipp[8], o diagnóstico ambiental é um instrumento fundamental na investigação interdisciplinar que auxilia no aprofundamento do conhecimento científico. É uma investigação imprescindível face à degradação ambiental imposta ao nosso planeta pela ação antrópica. Ainda sobre passivo ambiental, Schianetz[9] define como: "disposições antigas e sítios contaminados que produzem riscos para o bem-estar da coletividade, segundo a avaliação tecnicamente respaldada das autoridades competentes".

Nesta esteira, a etapa de diagnóstico revela-se essencial como forma de prevenção ao risco carcinogênico da exposição do Ser Humano aos contaminantes presentes nestas áreas e o risco ambiental causado direta e indiretamente ao ecossistema presente naquele local como se verifica na figura 01.

Diante destes fatos, é relevante que se realize o levantamento das atividades históricas do local e, consequentemente, do seu passivo ambiental. Segundo a NBR 15515, passivo ambiental é como "danos infligidos ao meio natural por uma determinada atividade ou pelo conjunto de ações humanas, que podem ou não ser avaliados economicamente".

Havendo riscos, a Due Diligence torna-se necessária. Será realizada sempre que envolver investimentos financeiros. Isso significa que Due Diligence pode beneficiar tanto investidores particulares quanto o gestor público.

Neste termos, se é natural um investidor privado realizar uma Due Diligence para descobrir informações sobre objeto negociado, por que então um gestor público não se interessaria em realizar o processo internamente? A Due Diligence também é uma ferramenta de avaliação interna, pois é utilizada também para determinar a sustentabilidade de

8. STIPP, 2004;
9. SCHIANETZ, 1999. 200p;

determinado objeto, de modo a prever riscos e assim tomar as medidas necessárias para corrigi-las ou mitigá-las.

Assim, caberá ao município identificar seu passivo ambiental nos termos na PNRS. Do contrário, após transferir a titularidade da área ao particular, a responsabilidade recairá sobre o novo titular, seja ele o proprietário ou empreendedor que ali realizará suas atividades. Nesse sentido, cumpre esclarecer que a responsabilidade de recuperação de áreas degradadas é *propter rem*, ou seja, acompanha o imóvel independentemente do atual titular do domínio/posse ou, ainda, de quem tenha degradado a área. Nesse sentido:

> (…) descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbara Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação propter rem, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental in casu, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Precedentes do STJ (RESp n.º 948.921, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, DJe11/11/2009).

Soma-se a isso que a reparação ao dano ambiental é imprescritível por se tratar de um direito coletivo, difuso, indisponível e de ordem pública, segundo posição consolidada do STJ. Na prática, o que se verifica é a ocorrência de um dano continuado, isto é, um dano causado incessantemente, o que, por si só, evitaria a prescrição da reparação do dano.

À título de exemplo, há casos em que a confirmação de contaminação reduz em até 30% o valor da negociação, outros, ainda, que a confirmação de contaminação da área inviabiliza o negócio em razão do valor elevado para remediá-la. Por isso as empresas passaram a privilegiar a Due Diligence ambiental[10].

Enfim, para o desenvolvimento de atividades antrópica em terrenos contaminados tanto o gestor público quanto o particular devem-se atentar às restrições – legais ou não - que possam limitar empreendimentos futuros. É imperativo que o diagnóstico passe pela análise de projetos de lei que poderiam impactar o empreendimento, pela análise da hidrologia da região, pela captação e lançamento de efluentes líquidos, pela destinação dos resíduos sólidos, avaliação do entorno e das comunidades e até mesmo das tendências econômicas na região.

10. Hera Consultoria e Treinamento, 2012.

2 RESULTADOS ESPERADOS

O presente artigo demonstra ao gestor público e aos particulares que pretendem exercer atividades antrópicas em terrenos contaminados a necessidade de identificar e diagnosticar adequadamente os contaminantes do solo e subsolo.

Com a realização do diagnóstico ambiental, obtém-se a caracterização da área - como a sua hidrologia e relevo – e o impacto e influência dos contaminantes no solo e lençol freático, isto é, quais as reações físico-químicas e biológicas presentes naquele ambiente. Desta forma, será possível conhecer os níveis de contaminação e o grau de comprometimento do solo, provocado através da disposição inadequada de resíduos no local.

Alguns dos resultados esperados ao final do diagnóstico são: a recuperação da área degradada, estabelecer o uso e manejo sustentável dos recursos, recompor a cobertura florestal em determinadas regiões, minimizar o risco de ocorrência dos processos erosivos e adequar-se à legislação ambiental vigente, restaurando a função ambiental da área[11].

Conforme Ramires[12], o gerenciamento de áreas contaminadas prevê a execução de diferentes etapas de estudos ambientais e, após a conclusão de cada etapa, a área recebe uma determinada classificação. Após a obtenção de todos os dados levantados referentes à área contaminada, será feita uma revitalização do local, com objetivo de protegê-lo, impedindo que ocorram outros passivos ambientais.

Ao final deste processo, o gestor ou proprietário obterá um diagnóstico real do estado do terreno, o valor do investimento que deverá ser realizado para recuperação - sendo esta uma obrigação legal – e qual a técnica que será utilizada na remediação e/ou recuperação para que, posteriormente, seja possível o aproveitamento futuro da área.

Ante ao exposto, a Due Diligence é, antes de tudo, um instrumento de prevenção de riscos a saúde humana e financeira dos investidores.

CONCLUSÕES

Atualmente, o gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos é um dos grandes desafios da gestão pública municipal, sobretudo em relação às etapas de tratamento e destinação. Notadamente, o histórico das cidades brasileiras anterior à edição da PNRS era depositar os resíduos em lixões

11. CASAGRANDE, 2005
12. RAMIRES, 2008. 174 p.

ou vazadouros à céu aberto, o que ocasionou grande contaminação em áreas urbanas.

Assim, com a frequente expansão urbana e a necessidade de exploração de novas áreas, é cada vez maior a requisição de áreas públicas desabitadas e inutilizadas para novas destinações. Assim, há terrenos que se encontram atualmente contaminados e cuja utilização possui um risco potencial de afetar a saúde humana e financeira dos municípios e particulares.

Sendo assim, o diagnóstico do passivo ambiental e *Due Diligence* se revelam grandes aliados da gestão por prevenir potenciais prejuízos.

Certo é que diagnosticar é uma etapa essencial para ter o real dimensionamento do problema a ser enfrentado pelo gestor/empreendedor, é compreender quais os esforços serão empregados na solução de um dos maiores problemas atuais dos centros urbanos: a gestão dos riscos provocados pela poluição humana.

Em resumo, todo e qualquer planejamento e investimento deverá passar pelo diagnóstico do passivo ambiental. A investigação e análise dos contaminantes presentes nas áreas degradadas são necessárias para planejar a remediação e posterior utilização antrópica da área. Aos gestores públicos cumprem identificar as áreas e descontaminá-las. Aos particulares cabem, antes de investir ou adquirir uma área degradada, diagnosticar os passivos ambientais para avaliar o investimento de modo a poupar ou prevenir eventuais prejuízos futuros, uma vez que obrigatoriamente deverão recuperá-la.

REFERÊNCIAS

ABRELPE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS. Panorama dos resíduos sólidos no Brasil, 2014. São Paulo, SP: ABRELPE, 2015. 120p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15.515 DE 2007. Passivo ambiental em solo e água subterrânea. Disponível em: www.abntcatalogo.com.br/norma. aspx?ID=086821. Acessado em: 18/07/2017.

CASAGRANDE, C. A. Diagnóstico ambiental e análise temporal da adequabilidade do uso e cobertura do solo na bacia do Ribeirão do Marins, Piracicaba-SP. ESALQ/USP, 2005. Disponível em: www.teses.usp.br/

teses/disponiveis/91/91131/tde.../CatiaCasagrande.pdf. cessado em: 18/07/ 2017.

CHRISTENSEN, H T, BJERG, P. L., BANWART A S, JAKOBSEN, R., GORM H, HANS-JØRGEN, A. "Characterization of redox conditions in groundwater contaminant plumes". Journal of Contaminant Hydrology, DK-2800, Lyngby, Denmark, Received 12 July 1999; received in revised form 22 March 2000; accepted 29 May 2000.

DALMEIDA, M.L.O.; VILHENA, A. Lixo Municipal: manual de gerenciamento integrado. 2º ed. São Paulo: IPT/CEMPRE. 2000, 370p

HERA CONSULTORIA E TREINAMENTO, 2012. Avaliação Ambiental em Imóveis. Disponível em: http://www.heraconsultoria.com.br/noticias/cresce-demanda-por-due-diligence-e-auditorias-ambientais/. Acesso em: 14 de Julho. 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, s/d. Áreas contaminadas. Disponível em: http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/areas-contaminadas. Acesso em: 18/07/2017.

SCHIANETZ, Bojan. Passivos ambientais: levantamento histórico: avaliação da periculosidade: ações de recuperação. Curitiba: SENAI-PR, 1999. 200p)

STIPP, N. A. F; Sitpp, M. E.F. Análise ambiental em cidades de pequeno e médio porte. UEL, Londrina, PR. 2004. GEOGRAFIA – VOLUME 13 – NÚMERO 2 – JUL/DEZ. 2004.

RAMIRES, J. Z. S. Áreas contaminadas e os Riscos Socioambientais em São Paulo. São Paulo, 2008. 174 p. Área de Concentração: Geografia Política e Meio Ambiente, FFLC/USP. Disponível em: www.teses.usp.br/.../DISSERTACAO_JANE_ZILDA_SANTOS_RAMIRES.Pdf. Acesso em: 18/07/2017.

ROSA, Dirceu Pereira de Santa. A importância da Due Diligence de propriedade intelectual nas reorganizações societárias intelectual, p. 3-19. Revista da ABPI, São Paulo, set./out. 2002. n. 60

ZANONI, A. E. (1972). Ground water pollution and sanitary landfills—a critical review. Ground Water,

CAPÍTULO 10

PENA DE PERDIMENTO ADMINISTRATIVA DE EMBARCAÇÕES PESQUEIRAS COMERCIAIS INDUSTRIAIS: VIOLAÇÃO À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

LELAYNE THAYSE FLAUSINO

INTRODUÇÃO

A pesca é uma das atividades mais antigas da humanidade, citada até mesmo na bíblia e entendida como prática anterior à caça. Além de importante historicamente, a pesca possui cunho social, trazendo alimento às famílias, e econômico, na produção de emprego e renda.

Com tamanha valia comercial e cultural, a pesca é motivo de discussão e respeito no Brasil, possuindo legislação própria, especialmente a Lei 11.959/2009 que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e Pesca. Além dessa modalidade, consta ainda a pesca industrial. Para o atendimento da demanda nacional e internacional, são exportadas grandes quantidades de pescados para vários continentes, de modo que as embarcações pesqueiras industriais são muito utilizadas.

No exercício do labor, a pesca industrial pode enfrentar situações ou possibilidades de autuações administrativas ambientais, com aplicações de auto de infração com multa pecuniária, termo de suspensão da atividade e termo de apreensão de embarcação com a decretação posterior de perdimento para o órgão público.

Dada a relevância da atividade para o país e para as pessoas que obtêm seu sustento por meio da atividade pesqueira e diante da polêmica a respeito da possibilidade de aplicação da pena de perdimento

administrativa, esse estudo propõe-se a analisar se tal pena é proporcional nos termos do sistema jurídico brasileiro, uma vez que pode culminar na aplicação da multa pecuniária com a apreensão e o perdimento da embarcação pesqueira industrial, limitando assim as atividades essenciais de labor do cidadão, retirando seu objeto de trabalho.

1 DIRETRIZES LEGAIS PÁTRIAS A RESPEITO DA ATIVIDADE PESQUEIRA

Assim entendida, no ano de 1991 foi editada a Lei 8.171/1991 que trata da política agrícola nacional fazendo referência especial à pesca, inserindo-a no âmbito da matéria agrária nacional, que abrange as atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal, eis que são atividades total e essencialmente produtivas.

Neste mesmo entendimento, o Art. 27 da Lei 11.959/2009 classifica que são considerados produtores rurais e beneficiários da política agrícola de que trata o art. 187 da Constituição Federal as pessoas físicas e jurídicas que desenvolvam atividade pesqueira de captura e criação de pescado.

Posteriormente, 1993, foi editada regulamentação sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiro, por meio da Lei 8.617/1993, indicando que doze milhas marítimas de largura perfazem o mar territorial brasileiro, estendendo-se pela zona contígua que perfaz entre doze às vinte e quatro milhas marítimas de largura, finalizando na zona econômica exclusiva brasileira que é a compreendida entre as doze até as duzentas milhas marítimas. Essa extensão submete-se à soberania nacional, para fins de exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais, vivos ou não-vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e do seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos. Além disto, há a plataforma continental, compreendida entre o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas náuticas das linhas de base, também para efeitos da exploração dos recursos naturais.

Porém, muito antes da Constituição Federal, em 1967 restara promulgado o Decreto-Lei n. 221/1967 que dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca, então denominado código da pesca. O então Código da Pesca definiu que as embarcações, redes e petrechos são considerados

bens de produção. Ademais, referidas embarcações somente poderão exercer a atividade de pesca mediante concessão de licença.

A matéria também demandou a criação da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e Pesca, com as suas disposições constantes na Lei 11.959/2009, que dispõe sobre o desenvolvimento sustentável da pesca e da aquicultura como fonte de alimentação, emprego, renda e lazer, garantindo-se o uso sustentável dos recursos pesqueiros, o desenvolvimento socioeconômico, cultural e profissional dos que exercem a atividade pesqueira, dentre outras promoções.

Neste diapasão, visando extração e captura dos recursos naturais pesqueiros, as embarcações são instrumentos utilizados com frequência, ainda mais visando à pesca em alto mar ou de longas distâncias.

Quanto às embarcações pesqueiras, a Lei 11.959/2009, em seu art. 10, dispõe que são consideradas embarcações de pesca, aquelas que permissionadas e regularmente registradas atuam na pesca, aquicultura, conservação, processamento ou transporte do pescado ou ainda na pesquisa de recursos pesqueiros. O mesmo dispositivo, em seu primeiro parágrafo, classifica as embarcações em porte pequeno, médio ou grande, conforme a variação da arqueação bruta[1], respectivamente até vinte, entre vinte e cem ou superior a cem.

No mesmo dispositivo legal, nos parágrafos 2º e 3º, fica ressaltado que:

> § 2º Para fins creditícios, são considerados bens de produção as embarcações, as redes e os demais petrechos utilizados na pesca ou na aquicultura comercial.
>
> § 3º Para fins creditícios, são considerados instrumentos de trabalho as embarcações, as redes e os demais petrechos e equipamentos utilizados na pesca artesanal.

Ou seja, as embarcações pesqueiras comerciais são consideradas, entre outras qualificações, de produção e instrumentos de trabalho.

Quanto á classificação da pesca, com a utilização de embarcações, a legislação vigente 11.959/2009, em seu artigo 8, discorre que estas podem ser classificadas em comercial, distribuídas entre artesanal, que são praticadas diretamente por pescador de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com embarcações de pequeno porte, e a industrial que é a praticada por pessoa física ou jurídica, envolvendo embarcações de

1. Arqueação bruta é a tonelagem bruta ou o volume interno total de uma embarcação, expresso em toneladas.

pequeno, médio ou grande porte, com envolvimento comercial e vínculo empregatício. Ainda, a pesca pode ser não comercial, do tipo científica, amadora ou de subsistência.

Elucidando o tema, a doutrina sustenta que:

> Convém ressaltar, ademais, que o ordenamento pesqueiro atual diferencia a pesca da atividade pesqueira, compreendendo esta de forma muito mais abrangente, " todos os processos de pesca, explotação e exploração, cultivo, conservação, processamento, transporte, comercialização e pesquisa dos recursos pesqueiros" (Lei 11.959/09, art. 4º). Quanto à natureza da pesca, a Lei 11.959/09 a classifica em comercial (art. 8º, I) e não comercial (art. 8º, II). A pesca comercial se divide em artesanal (" quando praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte") e industrial (" quando praticada por pessoa física ou jurídica e envolver pescadores profissionais, empregados ou em regime de parceria por cotas-partes, utilizando embarcações de pequeno, médio ou grande porte, com finalidade comercial") (art. 8º, I, "a" e "b")." [GOMES, 2011, p. 47]

Inobstante, cabe ao pode público conciliar o equilíbrio entre o princípio da sustentabilidade dos recursos pesqueiros e a obtenção dos melhores resultados econômicos e sociais. No seu exercício regular de pesca, a embarcação pesqueira comercial industrial, que pode alcançar e trabalhar há longas milhas náuticas no mar, capturando e coletando pescados nas mais variadas formas e tamanhos, possivelmente será submetida a fiscalizações por órgãos ambientais.

O órgão federal competente para realizar as fiscalizações é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), que nos termos de sua atribuição legislativa e diante da constatação do ilícito ambiental, na maioria das vezes procede na aplicação em conjunto do auto de infração com a multa pecuniária, mais os termos de apreensão de pescados, petrechos e da embarcação pesqueira industrial, chegando até mesmo a lacrar a embarcação, com indicação de termo de embargo ou suspensão da atividade.

A Fiscalização Ambiental deve seguir os ditames do Decreto 6.514/2008, nos termos do art. 3, punindo e sancionando os infratores administrativos com advertência, multa simples, multa diária, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos

e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; demolição de obra, suspensão parcial ou total das atividades e restritiva de direitos.

Considerando as penalidades apresentadas no artigo 3º da norma constituem formas de restrição de direitos, o rol de sanções indicados pelo legislador não é exemplificativo, mas taxativo e pode ser combinado com demais sanções, ou seja, aplicação de multa simples mais apreensão de produtos e de embarcações. No item seguinte, ao tratar da hermenêutica constitucional será oportuno retornar a esse tema. Por hora, neste ponto indicativo, objeto do presente estudo, o Decreto 6.514/2008 indica quanto a apreensão, depósito e destinação administrativa da embarcação apreendida na infração ambiental:

> Art. 102. Os animais, produtos, subprodutos, instrumentos, petrechos, veículos de qualquer natureza referidos no inciso IV do art. 72 da Lei nº 9.605, de 1998, serão objeto da apreensão de que trata o inciso I do art. 101, salvo impossibilidade justificada.
>
> Art. 106. A critério da administração, o depósito de que trata o art. 105 poderá ser confiado:
>
> I - a órgãos e entidades de caráter ambiental, beneficente, científico, cultural, educacional, hospitalar, penal e militar; ou
>
> II - ao próprio autuado, desde que a posse dos bens ou animais não traga risco de utilização em novas infrações.
>
> § 1º Os órgãos e entidades públicas que se encontrarem sob a condição de depositário serão preferencialmente contemplados no caso da destinação final do bem ser a doação.
>
> § 2º Os bens confiados em depósito não poderão ser utilizados pelos depositários, salvo o uso lícito de veículos e embarcações pelo próprio autuado.
>
> § 3º A entidade fiscalizadora poderá celebrar convênios ou acordos com os órgãos e entidades públicas para garantir, após a destinação final, o repasse de verbas de ressarcimento relativas aos custos do depósito.
>
> Art. 134. Após decisão que confirme o auto de infração, os bens e animais apreendidos que ainda não tenham sido objeto da destinação prevista no art. 107, não mais retornarão ao infrator, devendo ser destinados da seguinte forma:
>
> I - os produtos perecíveis serão doados;

> II - as madeiras poderão ser doadas a órgãos ou entidades públicas, vendidas ou utilizadas pela administração quando houver necessidade, conforme decisão motivada da autoridade competente;
>
> III - os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais;
>
> IV - os instrumentos utilizados na prática da infração poderão ser destruídos, utilizados pela administração quando houver necessidade, doados ou vendidos, garantida a sua descaracterização, neste último caso, por meio da reciclagem quando o instrumento puder ser utilizado na prática de novas infrações;
>
> V - os demais petrechos, equipamentos, veículos e embarcações descritos no inciso IV do art. 72 da Lei nº 9.605, de 1998, poderão ser utilizados pela administração quando houver necessidade, ou ainda vendidos, doados ou destruídos, conforme decisão motivada da autoridade ambiental;
>
> VI - os animais domésticos e exóticos serão vendidos ou doados.
>
> VII - os animais da fauna silvestre serão libertados em seu hábitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações, centros de triagem, criadouros regulares ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

Há de se notar que a embarcação, mesmo que apreendida, poderá ser atribuída ao Autuado, muitas vezes proprietário, na condição de fiel depositário, inclusive permitindo-lhe o uso, logicamente para o trabalho. A parte final do art. 102, do Decreto 6.514/2008, determina que os bens serão apreendidos, "salvo impossibilidade justificada". Numa leitura sistemática da norma, pode-se concluir que diz respeito à contradição descrita no art. 134 do mesmo dispositivo legal, ou seja, a embarcação pesqueira industrial comercial não poderá ser destruída, doada, vendida ou utilizada pela administração pública, eis que produzida somente para esta finalidade.

Não menos importante, encontramos subsídios na Instrução Normativa 28/2009 do IBAMA, quanto ao procedimento da destinação da embarcação apreendida quando da prática infracional, preleciona:

> Art. 5º Quando o bem for apreendido por se tratar de instrumento utilizado na prática da infração ambiental, deverá constar do Termo de Apreensão:
>
> I - os elementos de convicção do agente autuante quanto a esta caracterização do bem, ou seja, quais as circunstâncias

> do caso que indicam ter sido o bem apreendido utilizado como instrumento na prática da infração;
>
> II - indicação da respectiva infração ambiental praticada tendo por instrumento o bem apreendido; e
>
> III - informação se o bem apreendido foi fabricado ou alterado em suas características para a prática de infração ambiental.
>
> § 1º A apreensão de instrumento utilizado na prática da infração penal deve levar em conta a razoabilidade na aplicação da futura sanção de apreensão do bem frente à gravidade da infração ambiental praticada
>
> § 2º Quando o instrumento apreendido se tratar de equipamento, veículo ou embarcação, deve-se informar se a continuidade da sua utilização pode ser entendida, no caso concreto, como de repercussão significativa em desfavor do meio ambiente.
>
> Art. 6º Constatando-se, durante a instrução processual, que o equipamento, veículo ou embarcação, de posse ou utilização lícita, identificados no Termo de Apreensão não foram utilizados como instrumento para a prática da infração ambiental, será cancelado o respectivo Termo, restituindo-se o bem ao proprietário, observando-se o disposto no parágrafo único do art. 105 do Decreto Nº 6.514 de 22 de julho de 2008, independentemente da confirmação do respectivo auto de infração.
>
> Art. 8(...)
>
> § 4º Para a aplicação da sanção de apreensão relativa a veículos, embarcações e equipamentos utilizados como instrumentos para a prática da infração ambiental, deve a autoridade julgadora motivar expressamente quanto à razoabilidade e proporcionalidade da sanção frente à infração ambiental praticada.

A razoabilidade é parâmetro para valoração dos atos públicos, cotejando-os com esse que é considerado um dos valores supremos de todo ordenamento jurídico: a justiça e pode ser interna – quando seu motivo ensejador, meio empregado e fim desejado tem adequação entre si – e pode ser externa – quando não confronta nenhuma norma constitucional. Já a proporcionalidade, dentre seus critérios, exige uma ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos: as vantagens devem superar as desvantagens para que a medida seja admissível (BARROSO, 2009, 230-235).

2 PENALIDADES APLICADAS ÀS EMBARCAÇÕES À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Nos termos do art. 833 do Código de Processo Civil, que dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. As interpretações teleológica e sistemática do Código de Processo Civil, em harmonia com os princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e do direito fundamental à legítima, conduzem à inferência de que o móvel e o imóvel profissional constituem instrumentos necessários ou úteis ao desenvolvimento da atividade objeto do labor, portanto, devem ser respeitados.

A impenhorabilidade absoluta de que cuida o art. 833, V, do Código de Processo Civil abrange as embarcações comerciais industriais eis que utilizadas apenas ao exercício da profissão, sendo indispensável para a prática da pesca em diversas modalidades.

À luz do Direito do Trabalho, a relação dos pescadores profissionais não artesanais com o armador da embarcação é de emprego, por subsunção ao preconizado pelo artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalho, ou seja, ele põe sua força de trabalho à disposição, de forma não-eventual, mediante remuneração e subordinação. Tal relação é reforçada pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei 9.537/97, o qual prescreve que o embarque e o desembarque do tripulante submetem-se às regras do seu contrato de trabalho e, também, no Decreto nº 64.618/69 que dita no artigo 3º que o armador da embarcação de pesca, seja ou não proprietário dela, é empregador.

Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo presidido pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no REsp 780870 / PR RECURSO ESPECIAL n. 2005/0151315-0, em síntese reconheceu que o veículo penhorado era utilizado como meio de transporte ao trabalho da recorrente, entendendo ser impenhorável eis que possui utilidade par ao trabalho, ficando reconhecido que o veículo objeto de discussão era, de fato, útil ao exercício da profissão da Recorrente, daí por que não poderia ter sido penhorado, nos termos do artigo 679, inciso VI do Código de Processo Civil.

Assim sendo, a aplicação da penalidade administrativa de apreensão e perdimento da embarcação pesqueira industrial comercial, aparentemente,

não acompanha qualquer proporcionalidade ou razoabilidade, mas sim confisco pelo órgão público, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana e seu direito ao exercício de trabalho, sustento e renda.

É importante frisar que essa análise se ocupa das embarcações mais comumente autuadas, as quais não possuem qualquer tipo de descaracterização para cometimento da infração ambiental, ou seja, possuem inscrição no órgão marítimo, permissão ou licença de pesca, profissionais habilitados, rastreadores instalados e mapas de bordo sendo preenchidos diante das atividades pesqueiras recorrentes. Portanto, excluem-se da análise, embarcações eivadas de modificação ou ilegalidade na sua estrutura ou documentação, situação que configuraria pirataria e, portanto, teria agravantes a serem consideradas.

O respeito à utilização da embarcação para fins de trabalho deve ser respeitada, em atenção ao princípio do não-confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), que não poderá ser taxado de modo indefinido e ilimitado, além desse prazo, afastando assim a possibilidade, não remota, de que a pena pecuniária, seu caráter pedagógico não ultrapasse os limites legais, retirando também a posse e propriedade da embarcação.

A Constituição Federal não admite imposto que resulta em confisco, conforme disciplinado em seu artigo 150, onde é proibido à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributos com efeito de confisco.

Por imposto ou multa ou sanção confiscatório deve ser entendido aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou da renda, havendo uma diferença apenas entre o imposto constitucional e o confiscatório. Este, resulta na declarada expropriação de bens, ou seja, a declarada aplicação da forma ilegal.

Conforme exposto, os trabalhadores e os proprietários que operam com embarcações estão expostos ao risco de penalidades, as quais, eventualmente são aplicadas de modo cumulativo e, como se pretende demonstrar, sem observância à proporcionalidade. Mais que isso: como tais penalidades configuram restrições de direitos, devem observar os critérios hermenêuticos adequados: a interpretação deve ser restritiva, ou seja, reduzir os efeitos e abrangência da norma. Tal interpretação deve ter em conta elementos teleológicos e axiológicos sendo oportuna sempre que a intepretação específica conferir à norma uma amplitude que prejudica direitos invés de protege-los. Por isso, defende a doutrina que a interpretação restritiva é recomendada às normas que restringem direitos

ou garantias fundamentais, não obstante a amplitude da expressão literal do texto interpretado (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 296).

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 132) lecionando sobre o tema afirma que "Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo".

Por outro lado, consta a interpretação extensiva, aquela que expande o alcance da norma jurídica, eventualmente até mesmo para além de sua literalidade (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 297-298) e tal interpretação é recomendada sempre que a norma jurídica assegurar direitos.

3 PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS SOBRE PROPORCIONALIDADE EM APLICAÇÃO DE PENAS ADMINISTRATIVAS

O Supremo Tribunal Federal, em ação de controle concentrado, ou seja, cujo efeito é erga omnis, assim já decidiu:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. – STF - ADI 551 / RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058.

É importante mencionar também o princípio da dignidade da pessoa humana, presente nas Constituições brasileiras desde 1934. Atualmente, tal princípio encontra-se inscrito entre os princípios fundamentais e estruturantes, portanto, fundamento do Estado Democrático de Direito. Verifica-se no art. 170 da Constituição, que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna. Ou seja, o Estado existe em função da pessoa e não o inverso, de modo que o Supremo Tribunal Federal reconhece na dignidade da pessoa humana valor-fonte a conformar e orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro; mas não é apenas valor: é também norma jurídica com efeito vinculante, que guarda dentre suas funções, a de conferir unidade e legitimidade à ordem jurídica.

Em razão da unidade de sentido decorrente desse princípio, toda atividade de interpretação deve ser realizada a partir desse fundamento e reconhecer nele o limite e a tarefa dos poderes estatais e da própria comunidade. Finalmente, conforme leciona Sarlet, na dignidade humana encontram-se o limite e o limite dos limites no âmbito dos direitos fundamentais: por um lado a dignidade humana pode restringir outros direitos fundamentais para sua própria salvaguarda – limite, mas por outro, tal restrição jamais poderá ocasionar a completa desconsideração da dignidade de quem teve seu direito restringido – limite dos limites (SARLET, 2015, p. 257-262)

É o que dispõe o art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil 1988:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III – a dignidade da pessoa humana.

Tem-se ao certo que os princípios jurídicos foram criados com o intuito de proporcionar ao julgador um juízo de ponderação no exame do caso concreto, flexibilizando, por conseguinte, a norma "descrente" de justiça, racionalidade e dignidade humana através de um fundamento racional.

Ademais, a afronta direta ao art. 4 do Decreto 6514/2008, da Lei 9.605/98 e dos art. 5, 6 e 8 da Instrução Normativa n. 28/2009 do IBAMA, do art. 833 do Código de Processo Civil e da não aplicação dos princípios constitucionais, encontram-se defendidos no Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4º Região, do ano de 2017, como segue:

> APELAÇÃO CÍVEL Nº 5036236-54.2014.4.04.7200/SC
>
> EMENTA ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. PESCA PROIBIDA. AUTUAÇÃO. MULTA. PENA DE PERDIMENTO DA EMBARCAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. LIBERAÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> A apreensão dos instrumentos do crime é medida que deve guardar proporção com o dano causado, de forma que não se apresenta razoável a apreensão da embarcação, equipamento de elevado custo, se a reparação do dano exija diminuta alocação de recursos e o autuado seja pessoa economicamente hipossuficiente.

Além deste paradigma, utiliza-se também o julgado do Tribunal Regional Federal da 5º Região, em decisão, que segue:

> APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO nº 18975/CE

(0002849-

55.2010.4.05.8103)

E M E N T A: ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. BARCO DE PESCA. APREENSÃO DE EMBARCAÇÃO. FISCALIZAÇÃO DO IBAMA. LIMINAR CONCEDIDA NOMEANDO FIEL DEPOSITÁRIO O PROPRIETÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES.

- Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que deferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que o IBAMA, através de seus representantes, proceda à imediata liberação da embarcação NATAN I, inscrita na Agência da Capitania dos Portos em Camocim sob o nº 163-004221-8 (f.32), nomeando-se o autor, Sr. Vicente de Paula dos Santos, na qualidade de fiel depositário do bem, julgou procedente o pedido, para, ratificando a antecipação da tutela, determinou a definitiva liberação da embarcação acima descrita.

- A jurisprudência desta egrégia Corte Regional tem acolhido que é possível a liberação de veículo apreendido, estando o proprietário na qualidade de fiel depositário e quando tal apreensão tenha sido motivada por crime ambiental.

- Ademais, o autor aduziu que a referida embarcação é ferramenta de seu trabalho e sustento.

- Precedentes: APELREEX 00036264020104058103, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, DJE – Data 16/06/2011 – Página 481; AC 00015183520104058201, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE – Data 07/04/2011 – Página 309; REO 200784000004853, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJ – Data 02/12/2008 – Página 202 - Nº 234 e REO - 98615/CE, Quarta Turma, Decisão: 11/09/2007, DJ – Data 12/11/2007 - Apelação e remessa obrigatória improvidas.

O preceito ora indicado, de apreensão e perdimento de embarcações comerciais industriais no caso de infração ambiental federal arguida pelo IBAMA, não leva em consideração qualquer forma principiológica constitucional, legislativa pesqueira e agrária, tão pouco respeita os requisitos mínimos de decisão administrativa justificada e razoável, trazidas pela Instrução Normativa IBAMA n. 28/2009, bem como da impenhorabilidade dos produtos e objetos de trabalho trazidos pelo Código de Processo Civil no seu art. 833 e demais legislações vigentes.

Ainda, indica confisco, expropriação e empobrecimento do cidadão autuado, eis que eliminará sua fonte de renda, por vezes única, que é

sua embarcação pesqueira industrial, propriedade comercial, construída SOMENTE com esta finalidade.

Veja-se o que preleciona Alexy:

> O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade. (ALEXY, 2008. p. 9)

Para o jurista alemão, não há direito absoluto, apesar de a dignidade da pessoa humana, prima facie, sugerir tal condição. Segundo sua teoria dos direitos fundamentais, a ausência de uma hierarquia definida a priori entre os direitos, impõe que em cada caso onde ocorra colisão, condições fáticas e condições jurídicas sejam consideradas revelando à autoridade qual dos princípios em colisão deve prevalecer e em que medida. Entretanto, um dos pontos mais importantes em sua teoria é que a precedência de um princípio sobre o outro jamais pode conduzir à supressão ou completa desconsideração do princípio preterido, dada a importância dessa espécie de norma jurídica (ALEXY, 2007).

No caso aqui analisado, nota-se que a aplicação da pena de perdimento administrativa compromete veemente a atividade laboral e, por consequência, a fonte de subsistência de trabalhadores e de suas famílias, configurando uma ofensa frontal a um dos princípios mais importantes de toda ordem jurídica: a dignidade da pessoa humana. Como se procurou demonstrar, é a situação que se concretiza sempre que o órgão fiscalizador federal, IBAMA, não leva em consideração as alegações dos cidadãos autuados, as premissas aqui explanadas, tão pouco os princípios basilares do direito administrativo, processual e constitucional, fazendo com que a apreensão e o perdimento de embarcações pesqueiras comerciais industriais sejam totalmente desproporcionais, portanto inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se perceber que as atividades pesqueiras podem ser de natureza comercial ou não comercial, e que dentro destas indicações a pesca se dá de forma artesanal ou industrial e científica, amadora ou de subsistência.

Para tal fim, as atividades pesqueiras, geralmente, utilizam de redes, petrechos, utensílios e embarcações próprias, definidas e caracterizadas para tal especialidade de pesca e tal fim.

Assim, as embarcações são utilizadas para a pesca, aquicultura, conservação do pescado, processamento do pescado, transporte do pescado e na pesquisa de recursos pesqueiros.

As embarcações se classificam em pequeno porte, quando a arqueação bruta é igual ou menor que 20 (vinte), médio porte, quando a arqueação bruta possui maior que 20 (vinte) e menor que 100 (cem) e grande porte quando a arqueação bruta supera 100 (cem).

Referidas embarcações comerciais industriais, que são o objeto do trabalho, no exercício do labor, respeitando o Registro Geral da Pesca, as Permissões e Licenças, as determinações locacionais, temporais, de espécime, dentre outros, podem ser autuadas e apreendidas administrativamente por órgão ambiental federal. Entretanto, no decurso do processo administrativo a embarcação comercial industrial poderá ser declarada com perdimento ao órgão ambiental federal, desrespeitando a proporcionalidade legal e os princípios constitucionais.

Deve ser verificado, no decurso do processo administrativo, que a embarcação comercial industrial é instrumento de trabalho, bem impenhorável, faz parte da política agrícola, sendo condição sine qua non para a produção pesqueira nacional e internacional, manutenção comercial e industrial, atividade e disseminação cultural.

Assim, não há razão e proporção para ser aplicado o perdimento de embarcação comercial industrial totalmente legalizada e que exerce a atividade corretamente, prevalecendo a razoabilidade da aplicação de autuação pecuniária ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales.2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. lxxx, 601 p.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. 2 Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 432 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Luís Roberto. *In:* PRADO, Luiz Regis; TASSE, Adel El (coord.). Crimes de Pesca. Curitiba: Juruá, 2011. p. 47.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de direito constitucional. 3.ed., rev., atual e ampl. São Paulo, Saraiva: 2015. 1407 p.

CAPÍTULO 11

RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS PELA MINERAÇÃO E GESTÃO AMBIENTAL DO FECHAMENTO DE MINAS

LEONARDO PEREIRA LAMEGO

INTRODUÇÃO

A mineração é uma atividade com significativo potencial de impactos socioambientais negativos[1]. A implantação e operação de uma mina e suas estruturas de apoio podem alterar e impactar a topografia local, a condição e a qualidade do solo, a dinâmica, a qualidade e a disponibilidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, supressão da cobertura vegetal, fragmentação de habitats, geração de poeira, ruído, vibrações, emissões atmosféricas, impacto em áreas protegidas e unidades de conservação, na fauna, inclusive espécies ameaçadas de extinção e endêmicas, aumento da demanda local por serviços públicos já deficitários, impactos sociais em povos tradicionais e indígenas, quilombolas, no patrimônio arqueológico, além da geração e disposição inadequada de resíduos e rejeitos, entre outros.

Além desses riscos e potenciais impactos, um dos grandes desafios na gestão ambiental da atividade minerária, e considerável problema socioambiental, está relacionado ao período posterior ao fim da mineração, quando a (in)efetividade das medidas de prevenção, controle, recuperação e o uso futuro da área serão postas a prova.

1. Evidentemente, a depender do tipo de mineração, local, técnica e porte do projeto. A mineração também pode gerar diversos impactos positivos, tais como geração de empregos, no grau de escolaridade, fomento da economia local e regional. Estudos têm apontado que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) nos municípios mineradores são superiores às médias regionais, (vide: http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking/ e http://www.ibram.org.br/150/15001002.asp?ttCD_CHAVE=263171, acesso em 26.06.2018).

As minas abandonadas, assim consideradas as áreas com a atividade de extração mineral inativa, sem previsão de reinício da atividade, sem medidas de controle ou monitoramento ambiental, caracterizando o abandono do empreendimento, no qual o processo de fechamento está incompleto ou ausente a gestão ambiental, constituem hoje um passivo socioambiental bastante relevante. Conforme estudos de Worrall[2], estima-se que existam centenas de milhares de minas abandonadas ou áreas órfãs da mineração no mundo. Somente nos Estados Unidos são mais de 500 mil minas abandonadas cadastradas[3], na Austrália estima-se 32.000 minas, no Canadá mais de 10.000 minas, no Reino Unido cerca de 12.000 minas e na África do Sul algo em torno de 8.000 minas sem o devido processo de descomissionamento e recuperação ambiental.

No Brasil, ainda não existem números oficiais sobre minas abandonadas ou paralisadas sem controle ou gestão ambiental, tampouco informações consolidadas sobre as áreas com passivos decorrentes da mineração. Em 2014, a Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM do Estado de Minas Gerais, de forma pioneira e com o intuito de aumentar o conhecimento do tema e aprimorar os procedimentos de reabilitação de áreas degradadas e fechamento de mina[4], realizou diagnóstico que culminou na edição do 1º 'Cadastro de Minas Paralisadas e Abandonadas no Estado de Minas Gerais – 2016' avaliando a situação de 400 minas de diversas tipologias, desde lavras garimpeiras até grandes empreendimentos minerários. O estudo da FEAM aponta que o levantamento foi realizado em caráter preliminar e estima-se a existência de outras áreas ainda não cadastradas em similar situação de abandono ou com passivos decorrentes da mineração.

É importante adicionar a essa equação o fator social, pois em diversos casos a mineração está entre as principais fontes da economia local, de forma que o fechamento da mina sem gestão ambiental e sem planejamento socioeconômico para a transição, tende a acarretar impactos sociais e econômicos significativos. Por isso mesmo, o abandono de mina

2. WORRALL, R., NEIL, D., BRERETON, D., MULLIGAN, D. Towards a sustainability criteria and indicators framework for legacy mine land, 2009.

3. Conforme informa o 'Bureau of Land Management' dos Estados Unidos, por meio do website: "Abandoned mine lands (AMLs) present serious threats to human health and the environment. Addressing AML impacts is becoming increasingly important due to increased exposure to people and risks of accidents, injuries, and tort claims. There are estimates of as many as 500,000 abandoned mines in our nation." (https://www.abandonedmines.gov/extent_of_the_problem acessado em 16.05.2018.)

4. Até então regulamentados pela Deliberação Normativa COPAM nº 127, de 27 de novembro de 2008, que foi substituída pela Deliberação Normativa COPAM nº 220, de 21 de março de 2018.

ou o fechamento sem a revida recuperação ambiental das áreas caracteriza o clássico e ultrapassado modelo de internalização dos lucros e socialização dos prejuízos, contrariando preceitos fundamentais do direito ambiental e da sustentabilidade.

Embora estes impactos negativos decorrentes do inadequado fechamento de mina ou do abandono da atividade minerária sejam conhecidos de longa data, somente nas últimas décadas – e com sensível incremento a partir do início dos anos 1980[5] – que a legislação avançou para regulamentar os aspectos socioambientais pertinentes à utilização dos recursos naturais e para que a exploração econômica seja feita de forma mais equilibrada, racional e sustentável. Com isso, a legislação passou a estabelecer padrões de qualidade, restrições, obrigações e responsabilidades visando prevenir, mitigar, controlar e compensar os impactos socioambientais negativos advindos da mineração, inclusive de forma a internalizar as externalidades socioambientais negativas causadas. Como objetivo principal, a atual política ambiental visou uma atividade de mineração economicamente viável, socialmente justa e ecologicamente correta.

Com o advento das principais declarações e tratados de direito ambiental internacional ratificados pelo Brasil e marcos legais no direito interno[6] e regulamentação que lhe seguiram, somadas a uma maior conscientização e mobilização da sociedade, a proteção ambiental alçou novos patamares.

A mineração, tendo lugar de destaque na economia nacional e, de outro lado, por possuir um risco associado inerente e contar com inúmeras experiências de poluição, acidentes e geração de passivos não resolvidos,

5. Até o início da década de 1960, o Brasil possuía algumas poucas normas com referências à proteção ambiental, feita ainda de forma isolada, temática e não integrada ou estruturada (ex.: código de águas, estatuto da terra, código de pesca, código florestal de 1934, lei de proteção da fauna). Na década de 1970, o movimento ambientalista mundialmente ganha força e as primeira declarações internacionais são emitidas, tal como a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972 (Conferência de Estocolmo) e a Convenção de Viena (1985), que tornou o mecanismo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) obrigatório para a implantação de projetos possivelmente nocivos ao meio ambiente. No Brasil, no âmbito federal o grande marco é, sem dúvida, a lei da política nacional de meio ambiente e, em seguida, as primeiras resolução do CONAMA, notadamente a Resolução 001/86 do CONAMA, que regulamenta a realização de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

6. Dentre alguns dos marcos legais relevantes para este tema podemos citar: Código Florestal (Lei Federal nº 4.771/1965); Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal 6.938/1981); a Lei da ACP (Lei Federal 7.347/1985; Constituição da República de 1988; Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal 9.605/1998), Lei Federal nº 9.433/1997 (Pol. Nacional de Recursos Hídricos); Lei Federal nº 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos).

passou a ser intensamente regulamentada sob o aspecto socioambiental. Dentre os diversos aspectos tratados por essa nova regulamentação ambiental para o setor minerário, a legislação cuidou da prevenção, mitigação, controle e gestão de passivos, segurança das barragens de rejeitos, redução e gestão de resíduos, recuperação das áreas degradadas e procedimentos para o adequado fechamento das minas. A legislação vem se tornando mais robusta e detalhada nos últimos anos, especialmente no âmbito federal e nos estados mineradores.

Atualmente, a legislação e a boa prática ambiental exigem dos mineradores planejamento, desde a concepção do projeto até a fase posterior ao descomissionamento e fechamento de mina. Verifica-se, como tendência, o incremento na regulamentação das obrigações socioambientais pertinentes ao fechamento de mina e recuperação das áreas, assim como a intensificação da fiscalização e da responsabilização.

1 CARATERÍSTICAS ESPECÍFICAS DA ATIVIDADE MINERÁRIA

Para melhor compreensão do regime jurídico pertinente à mineração e das obrigações pertinentes à recuperação de áreas degradadas por esta atividade, é importante ressaltar alguns princípios e características inerentes às atividades minerárias.

1.1 PRINCÍPIO DO INTERESSE NACIONAL E CARÁTER DE UTILIDADE PÚBLICA

A primeira característica relevante para compreensão da atividade de mineração e o seu especial regramento é o fato de a sociedade moderna ser extremamente dependente do uso/aproveitamento dos recursos minerais, sem o qual ela seria insustentável e inviável. Vários setores da economia dependem direta ou indiretamente da utilização de substâncias minerais, cuja obtenção se dá mediante a extração mineral. A este respeito, a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, também denominada de Rio+10, realizada em Johannesburgo, na África do Sul, em 2002, consignou no item 46 do Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, a seguinte premissa:

> 46. A mineração, os minerais e os metais são importantes para o desenvolvimento econômico e social de muitos países. Os minerais são essenciais para a vida moderna.

Em vista dessa característica, o art. 176, §1º da Constituição Federal da República de 1988 (CR/88) estabelece que a atividade de mineração será realizada no interesse nacional[7]. Ademais, o Código Florestal (art. 3º) e o art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 conferem à atividade de mineração o caráter de utilidade pública.[8]

Por tratar-se de atividade essencial para o desenvolvimento da sociedade, a regulamentação da atividade de mineração, em especial o Decreto-Lei nº 227/67 (Código de Mineração) e o Decreto Federal nº 62.934/68[9], fomentam a exploração e o aproveitamento dos recursos minerais, assegurando ao minerador as garantias necessárias para acessar jazidas e realizar a atividade em prol do interesse nacional.

1.2 RIGIDEZ LOCACIONAL

Outra característica de grande importância é a "rigidez locacional" da mineração, ou seja, a impossibilidade do minerador escolher o local onde irá exercer a sua atividade produtiva, pois a lavra, necessariamente, deve ser realizada onde está jazida.[10]

7. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

8. Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: (...) VIII - utilidade pública: (...) b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho; (Texto tachado declarado inconstitucional nas ADIN Nº 4.937, ADC Nº 42 e ADIN Nº 4.903.) Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: (...) f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;

9. Recentemente revogado e substituído pelo Decreto Federal nº 9.40/2018, que passou a regulamentar o Código de Mineração.

10. A este respeito: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de Souza. *In* Direito Minerário em Evolução. Belo Horizonte. Mandamentos. 2009. p.223, assevera que "os bens minerais somente podem ser explorados no local de sua ocorrência geológica natural. Tal característica confere à atividade de mineração características sui generis, eis que uma mina só pode ser instalada onde está localizada a jazida, por obra da natureza, sendo que a sua pesquisa e lavra depende da implantação da infraestrutura de apoio, necessária à atividade mineradora. Por sua vez, FREIRE, William. In Características da Mineração e seus Reflexos no Direito Minerário, Fonte: Estado de Minas – 20/07/2009, diz que "Rigidez locacional significa que o empreendedor não pode escolher livremente o local onde exercer sua atividade produtiva,

Em razão dessa peculiaridade, em relação ao local da jazida não é possível exigir alternativa locacional do empreendimento minerário[11] e tampouco exigir que o minerador escolha ou privilegie este ou aquele imóvel para realização da atividade, pois não há opção por parte do empreendedor quanto à área da lavra. A legislação, ao contemplar esta característica, estabeleceu mecanismos e garantias necessárias para o exercício da mineração no local onde ocorre a jazida, tais como a servidão mineral[12], permissão judicial para acesso e realização de pesquisa e a possibilidade de minerar em áreas com restrição ambiental[13], além de relativizar certas regras de proteção ambiental, tais como o regime das áreas de preservação permanente e reserva legal.

1.3 LIMITAÇÃO TEMPORAL – EXAURIBILIDADE PREVISÍVEL DO RECURSO

A jazida mineral é um recurso natural não renovável, de forma que todo e qualquer projeto minerário é concebido com a perspectiva de seu fim, possuindo a mina uma vida útil limitada. O dimensionamento da jazida e a perspectiva da vida útil da mina decorrem de estimativas realizadas com base em avaliação técnica das reservas[14] e planejamento consoante os planos de aproveitamento econômico elaborado pelo minerador. Comportando, portanto, certa relatividade e sujeitos a ajustes. Com isso, o maior conhecimento superveniente das reservas minerais, mesmo durante a fase de lavra, pode levar o minerador a elaborar um Relatório de Reavaliação de Reservas (RRR) e alterar a duração e o plano de aproveitamento do projeto, assim como as variações no mercado, o surgimento de novas tecnologias, equipamentos e outras condições podem afetar a dimensão das reservas viáveis e o tempo de duração do projeto minerário. Em todo caso, as reservas minerais naquele determinado

porque as minas devem ser lavradas onde a natureza as colocou. Isso faz com que o legislador tenha que criar marcos regulatórios especiais para a mineração. A sociedade, dependente dos bens minerais, deve propiciar condições para o desenvolvimento deles. O empreendedor não escolhe a comunidade, o ambiente político, o ambiente geográfico onde deseja se instalar."

11. Rigidez locacional refere-se principalmente em relação à jazida e área de lavra. Essa rigidez é relativa em relação às demais estruturas acessórias e infraestrutura de apoio, tais como como barragem, pilhas de estéril, unidade de tratamento, etc.

12. Art. 6º, II, "b" (servidão), art. 27 (permissão judicial para realização de pesquisa) e art. 44 (imissão de posse da jazida) do Código de Mineração.

13. Ex.: áreas de preservação permanente, supressão de mata atlântica em estágio médio e avançado de regeneração, realocação de reserva legal, entre outros.

14. Vide: Norma Canadense "NI 43-101"; "Australasian Code for Reporting of Mineral Resources and Ore Reserves (the JORC Code)", Austrália, versão de 1999; the South African Code for the Reporting of Mineral Resources and Mineral Reserves (SAMREC).

local, fatalmente, chegarão ao seu fim e com esse exaurimento haverá o encerramento da atividade minerária, razão pela qual a legislação tutelou este aspecto e estabeleceu regramento específico para o fim da mina.

Diante dessas relevantes características específicas da mineração, que afetam e direcionam a elaboração e interpretação do regime jurídico do setor, o recente Decreto Federal nº 9.406 de 12 de junho de 2018, que passou a regulamentar o Código de Mineração e revogou o Decreto Federal nº 62.934/1968, houve por bem consignar tais características da atividade de forma expressa no âmbito da legislação minerária:

> Art. 2º São fundamentos para o desenvolvimento da mineração:
>
> I - o interesse nacional; e
>
> II - a utilidade pública.
>
> Parágrafo único. As jazidas minerais são caracterizadas:
>
> I - por sua rigidez locacional;
>
> II - por serem finitas; e
>
> III - por possuírem valor econômico.

O dispositivo acima transcrito consagra estes preceitos e o entendimento doutrinário da matéria, trazendo importante contribuição para interpretação e aplicação da legislação minerária e ambiental.

2 A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E O DEVER DE RECUPERAR AS ÁREAS

Na redação original do Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de março de 1940, que instituiu o Código de Minas de 1940[15], foi estabelecida de forma bastante genérica a obrigação do minerador de "tomar as providências necessárias para evitar a poluição e a intoxicação das águas e do ar" e dispondo que "quando as águas dos manânciais (sic), córregos ou rios forem poluídas por efeito da mineração, o Governo, por instruções e outras medidas que forem necessárias, e ouvidas as repartições competentes da Saúde Pública e outras, providênciará (sic) para sanar o mal."[16] Posteriormente, o Código de Mineração (Decreto-lei 227/1967) estabeleceu, nos termos de seu art. 47, que o minerador ou titular do direito minerário fica obrigado a executar os trabalhos de mineração com observância das normas regulamentares; não deve dificultar ou impossibilitar, por lavra ambiciosa,

15. Atualmente com a redação dada pelo Decreto-lei 227/1967.

16. Art. 34, X e Art. 43 na redação original do Código.

o aproveitamento ulterior da jazida; responderá pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra; deve promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local; evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos; evitar poluição do ar ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração; proteger e conservar as fontes, bem como utilizar as águas segundo preceitos técnicos e manter a mina em bom estado, no caso de suspensão temporária dos trabalhos de lavra, de modo a permitir a retomada das operações.

Em ambos textos, a legislação apresentava apenas alguns preceitos e diretrizes gerais sobre o dever de adotar medidas para não causar poluição atmosférica e hídrica ou danos aos vizinhos. Contudo, não definia objetivamente os parâmetros de qualidade ambiental ou limites para a degradação e carecia de mecanismos para a efetiva prevenção, mitigação, controle e a internalização dos impactos socioambientais negativos. Igualmente, a legislação então vigente não criava mecanismos e instrumentos jurídicos para estabelecer os deveres de recuperação dos impactos socioambientais relacionados ao fim da atividade minerária. O caráter genérico das disposições legais, a ausência de padrões de qualidade ambiental e praticamente a inexistência de responsabilidade civil, administrativa e criminal, eram nitidamente insuficientes para proteção, recuperação e promoção ambiental.

O dever de preservação do meio ambiente e a responsabilidade pela recuperação e/ou reabilitação da área degradada vieram a ser inseridos de forma expressa e veemente no ordenamento por meio da Lei Federal n. 6.938/1981, a denominada Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA)17, em seus art. 2°, VIII, art. 4º, VII e art. 14.[18]

17. O art. 19 da Lei n. 7.805/89, o parágrafo único do art. 55 da Lei n. 9.605/98 e Decreto 6.514/2008 em seu Art. 63 reforçam a responsabilidade civil, administrativa e criminal do minerador pelos danos ambientais causados e pela não execução da recuperação das áreas degradadas.

18. Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: (...) VIII - recuperação de áreas degradadas; Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:(...) VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.
Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados

Os princípios do poluidor-pagador e usuário-pagador[19] foram então incorporados na redação dos dispositivos acima e, consoante art. 14 supracitado, a lei traz a previsão expressa da responsabilidade ambiental em suas três esferas, a administrativa, a civil e a criminal. A PNMA, sem dúvida, é um dos mais importantes marcos da legislação ambiental brasileira, inaugurando no Brasil uma nova fase do direito ambiental e iniciando a estruturação de todo um sistema focado na preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental, propícia à vida e às condições de desenvolvimento socioeconômico e de proteção da dignidade humana.

Em 1988, a Constituição da República estabelece novo marco legal ao prever que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"[20]. A norma constitucional incorpora em nosso ordenamento jurídico o princípio do desenvolvimento sustentável consoante a concepção trazida em declarações e relatórios internacionais[21],

---

terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

19. "Assenta-se este princípio na vocação redistributiva do direito ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos ambientais) devem ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e consequentemente, assumi-los." (...) "O princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim precisamente, evitar o dano ao meio ambiente". MILARÉ, Edis: Princípios Fundamentais do Direito do Ambiente, *in* MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.), Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 392.

20. Luis Roberto Barroso critica, com propriedade, a certa prolixidade e imprecisão técnica na redação do *caput* art. 225 da CR/88 quanto às expressões "meio ambiente ecologicamente equilibrado" e "bem de uso comum do povo", asseverando: "Paradoxalmente, o art. 225, que coroou os esforços ambientalistas na Assembleia Constituinte, é o mais prolixo e menos claro. Ao intérprete, todavia, cumpre desvendar-lhe o conteúdo possível e buscar o melhor sentido para as proposições nele inseridas. Lê-se, em seu caput: (...) Meio ambiente é o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos. Ecologia é o domínio científico que se dedica ao estudo de tais relações. Logo, a referência a "meio ambiente ecologicamente equilibrado" não parece muito feliz. O importante no dispositivo transcrito, no entanto, é o reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico autônomo, em relação ao qual se confere a todos um direito. Não se trata, aqui de um direito subjetivo típico, divisível, particularizável ou desfrutável individualmente. Mas é um direito, pela vontade do constituinte, e como tal, enseja a exigibilidade de comportamentos positivos e negativos daquele a quem incuba o dever jurídico correspondente a tal direito (v. supra, item 2). O caráter difuso de que ele se reveste repercute sobre a legitimação para exigi-lo, e não sobre a exigibilidade em si." BARROSO, Luís Roberto: A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira *in* MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.), Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 1014.

21. Concepção do princípio do desenvolvimento sustentável é atribuído ao Relatório *Our Common Future* ou Relatório Brundtland, 1987.

bem como consagra diversos princípios de direito ambiental[22], elevando a proteção ambiental ao status de direito fundamental, além do caráter de direito coletivo, difuso e intergeracional. Para Antônio Herman Benjamin, a Constituição Federal de 1988 elevou o direito ao meio ambiente à categoria de direito fundamental, ao caracterizar o equilíbrio ecológico como bem essencial à sadia qualidade de vida, traduzindo uma nova projeção do direito à vida, na medida em que este direito abrange a manutenção daquelas condições ambientais que são suportes da própria vida.[23]

No que tange à regulamentação da atividade minerária, a CR/88 recepcionou o Decreto-Lei n. 227/67 (Código de Mineração)[24] e atribuiu, de forma expressa, a propriedade dos recursos minerais à União (art. 20, IX, e art. 176) independentemente da propriedade do imóvel, estabelecendo a sua competência exclusiva para regulamentar o direito minerário (art. 22, XII) e, ainda, para outorgar as autorizações e concessões da pesquisa e da lavra aos particulares, exercida no interesse nacional. Nesse sentido, a Carta Magna vigente consagra os princípios da dualidade da propriedade mineral (propriedade do solo ≠ da propriedade da jazida mineral), do interesse nacional e da preponderância do interesse público sobre o privado, já mencionados.

Além disso, a CR/88 estabeleceu, nos termos do §2º do art. 225[25], que "aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei." Não obstante o dever geral de reparação já constar da PNMA de 1981, o fato desta obrigação específica para o setor de mineração ter sido levada para o plano constitucional denota a relevância do tema e o destaque para o setor, dando-se ênfase à responsabilidade civil, administrativa e criminal dos infratores.

22. Ex.: Princípio da prevenção (art. 225, §1º, IV); do desenvolvimento sustentável (art. 225 caput), do uso racional e equilibrado dos recursos naturais (art. 170 c/c 186); do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental (art. 225, §3º).

23. BEJAMIN, Herman. *Responsabilidade Civil pelo dano ambiental in Revista de Direito Ambiental* vol. 09, ano 3, janeiro-março, Ed. RT, 1998. p. 12.

24. Faz-se aqui ressalva quanto ao disposto no Art. 57 do Código de Mineração que determina: "*No curso de qualquer medida judicial não poderá haver embargo ou seqüestro que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra.*"

25. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Em relação ao §2º do art. 225 da CR/88, é importante destacar as seguintes expressões utilizadas pela Constituição: "meio ambiente degradado" e "recuperar de acordo com a solução técnica exigida". Inicialmente, importa destacar que "degradação ambiental" e "poluição" são conceitos distintos. Enquanto a degradação ambiental é conceituada na própria PNMA como sendo qualquer alteração adversa das características do meio ambiente, a poluição, por sua vez, é definida como sendo a "degradação da qualidade ambiental, resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) 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"[26]. A degradação ambiental é gênero, do qual a poluição é espécie. Enquanto a degradação ambiental pode ocorrer como consequência da implantação ou da operação de empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental realizados com amparo legal e licenciamento ambiental, a poluição, é vedada em nosso ordenamento jurídico, aplicando-se o brocardo "não existe licença para poluir".

Assim, ao determinar que o minerador é obrigado a reparar o "ambiente degradado", a CR/88 não está legitimando a ocorrência de poluição ou a realização da atividade de forma predatória e descontrolada para uma posterior reparação. Efetivamente e sem prejuízo dos preceitos relacionados aos princípios da prevenção e precaução, a CR/88 amplia a responsabilidade ambiental para que o minerador, além do dever de exercer a sua atividade em consonância com os ditames do direito ambiental e legislação em vigor – e, portanto, sem acarretar poluição – ao final da atividade também se obrigue a recuperar a degradação causada. Se houver poluição, sem prejuízo do dever da reparação, o minerador estará sujeito às sanções civis, administrativas e, conforme o caso, criminal.

Por seu turno, a expressão "recuperação do meio ambiente" tem importante papel na definição dos objetivos constitucionais e das obrigações dos mineradores. Para melhor entendimento, há de se distinguir as expressões "restauração ecológica", "recuperação ambiental" e "reabilitação/remediação" utilizadas no direito ambiental.

A restauração ecológica[27] pode ser considerada como o processo de restabelecimento do ecossistema que foi degradado, danificado ou

26. Artigo 3º, inciso III, da Lei 6.938/1981.

27. Fonte: MMA http://www.mma.gov.br/informma/item/8705-recupera%C3%A7%C3%A3o-de-%C3%A1reas-degradadas acessado em 21.05.2018 referência à Society for Ecological

destruído à condição anterior ou mais próxima possível de seu estado original, visando a constituição de recursos bióticos e abióticos suficientes para continuar seu desenvolvimento sem auxílio ou subsídios adicionais. A restauração integral ou retorno ao *status quo* do ambiente, na prática, pode ser inviável. Portanto, embora o objetivo da restauração seja o restabelecimento do ambiente, isso comporta certa relatividade e limitação técnica a ser verificada caso a caso.

A Lei Federal nº 9.985/2000[28], no seu art. 2º, XIII e XIV, estabelece que "restauração é a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original" e "recuperação" como sendo a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original"[29].

Por sua vez, a remediação e a reabilitação ambiental são conceituadas na legislação ambiental como sendo as intervenções visando a remoção, contenção ou redução das concentrações de contaminantes e visando atingir um risco tolerável, para o uso declarado ou futuro da área.[30] Portanto, esses conceitos referem-se muito mais à eliminação dos poluentes e passivos visando tornar a área apta a um uso futuro, que pode ser, inclusive, uma nova atividade econômica.

Transpostos estes conceitos, tem-se que a CR/88, ao exigir que a recuperação se dará conforme a solução técnica exigida pela autoridade competente e na forma da lei, não pretendeu impor, necessariamente, a restauração do ambiente ao *status* anterior à atividade minerária nem ao mais próximo possível da sua condição original. Consoante as diretrizes constitucionais, poderão ser consideradas as peculiaridades de cada degradação causada, as condições do ambiente afetado e de seu entorno, das tecnologias disponíveis e viáveis e, ainda, as potencialidades socioambientais de cada região para os usos futuros para que seja realizada, caso a caso, a avaliação da melhor alternativa para a recuperação ambiental e a definição de seus objetivos específicos. Em razão disso, o art. 225 caput c/c §2º da CR/88 corretamente atribui aos órgãos e autoridades

---

Restoration (SER) International, Grupo de Trabalho sobre Ciência e Política. 2004. Princípios da SER International sobre a restauração ecológica. Disponível em www.ser.org. Acesso em 16/02/2012.

28. Lei que institui do Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), cujo conceito de restauração e recuperação de ambientes é estabelecido para os objetivos específicos daquela lei, mas, de todo modo, reforçam a distinção entre os termos.

29. A Instrução Normativa IBAMA nº 04/2011 que regulamenta o PRAD, replica esse conceito de recuperação.

30. Vide Resolução CONAMA n. 420, de 28 de dezembro de 2009.

ambientais o poder discricionário para avaliar e definir, dentro dos limites e consoante as diretrizes legais, a solução tecnicamente mais adequada para cada caso concreto, visando à recuperação ambiental da área afetada pela mineração.

Nesse contexto constitucional, o dever de recuperação ambiental previsto na PNMA e no art. 225 da CR/88 foi regulamentado pelo Decreto n. 97.632/1989, estabelecendo que "os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e do Relatório do Impacto Ambiental – RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, plano de recuperação de área degradada." O citado decreto estabeleceu, então, o momento e o instrumento para tal avaliação e implementação da recuperação. A identificação dos potenciais/prováveis impactos e a definição das respectivas medidas de recuperação devem ser identificadas e propostas ainda na fase conceitual do projeto e apresentada no início do licenciamento ambiental nos termos de Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), a ser aprovado pelo órgão ambiental competente.

Quanto ao que se espera da "recuperação da área degradada", o art. 3° do supracitado decreto dispõe que a recuperação "deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando a obtenção de uma estabilidade do meio ambiente". A norma trouxe a clara diretriz de que a área deveria ser estabilizada sob o aspecto ambiental, ser livre de passivos e apta ao uso futuro, conforme venha a ser definido caso a caso. A proposta de recuperação e de uso futuro será formulada pelo próprio minerador no âmbito do PRAD e, para ser aprovada pelo órgão competente, deve atingir aos objetivos mínimos previstos na legislação supracitada. Logo, a proposta contida no PRAD pode objetivar a recuperação e propor um uso futuro adequado ou, caso seja viável e de interesse do minerador, a proposta poderá visar a restauração ecológica. A adoção da primeira opção constitui obrigação do minerador, a segunda reflete uma faculdade[31].

No uso da competência prevista na Lei Federal n. 8.876/1994 e visando a implementação do "uso racional e eficiente dos recursos minerais", no ano de 2001 o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM[32] editou a Portaria do Diretor Geral do DNPM nº 237/2001, que aprovou as Normas Reguladoras de Mineração– NRM. As NRMs 20 e 21 trataram especificamente da Suspensão, Fechamento de Mina e

31. Após a aprovação do PRAD, evidentemente, o minerador passa a estar vinculado à proposta de recuperação ou restauração ecológica apresentada e aprovada pelo órgão competente.

32. Atual Agência Nacional de Mineração - ANM.

Retomada das Operações Mineiras e da Reabilitação de Áreas Pesquisadas, Mineradas e Impactadas, instituindo o Plano de Fechamento de Mina (PFM) a ser apresentado ao final da fase de pesquisa mineral e, portanto, antes da concessão da lavra.

Recentemente, o Decreto Federal nº 9.406/2018, que passou a regulamentar o Código de Mineração, incorporou expressamente os deveres e diretrizes acima citadas:

> Art. 5º A atividade de mineração abrange a pesquisa, a lavra, o desenvolvimento da mina, o beneficiamento, a comercialização dos minérios, o aproveitamento de rejeitos e estéreis e o fechamento da mina.
>
> § 1º Independe de concessão o aproveitamento de minas manifestadas e registradas, as quais são sujeitas às condições que o Decreto-Lei nº 227, de 1967 - Código de Mineração, este Decreto e a legislação correlata estabelecem para a lavra, a tributação e a fiscalização das minas concedidas.
>
> § 2º O exercício da atividade de mineração implica a responsabilidade do minerador pela recuperação ambiental das áreas degradadas.
>
> § 3º O fechamento da mina pode incluir, entre outros aspectos, os seguintes:
>
> I - a recuperação ambiental da área degradada;
>
> II - a desmobilização das instalações e dos equipamentos que componham a infraestrutura do empreendimento;
>
> III - a aptidão e o propósito para o uso futuro da área; e
>
> IV - o monitoramento e o acompanhamento dos sistemas de disposição de rejeitos e estéreis, da estabilidade geotécnica das áreas mineradas e das áreas de servidão, do comportamento do aquífero e da drenagem das águas.

Nesse contexto, o PRAD e o PFM trazem obrigações e aspectos relevantes e complementares atinentes à preservação, recuperação e estabilização do ambiente, proteção da saúde e recuperação das áreas, constituindo estes dois planos (PRAD e PFM) os principais instrumentos para o planejamento e implementação da recuperação das áreas degradadas pela mineração.

3 PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS – PRAD

A legislação ambiental federal estabeleceu as obrigações e o escopo geral da recuperação ambiental devida em razão das intervenções

minerárias e indicou o PRAD como sendo o instrumento adequado para planejamento e execução dessa recuperação. Diante da necessidade de se estabelecer os procedimentos administrativos referentes aos projetos e planos para recuperação de áreas degradadas, definir critérios norteadores da elaboração dos PRAD[33], consoante o comando do art. 225, §2º da CR/88, bem como para definir os critérios técnicos e objetivos para a respectiva análise e aprovação destes planos pelo órgão ambiental, o IBAMA editou a Instrução Normativa 04/2011, regulamentando a matéria[34].

Sem pretender aqui exaurir todos os detalhes e critérios que deverão ser observados pelo minerador e avaliados pelo órgão ambiental, vale destacar que a norma estabelece e exige, minimamente, que os seguintes aspectos sejam detalhados no PRAD: a) Indicação da pessoa física ou jurídica responsável pela área degradada, b) Indicação do responsável técnico pela elaboração e pela execução do PRAD, apresentando-se a(s) respectivas anotações de responsabilidade técnica - ART; c) Caracterização da área degradada ou alterada, com informações georreferenciadas de todos os vértices da(s) área(s); d) Causa(s) da degradação ou alteração; d) Caracterização da degradação e efeitos causados ao ambiente (ex: perda de biodiversidade; alteração dos corpos hídricos; processos erosivos; assoreamento; etc.); e) Caracterização regional e local, clima, bioma, fitofisionomia, bacia hidrográfica, etc; f) Objetivos gerais e específicos do PRAD (ex.: contenção de processos erosivos; desassoreamento de corpos d'água; reintrodução da cobertura vegetal do solo e consequente incremento da diversidade; revitalização de cursos d'água; recuperação de nascentes, indicação dos usos futuros[35]); g) Detalhamento dos métodos e técnicas de recuperação da área degradada; h) Medidas de Manutenção e monitoramento das áreas; i) Cronograma físico (com entrega de relatórios intermediários e final), financeiro e memória de cálculo.

Após a análise e aprovação do PRAD proposto pelo minerador e aprovado pelo órgão ambiental competente, as medidas, obrigações, prazos e objetivos nele consignados tornam-se obrigação objetivamente imposta ao minerador, dando forma e substância ao dever de recuperação.

33. Nesse caso, ao regulamentar o PRAD a legislação não se restringiu à recuperação ambiental das áreas degradadas pela mineração, mas todo e qualquer atividade causadora de degradação ambiental sujeita ao dever de reparação.

34. Sem prejuízo das normas estaduais e municipais complementares à legislação federal ou definidoras dos procedimentos e competências locais.

35. Sobre o a possibilidade de uso futuro da área recuperada, a IN IBAMA 04/2011 limita-se a indicar que esta "obedecerá à legislação vigente, inclusive a exploração mediante manejo ambientalmente sustentável", não restringindo ou indicado necessariamente qual deve ser este uso.

Adicionalmente ao monitoramento periódico das ações e atendimento dos cronogramas pelo próprio minerador, deverá haver acompanhamento e fiscalização pelo órgão ambiental. Ademais, ao final da execução do PRAD, deverá ser apresentado Relatório de Avaliação com indicativos que permitam aferir o grau e a efetividade da recuperação da área, e que contemplem a recuperação das funções e formas ecossistêmicas no contexto da bacia, da sub bacia ou da microbacia, consoante objetivos fixados no plano. Com isso, não sendo atingido o objetivo constante do plano, poderão ser exigidas ações complementares ou revisão do instrumento e, não sendo cumprido o PRAD em tempo e modo devidos, poderão ser aplicadas as sanções civis, administrativas ou, conforme o caso, criminais, sem prejuízo da exigência de cumprimento das ações previstas no plano.

O PRAD, portanto, deve ser construído consoante as diretrizes da legislação, elaborado sob a responsabilidade técnica de profissionais habilitados para tratar os temas e aspectos inerentes, elaborado "sob medida" para cada tipo de degradação, contexto socioambiental e objetivos (usos futuros) e, sobretudo, exigirá do responsável um planejamento consistente para que o plano aprovado seja executado de forma eficiente e consoante os cronogramas aprovados.

Considerando que a legislação exige a apresentação de PRAD desde o início do processo de licenciamento e, portanto, antes mesmo de ser causada a degradação ambiental, é inevitável que o PRAD tenha algum conteúdo teórico, estimativas e caráter mais conceitual em alguns aspectos. De outro lado, a atividade minerária é extremamente dinâmica e está sujeita a alterações e ajustes ao longo da vida útil do projeto, assim como alguns efeitos e impactos não previstos podem vir a ocorrer ou ocorrer de forma distinta da esperada. Desse modo, o PRAD deverá ser atualizado periodicamente junto ao órgão ambiental para estar adequado à evolução do projeto e ser executado conforme a sua versão mais atualizada e aprovada. Essas atualizações não pressupõem a invalidade ou inépcia do plano anterior, mas refletem medida necessária para o aprimoramento ou ajuste dos planos e planejamentos, consoante o avanço da atividade minerária e melhor conhecimento da degradação que haverá ao final desta, de forma que a sua execução e o atingimento dos objetivos

Outro aspecto relevante do PRAD é que o início da execução das medidas para recuperação ambiental não deve estar restrito ao momento do fechamento da mina. Ao contrário, a recuperação de áreas independentes, com atividades já encerradas, deve ser feita tão logo quanto possível. Destarte, encerrada uma frente de lavra, ou concluída a utilização

de determinada área afetada pela mineração, as respectivas medidas de recuperação devem ser implementadas.[36]

4 PLANO DE FECHAMENTO DA MINA – PFM

A Portaria DNPM n. 237/2001 instituiu as Normas Reguladoras da Mineração – NRM, que constituem a base para a elaboração e a análise de documentos de apresentação obrigatória ao DNPM para fins de obtenção e manutenção do título minerário, dentre eles o Plano de Fechamento, Suspensão e Retomada das Operações Mineiras.

Conforme NRM-01, o Plano de Fechamento de Mina (PFM) constitui documento obrigatório e que deve ser apresentado pelo minerador ao DNPM (atual ANM) juntamente com o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE). Ou seja, na fase inicial do processo e como condição para análise do pedido de concessão do título minerário. Com o dimensionamento da jazida constante do relatório final de pesquisa mineral, o minerador pode planejar as suas operações e estimar os impactos e degradações advindos da mina e estrutura de apoio, devendo, então, apresentar à autarquia o PFM apontando as medidas para o adequado fechamento. Tal como ocorre com o PRAD, a legislação minerária exige a elaboração e apresentação do PFM na fase inicial do projeto e, igualmente, determina a necessidade de sua atualização ao longo da vida útil da mina.

Importante ressaltar, ainda, que o PAE deve considerar o fluxo de caixa e as reservas financeiras para a integral execução do fechamento da mina, conforme proposto no PFM, inclusive para fins de demonstração da viabilidade econômico-financeira do projeto sem a qual o título minerário sequer deve ser outorgado pela autarquia.[37] Portanto, a legislação minerária traz ao minerador a obrigação de planejamento ambiental e econômico para a consecução dos objetivos do PFM. Contudo, diferentemente do que ocorre em diversos países mineradores onde a legislação exige expressamente a constituição de garantias financeiras para o fechamento e recuperação ambiental das minas[38], a legislação brasileira não estabelece a

36. Nesse mesmo sentido as lições de FARIAS, Talden *in* A Atividade Minerária e a obrigação de recuperar áreas degradadas, Revista de Direito Ambiental, vol. 79. Ano 20, p. 157-187, SP, RT, 2015 e MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro. 16. Ed. São Paulo Malheiros, 2009, p. 693.

37. Não sendo apresentado o PFM, o DNPM/ANM deverá emitir essa exigência ao minerador para complementar a documentação, sob pena de indeferimento do pleito.

38. Em alguns países e regiões mineradoras a legislação exige a constituição de garantias financeiras para execução das principais obrigações referentes ao fechamento de minas e recuperação das áreas degradadas, como forma de mitigar riscos de abandono de minas com passivos ambientais deixados pelo minerador. Ex.: Austrália - New South Wales, Northern Territory,

obrigação de constituição de garantias financeiras prévias pelo minerador para a execução do fechamento de mina e efetiva recuperação das áreas.

De forma mais detalhada, a NRM-20 trata da Suspensão, Fechamento de Mina e Retomada das Operações Mineiras e determina, em seu item 20.4.1, que para o fechamento de mina deve ser formalizado requerimento àquela autarquia federal com a justificativa devidamente instruída com: a) relatório dos trabalhos efetuados; b) caracterização das reservas remanescentes; c) plano de desmobilização das instalações e equipamentos que compõem a infraestrutura do empreendimento mineiro indicando o destino a ser dado aos mesmos; d) atualização de todos os levantamentos topográficos da mina; e) planta da mina na qual conste as áreas lavradas recuperadas, áreas impactadas recuperadas e por recuperar, áreas de disposição do solo orgânico, estéril, minérios e rejeitos, sistemas de disposição, vias de acesso e outras obras civis; f) programa de acompanhamento e monitoramento relativo a: I - sistemas de disposição e de contenção; II - taludes em geral; III - comportamento do lençol freático; IV - drenagem das águas; g) plano de controle da poluição do solo, atmosfera e recursos hídricos, com caracterização de parâmetros controladores; h) plano de controle de lançamento de efluentes com caracterização de parâmetros controladores; i) medidas para impedir o acesso à mina de pessoas estranhas e interditar com barreiras os acessos às áreas perigosas; j) definição dos impactos ambientais nas áreas de influência do empreendimento levando em consideração os meios físico, biótico e antrópico; l) aptidão e intenção de uso futuro da área; m) conformação topográfica e paisagística levando em consideração aspectos sobre a estabilidade, controle de erosões e drenagens; n) relatório das condições de saúde ocupacional dos trabalhadores durante a vida útil do empreendimento mineiro e o) cronograma físico e financeiro das atividades propostas.

Complementarmente, a NRM-21 define alguns conceitos importantes, bem como os procedimentos administrativos e operacionais no âmbito daquela autarquia federal e os objetivos a serem atingidos pela reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas e impactadas, tais como a estabilidade; o controle de erosão; eficiência da drenagem; adequação paisagística e topográfica e a revegetação de áreas.[39]

Queensland, South Australia, Tasmânia, Victoria, Western Australia, Canadá – Ontario, Quebec, New Brunswick; Índia, Indonésia, Japão, África do Sul, EUA (Nevada, Texas, Arkansas), vide: MILLER, G. C. Financial assurance for mine closure and reclamation (Report). International Council on Metals and the Environment (ICME): Disponível em <http://www.icmm.com>. 2005. e LA FLÉCHE, Erik Richer et al. in The Mining Law Review, Sixth Edition, 2018

39. 21.2.3 Entende-se por área impactada para efeito desta Norma toda área com diversos graus

Do exame das referidas normas percebe-se que, sem qualquer prejuízo da missão institucional[40] e objetivos primordiais do DNPM, atual ANM, os regulamentos contém importante conteúdo ambiental, reforçando os ditames da legislação ambiental no que tange ao dever de prevenção e recuperação de impactos ambientais, planejamento, atualização, execução e monitoramento dos resultados das ações pertinentes ao fechamento de mina.

Além das normas acima citadas, a legislação minerária tem incorporado as premissas e diretrizes da legislação ambiental, tal como pode ser verificado nos termos da Portaria DNPM n. 155/2016 que consolida grande parte dos regulamentos do DNPM e, em diversos dispositivos, reforça a obrigação de recuperação da área minerada[41].

Embora o PFM contemple conteúdo com interface ambiental, que é o foco principal do PRAD, ele vai além ao estabelecer obrigações atinentes ao adequado e máximo aproveitamento da jazida, preservação da segurança de pessoas e trabalhadores envolvidos, usos futuros conforme vocação e aptidão da área, entre outros aspectos relevantes para a gestão dos recursos minerários. Com efeito, os dois instrumentos atinentes ao fechamento de mina e recuperação ambiental da área degradada pela mineração (PRAD e PFM) devem ser harmônicos e complementares em todas as suas fases e etapas de concepção, elaboração, atualização, execução e monitoramento.

5 A EXPERIÊNCIA NOS ESTADOS – MINAS GERAIS E PARÁ

O Estado de Minas Gerais, historicamente com grande vocação mineral e principal produtor nacional, está sujeito a maior risco de

de alteração tanto dos fatores bióticos quanto abióticos causados pela atividade de mineração. 21.2.4 Entende-se por adequação paisagística para efeito desta Norma a harmonização da paisagem das áreas mineradas com o objetivo de minimizar o impacto visual. 21.2.5 Entende-se por adequação topográfica para efeito desta Norma a conformação da topografia com vistas ao uso futuro da área. 21.2.6 Entende-se por uso futuro de uma determinada área para efeito desta Norma, a utilização prevista da área impactada pela atividade mineira levando-se em consideração suas aptidões e intenção de uso pós-operacional. 21.5 No projeto de reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas e impactadas deve constar no mínimo os seguintes itens: a) identificação e análise dos impactos ambientais diretos ou indiretos sobre os meios físico, biótico e antrópico; b) aspectos sobre as conformações paisagística e topográfica, observando-se: I - estabilidade; II - controle de erosão; III - drenagem; IV - adequação paisagística e topográfica e V - revegetação; c) programa de acompanhamento e monitoramento; d) planta atualizada na qual conste a situação topográfica atual das áreas a serem reabilitadas; e) aptidão e uso futuro da área; f) apresentar mapas, fotografias, planilhas e referências bibliográficas e g) cronograma físico e financeiro do plano de reabilitação.

40. O fomento e controle da atividade mineral sob a perspectiva de melhor aproveitamento dos recursos minerais.

41. Vide artigos 115, 116, 151, 164, §1º, 174, §2º, 189, 217, 222, 287, 334.

caracterização de áreas degradadas e abandonadas pela mineração, o que justifica uma maior preocupação da sociedade e do legislador em relação aos efeitos, riscos e passivos da atividade.

Adicionalmente à legislação federal e preceitos gerais da legislação ambiental mineira sobre a prevenção, gestão e recuperação de impactos ambientais, o Estado possui mecanismos adicionais específicos para tratar do fechamento de minas. Inicialmente a matéria foi tratada pela Deliberação Normativa COPAM 127/2008, recentemente substituída pela Deliberação Normativa COPAM nº 220, de 21 de março de 2018[42], que estabelece diretrizes e procedimentos para a paralisação temporária da atividade minerária e o fechamento de mina. A norma estabelece critérios para elaboração e apresentação do Relatório de Paralisação da Atividade Minerária, do PRAD e do Plano Ambiental de Fechamento de Mina (PAFEM).

A legislação mineira instituiu o Plano Ambiental de Fechamento de Mina (PAFEM) como instrumento de gestão ambiental formado pelo conjunto de informações técnicas, projetos e ações visando ao monitoramento e à recuperação da área impactada pela atividade minerária, considerando os aspectos socioeconômicos da atividade e de seu encerramento. O PAFEM é exigido apenas de atividades minerárias de maior porte e maior potencial de impacto socioambiental[43].

Diferentemente do PRAD e do PFM, que continuam sendo exigidos no início do projeto e sujeitos à atualização periódica, o PAFEM deve elaborado e apresentado ao órgão ambiental próximo ao final da vida útil do projeto ou do fechamento da mina, com antecedência mínima de 6 meses ou de 2 anos, conforme o caso, e deverá conter maior detalhamento do que o PRAD, contemplando inclusive: I - a caracterização do ambiente local antes e após a implantação e operação do empreendimento, de modo a possibilitar o diagnóstico da área e seu entorno; II - a síntese e avaliação dos projetos e ações socioambientais desenvolvidos visando à sustentabilidade da área de influência do empreendimento; III - a avaliação dos impactos socioambientais após o fechamento da mina, incluindo os aspectos relacionados à desmobilização da mão de obra e às condições socioeconômicas das comunidades diretamente afetadas; IV - a definição das ações que serão executadas durante o processo de fechamento da mina e, se necessário, após a conclusão do mesmo, visando à continuidade da reabilitação ambiental, à definição

42. Anteriormente, a Deliberação Normativa (DN) COPAM n. 127/2008 já tratava do PAFEM, sendo substituída pela DN/COPAM 220/2018.

43. Atividades minerárias das Classes 5 e 6, conforme previsto na DN COPAM 217/2017.

de parâmetros e frequência para o monitoramento e à identificação de indicadores de qualidade ambiental adequados; V - a apresentação de proposta de alternativas para uso futuro da área minerada, considerando os aspectos sociais, econômicos e ambientais da área de influência direta do empreendimento; VI - o cronograma de implantação do plano, incluindo todas as etapas previstas, os processos de avaliação e revisão e a execução do monitoramento ambiental; X - recuperação ambiental de área impactada por atividade minerária: processo que deve ser executado ao longo da vida do empreendimento, de forma a propiciar à área impactada uma condição estável, produtiva e autossustentável, com foco no uso futuro; XII - uso futuro da área minerada: utilização prevista da área impactada pela atividade minerária levando-se em consideração as suas aptidões, a intenção de uso pós-operacional, as características dos meios físico, biótico e socioeconômico.

Além disso, a norma exige a realização de reunião pública para apresentação do PAFEM, no prazo máximo de 06 (seis) meses contados da data de protocolização deste no órgão ambiental estadual.

Outro aspecto detalhado na legislação mineira é a gestão durante a paralisação das atividades, onde serão exigidas ações de manutenção, controle e monitoramento da mina suspensa ou paralisada, de forma a evitar danos, acidentes ou criação de passivos ambientais durante esse período e permitindo a retomada regular das atividades.

No Estado do Pará, também com significativa participação no setor mineral, a própria Constituição do Estado traz possui disposições específicas acerca da mineração[44], reiterando as disposições constitucionais e legais no âmbito federal quanto ao dever de prevenção de impactos e obrigação pela recuperação das áreas atingidas pela mineração. O órgão ambiental estadual também editou normas complementares para detalhar as obrigações decorrentes. Notadamente, a Instrução Normativa SEMA

44. Art. 245. O Estado definirá, através de lei, a política minerária e hídrica, defendendo seus interesses, inclusive interrompendo atividades predatórias, resguardando a soberania nacional sobre a pesquisa, exploração, lavra e uso dos recursos naturais renováveis e não renováveis, disciplinando a conservação e o aproveitamento racional dos bens minerais e das águas observando os seguintes princípios: (...) II - respeito às aptidões do meio físico e a preservação e otimização do aproveitamento dos recursos naturais, objetivando a qualidade de vida da população;
Art. 255. Compete ao Estado a defesa, conservação, preservação e controle do meio ambiente, cabendo-lhe:
(...) VI - estabelecer obrigatoriedades aos que explorem os recursos naturais, renováveis ou não, para, por seus próprios meios, procederem à recuperação do meio ambiente alterado, de acordo com a solução técnica aprovada pelos órgãos públicos competentes, envolvendo, na fiscalização, as entidades ligadas à questão ambiental ou representativas da sociedade civil, na forma da lei;

n. 06/2013, e a Instrução Normativa SEMA n. 06/2014, que estabelecem o dever de recuperação das áreas degradadas mediante apresentação do PRAD e a obrigação do minerador de contemplar o Planejamento de Fechamento da Mina e Encerramento da Atividade no âmbito dos Programas de Controle Ambiental (PCA) submetido à aprovação do órgão ambiental.

Esse plano de fechamento deverá compreender todo levantamento dos passivos presentes na área do empreendimento, previsão do início das ações de fechamento/descomissionamento e ações de monitoramento pós encerramento da atividade em consonância com o PRAD, devendo ser inserido nesse contexto o aspecto socioeconômico vinculado a atividade.

A legislação de ambos Estados mineradores, adicionalmente ao que é tradicionalmente exigido no PRAD e PFM, incorporaram alguns conteúdos e aspectos sociais, socioambientais, econômicos, inclusive relacionados ao uso futuro, transição e de destinação da área, com maior preocupação na participação e consulta popular para a tomada de decisão. Consequentemente, a definição das medidas e obrigações exigíveis a partir do plano ambiental de fechamento das minas tendem a extrapolar a questão meramente ambiental. Igualmente, os planos não se limitarão aos impactos diretamente causados pela mineração, incorporando-se no planejamento do fechamento da mina aspectos e medidas visando mitigar os impactos socioeconômicos negativos decorrentes do fim da mineração e tornando mais suave a transição para o período pós mineração e, preferencialmente, para se alcançar uma situação pós-fechamento que constitua um legado benéfico e duradouro para a comunidade local[45].

Importante, entretanto, lembrar que as medidas de mitigação, compensação ou as condicionantes impostas ao minerador devem conter relação direta com os impactos socioambientais causados pela atividade identificados nos estudos apresentados no licenciamento ambiental, considerando os meios físico, biótico e socioeconômico, bem como ser proporcionais à magnitude desses impactos. Tais medidas não podem refletir transferência indevida de ônus de terceiros ou déficits de serviços ou infraestrutura pública.

45. Sánchez, L.E.; Silva-Sánchez, S.S.; Neri, A.C. Guia para o Planejamento do Fechamento de Mina. Brasília: Instituto Brasileiro de Mineração, 2013. Disponível em www.ibram.com.br.

CONCLUSÕES

Ao longo das últimas décadas e, principalmente a partir de 1988, a legislação ambiental e minerária evoluiu significativamente em relação aos deveres e a responsabilidade socioambiental dos mineradores e às atribuições dos órgãos de controle, fiscalização e regulamentação do setor. Das disposições esparsas e genéricas que tratavam do dever do minerador de não causar danos aos vizinhos e evitar a ocorrência de poluição do ar e da água, evoluiu-se para um regramento jurídico bastante detalhado acerca das obrigações e responsabilidades ambientais, demandando robusto planejamento e a adoção de medidas de prevenção, mitigação, compensação, gestão e controle ambiental, além da efetiva implementação de medidas para de recuperação da degradação causada e destinação futura das áreas mineradas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal das empresas e das pessoas físicas envolvidas, conforme o caso[46].

O regramento da matéria não mais se limita à análise do passivo já causado ou do tratamento da degradação considerada de forma isolada e desconexa do contexto socioeconômico e ambiental onde se insere, passando a exigir a avaliação e o planejamento socioambiental prévios, integrados e sob a premissa de que a mineração e seu encerramento também podem influenciar diretamente ou indiretamente a sustentabilidade das áreas adjacentes ao empreendimento.

Considerando o atual regramento da recuperação das áreas degradadas pela mineração, tornou-se fundamental que o minerador: (i) planeje o fechamento da mina desde a sua concepção; (ii) envolva as partes interessadas externas e internas, considerando os aspectos socioambientais e econômicos; (iii) elabore o PRAD, PFM e, conforme o caso, o PAFEM de forma técnica e juridicamente adequada; (iv) estime os custos associados ao fechamento de uma mina e incorpore-o na análise de viabilidade econômica do projeto e fluxo de caixa associado; (v) atualize periodicamente os planos sempre que houver alterações substanciais no projeto, nas tecnologias aplicadas, na forma de exploração econômica,

46. Lei de Crimes Ambientais. Lei 9.605/1998: Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

alterações da legislação que tenham impacto no planejamento, variações nas condições do entorno da mina, entre outras condições que possam afetar a forma e condições do fechamento e recuperação das áreas[47] e (vi) execute as devidas ações ambientais previstas nos planos durante a vida útil do projeto e no fechamento da mina.

Sobretudo, para se atender aos objetivos primordiais do direito ambiental, o fechamento de mina deve ser compreendido e implementado não somente na sua concepção reparatória do ambiente, mas como mecanismo de gestão e de prevenção. Dessa forma, o minerador, ao considerar os futuros impactos, passivos, riscos e custos envolvidos na execução do PRAD e PFM, volte seu olhar para o aprimoramento do projeto, ainda na fase conceitual, visando uma mineração com o mínimo impacto e degradação ambiental, com a otimização do aproveitamento dos recursos minerais e da utilização dos recursos naturais, podendo, com isso, inclusive reduzir custos e facilitar o fechamento da mina de forma ambientalmente adequada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maurício Rios de e LIMA, Hernani Mota de. GARANTIA FINANCEIRA PARA FINS DE FECHAMENTO DE MINA E O SEU IMPACTO NA VIABILIDADE DE UMA MINA: estudo de caso de uma mina de grande porte. Rem: Rev. Esc. Minas [online]. 2008, vol.61, n.2, pp.203-209. ISSN 0370-4467. http://dx.doi.org/10.1590/S0370-44672008000200015.

BAKER, David, et al, 2008. *In* PLANEJAMENTO PARA O FECHAMENTO INTEGRADO DE MINA, Kit de Ferramentas, Conselho Internacional de Mineração e Metais (ICMM), London, Reino Unido, 2008 (tradução IBRAM).

BARROSO, Luís Roberto: A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA *in* MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.), Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BEJAMIN, Herman. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AMBIENTAL *in* Revista de Direito Ambiental vol. 09, ano 3, janeiro-março, Ed. RT, 1998.

47. SÁNCHEZ, L.E.; Silva-Sánchez, S.S.; Neri, A.C. *Guia para o Planejamento do Fechamento de Mina*. Brasília: Instituto Brasileiro de Mineração, 2013.

FARIAS, Talden A ATIVIDADE MINERÁRIA E A OBRIGAÇÃO DE RECUPERAR ÁREAS DEGRADADAS, Revista de Direito Ambiental, vol. 79. Ano 20, p. 157-187, SP, RT, 2015

FREIRE, William. CARACTERÍSTICAS DA MINERAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO MINERÁRIO, Estado de Minas, 20/07/2009.

LA FLÉCHE, Erik Richer et al. THE MINING LAW REVIEW, Sixth Edition, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. 16. Ed. São Paulo Malheiros, 2009.

MILARÉ, Edis: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DO AMBIENTE, in MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.), Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

MILLER, G. C. FINANCIAL ASSURANCE FOR MINE CLOSURE AND RECLAMATION (Report). International Council on Metals and the Environment (ICME): Disponível em <http://www.icmm.com>. 2005.

SÁNCHEZ, L.E.; Silva-Sánchez, S.S.; Neri, A.C. GUIA PARA O PLANEJAMENTO DO FECHAMENTO DE MINA. Brasília: Instituto Brasileiro de Mineração, 2013. disponível em: ww.ibram.org.br, Brasília, 2013.

SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de Souza. In DIREITO MINERÁRIO EM EVOLUÇÃO. Belo Horizonte, Mandamentos. 2009.

WORRALL, Rhys, et al. TOWARDS A SUSTAINABILITY CRITERIA AND INDICATORS FRAMEWORK FOR LEGACY MINE LAND, 2009.

CAPÍTULO 12

AUTUAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: CRITÉRIOS DE JURIDICIDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES

LUCIANA GIL FERREIRA
PATRÍCIA MENDANHA DIAS

INTRODUÇÃO

Infração administrativa ambiental é toda ação ou omissão que viole as normas de proteção e recuperação do meio ambiente, independentemente de dano ambiental.

Diante de sua ocorrência, cabe ao ente fiscalizador a lavratura do Auto de Infração ambiental, com a função pedagógica de desestímulo de novas práticas infracionais. Para tanto, o agente possui certa margem de discricionariedade que deverá, com base em uma análise criteriosa do caso concreto e observância dos requisitos legais, aplicar a penalidade cabível. A norma prevê alguns critérios mínimos que devem ser observados, sempre no intuito de penalizar de forma justa e proporcional ao ocorrido, considerando-se, para tanto: a gravidade dos fatos, motivos da infração, suas consequências para a saúde pública e meio ambiente, além da situação econômica e antecedentes do infrator para sua valoração. (art. 4º do Decreto Federal nº 6.514/2008).

Inobstante haja previsão legal com diretrizes básicas norteadoras para aplicação de sanções ambientais, na prática, a finalidade da autuação é desvirtuada e a função pedagógica é perdida. Nessas situações, os critérios legais são sobrepostos por interesses adversos, sem qualquer vinculação com a proteção ambiental.

Neste contexto, no presente trabalho propõe-se a análise da legalidade dos processos sancionatórios, objetivando demonstrar os parâmetros e princípios orientadores do processo administrativo ambiental, em especial a proporcionalidade da autuação diante da potencialidade do dano, cumprimento da finalidade da norma e eficácia das medidas adotadas pelo infrator.

1 LEGALIDADE ESTRITA VERSUS JURIDICIDADE

O primeiro e fulcral requisito para a aplicação de sanções é a existência de norma válida, vigente e aplicável que estabeleça obrigação geral e irrestrita e prescreva a sanção em caso de descumprimento do comando normativo. Trata-se, em outras palavras, do princípio da legalidade, impondo que ninguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CR/88).

Hodiernamente, o conteúdo jurídico da legalidade tem sido compreendido pela doutrina administrativista à luz da juridicidade. Isto é, o ato administrativo deve observância não somente à lei *strito sensu*, como também aos princípios que regem a atividade administrativa.

Sobre o tema, MAZZA (2013, p. 86):

> O princípio da legalidade não se reduz ao simples cumprimento da lei em sentido estrito. A Lei federal n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito. A redação do dispositivo permite contemplar o que a doutrina estrangeira tem chamado de princípio da juridicidade, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica. A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco da legalidade. Significa dizer que as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de outros veículos normativos, a saber: a) Constituição Federal, incluindo emendas constitucionais; b) Constituições Estaduais e Leis Orgânicas; c) medidas provisórias; d) tratados e convenções internacionais; e) costumes; f) atos administrativos normativos, como decretos e regimentos internos; g) decretos legislativos e resoluções (art. 59 da CF); h) princípios gerais do direito.

No campo do processo sancionatório, a aplicação do conceito da juridicidade veda a imposição de sanções administrativas tão somente pela subsunção da conduta a um tipo infracional legalmente descrito

(tipicidade), exigindo-se, além disto, a aplicação dos critérios esparsos previstos em lei – tal qual as diretrizes do art. 4º do Decreto Federal nº 6.514/2008 -, e dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da finalidade.

A proporcionalidade, inserta no *caput* do art. 37 da CR/88, é também prevista na Lei de Processo Administrativo Federal, que prevê a necessidade de adequação entre os meios e os fins e a vedação da imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. No mesmo sentido, o art. 95 e 24 §9º do Decreto Federal nº 6.514/2008 dispõe sobre da proporcionalidade nos processos sancionatórios ambientais.

ENTERRIA e FERNÁNDEZ (2014, p. 203) lecionam que o princípio da proporcionalidade foi formulado como regra do Direito Penal nas origens modernas deste, concretamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 9.0; conceitos que passaram literalmente para o art. 8.0 da Declaração Universal de Direitos Humanos. Para os autores, o princípio pressupõe uma correspondência entre a infração e a sanção, com interdição de medidas desnecessárias ou excessivas.

Na mesma intelecção, JUSTEN FILHO (2014, p. 1055) prescreve que o princípio da proporcionalidade tem incidência para impedir a punição excessiva e desvinculada da gravidade dos danos e da reprobabilidade da conduta do agente.

Até mesmo porque, o fim público da fiscalização ambiental é a reeducação/função pedagógica para a proteção do meio ambiente e não a arrecadação. Por consectário, multas excessivas, para além de serem arbitrárias, ilegais e inconstitucionais, possuem caráter confiscatório, o que também é vedado pela Constituição da República.

A jurisprudência é neste sentido:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. PODER DE POLÍCIA DO ESTADO. IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. MULTA. 1. A par do que decidiu o juízo de primeiro grau, vê-se que é excessivamente elevado o valor da multa aplicado pelo IBAMA à empresa importadora de pneumáticos usados, pois essa ultrapassa em muito o capital da empresa e o valor dos bens apreendidos, contrariando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a despeito da lei prever multa em valor por unidade, tal como aplicada no presente caso. (TRF-4. AC n. 3236/PR. Quarta Turma. Des. Fed. Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia. j. 21.01.2009)
>
> ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. APELAÇÃO

> CÍVEL. IBAMA. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. FISCALIZAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE EMBARGO/INTERDIÇÃO. ÓRGÃO ESTADUAL. TERMO DE COMPROMISSO DE REGULARIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. [...] A atuação da Administração Pública deve sempre estar em consonância com os postulados da proporcionalidade e razoabilidade. Sendo assim, a imposição de sanções deve, portanto, levar em consideração o conjunto fático que envolve a situação, de maneira a equilibrar a resposta estatal à gravidade do ilícito cometido. 4. O apelado encontra-se regularizado perante o órgão ambiental estadual, o IDEMA/RN, já que junto a este celebrou termo de acordo para regularização de sua operação. Não se coaduna com a proporcionalidade, além de ferir a segurança jurídica, a atitude do IBAMA de multar e embargar o empreendimento 5. Apelação improvida. TRF-5 - AC: 56262420124058400, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Data de Julgamento: 20/06/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 02/07/2013
>
> Segundo a doutrina mais moderna, o ato administrativo deve se sujeitar às balizas da razoabilidade e da proporcionalidade, que estariam calcadas no Princípio da Proporcionalidade ou da Vedação do Excesso. II- Caso seja provocado, cabe ao Judiciário reapreciar os atos administrativos praticados pela Administração Pública para verificar a existência de uma relação de pertinência e de proporcionalidade com o interesse público, que surge como objetivo único a ser por ela perseguido. III- As atitudes tomadas pelo Poder Público devem guardar proporcionalidade com os objetivos específicos a serem alcançados, sob pena de caracterização de desvio de finalidade, que, como é cediço, representa uma das espécies de abuso de poder. [...] TJ-ES - MS: 100040018697 ES 100040018697, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Data de Julgamento: 28/07/2005, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 22/08/2005.

Estes preceitos são reforçados especialmente diante da jurisprudência do STJ que, desde 2010, se posiciona no sentido de que, no processo sancionador administrativo, incidem não somente as regras específicas do Direito Administrativo, como também os princípios do Processo Penal Comum, *verbis*:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO.

> RECURSO PROVIDO. 1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. [...] (STJ. RMS 24.559/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 01/02/2010)

Apesar de tudo isto, muito embora não existam dúvidas sobre a necessidade de aplicação da juridicidade nos processos administrativos, verifica-se que, na prática, a dificuldade de incidência deste comando decorre da aparente inexistência de parâmetros interpretativos e orientadores para que seja realizada a correta ponderação entre a lei estrita e a proporcionalidade.

Isto quer dizer: os agentes públicos, ainda arraigados à legalidade e à aplicação da lei estrita, deixam de utilizar-se da proporcionalidade em suas atuações por não terem direcionamento de como esta incidência deve ocorrer.

Cita-se, à título de exemplo, as infrações cuja penalidade é estabelecida por unidade. Nestes casos, em não raras vezes, apesar da lei expressamente impor a aplicação de multa por unidade, o agente incorrerá em ofensa à proporcionalidade se o valor final da penalidade se tornar excessivamente alto. Contudo, como ponderar a aplicação do princípio se a lei estabelece expressamente como deverá ser a sanção neste caso?

Para responder a este e outros questionamentos similares, serão adiante apresentados parâmetros orientadores para aplicação da razoabilidade, os quais incidirão não somente para avaliar a existência da infração administrativa, mas especialmente para dosar a penalidade nos casos em que a tipicidade é incontroversa.

2 POTENCIALIDADE DANOSA: NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DA POTENCIALIDADE DE DANO NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE

A potencialidade danosa é o primeiro parâmetro orientador identificado na legislação ambiental regente dos processos administrativos. Trata-se da ponderação do dano ou o potencial impacto decorrente da conduta que se pretende punir.

Está prevista no art. 4º, I do Decreto Federal nº 6.514/2008 e em diversas normas estaduais, tal como na legislação estadual do Rio de Janeiro, no art. 8º, I da Lei Estadual nº 3.467/2000, em Minas Gerais, no art. 85, I, "a", do Decreto Estadual nº 47.383/2018 e em São Paulo, na Resolução SMA nº 32/2010, art. 2º, parágrafo único.

Prescreve-se, pois, que deve haver diferenciação entre as condutas em que há risco de danos graves ao meio ambiente e aquelas que não possuem potencialidade de causar qualquer espécie de alteração ao meio ambiente.

A observância deste parâmetro não fica afastada nem mesmo nas infrações ambientais consideradas "formais" ou "de mera conduta", que prescindem da ocorrência de dano ambiental efetivo para sua configuração, tal como no artigo 66 do Decreto Federal nº 6.514/2008 que tipifica a operação, reforma, instalação ou funcionamento de atividades obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, sem licença ou em desacordo com a licença obtida.

Veja-se que, apesar do tipo infracional restar configurado com a simples operação de atividade sem licença ambiental, a existência de dano concreto não pode ser desconsiderada para fins de seleção da penalidade cabível e na dosimetria de eventual multa aplicada.

Casos como este são comumente analisados pelo Judiciário, o qual tem se posicionado pela impossibilidade de medidas gravosas como embargo ou suspensão de atividades e pela impertinência de multas excessivas, permitindo até mesmo a aplicação de multa aquém do mínimo legal:

> ADMINISTRATIVO. ANP. FISCALIZAÇÃO. MICROEMPRESA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DUPLA VISITA. DESNECESSIDADE. CONDUTA DE RISCO. COMÉRCIO SEM AUTORIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA INFLAMÁVEL. GLP. MULTA. AQUÉM MÍNIMO LEGAL. As empresas de pequeno porte e microempresas têm direito à dupla visita nas ações de fiscalização no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento (art. 55 da LC º 123/2006 e § 1º do mesmo dispositivo). A multa decorrente da infração verificada pela ANP foi aplicada no valor mínimo em comento, caracterizando a legalidade do montante estabelecido pela Administração da autorização para exercer a atividade de revenda de gás liquefeito de petróleo - GLP. No que tange ao valor da multa, embora tenha o administrador agido dentro dos limites previstos na

legislação, bem como do poder discricionário que detém, na aplicação do valor da sanção afastou-se do critério de razoabilidade e proporcionalidade, cabendo a redução do valor a ser pago. (TRF4, AC 5005859-26.2016.4.04.7202, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 26/04/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO- PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO - CAVIDADES NATURAIS SUBTERRÂNEAS - INTERVENÇÃO NA AREA DE INFLUÊNCIA SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO- DEMONSTRAÇÃO- APLICAÇÃO DE MULTA - POSSIBILIDADE- DANO IMINENTE E CONCRETO- NÃO DEMONSTRAÇÃO- EMBARGO DAS ATIVIDADESMINERÁRIAS- DESCABIMENTO- PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA- RECURSO PARCIALMENTE DESPROVIDO. 3- Não se vislumbrando, a princípio, indícios de dano iminente e concreto ao meio ambiente, passível de ensejar a paralisação do empreendimento minerário, que fomenta a região e gera empregos para a população local, é cabível a suspensão dos efeitos do auto de infração, no que tange à aplicação da penalidade de embargo de todas as atividades realizadas no entorno de 250 (duzentos e cinquenta) metros das cavidades naturais subterrâneas até a melhor instrução do feito de origem. 4- Recurso a que se dá parcial provimento. (TJMG, 6ª Câmara Cível, AI nº 1.0000.16.062329-4/001, Rel. Des. Sandra Fonseca, j. 25/04/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - MEIO AMBIENTE - EMBARGO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E MULTA PELA PMMG - AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO - PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO ECONÔMICA DA EMPRESA. Para o deferimento da antecipação de tutela, necessário se faz a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC/15, artigo 300). Para a PMMG suspender ou reduzir as atividades de uma empresa, deverá ser realizado laudo por profissional habilitado, como dispõe o artigo 28 §3º do Decreto Estadual nº 44844/2008. Não sendo constatada a gravidade do fato (dano ambiental efetivo), ausente ainda o laudo técnico, deve ser observado o princípio da preservação econômica da empresa em razão de sua finalidade social enquanto unidade produtora e empregadora. Não obstante a importância do resguardo e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proteção ao meio ambiente

> deve ser conciliada com a liberdade de iniciativa econômica privada. (TJMG, 4ª CC, AI nº 1.0091.17.000062-3/001, Des. Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 14/09/2017)

> ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. ART. 24, § 9º, DO DECRETO Nº 6.514/08. APLICAÇÃO ANALÓGICA. GRAVIDADE DA INFRAÇÃO. EXTENSÃO DO DANO. CAPACIDADE ECONÔMICA DO INFRATOR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Além de não ter sido observada a isonomia no tratamento deferido, administrativamente, a outros infratores autuados na mesma operação de fiscalização, as peculiaridades do caso concreto autorizam a aplicação dos parâmetros objetivos previstos no art. 25 do Decreto n.º 6.514/2008, para o arbitramento da multa, cujo valor originalmente fixado mostra-se desproporcional à gravidade da conduta, à extensão efetiva do dano e às condições econômicas do autor. (TRF4, AC 5009378-34.2015.4.04.7205, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 11/06/2018)

A ponderação da potencialidade danosa possui respaldo na proporcionalidade: apesar da conduta típica ser a mera operação sem licença ambiental (legalidade estrita), não é razoável e proporcional que, se não há dano ambiental decorrente da operação não licenciada, vez que os controles ambientais são cumpridos, sejam impostas penalidades de paralisação das atividades e embargo de obras, especialmente antes do contraditório prévio.

Na doutrina ambiental, contudo, não há consenso sobre este aspecto. Especificamente sobre a penalidade de suspensão das atividades MACHADO (2013, p. 378), analisa sob duas óticas: para atividades licenciadas e não autorizadas.

O autor cita, como exemplo, o caso de atividades licenciadas com posterior descumprimento das condições gerais ou específicas da licença, tal como a alteração do plano de zoneamento municipal. Nesta hipótese, reconhece a necessidade de concessão de prazo para o empreendimento transferir-se de local, sendo incabível a ordem de paralisação abrupta das atividades produtivas.

Por outro lado, entende que se deve agir com mais rigor no caso de atividades não autorizadas, conforme se infere do trecho abaixo transcrito:

> A infringência do dever de licenciar a atividade acarreta o dever à autoridade ambiental de fechar o estabelecimento faltoso. Neste caso, não se trata de infração cometida após o licenciamento. O simples fato de entrar em atividade já deve levar à suspensão das atividades. Não se trata do

> mesmo tipo de suspensão descrito no item anterior e, portanto, a suspensão pode ser determinada por autoridade municipal ou estadual, ainda que seja definitiva.

Verifica-se, entretanto, que o posicionamento do autor no caso das atividades não autorizadas é contrário à proporcionalidade, especificamente quanto à ponderação da potencialidade danosa. Mormente porque, a presunção de dano não é consequência automática da operação sem licença, conforme se verifica em recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. LANÇAMENTO DE PARTICULADOS NA ATMOSFERA E DEPÓSITO DE RESÍDUOS A CÉU ABERTO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DANO AMBIENTAL NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE DEGRADAÇÃO NÃO RECUPERÁVEL DA ÁREA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. ARGUMENTAÇÃO DEMASIADAMENTE ABSTRATA. A ausência de licença ambiental não implica, por si só, a ocorrência de dano e o consequente dever de repará-lo; caracteriza, sim, infração administrativa, sujeita a sanção correspondente. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS. Apelação Cível Nº 70074931585, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 25/10/2017).

Deste modo, não há como se descurar da potencialidade danosa para fins de seleção da penalidade cabível, incluindo a dosimetria da multa ou a imposição de sanções de suspensão de atividades.

3 ATENDIMENTO À FINALIDADE NORMATIVA: COGENTE AVALIAÇÃO SOBRE O CUMPRIMENTO DO OBJETIVO PRETENDIDO PELA NORMA

Seguindo o mesmo raciocínio utilizado para a potencialidade danosa, o segundo parâmetro orientador da aplicação da proporcionalidade nas infrações ambientais é a observância ao cumprimento da finalidade normativa.

Veda-se, com isto, a imposição de sanção ou penalização excessiva quando não há ofensa ao bem jurídico protegido pela norma que impõe a obrigação descumprida, em que pese haja subsunção do fato ao tipo infracional,

Trata-se, em outras palavras, da necessária submissão ao princípio da finalidade, preceito de aplicação cogente pela Administração, inclusive nos processos sancionatórios.

Sobre a incidência do princípio, MELLO (2009, p. 106) esclarece que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

Para DI PIETRO (2014, p. 219), a finalidade tem duas acepções, uma em sentido amplo e outra em sentido restrito, conforme lição abaixo transcrita:

> 1 – em sentido amplo, a finalidade correspondente à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;
>
> 2 – em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

Nesse sentido, sob o viés do sentido restrito da finalidade, deve-se considerar que o ato sancionador deve ser produzido tendo por objetivo o interesse público pretendido pela norma. Isto é, se o tipo legal pretende impor sanções a determinada conduta causadora de dano ambiental, visando reprimir o ato danoso, não se deve penalizar quando este dano não esteja devidamente configurado.

Voltando-se novamente para o exemplo da operação sem licença: se o objetivo almejado pela norma ao vedar a operação de atividades sem autorização ambiental é impedir a realização de empreendimentos potencialmente poluidores sem a prévia avaliação de impactos, evitando-se, com isto, a ocorrência do dano ambiental, e este dano ambiental não ocorre, não há proporcionalidade ou cumprimento da finalidade (objetivo da norma) na imposição de paralisação das atividades, especialmente sem contraditório prévio.

É o caso, também, das infrações administrativas por alegação de descumprimento de condicionante. São comuns as imposições de sanções sob a tipificação da desconformidade da atividade com a Licença de Operação (LO) quando, a despeito de realizada a obrigação imposta em condicionante ou exigência do órgão ambiental, o infrator não tenha cumprido obrigação administrativa, tal como a apresentação de relatório periódico.

Entende-se, do mesmo, que se o objetivo da penalização é reprimir a conduta de descumprir com os controles que condicionam o exercício

da atividade, é incabível impor sanção gravosa com fundamento no tipo "operar em desconformidade com a LO" quando há descumprimento meramente formal.

Para isto, há a possibilidade de o ente fiscalizador previamente notificar o empreendedor para apresentar a documentação faltante ou, em outra hipótese, impor a penalidade de advertência.

> TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. DANO AMBIENTAL. DESMATAMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONDOMÍNIO. APELAÇÃO IMPROVIDA. [...] A finalidade precípua da multa, no caso de infrações ao meio ambiente, não é arrecadatória, mas incentivar a recuperação da dano ambiental pelo infrator e desestimular o cometimento de novas violações à lei. Sendo assim, a área desmatada no imóvel de propriedade de Ana Cristina Altenburger Chavenco deve ser mantida no auto de infração. Apelação a que se nega provimento. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1994854 - 0020818-69.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 02/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2015)

Destarte, o atingimento da finalidade normativa é outro parâmetro orientador de aplicação cogente nos processos administrativos, especialmente relevante para cumprimento da finalidade das sanções ambientais, que é desestimular novas infrações.

4 SOLUÇÃO TEMPESTIVA EFICAZ: ADOÇÃO DE TÉCNICAS EFICAZES A TEMPO

Em alguns regramentos específicos, o arrependimento eficaz é considerado circunstância atenuante, incidente na hipótese em que, após a ocorrência da infração, há a reparação e contenção do dano.

> Trata-se, à título exemplificativo, da previsão da Instrução Normativa IBAMA nº 10/2012 e da legislação estadual dos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais:
>
> Instrução Normativa IBAMA nº 10/2012
>
> Art. 21. São circunstâncias atenuantes:
>
> II – arrependimento eficaz do infrator, manifestado pela espontânea reparação e contenção do dano, limitação significativa da degradação ambiental causada ou apresentação de denúncia espontânea.
>
> Rio de Janeiro - Lei Estadual nº 3.467/2000

> Art. 9º - São circunstâncias que sempre atenuam a penalidade:
> II – a reparação espontânea do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada;
>
> Minas Gerais – Decreto Estadual nº 47.383/2018
>
> Art. 85 – Sobre o valor base da multa serão aplicadas circunstâncias atenuantes e agravantes, conforme o que se segue:
>
> I – atenuantes, hipóteses em que ocorrerá a redução da multa em 30% (trinta por cento):
>
> a) a efetividade das medidas adotadas pelo infrator para a correção dos danos causados ao meio ambiente e recursos hídricos, incluídas medidas de reparação ou de limitação da degradação causada, se realizadas de modo imediato;

Entende-se, todavia, que a solução tempestiva eficaz é parâmetro orientador da juridicidade, devendo ser aplicada mais do que somente para fins de atenuação, o que ocorre na segunda fase da dosimetria da sanção.

Isto quer dizer que, no momento do enquadramento da conduta nos tipos infracionais, bem como quando da seleção da penalidade aplicada, deve-se ponderar se, no período entre a ocorrência da conduta típica e sua ciência pelo ente fiscalizador, o infrator adotou as providências necessárias para regularização ou mitigação dos impactos decorrentes de seu ato.

Trata-se, sob outra ótica, de analisar a conduta no que se refere às consequências práticas e efetivas que dela decorreram ou poderiam decorrer caso o infrator não tivesse adotado as medidas necessárias à regularização.

Em julgados esparsos, verifica-se a crescente aceitação deve pressuposto para fins de adequação entre a conduta típica e a sanção.

> ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA FIXADA. ARREPENDIMENTO EFICAZ. Hipótese em que se mantém a sentença que fundamentou no sentido de que a busca pelo deferimento de licença ambiental deve ser considerado arrependimento eficaz, ainda que tenha sido posterior à autuação, nos termos do que dispõe o art. 16, II, da Instrução Normativa n. 14, de 15-05-2009, indeferindo o pedido de conversão da multa em pena de advertência, em razão da discricionariedade do agente autuante. (TRF4, AC 5016312-57.2014.4.04.7200, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 18/05/2016)

Portanto, este critério – mais que parâmetro objetivo na redução de multa – deve ser um orientador na seleção da penalidade, convergindo também com a ideia de que o processo sancionatório administrativo não

tenha por fim a arrecadação e, sim, a fiscalização e o controle das atividades para desestímulo de novas práticas irregulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora em breves linhas tenha se delimitado os parâmetros gerais e orientadores para aplicação da juridicidade nos processos sancionatórios ambientais, este tema não se esgota aqui. Ao contrário, há muito que se tratar e evoluir para que a aplicação prática esteja a contento com a previsão legal e critérios mais objetivos e aplicáveis sejam implementados pela Administração Pública, de forma a se evitar desvios, sempre em busca de efetividade nas ações para a proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ. Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO. Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 106

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAPÍTULO 13

30 ANOS DE CONFLITOS NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA AMBIENTAL. E CONTANDO...

LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL
MARCOS ABREU TORRES

INTRODUÇÃO

Aquela máxima de que não existem contradições no texto constitucional não se aplica no caso da Constituição Federal de 1988, ao menos quando se analisa a repartição de competências legislativas no assunto meio ambiente, fonte indiscutível de conflitos e incertezas para o operador do Direito Ambiental.

Um dos maiores estudiosos do federalismo no mundo, Ronald Watts (2008, p. 122), já alertava ser impossível evitar os conflitos de competências em sistemas federativos. No entanto, é possível mitigá-los em maior ou menor grau conforme a configuração federativa que se adota. Devido à inevitável conflitualidade, o sucesso de uma federação mede-se mais pela habilidade em lidar e solucionar os conflitos do que pela capacidade de preveni-lo.

A atual Constituição almejou a prevenção ao estabelecer alguns critérios para o exercício da competência legislativa concorrente. Entretanto, por uma série de motivos, o objetivo esperado não foi alcançado e os choques normativos continuam a ocorrer. Na área ambiental, os conflitos parecem ser ainda mais costumeiros, em especial após a proliferação de normas ambientais federais, estaduais e municipais, legais e infralegais, a partir de 1988. Estudo conduzido por Juras e Araújo (2009, p. 283-599) analisou as normas ambientais estaduais vis-à-vis algumas da União[1] e

1. O estudo centrou-se na legislação que trata da proteção à fauna e às florestas, bem como a que disciplina o licenciamento ambiental e o controle da poluição, além da legislação que prevê

identificou mais de 800 conflitos reais ou aparentes. Em outro trabalho, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente (MMA, 2009, p. 49-92),[2] foram apontados cerca de 40 possíveis conflitos da Lei Estadual nº 14.675/2009 (Código Ambiental de Santa Catarina) com normas ambientais da União.

A doutrina logo tratou de buscar critérios para tentar solucionar os inúmeros conflitos de competência. Todavia o objetivo também não foi alcançado, o que reflete em uma jurisprudência constitucional muitas vezes contraditória.

Doravante, serão descritos os critérios definidos pela própria Constituição para evitar conflitos federativos no âmbito da legislação concorrente. Em seguida, serão apontadas as principais causas para que estes critérios não estejam funcionando adequadamente quanto à legislação ambiental e como isso impacta no comportamento do STF. Por fim, como conclusão, tecer-se-ão contribuições para o que se pensa ser uma forma acessível para solucionar os conflitos: num primeiro passo, encontrar novos caminhos a ser aplicado subsidiariamente sempre que os critérios constitucionais não forem viáveis, e, num horizonte mais amplo, debater acerca da necessidade de se reformar o sistema de competências legislativas ambientais vigente.

1 CRITÉRIOS CONSTITUCIONAIS PARA PREVENÇÃO DE CONFLITOS EM NORMAS CONCORRENTES

A Constituição Federal de 1988 recepcionou o federalismo de cooperação no que se refere à competência para legislar sobre a questão ambiental. Nestes assuntos, o papel da União se limita a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º), que serão suplementadas pelos demais entes federativos (§ 2º), em um condomínio legislativo cooperativo; lembrando que estes entes podem legislar sem limites na ausência de norma geral nacional (§ 3º), mas que a superveniência de norma geral da União suspende a eficácia das demais (§ 4º). Nesse condomínio, todos os entes federativos possuem competência legislativa, mas cada um dentro de um espectro de atuação inconfundível com o dos demais – cooperação, e não competição.

A primazia da União, portanto, prevalece quando uma norma geral nacional conflitar com uma norma geral de outro ente federativo. Por

sanções administrativas.

2. Elaborado para subsidiar as manifestações da Advocacia Geral da União na ADI 4.229.

outro lado, quando as normas conflitantes se cingirem a assuntos típicos de legislação suplementar, prevalece a norma do ente *subnacional*, uma vez que a competência da União se limita a estabelecer normas gerais.

As normas gerais e as suplementares devem harmonizar-se, complementar-se e não colidirem ou se excluírem. O que parece teoricamente simples, na verdade, é palco para inúmeras controvérsias, conforme será visto a seguir.

2 CAUSAS DOS CONFLITOS DE NORMAS AMBIENTAIS CONCORRENTES

Embora seja possível mitigar os conflitos de competência conforme a configuração federativa que se adota, é impossível eliminá-los completamente. Levantamento realizado por Camargo (2013, p. 16) demonstra que entre 1988 e 2012 foram protocoladas 896 ações direta de inconstitucionalidade no STF envolvendo conflitos federativos, representando 19% das que foram ajuizadas naquele período.

Na área ambiental, os conflitos são ainda mais evidentes: por despertar interesses em todos os níveis de administração, pública ou privada, internacional, nacional, regional e local, há grande potencial para provocar a sobreposição de competências, a duplicação de esforços e os atritos entre governos (CONNELLY, 2010, p. 33).

Outro fator que explica o alto número de conflitos legislativos é a interdisciplinaridade própria do Direito Ambiental, que talvez seja a mais transversal das disciplinas jurídicas. O meio ambiente dialoga com quase todos os ramos jurídicos (Administrativo, Civil, Penal, Trabalhista, Agrário, Tributário, Urbanístico, Econômico *etc.*) e com diversas outras ciências (Biologia, Engenharias, Geologia, Urbanismo, Economia, Medicina *etc.*).

Ademais, o meio ambiente não respeita as fronteiras criadas pelo homem: as divisões políticas nem sempre levam em consideração as características geográficas naturais. Basta comparar as fronteiras geopolíticas das regiões e dos estados brasileiros com as fronteiras naturais das bacias hidrográficas ou dos biomas e perceber que os contornos não coincidem. É comum que acidentes ambientais surtam efeitos para além das fronteiras de determinado território, causando danos em outros estados ou mesmo países – queimadas na Amazônia podem afetar o ciclo hidrológico em todas as regiões brasileiras e mesmo nos países vizinhos.

Também as fronteiras físicas levantadas pelo homem nem sempre são capazes de segurar as forças da natureza, às vezes até as agravam –

todos os anos, gastam-se fortunas em barreiras tentando conter o avanço das águas, aceiros para evitar a propagação de incêndios em florestas e lavouras, uso de agrotóxicos para prevenir pragas, vacinas para erradicar doenças.

De fato, a partir da década de 1990, no Brasil e alhures, houve uma proliferação de normas ambientais em todos os níveis da federação, dificultando a coordenação das políticas ambientais e a execução de planos e programas ambientais. O labirinto de regras e os conflitos entre agências estaduais e federal tornam os processos ambientais mais complexos e demorados, além de estimular o litígio entre os entes federativos, gerando mais custos ao poder público (KINCAID, 1996, p. 87).

A própria Constituição não oferece um sistema imune a conflitos ou interpretações equivocadas. Uma das causas para isso é a conexão inevitável entre alguns assuntos previstos nos arts. 22 e 24. Furlan e Fracalossi (2010, p. 218-219) identificam diversos temas de competência legislativa privativa da União que tangenciam aspectos ambientais: i) Direito do Trabalho (inciso I), que tem no ambiente laboral um dos aspectos do meio ambiente;[3] ii) Direito Agrário (inciso I), cujo objeto é regular, entre outras

3. É tormentoso concluir se o ambiente laboral compõe, ou não, o meio ambiente *lato sensu*. Pesa a favor da conclusão positiva o disposto no art. 200, inciso VIII, da Constituição, que atribui ao Sistema Único de Saúde competência para "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho". Não obstante a redação acima, o meio ambiente do trabalho não pode ser considerado um aspecto do meio ambiente lato sensu. Enquanto as regras sobre meio ambiente do trabalho focam a proteção dos trabalhadores inseridos naquele ambiente, fechado ou aberto, as regras ambientais têm por fim a proteção do ambiente natural ou artificial. O efeito concreto disto é que infrações que atinjam trabalhadores de determinada fábrica serão processadas pelas delegacias regionais do trabalho, enquanto que infrações que atinjam demais aspectos do meio ambiente serão processadas pelos órgãos ambientais do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, a exemplo do Ibama. A arquitetura dos poderes de polícia da Administração Pública destinados à tutela do meio ambiente e do trabalhador são diferentes por essência: enquanto o primeiro caso é realizado por todos os entes federativos, em atuação comum mas concertada, o segundo é exercido pela União, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e seus departamentos descentralizados (as superintendências regionais do trabalho). Essa questão não é de interesse meramente acadêmico; sua compreensão tem como fim, por exemplo, a questão federativa: afinal, podem os estados legislar sobre meio ambiente do trabalho? Se adotada a posição de Silva (2009, p. 21), sim, por se tratar de tema de competência legislativa concorrente; se adotada a posição ora defendida, não, por se tratar de competência privativa da União. A discussão não se encerra aqui. Embora pareça razoável se afirmar que meio ambiente do trabalho não compõe um dos aspectos do meio ambiente lato sensu, tem-se maior dificuldade em negar aos estados (e municípios) competência para legislar sobre a matéria. É que o art. 24, inciso XII, da Constituição, insere a proteção e a defesa da saúde no rol das competências legislativas concorrentes. Resta saber se o constituinte quis incluir na proteção e na defesa da saúde a saúde do trabalhador. Não se pretende esgotar esta discussão, até porque o foco deste trabalho é outro. Portanto, sempre que aqui se referir aos aspectos que compõem o meio ambiente lato sensu, estar-se-á falando do meio ambiente natural, do meio ambiente artificial e do meio ambiente cultural, com a ressalva de que, a depender da posição adotada pelo leitor, o meio ambiente do trabalho poderia ou não ser incluído como um quarto elemento. O fato é que o STF tem corroborado com o entendimento

funções, a tensão existente entre produção agrícola e proteção ambiental; iii) desapropriação (inciso II), que faculta ao Poder Público desapropriar imóveis que não estejam cumprindo sua função socioambiental; iv) águas (inciso IV), que, além da conexão direta com o meio ambiente,[4] são também encontradas em bens de domínio estadual (rios estaduais); v) energia (inciso IV), produzida com uso de recursos naturais, renováveis ou não; vi) trânsito e transporte (inciso XI), que condicionam a qualidade de vida humana no meio ambiente artificial; vii) jazidas e minas (inciso XII), cuja exploração causa alterações no meio ambiente natural; e viii) atividades nucleares (inciso XVI), fontes de preocupação à salubridade do ser humano e do meio ambiente.

Esclarecer essas conexões é desafio tão complexo que até o STF tem dificuldade em estabelecer os limites de cada dispositivo. Com efeito, várias decisões da Corte encontram fundamento nos dois artigos (22 e 24) ao mesmo tempo. Segundo Azevedo (2003, p. 23-25), geralmente o STF tende a dar prevalência à competência privativa sempre que, no caso em análise, exista uma norma da União sobre o assunto, afastando eventual legislação estadual em conflito. Ademais, prossegue o autor, quando não existir norma da União e o objeto da ação for uma norma estadual, sendo que a controvérsia gira em saber se o estado legislou com base no art. 24 ou se invadiu competência privativa da União (art. 22), a inclinação da Corte pende a favor da norma estadual. Nesse sentido, o STF opta por fundamentar a atuação do legislador periférico no § 3º do art. 24 (competência estadual plena na ausência de norma da União), para que não quede um vácuo normativo sobre a matéria, ainda que ela esteja aparentemente mais próxima ao art. 22 (vide RE 194.704).

Uma segunda fonte de conflitos é a equivocada conexão que se faz entre as competências ambientais executiva ou administrativa (incisos VI e VII do art. 23), com a legislativa (incisos VI, VII e VII do art. 24). Para alguns, o fato de os assuntos ambientais estarem previstos no art. 23

que meio ambiente do trabalho se insere no contexto da competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho, conforme se extrai do julgamento das ADIs 1.893 e 2.609, que declararam inconstitucionais leis fluminenses sobre segurança e higiene do trabalho, bem como sobre critérios para determinação de padrões de qualidade do ambiente de trabalho e proteção da saúde dos trabalhadores no Estado.

4. O STF está para julgar um conflito envolvendo a competência da União para legislar sobre águas e dos municípios para legislar sobre a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios. Trata-se do RE 738.481, com repercussão geral reconhecida, ajuizado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, ao manter sentença de primeira instância, invalidou a Lei municipal 2.879/2000, de Aracaju, a qual determina a obrigatoriedade de instalação de hidrômetros individuais nos edifícios e condomínios construídos na cidade. Aquele tribunal considerou que tal exigência é matéria de competência privativa da União.

permitiria que todos os entes federativos legislassem sem limites, pois, a fim de atender aos comandos executivos da competência comum, cada ente federativo poderia/deveria legislar da forma como melhor lhe conviesse.

Essa não é a opinião aqui defendida. É preciso separar o dever de executar o que dispõem as leis do dever de fazê-las. Enquanto no primeiro caso todos os entes federativos podem atuar, devendo leis complementares harmonizar esses papéis cooperativos, no segundo caso, há certa organização predefinida pelo constituinte: a União define as normas gerais e os demais entes as suplementam.

Por óbvio, os órgãos ambientais federais, estaduais e municipais somente poderão fazer aquilo que determina a lei (princípio da legalidade aplicado à Administração Pública), o que não quer dizer que cada ente seja obrigado a legislar para que seus respectivos agentes públicos possam agir. Até porque não há obrigação para que todos os entes ajam simultaneamente, cabendo ao legislador complementar coordenar a atuação comum.[5]

No direito norte-americano, prevalece a teoria dos poderes implícitos, na qual, face à obscuridade da Constituição, a competência para legislar sobre determinado tema decorre da competência para o exercício desse tema no plano administrativo. Quer dizer, se a Constituição conferiu à União poder para criar um banco nacional, é porque quis lhe atribuir, implicitamente, poderes para legislar sobre direito financeiro, conforme restou decidido no caso McCulloch *versus* Maryland (JUSTIA US SUPREME COURT, 2014), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1819.

No Brasil, todavia, essa teoria não foi recepcionada na atual Constituição. Enquanto a Constituição norte-americana não faz uma distinção clara entre as competências executivas e legislativas, a brasileira o faz detalhadamente – na área ambiental, em especial, há um detalhamento esmiuçado entre uma e outra competência. Para que a União possa legislar, terá que buscar fundamento nos arts. 22 ou 24, e não no 21 ou 23. O

5. Na ADI 2.544, o STF declarou inconstitucional lei do Estado do Rio Grande do Sul que atribuía aos municípios gaúchos a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos. Vale a pena transcrever o seguinte trecho da ementa: "2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os municípios."

que não estiver no 22 ou no 24 é porque está no § 1º do art. 25, *i.e.*, são assuntos residuais de competência privativa dos estados.

Querer que todos os entes federativos legislem plenamente sobre todos os temas do art. 23 desmoronaria o condomínio legislativo arquitetado pelo art. 24. Ademais, dizer que um ente federativo não pode agir com base na lei estabelecida por outro ente seria uma regressão ao federalismo dual, em que cada um atuava de forma isolada do outro.

Uma terceira causa de conflitos normativos envolvendo a questão ambiental é o uso abusivo de conceitos indeterminados previstos no condomínio legislativo concorrente. Com efeito, a atuação de cada ente federativo nesse campo está condicionada ao atendimento de pelo menos um conceito indeterminado: a União estabelecerá "normas gerais", os estados "normas suplementares" e os municípios "normas de interesse local" e "normas suplementares".

A doutrina já se debruçou bastante na tentativa de delimitar o que seriam normas gerais, ora buscando um conceito positivo (o que são), ora negativo (o que não são). Sem dúvida, o trabalho mais citado é o de Diogo Figueiredo Moreira Neto. Em um esforço de compilar o que a doutrina já havia escrito até então, o saudoso publicista carioca (MOREIRA NETO, 1988, p. 149-159) faz uma compilação das principais características inerentes às normas gerais apontadas por dezenas de autores, assim resumida: são normas principiológicas, nacionais e limitativas. Principiológicas por causa da função que possuem de estabelecer diretrizes para obrigar o grau de decisão subsequente. Nacionais, pois têm por fim uniformizar o essencial sem cercear o acidental, peculiar das unidades federadas. E limitativas porque como princípios limitam a atuação dos entes federativos e como normas de aplicação limitam os aplicadores, sejam quais forem.

O STF também já proferiu, em alguns julgamentos, o que entende por normas gerais. Na ADI 3.645, por exemplo, o ex-ministro Carlos Ayres Britto observou que a "norma geral é aquela que emite um comando passível de uma aplicabilidade federativamente uniforme", e na ADI 927-MC, o ex-ministro Carlos Velloso as definiu metaforicamente como "a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências".

Não obstante todo o esforço doutrinário e jurisprudencial, alguns doutrinadores dizem ser "teoricamente impossível e praticamente inconveniente" delimitar os conceitos indeterminados que fazem parte da competência legislativa concorrente (Sousa *apud* AZEVEDO, 2003, p. 62). Lopes Filho (2012, p. 236) nota uma "absoluta impossibilidade de

definição apriorística que elida qualquer margem de discussão posterior", pois, em sua opinião, o constituinte teve a intenção de "não apontar com clareza e exaustão a zona de fronteira da atuação de cada ente na competência concorrente."

Ademais, como observa Krell (2008, p. 55), "a crescente complexidade das atividades desempenhadas pela Administração Pública como um todo é caracterizada por uma diferenciada divisão do trabalho". A consequência, diz, é que não faz mais sentido distinguir rigidamente os interesses dos entes federativos, pois a sobreposição de interesses entre eles gera "assuntos mistos" (água, esgotos, resíduos, energia, hospitais, transporte), que são decompostos em tarefas parciais e atribuídas a diferentes entes, podendo-se falar de uma "promiscuidade" de competências.

Partindo-se da premissa de que a competência legislativa concorrente pressupõe a participação de todos os entes federativos – a União estabelecendo as normas gerais e os estados e municípios as suplementando –, o que se vê muitas vezes é a União não se contendo nos seus limites, legislando tudo sobre tudo.

Esta atuação exacerbada da União tem esvaziado o papel dos poderes legislativos estaduais e municipais e ampliado o papel do Poder Executivo federal, na medida em que este se vê obrigado a regulamentar as "super" normas gerais e executá-las. Ocorre que, como observam Verchick e Mendelson (2009, p. 26), as agências federais são criadas e estruturadas para focar nos poderes e nas necessidades do governo da União, ao invés de nos interesses regionais e locais.

O Brasil possui muitas leis ambientais. Apenas entre as mais importantes, autodenominadas políticas ambientais setoriais, são mais de dez, número que, por si só, já é alvo de críticas, como diz Antunes (2007, p. 116):

> Não basta a existência de uma política nacional do meio ambiente, criam-se políticas nacionais de biodiversidade e de uma infinidade de outros temas "ambientais", como se eles não estivessem, de alguma maneira, compreendidos na política nacional de meio ambiente.

Um dos principais motivos para que a União se comporte desta forma é a desconfiança nos demais entes federativos. Nos países cuja configuração federativa se deu de dentro para fora (centrífugo), a desconfiança da União nos estados sempre existiu, assim como a desconfiança dos entes periféricos no ente central também sempre existiu nos países de federalismo centrípeto. No Brasil, o poder que antes da República era totalmente concentrado nas mãos do Imperador foi

parcialmente cedido aos estados com a mutação do país em federação. Entretanto, esta delegação de poderes não passou de mera ficção do texto constitucional, como uma forma de acomodar os interesses das poderosas oligarquias regionais: a cada nova Constituição o poder foi sendo cada vez mais centralizado. Não obstante a centralização explícita de poderes na União, a Carta de 1988 depositou ampla confiança nos estados para legislar sobre os assuntos arrolados no art. 24: basta ver que o § 3º confere-lhes competência plena para legislar quando a União se omitir – uma novidade em relação às Constituições anteriores.

A confiança dada pelo poder constituinte, todavia, contrasta com a atuação do legislador infraconstitucional – o que o constituinte deu o legislador tirou. Por que a União desconfia dos estados? Será que os legisladores estaduais não possuem capacidade técnica? Ou ética? Será, como diz Mello (2011), que, se a União se limitasse a definir apenas normas gerais em matérias de defesa do interesse público, os estados seriam incapazes de suplementá-las adequadamente, "por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica"? Ou será que esse comportamento extravagante da União reflete uma ganância pelo poder de legislar tudo sobre tudo, pelo que Fagundes (2011, p. 151) diz ser vocação incoercível do homem para o mando, "da qual resulta que o poder atrai o poder e que o poder pede sempre mais poder"?

Segundo Arretche (2012, p. 181), "a noção de que a intervenção federal na política local pode ser uma maneira eficiente de proteger os cidadãos contra elites políticas atrasadas e corruptas tem raízes profundas na história brasileira." Formou-se a visão equivocada de que os melhores profissionais estariam no poder público federal, e de que seria um desastre se a União permitisse que determinados assuntos fossem tratados pelos estados, sem um controle amplo e firme dos órgãos federais.

O receio na capacidade dos legisladores regionais, aliado a uma interpretação equivocada da Constituição (de que os estados jamais poderão contrariar a legislação estabelecida pela União, independentemente de esta ser geral ou não), tornou-se um dogma, a ponto de os próprios estados se omitirem na competência que o constituinte lhes conferiu. Para Moraes (2013, p. 170), os entes federativos periféricos são extremamente tímidos na edição das normas suplementares, "aceitando sem qualquer contestação a legislação federal que – em matéria concorrente – acaba por disciplinar tanto os princípios e regras gerais, quanto as normas específicas."

3 NÃO EXISTE CORRIDA PARA BAIXO (GUERRA AMBIENTAL)

Existe um receio, e não apenas na mente dos burocratas federais, de que se os estados fossem deixados livres para legislar sobre meio ambiente haveria uma *corrida para baixo* (alguns autores chamam esse fenômeno de *guerra ambiental*, sendo seu racional similar ao da *guerra fiscal*),[6] ou seja, ocorreria uma disputa por leis ambientais mais frouxas, visando a atrair novas indústrias e manter as já instaladas.

De acordo com Revesz (1997, p. 98), os defensores desta teoria argumentam que os estados tentam atrair investimentos privados para suas respectivas jurisdições de modo a se beneficiar do incremento de empregos e tributos, oferecendo-lhes, em troca, *standards* ambientais abaixo do que existiria na ausência desta competição. A mobilidade das pessoas e das indústrias estimularia o afrouxamento da legislação ambiental por parte dos entes federativos periféricos. Com efeito, na busca por ambientes regulatórios cada vez mais atrativos às indústrias, os estados adotariam níveis de proteção ambiental abaixo do recomendável, sacrificando o equilíbrio ambiental em prol de benefícios tangíveis e imediatos, como empregos e tributos (BUZBEE, 2009, p, 104). Portanto, na visão dos defensores desta teoria, faz-se necessário que a União estabeleça *standards* mínimos de proteção ao meio ambiente, uma vez que um estado não tem como coordenar as ações dos demais estados.

A *corrida para baixo* é explicada a partir da teoria dos jogos, mais especificamente o problema conhecido como o *dilema dos prisioneiros*: embora todos se beneficiassem se os estados cooperassem entre si mantendo níveis ótimos de padrões ambientais, os incentivos mostram-se de tal modo atraentes que cada estado não resiste em relaxar sua legislação a fim de atrair investimentos (ENGEL, 1997, p. 274). A tabela abaixo demonstra que a estratégia dominante em uma eventual disputa entre estados seria o abrandamento da legislação ambiental.

Tabela: simulação da *corrida para baixo* com base no dilema dos prisioneiros

Estado A	Estado B	
	Padrão de proteção em 90%	Padrão de proteção em 45%
Padrão de proteção em 90%	($250, $250)	($175, $265)
Padrão de proteção em 45%	($265, $175)	($200, $200)

6. Nos EUA usa-se o termo *race to the bottom*.

Inspirada no modelo usado por Engel (1997, p. 305), significa que se os estados A e B cooperarem, mantendo um padrão de proteção ambiental ótimo (90%), terão um retorno de $ 250, maior até do que se ambos abaixarem o padrão para 45%. Mas se um cooperar e o outro abaixar seu padrão pela metade, este terá um retorno maior do que aquele. Esta teoria (*dilema dos prisioneiros*) demonstra que a cooperação é a melhor alternativa, pois ambos garantem o maior retorno de forma equitativa.

O racional por trás desta teoria, que por fim fomenta a centralização dos poderes, segundo Stewart (1977, p. 1217-1218), tem a ver com a questão moral que envolve a preocupação com a qualidade ambiental. O autor explica que as coletividades têm muito mais propensão a assumir sacrifícios por um ideal em comum caso tenham segurança de que os demais também farão sacrifícios, e diz que políticas nacionais podem conferir tal segurança e facilitar apelos para que interesses paroquiais sejam sublimados por uma cruzada nacional. Por isso, continua, não surpreende que as legislações de combate à poluição adotadas pela União na década de 1970 nos EUA foram concebidas e propagandeadas como uma guerra nacional pela qualidade do meio ambiente e da saúde humana, possuindo forte apelo popular.

No entanto, Engel (1997, p. 302) critica o uso do *dilema do prisioneiro* para justificar o temor da *corrida para baixo* na legislação ambiental, dizendo que as interações interestaduais no mundo real são muito mais complexas. Há que se analisar, por exemplo, a interação das questões ambientais com outras políticas. De acordo com Revesz (1992, p. 1245), os que advogam a existência da *corrida para baixo* parecem assumir, ao menos implicitamente, que os estados competem apenas sobre a variável ambiental. Não adianta a regulação federal tentar impedir a *corrida para baixo* na legislação ambiental, se é que ela existe, pois os estados buscarão alguma área social para relaxar suas normas, como a proteção ao trabalhador e ao consumidor (REVESZ, 1997, p. 106). Diante desta constatação, o autor sustenta que os argumentos favoráveis à *corrida para baixo* são, em essência, frontalmente contrários ao federalismo, na medida em que a única alternativa para conter o suposto ímpeto dos estados para atrair investimentos seria concentrar todas as políticas sociais no ente central, eliminando a autonomia estadual.

Se, no plano teórico, a *corrida para baixo* pode parecer coerente para alguns, na prática não se tem verificado muito claramente sua incidência na legislação ambiental, seja nos EUA ou no Brasil. No primeiro caso, embora existam evidências empíricas de que, quando os estados são os entes federativos competentes para a gestão florestal, os retornos econômicos aos empresários são maiores do que quando a União exerce este papel

(KOONTZ, 2002, p. 193), o autor (p. 187) tece críticas ao modo como se tem debatido durante décadas o federalismo americano, em especial para identificar qual a instância mais preparada para lidar com determinado assunto. Diz que os debates se apoiam muito mais em evidências teóricas do que em pesquisas empíricas sobre a eficiência da União e dos estados na execução de políticas públicas. O maior sucesso dos empresários quando submetidos à gestão florestal pública no nível estadual pode ser atribuído ao conhecimento mais profundo dos gestores públicos sobre as reais necessidades do empresariado local, sem necessariamente configurar em menor rigidez da legislação florestal naqueles estados. Quem conhece melhor os problemas e está mais próximo deles tende a encontrar as melhores soluções.

Alguns autores não apenas alertam para a ausência de dados empíricos que comprovem a *corrida para baixo* na legislação ambiental dos estados, como até duvidam da existência deste fenômeno, a exemplo de Adler (2007, p. 79-80), que indica estudos que demonstram uma preocupação com a qualidade ambiental nas políticas estaduais. Potoski (2001, p. 339) exemplifica com um estudo realizado pelo *Council of State Government's State Air Pollution Control Survey* sobre a política de qualidade do ar nos EUA, que concluiu que a pressão econômica não retirou dos estados a capacidade de estabelecer parâmetros ambientais próprios. O estudo não encontrou qualquer evidência de *corrida para baixo*, pelo contrário, diversos estados optaram por estabelecer parâmetros mais restritivos do que os federais.

Experiências no Brasil também demonstram que a existência de uma corrida para baixo na legislação ambiental estadual é duvidosa. Apenas tomando por base ações julgadas ou ainda em curso no STF, há diversos casos de conflito entre normas ambientais concorrentes em que a regra estadual é mais restritiva do que a da União. Alguns exemplos são as leis estaduais e municipais proibindo o uso de qualquer tipo de amianto, leis estaduais sobre o controle de produtos alimentícios que contenham organismos geneticamente modificados mais restritivas que a regra federal etc.

Outra crítica contra o argumento da *corrida para baixo* é que a rigidez da legislação ambiental, ou sua falta, não é um fator que as indústrias costumam considerar na busca por onde se instalar. Segundo Kon (*apud* SOUZA; MUNIZ, 2010, p. 164-165), os principais fatores econômicos e técnicos considerados por indústrias ao escolher onde se localizar são: o custo e a eficiência dos transportes; a proximidade do mercado consumidor; a existência ou não de competição local em determinado mercado; a disponibilidade e custos da mão de obra, em termos de

quantidade e qualidade; o custo da terra; a disponibilidade de energia e água; o suprimento de matérias-primas; a disposição de resíduos; além de dispositivos fiscais e financeiros. Note-se que alguns fatores são disciplinados pela legislação ambiental, no entanto quão relevantes são para nortear a decisão dos empresários? Engel (1997, p. 321-322) aponta estudos realizados nos EUA que demonstram que o rigor da legislação ambiental é um pequeno detalhe na busca pela localização ideal de novas indústrias – os fatores mais importantes seriam a quantidade de trabalhadores sindicalizados, a proximidade dos mercados e das matérias-primas, o acesso à rede de transporte, a qualidade da educação e os custos com moradia e energia. Em estudo realizado no Estado de Goiás, Souza e Muniz (2010, p. 174) concluíram que a concentração de indústrias no eixo Catalão-Goiânia está diretamente relacionada à existência de infraestrutura (rodoviária e ferroviária), à proximidade da capital do Estado e à existência de maior mercado consumidor. Tais resultados contrastam com a percepção do ente central, que tende a desconfiar que os legisladores estaduais promoverão uma *corrida para baixo* nas regulações ambientais, com o objetivo de atrair indústrias, como se este fosse o fator mais importante na escolha empresarial.

É possível, ainda, citar um argumento pragmático para o próprio estado que pretende relaxar suas normas ambientais: nem sempre os benefícios advindos da vinda de novas indústrias (tributos, empregos *etc.*) superam os custos com as externalidades geradas (poluição, pressão na saúde pública, gastos com infraestrutura, fiscalização, ações indenizatórias *etc.*). Além da possibilidade de o saldo ser negativo em alguns casos, os custos e benefícios a serem contabilizados dependem muito das características regionais, não sendo recomendável uma análise uniforme para todo o país.

Críticas recentes sustentam que a competição interestadual, ao contrário do que se afirma, promove o bem-estar social. De acordo com Engel (1997, p. 274-275), as eventuais adversidades geradas pelo abrandamento da legislação ambiental são mais do que compensadas pelos ganhos resultantes do crescimento da atividade econômica. Tal argumento repousa na teoria neoclássica da economia, segundo a qual a defesa de interesses individuais em um contexto de competição ideal conduz à ponderação entre meio ambiente e bens materiais em níveis socialmente ótimos. Esty (1996, p. 630-631), no entanto, recusa qualquer comparação que se possa fazer entre empresas e poder público, no sentido de que as mesmas regras da competitividade que valem para as primeiras possam valer para o segundo caso. Segundo o autor, o que diferencia empresas e

o poder público é que aquelas podem escolher se produzirão ou venderão determinado bem ou serviço, enquanto o poder público não goza da mesma liberdade para escolher se vai ou não prestar determinado serviço público – a única margem de opção está na qualidade do serviço a ser prestado.

A *corrida para baixo* tem sido combatida pela União por meio da centralização da gestão ambiental, definindo-se parâmetros aplicáveis uniformemente em todo o país, o que é condenado por alguns autores, como Buzbee (2009, p. 114-115), que alerta para o risco de se ter uma legislação federal dispondo uniformemente sobre um tema dinâmico e rodeado de incertezas, especialmente onde os problemas provêm de diferentes fontes e de diversas formas e escalas. Exemplifica com o caso do controle de emissões de gases de efeito estufa, um tema que ainda provoca incertezas científicas, requer inovações tecnológicas e cujos danos não se limitam à jurisdição das fontes emissoras.

A centralização de poderes, ao invés de uniformizar direitos e obrigações, como se espera, pode produzir efeitos colaterais indesejáveis. Com efeito, Elisabeth Monosowski (*apud* KRELL, 2005, p. 153) relaciona diretamente o comportamento centralizador da União na área ambiental com o aumento das desigualdades regionais existentes no Brasil pré-industrial:

> Desde o início dos anos 70 do século XX, a política brasileira cometeu o erro de estabelecer os mesmos padrões ambientais para todo o território nacional. Em consequência, mais de noventa por cento da produção industrial do país veio a concentrar-se em regiões como a Grande São Paulo, Cubatão e a Baixada Fluminense, justamente aquelas que ofereceram as melhores condições de infraestrutura e mercado de trabalho. Com a edição de padrões e "metas de qualidade" pouco diferenciadas, não foram aproveitados os potenciais de absorção amplamente existentes no interior, que podiam ser usados como vantagens de posição para uma distribuição mais razoável do parque industrial brasileiro.

O mesmo ente que se impõe como defensor da legislação ambiental no âmbito doméstico nem sempre exerce esse papel no plano internacional. *Mutatis mutandi*, a competição entre estados que a União tanto tenta evitar pode ser comparada à competição global por mais investimentos, pondo em dúvida a credibilidade do ente central para combater o fenômeno.

Aliás, se a credibilidade de uma instituição depender da confiança depositada pelo seu povo, então o papel de guardião da legislação ambiental jamais poderia ser confiado ao Congresso brasileiro. Basta ver

a pesquisa *Índice de Confiança Social* (IBOPE, 2017), realizada anualmente pelo Ibope desde 2009 para medir o nível de confiança da população sobre 20 instituições. Em 2017, o Congresso foi apontado como a terceira menos confiável: apenas 18% dos brasileiros confiavam no Parlamento, revelando que a desconfiança nos legisladores estaduais e municipais é muito mais um produto dos burocratas federais, distantes e blindados em seus gabinetes em Brasília, do que algo que esteja no imaginário popular.

Por fim, mais um argumento contrário à tese da corrida para baixo é o papel inovador que os estados podem exercer na legislação ambiental. No julgamento da ADI 2.922 ficou assim registrado na ementa:

> 4. A prerrogativa de legislar sobre procedimentos possui o condão de transformar os Estados em verdadeiros "laboratórios legislativos". Ao conceder-se aos entes federados o poder de regular o procedimento de uma matéria, baseando-se em peculiaridades próprias, está a possibilitar-se que novas e exitosas experiências sejam formuladas. Os Estados passam a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros entes ou em todo território federal.

De fato, a maioria dos países federativos possui um ou mais estados que frequentemente se destacam na vanguarda da legislação ambiental, antecipando-se aos demais na regulação de novos temas. Iniciativas estaduais bem-sucedidas podem funcionar como um "efeito dominó", induzindo outros a copiarem a experiência, como observam Kirsten Engel e Scott Saleska (*apud* ADELMAN; ENGEL, 2009, p. 283), ou, no que Robert Axelrod (*apud* ENGEL, 1997, p. 302) chamou de *tit fot that* para modificar uma estratégia dominante, que consiste em cooperar no início e copiar o outro jogador nos próximos movimentos.

Andreen (2009, p. 260-261) testemunha como os estados podem servir de verdadeiros laboratórios para o governo federal: no caso da legislação sobre proteção aos recursos hídricos nos EUA, 1/4 dos estados adotaram padrões de proteção ambiental mais restritivos dos que os estabelecidos em âmbito nacional; já no caso do combate às mudanças climáticas, não obstante a relutância do Capitólio em regular as emissões de gases de efeito estufa, cerca de 1/3 dos estados adiantaram-se e aprovaram normas sobre o tema ou implementaram planos estaduais, visando à redução das emissões.

Não apenas os estados copiam iniciativas pioneiras bem-sucedidas de outros; a União também costuma nacionalizar assuntos legislados pelos entes periféricos, ainda que na maior parte dos casos o caminho

seja o inverso. Neste sentido, Adelman e Engel (2009, p. 293) destacam como importante virtude do ente central a sua capacidade em disseminar as inovações regulatórias que surgem no âmbito estadual. Tal virtude, no entanto, não pode servir de desculpa para uma indevida uniformização da legislação ambiental e um consequente esvaziamento do papel dos estados, afinal uma das principais justificativas para o sistema federativo é o encorajamento do papel dos entes periféricos como laboratórios da democracia.

A desconfiança é um sentimento que separa ao invés de unir, que fragiliza ao invés de proteger. A sobrevivência do federalismo e, consequentemente, da democracia depende da confiança do ente central nos poderes periféricos. Scheberle (2004, p. 20) lembra que para um trabalho cooperativo ter sucesso é fundamental um alto grau de confiança entre os atores envolvidos, que pode ser evidenciada quando os atores compartilham objetivos, respeitam as ações dos outros, permitem ser flexíveis e apoiam-se mutuamente. O futuro do federalismo depende também do amadurecimento político dos entes periféricos, o que somente poderá ocorrer a partir do momento em que a União confiar na capacidade desses para estabelecer e implementar suas políticas. Mas para que isso ocorra é necessário que a União lhes dê uma chance de provar que são capazes.

Ademais, a desconfiança não pode ser um álibi ou argumento para nenhuma política pública, pois baseia-se em uma premissa ideológica preconceituosa e nem sempre confirmada, ferindo princípios constitucionais basilares, como a presunção de inocência e de validade dos atos públicos, bem como inverte a lógica implícita no princípio da subsidiariedade. Nada obstante, o fato é que este sentimento desagregador vem sendo há muito utilizado pela União como justificativa para promover uma crescente centralização da legislação ambiental, provocando cada vez mais conflitos com normas e interesses dos demais entes federativos. Estes conflitos ainda não encontraram solução adequada nem na doutrina nem, como será visto a seguir, na jurisprudência constitucional.

4 JULGADOS DO STF

Nos conflitos federativos envolvendo questões ambientais, o Judiciário tem papel de destaque. O meio ambiente não era uma preocupação global dos constituintes mais antigos, tanto que as Constituições norte-americana e australiana, promulgadas em 1787 e 1900, respectivamente, nem sequer fizeram menção ao tema, nem mesmo na alocação de competências

aos entes federativos. Consequência disto é que, graças ao ativismo dos respectivos tribunais constitucionais, abriu-se caminho, por meio da teoria dos poderes implícitos, para que a União passasse a legislar sobre meio ambiente. Nos EUA, o poder do Congresso para tratar do assunto apoia-se nas cláusulas do comércio, das finanças, dos tratados e das terras públicas (KINCAID, 1996, p. 82). Já na Austrália, as interpretações judiciais sobre corporações, relações internacionais e assuntos fiscais permitiram que a União passasse a legislar sobre matérias ambientais (SAUNDERS, 1996, p. 56), o que também ocorreu na Alemanha, onde a União se apropriou de assuntos ambientais invocando a competência para legislar sobre temas econômicos (REZENDE, 2012, p. 10).

No Brasil, o STF exerce o papel de guardião da Constituição, com competência para julgar conflitos federativos por meio do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Contudo, a importância que o Judiciário teve na arquitetura do federalismo nos países adeptos do *commom law* não se repetiu por aqui com a mesma dimensão. Há até quem impute o insucesso do pacto federativo à atuação do STF, que teve uma participação muito pouco efetiva ao longo do processo evolutivo do federalismo brasileiro (RODRIGUES, 2010, p. 248).

É verdade que são superestimadas as expectativas de que os magistrados pacificarão todos os conflitos federativos. O que se espera, todavia, é que o Poder Judiciário, na qualidade de legítimo intérprete da Constituição, coopere construindo uma jurisprudência constitucional linear, afastando a insegurança jurídica.

O STF ainda não conseguiu pacificar um entendimento consolidado acerca dos conflitos federativos. Quando se trata da competência legislativa concorrente, em especial, a jurisprudência pretoriana não é pacífica, sendo os julgados até mesmo contraditórios entre si. Um dos motivos são as constantes mudanças das e nas constituições brasileiras (foram seis desde a Proclamação da República, e a atual já sofreu 99 emendas), que impedem a consolidação e um maior amadurecimento da jurisprudência constitucional. Além do mais, é forçoso reconhecer que o STF tem uma pauta sobrecarregada – aqui são julgados cerca de 80.000 processos por ano, enquanto a Suprema Corte dos EUA julga mais ou menos 100 –, o que indica uma ausência de oportunidade para maior aprofundamento nas questões mais complexas.

Enquanto alguns julgamentos parecem contraditórios, outros, apesar do objeto idêntico, tiveram fundamentos distintos. Raramente o

Tribunal analisa se a norma atacada e sua concorrente respeitam os limites fixados pelos §§ do art. 24.

Há casos idênticos com decisões diametralmente opostas, como nos julgamentos envolvendo o uso do amianto, por exemplo. No julgamento das ADIs 2.656 e 2.396, o STF havia declarado a inconstitucionalidade de leis paulista e sul mato-grossense que proibiam o uso do minério, alegando que as normas estaduais tratam de matérias cuja competência para legislar é privativa da União (comércio interestadual, minas e jazidas – art. 22, incisos VIII e XII), bem como teriam tais leis contrariado a norma nacional (Lei 9.055/1995, que permitia a utilização), extrapolando a competência conferida aos estados pelo art. 24, § 2º.

Recentemente, porém, a Corte mudou o entendimento e declarou a constitucionalidade das normas estaduais e municipais que proíbem o minério, afastando, pela via incidental, a norma nacional permissiva (vide ADIs 3.356, 3.357, 3.406, 3.470, 3.937 e 4.066, além da ADPF 109).

Casos que chamam a atenção pela divergência de resultados, apesar da similaridade do objeto, envolvem a rotulagem de produtos. No julgamento das ADIs 3.645 e 750-MC, em face de leis dos Estados do Paraná e Rio de Janeiro que regulavam aspectos relacionados ao rótulo nas embalagens de produtos alimentícios, a Corte entendeu que tais normas violavam a legislação nacional sobre o tema, afastando a aplicabilidade das normas estaduais. Já no julgamento da ADI 2.832, que analisou a constitucionalidade de lei paranaense dispondo sobre a rotulagem de embalagens de café, o Supremo entendeu não haver usurpação de competência da União para legislar sobre a matéria, deixando de afastar a norma estadual.

Também é possível encontrar exemplos de decisões semelhantes, mas com fundamentos distintos. Enquanto o julgamento da já citada ADI 2.656 concluiu pela violação da norma estadual aos arts. 22 e 24 da Constituição, no julgamento da também já citada ADI 2.396 o Supremo enxergou violação somente ao art. 24. Algo similar se deu no julgamento das acima mencionadas ADIs 3.645 e 750-MC: se naquela o fundamento para invalidar a norma estadual foi a violação ao art. 24, nesta, além do art. 24, a decisão da Corte também encontrou fundamento no art. 22.

Ainda no que diz respeito à fundamentação das decisões, na ADI 2.875, que apreciou a constitucionalidade de lei do DF que prevê obrigações aos médicos da rede pública de saúde, o STF confirmou a validade da norma com base nos arts. 23, inciso II, e 24, inciso XII. Por maior objeção que se faça à possibilidade de que o legislador atue

com base no art. 23, que trata da competência administrativa, a Corte parece ter recepcionado, nesta decisão, a teoria dos poderes implícitos, típica do Direito norte-americano. Como mencionado anteriormente, tal teoria, largamente adotada nas federações anglo-saxônicas, não encontra fundamento na atual Constituição brasileira, que separa com clareza e distinções as competências legislativas e administrativas.

Além da constatação de que ainda não é possível traçar um pensamento linear no STF a partir dos julgamentos envolvendo normas concorrentes, do mesmo modo é possível concluir que na maior parte das vezes em que a Corte se deparou com conflitos entre normas da União e dos demais entes federativos a análise foi feita de forma superficial, deixando de se verificar se as normas em concorrência preenchiam os contornos estabelecidos pelos §§ do art. 24. Nunes (2011, p. 117) pesquisou 54 acórdãos envolvendo questões de competência legislativa concorrente e em apenas três deles encontrou menção aos limites impostos pelos referidos dispositivos. Em sua pesquisa, o autor conclui que, mesmo reconhecendo a competência concorrente supletiva dos estados, em geral os limites impostos a cada ente federativo não são objeto de discussão, *i.e.*, "a Corte não verifica o que é e se no caso existe 'norma geral', 'norma suplementar', 'peculiaridades'".

A derradeira constatação a ser feita é a mais comentada pela doutrina e diz respeito ao papel centralizador exercido pelo Supremo. Com o fim do federalismo dual e o apogeu do federalismo de cooperação, as Cortes deixaram de exercer um papel central de gerenciamento das relações entre os governos estaduais e federal, tornando-se muito menos ativas no patrulhamento das fronteiras do poder federal (SCHAPIRO, 2009, p. 40). Para Maués (2012, p. 68), quando diante de casos de dúvida sobre a inclusão de determinada matéria no âmbito das competências concorrentes ou no âmbito da competência privativa da União, a segunda tende a prevalecer nas decisões do Supremo. E quando a discussão se encontra "no campo das competências concorrentes, o STF amplia a esfera de atuação da União, lançando mão de um conceito formal de normas gerais", sentimento compartilhado por Antunes (2007, p. 293): "De maneira geral, o STF tem se inclinado em atribuir à legislação federal, independentemente de seu conteúdo concreto, a natureza de norma geral", atuando não como "um guardião da Federação, mas dos poderes da União" (p. 163).

Ramos (2012, p. 42-43) é outro que tece críticas à atuação do Supremo. O autor observa que, além de a União possuir excessiva competência legislativa, as decisões da Corte contribuem para a desvalorização do direito estadual, ao declarar inconstitucionais as poucas tentativas dos

estados no âmbito da competência legislativa concorrente. Maués (2012, p. 60-61) acrescenta que os próprios estados favorecem a observância do direito federal sobre o estadual, contribuindo para a uniformização legislativa no Brasil, pois a maioria das ações ajuizadas pelos governadores pede a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de suas próprias leis ou de leis de outros estados, "visando, especialmente, proteger as prerrogativas do poder executivo e os princípios da administração pública frente a decisões tomadas pelo legislador estadual".

De fato, poucas vezes o STF decidiu a favor da descentralização, afastando regra da União que teria ultrapassado o limite para estabelecer normas gerais. Foi encontrado apenas um registro de declaração de inconstitucionalidade de uma norma da União em conflito com interesses estaduais, em extrapolação ao § 1º do art. 24, tal como se deu no julgamento da ACO 830-TAR, afastando os efeitos do art. 7º da Lei 9.717/1998, que prevê obrigações a serem cumpridas pelas entidades previdenciárias estaduais.

Em outras oportunidades, o STF convalidou leis estaduais: i) ora com base no § 3º, quando inexistente norma concorrente da União, como no caso da ADI 903, em face de lei mineira que dispõe sobre adaptação dos veículos de transporte coletivo com a finalidade de assegurar seu acesso por pessoas com deficiência ou dificuldade de locomoção, e da ADI 2.922, ajuizada contra lei do Estado do Rio de Janeiro, que disciplina a homologação judicial de acordo alimentar firmado com a intervenção da Defensoria Pública, mantendo a validade das normas nacionais e estaduais; e ii) ora cumulando-as no ordenamento jurídico, a exemplo da ADI 927-MC, que suspendeu, quanto aos estados, ao DF e aos municípios, a eficácia de parte do art. 17 da Lei 8.666/1993, mantendo sua validade apenas no âmbito do Poder Público federal.

A ausência de uma linearidade nos julgamentos envolvendo questões federativas não é exclusividade do Tribunal Constitucional brasileiro. Com efeito, a Suprema Corte norte-americana, como mostra Chemerinsky (2008, p. 247), tem julgado ao longo da história as questões federativas com base em duas perspectivas: a nacionalista, que tende a favorecer os poderes da União, deixando pouco ou quase nada aos estados, e a perspectiva federalista, que faz o contrário. O autor conta que, enquanto no século XIX a balança da Justiça pendeu a favor da visão nacionalista, no primeiro terço do século XX ocorreu o oposto, estreitando os poderes federais com base na Décima Emenda. Entre 1937 e 1990, o pêndulo volta novamente à perspectiva nacionalista, muito pela necessidade de superar a recessão econômica de 1929 e enfrentar os desafios do pós-

guerra; mas, a partir de então e até os dias atuais, liderada por ministros conservadores indicados pelos ex-presidentes Ronald Reagan e George W. Bush, a Corte dá nova guinada favorável aos estados, enfraquecendo os poderes da União. Para finalizar, o autor não tem dúvida de que um dia a balança penderá novamente para a direção de Washington.

No Brasil, o STF tem dado sinais recentes de uma provável guinada a favor dos poderes estaduais, com destaque para as já citadas ADIs 2.922 e 4.060. Em ambos os casos o Supremo ressaltou o importante papel que os estados-membros podem exercer como laboratórios da democracia, possibilitando que os legisladores nacional e dos demais entes federativos aprendam com os erros e os acertos dessas experiências. No segundo caso, o STF foi ainda mais além, fazendo apologias federalistas e convocando a própria Corte a repensar seu tradicional posicionamento centralizador. Vale a pena conferir trechos do acórdão:

> 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V) (...) 3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

Destaque, também, para o recém-julgado RE 194.704, cujo acórdão reproduz-se parcialmente abaixo:

> 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menores para,

> nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa.

A força do federalismo depende da força das instituições; se o STF não transmitir solidez e confiança em suas decisões, a federação se fragiliza. Por isso, cresce a necessidade de se confirmar uma jurisprudência capaz de assegurar previsibilidade aos julgamentos, sem, contudo, desequilibrar a relação unidade-diversidade que mantém vivo o federalismo.

5 REFORMA NECESSÁRIA

Tem ganhado força o coro de alguns juristas por uma nova constituinte, ou, nas palavras do ex-ministro do STF Nelson Jobim, uma "lipoaspiração na atual Constituição" (ISTOÉ, 2018).

Como quer que seja, é necessária uma reforma no sistema de repartição de competências ambiental, para que os conflitos sejam evitados. É preciso discutir se o Brasil deveria adotar o modelo norte americano das competências implícitas, unificando as competências executivas e legislativas de cada ente federado. A conexão entre os assuntos ambientais presentes nas competências executivas e legislativas dá azo a interpretações e atuações equivocadas.

É necessário aperfeiçoar as classificações presentes nas competências legislativas privativa e concorrente que inevitavelmente se justapõem. Por exemplo, mineração e água são assuntos de competência legislativa privativa da União, embora tais assuntos estejam diretamente imbricados a assuntos de competência legislativa concorrente, como conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

E, principalmente, é preciso dar meios para que os estados e municípios possam exercer plenamente as competências que a Constituição lhes atribuiu. Isso passa não só pelo fortalecimento das suas estruturas administrativas e financeiras, como também pelo fim dos abusos praticados pela União, que não se contém no seu papel de estabelecer apenas as normas gerais a serem suplementadas pelos demais entes.

Como demonstrado acima, o sistema vigente de repartição de competências legislativas em matéria de meio ambiente é confuso e defeituoso, sendo fonte para incertezas e conflitos federativos.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, David E.; ENGEL, Kirsten H. Adaptative environmental federalism. *in:* BUZBEE, William W. (Ed.). Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 277-299.

ADLER, Jonathan H. When is two a crowd? The impact of federal action on state environmental regulation. Harvard Environmental Law Review. Cambridge: Harvard Law School, v. 31, 2007. p. 67-114.

ANDREEN, William L. Delegated federalism versus devolution: some insights from the history of water pollution control. *in:* BUZBEE, William W. (Ed.). Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 257-276.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Federalismo e competências ambientais no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARRETCHE, Marta. Democracia, federalismo e centralização no Brasil. Rio de Janeiro: FGV; Fiocruz, 2012.

AZEVEDO, Márcio Wanderley de. Competência concorrente: estudo crítico dos §§ 1º ao 4º do artigo 24 da constituição federal de 1988: problemas e formas de controle. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito)−Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

BUZBEE, William W. Federal floors, ceilings, and the benefits of federalism's institutional diversity. *in:* BUZBEE, William W. (Ed.). Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 98-115.

CAMARGO, Fernando Santos de. Federalismo e poder judiciário: a atuação do STF nas disputas federativas. *in:* SANTOS, Rogério Dultra dos Santos et al. (Coord.). Teoria do estado e da constituição. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

CHEMERINSKY, Erwin. Enhancing government: federalism for the 21st century. Stanford: Stanford University Press, 2008.

CONNELLY, Robert. Environmental assessment *in* federations. [S.l.]: Forum of federations, 2010.

ENGEL, Kirsten H. State environmental standard-setting: is there a "race" and is it "to the bottom"? Hastings Law Journal. Tucson: The University of Arizona, v. 48, jan. 1997. p. 271-398.

ESTY, Daniel C. Revitalizing environmental federalism. Michigan Law Journal. Ann Arbor: The Michigan Law Review Association, Paper 450, dez. 1996. p. 570-653.

FAGUNDES, M. Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *in:* CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto. (Org.). Direito Constitucional: organização do estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151-162. (Coleção doutrinas essenciais, v. 3.).

FURLAN, Anderson; FRACALOSSI, William. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. Índice de Confiança Social 2017. Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-no-presidente-governo-federal-e-congresso-nacional-e-a-menor-em-9-anos/>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ISTOÉ. É preciso fazer 'lipoaspiração' na Constituição, diz Nelson Jobim. Disponível em: <https://istoe.com.br/e-preciso-fazer-lipoaspiracao-na-constituicao-diz-nelson-jobim/>. Acesso em: 25 jun. 2018.

JURAS, Ilídia da Ascenção Garrido Martins; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Legislação concorrente em meio ambiente. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

JUSTIA US SUPREME COURT. McCulloch v. Maryland 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>. Acesso em: 25 jun. 2018.

KINCAID, John. International Costs and Coordination *in* U.S. Environmental Protection. *in:* HOLLAND, Kenneth M.; MORTON, F. L.; GALLIGAN, Brian (Ed.). Federalism and the environment: environmental policymaking in Australia, Canada, and the United States. Westport: Greenwood Press, 1996. p. 79-101.

KOONTZ, Tomas M. Federalism in the forest: national versus state natural resource policy. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2002.

KRELL, Andreas J. Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Autonomia municipal e proteção ambiental: critérios para definição das competências legislativas e das políticas locais. *in:* KRELL, Andreas J. (Org.); MAIA, Alexandre da (Coord.). A Aplicação do direito ambiental no estado federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 147-203.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Competências federativas na constituição e nos precedentes do STF. Salvador: JusPodium, 2012.

MAUÉS, Antonio Moreira. Justiça constitucional e espaço constitucional infranacional: os casos de Espanha e Brasil. *in:* MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). Federalismo e constituição: estudos comparados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 47-81.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. 2011. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br /ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MMA − Ministério do Meio Ambiente. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 327/2009/CGAJ/CONJUR/MMA, código do meio ambiente do estado de Santa Catarina - Lei nº 14.675, de 13 de abril de abril de 2009. p. 49-92.

MORAES, Alexandre de. A Necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros na federação brasileira. *in:* RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.). O federalista atual: teoria do federalismo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 157-154.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 100, out./dez. 1988. p. 127-162.

NUNES, Alynne Nayara Ferreira. Conflito de competências legislativas: o conteúdo material de uma norma pode influenciar a decisão do STF? 2011. 180 f. Monografia apresentada à escola de formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2011.

POTOSKI, Matthew. Clean air federalism: do states race to the bottom? Public Administration Review. Chicago: American Society for Public Administration, v. 61, n. 3, maio/jun. 2001. p. 335-342.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada: os sistemas do Brasil e da Espanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

REVESZ, Richard L. Federalism and environmental regulation: a normative critique. *in:* FEREJOHN, John; WEINGAST, Barry R. (Ed.). The new federalism: can the states be trusted? Stanford: Hoover Institution Press, 1997. p. 97-127.

_____. Rehabilitating interstate competition: rethinking the "race-to-the-bottom" rationale for federal environmental regulation. New York University Law Review. New York: New York University School of Law, v. 67, dez. 1992. p. 1210-1254.

REZENDE, Renato Monteiro de. Repartição de competências legislativas e questão das normas ambientais: o que a Reforma Federativa alemã nos tem a dizer. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2012. (Textos para Discussão, n. 115).

RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. O federalismo e o desenvolvimento nacional. Porto Alegre: UniRitter, 2010.

SAUNDERS, Cheryl. The Constitutional Division of Powers with Respect to the Environment *in* Australia. *in:* HOLLAND, Kenneth M.; MORTON, F. L.; e GALLIGAN, Brian (Ed.). Federalism and the environment: environmental policymaking in Australia, Canada, and the United States. Westport: Greenwood Press, 1996. p. 55-76.

SCHAPIRO, Robert A. From dualism to polyphony. *in:* BUZBEE, William W. (Ed.). Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 33-53.

SCHEBERLE, Denise. Federalism and environmental policy: trust and the politics of implementation. 2. ed. Washington D.C.: Georgetown University Press, 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Leonardo Aparecido de; MUNIZ, André Luiz Pires. Os fatores determinantes da localização das indústrias goianas. Revista CEPPG. Catalão: Centro de Ensino Superior de Catalão, n. 23, 2010. p. 161-175.

STEWART, Richard B. Pyramids of sacrifice? problems of federalismo in mandating state implementation of national environmental policy. The Yale Law Journal. New Haven: The Yale Law Journal Company, v. 86, n. 6, maio 1977. p. 1196-1272.

VERCHICK, Robert. R. M.; MENDELSON, Nina. Preemption and theories of federalism. *in:* BUZBEE, William W. (Ed.). Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 13-32.

WATTS, Ronald L. Comparing federal systems. 3. ed. Montreal; Kingston: McGill-Queen's University, 2008.

CAPÍTULO 14

REDISCUTINDO A (IM) PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO JURÍDICA PARA REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

LUIS ANTONIO GOMES DE SOUZA MONTEIRO DE BRITO

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, a questão ambiental – entendida aqui como a nova consciência social acerca da função do equilíbrio ecológico no resguardo da qualidade de vida de todos, bem como da necessidade de realizar modelo econômico de desenvolvimento sustentável – é uma das principais discussões de nossa sociedade, reforçada pela imediata conflitualidade dos diversos interesses envolvidos, em especial nos casos de oposição entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico.

A despeito de sua notória relevância hodierna, essa nova consciência é cronologicamente recente, sendo a Conferência de Estocolmo de 1972 o marco formal do debate globalizado em torno da questão ambiental na perspectiva moderna, que rompeu com a visão essencialmente utilitarista prevalecente no passado.

Refletindo a juventude da pauta ambiental na esfera política, a legislação ambiental brasileira ainda é notadamente incipiente, lacunosa e conflitante, embora tenha por base uma Constituição reputada internacionalmente como de "vanguarda" em matéria de proteção ambiental.

À evidência, muitos temas envolvendo o meio ambiente ainda não foram regulados por instrumentos normativos específicos ou, mesmo se o foram, usualmente as soluções indicadas pelo legislador não satisfazem

politicamente a todos os distintos interessados (aliás, alguma lei de fato gera essa satisfação geral absoluta?), ou porque a deliberação foi muito restritiva à atividade econômica violando a livre iniciativa ou, ao contrário, porque a lei não foi suficientemente protetiva ao meio ambiente, o que a tornaria ultrapassada em relação ao contexto histórico atual.

A Constituição estabeleceu a política ambiental, seus objetivos básicos e seus contornos mínimos, cumprindo ao legislador, dentro desses limites constitucionais, resolver, como representação do povo, esses desacordos político-morais, especificando nos instrumentos normativos o modo de realização do programa ambiental-constitucional.

Isto porque há, em nível legislativo, sempre dentro das balizas constitucionais, diversas formas de realizar a política ambiental brasileira, de modo mais ou menos restritivo, mais economicista ou mais conservacionista, refletindo os desacordos morais da sociedade acerca da questão ambiental.

Ou seja, muito embora a Constituição estabeleça o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental e defina o princípio do desenvolvimento sustentável como norteador do direito ambiental brasileiro, há na sociedade divergentes opiniões acerca da melhor forma de realizar esses objetivos, muitas delas representando desacordos morais razoáveis e plenamente toleráveis frente ao arcabouço constitucional, sendo essa divergência inerente à democracia e um sinal claro de que os direitos "realmente são levados a sério" pela sociedade[1].

Contudo, e se a solução legislativa instituída não coadunar com a visão "ambientalmente mais protetiva"? Vale tudo em nome da "máxima proteção do meio ambiente"? Vale desconsiderar a Lei e a Constituição? Vale o Judiciário desprestigiar a solução constitucional e legislativa caso o julgador não a considere a melhor, mais moderna e mais justa solução para a sociedade? Vale justificar uma inobservância à ordem jurídica posta e à segurança jurídica a partir de fundamentos utilitaristas e consequencialistas?

Responder a essas perguntas é uma inevitável premissa para o intérprete do direito em geral, incluindo, obviamente, aqueles que operam questões ambientais – as quais com frequência suscitam posicionamentos conflitantes, isso quando não verdadeiramente passionais –, pois influencia na identificação da solução de eventuais discordâncias entre o direito posto e aquilo que se considera política e moralmente mais adequado.

Nessa linha, uma das temáticas não dispostas de modo específico pelo ordenamento jurídico brasileiro e que ainda motiva razoável cizânia

1. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press. 1999. p. 311.

entre os juristas se refere à prescritibilidade da pretensão jurídica para reparação de danos ambientais.

Precisamente, há quem sustente que, na falta de previsão constitucional e legal acerca do possível prazo prescricional aplicável, essa pretensão jurídica deve ser reputada como imprescritível, como forma de garantir maior proteção ao equilíbrio ambiental, sendo esta, com efeito, a corrente majoritária tanto em nível doutrinário quanto jurisprudencial.

Por outro lado, embora seja posição minoritária, há quem entenda que, na ausência de previsão constitucional ou legal restritiva específica, por mais importante que seja a proteção ambiental, deve-se considerar a pretensão como sendo prescritível de acordo com as regras gerais já estabelecidas em nosso ordenamento, como forma de resguardo da paz, da ordem e da segurança jurídica, fundamentos gerais do Direito.

Na jurisprudência, a questão já está relativamente assentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, pelo menos desde 2007, quando do julgamento do Recurso Especial 647.493/SC, entende a pretensão de reparação de danos ambientais como sendo imprescritível.

Não obstante, em 1º de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade e a repercussão geral da matéria, pelo que a temática será objeto de julgamento no âmbito do Recurso Extraordinário 654.833/AC, sendo possível que a decisão siga entendimento diverso, alterando o parâmetro decisório hoje vigente para a questão.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar criticamente os principais argumentos utilizados pela doutrina e pela jurisprudência contra e a favor da prescritibilidade da pretensão jurídica de reparação de danos ambientais, rediscutindo a temática e propondo uma solução para o debate.

1 O QUE É PRESCRIÇÃO?

A despeito da brevidade e dos limites metodológicos deste artigo, é importante realizar breve caracterização do instituto jurídico da prescrição como premissa para avaliar sua aplicabilidade no âmbito da pretensão jurídica de reparação de danos ambientais, objeto central da pesquisa.

Em nosso ordenamento, o conceito de prescrição pode ser depreendido a partir do artigo 189 do Código Civil, que dispõe que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206".

Em outras termos, estabelece o dispositivo que o descumprimento de deveres contrapostos a direitos subjetivos faz surgir aos titulares destes a pretensão jurídica[2] de exigir seu cumprimento, a qual se extingue com o decurso temporal em caso de inércia, caracterizando a prescrição.

Partindo dessa concepção, Flávio Tartuce assevera que a prescrição incide sobre a pretensão de exigir o cumprimento de deveres, obrigações e responsabilidades decorrentes da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica, permanecendo o contraposto direito subjetivo violado incólume, porém sem exigibilidade judicial[3].

Na mesma linha, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald conceituam a prescrição como um fato jurídico que cria exceção de direito material que pode paralisar a pretensão do credor[4].

Como consequência dessa definição, diferentemente do que se afirma com certa usualidade, a prescrição mais propriamente representa a extinção da pretensão jurídica pelo decurso temporal, e não do direito de ação que viabiliza sua judicialização[5], o qual é constitucionalmente assegurado (artigo 5º, XXXV) e continua plenamente exercitável, pois mesmo uma pretensão prescrita pode ser submetido ao juízo[6].

Logo, o titular do direito subjetivo que pretenda exigir a pretensão jurídica subjacente em face de lesão causada a tal direito tem assegurado o direito de acionar o Judiciário para sua tutela, mas poderá ter a demanda obstada pela extinção de sua pretensão ante a ocorrência da prescrição.

A propósito, nesse interim, vale registrar interessante pontuação realizada por Cristiano Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, que afirmam que, desde a alteração realizada no CPC/1973 pela Lei n. 11.280/2006, confirmada no artigo 487, II, do CPC/2015, a prescrição se tornou uma "objeção", e não mais uma "exceção", institutos de direito processual que, no entender dos autores, são distintos.

---

2. "Pretensão jurídica" pode ser conceituada como o direito de exigir que assiste a uma parte nos casos em que outra tenha violado um dever que tinha para com a primeira (nesse sentido, cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 593).
3. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2013. pp. 262-264.
4. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas. 2015. pp. 412-414.
5. TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 264.
6. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 415.

Precisamente, entendem os autores que uma exceção seria um instrumento de defesa de direito material que somente poderia ser apreciado pelo juiz caso suscitado pela parte interessada, ao passo que uma objeção consistiria em matéria de ordem pública conhecível de ofício pelo juiz[7].

Logo, à parte a questão terminológica, ao positivar o reconhecimento da prescrição como sendo tema de interesse público, a lei resguardou a segurança jurídica como fundamento do Direito, sobrepondo-se, em certa medida[8], até mesmo ao próprio interesse particular das partes envolvidas[9], como forma de manter a confiança no Direito pela previsibilidade dos efeitos no transcurso do tempo.

Isto porque a intenção de limitar temporalmente a exigibilidade de direitos subjetivos é justamente resguardar a segurança e a certeza jurídica, como forma de garantir paz e ordem, ainda que com a convalescença de uma lesão a um direito[10], protegendo o indivíduo tanto da tutela privada quanto da ação estatal, obstando a perpetuidade da exigência contra ele.

Outra questão importante acerca da prescrição se refere aos prazos estabelecidos para sua ocorrência. A disposição geral nesse sentido está prevista no artigo 205 do Código Civil, que estabelece uma regra residual aplicável sempre que a lei não haja fixado prazo diferente, caso em que a prescrição ocorrerá em 10 (dez) anos.

Por sua vez, o artigo 206 estabelece prazos prescricionais especiais para fatos jurídicos específicos, sendo que, dentre estes, merece registro o prazo de 3 (três) anos para ocorrência da prescrição da pretensão de reparação civil, estatuído pelo §3º, V, do dispositivo em comento.

Além das previsões do Código Civil, que tem viés individual, há outras diversas previsões de prazos de prescrição específicos dispostos de modo esparso na legislação brasileira, sendo exemplo o prazo de 5 (cinco) anos para exercício de pretensão jurídica tutelável via ação popular,

7. Idem. *Ibidem*. pp. 416-417.

8. Diz-se "em certa medida" porque o artigo 191 do Código Civil autoriza a renúncia expressa ou tácita da prescrição, desde que não haja prejuízo para terceiro, então é possível que, nessa hipótese, o interesse particular se sobreponha ao público.

9. A despeito disso, Francisco Amaral assevera que, embora de modo geral realmente se resguarde o interesse público, principal e imediatamente, a finalidade da prescrição é proteger o interesse individual, punindo a negligência do titular do direito subjetivo lesado em exercer sua pretensão jurídica (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 597), caráter sancionatório que também é reconhecido por Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 265).

10. AMARAL, Francisco. op. cit. pp. 595-596.

conforme definido pelo artigo 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular).

Ainda, agora em nível constitucional, há previsões excepcionais que preveem certas pretensões jurídicas como sendo imprescritíveis, ou seja, que não se extinguem pelo decurso temporal, podendo ser exigidas a qualquer tempo pelo titular do direito subjetivo violado.

É o caso dos crimes de racismo e de terrorismo (artigo 5º, XLVII e XLIV), dos direitos sobre terras indígenas tradicionalmente ocupadas (artigo 231, §4º) e da impossibilidade de aquisição de imóveis públicos por prescrição aquisitiva (artigo 183, §3º), usualmente designada usucapião.

Assim, ao menos em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a prescritibilidade das pretensões jurídicas como sendo a regra e a imprescritibilidade como a exceção que depende de expressa ressalva constitucional ou, pelo menos, legal[11-12].

Corroborando com esse posicionamento, Lúcio Picanço Facci afirma que, quando o ordenamento não houver fixado prazo prescricional específico, "competirá ao aplicador da lei integrar a lacuna existente através dos elementos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, aplicáveis na espécie – os princípios gerais de direito e a analogia".

Especificamente no que se refere à analogia, afirma o autor que só seria admissível sua utilização para identificar os prazos prescricionais aplicáveis nos casos omissos, nunca para criar novas hipóteses de imprescritibilidade, que, portanto, seriam adstritas àquelas expressamente previstas pela legislação[13].

Ainda nesse contexto, vale ressaltar a lição clássica de Agnelo Amorim Filho[14], que afirma que a prescrição se aplicaria apenas a pretensões exigíveis

11. Nesse sentido, v.g., DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 371; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal *comentada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 579; BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *In:* Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 501; FACCI, Lúcio Picanço. Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. Revista da AGU. Ano 8. Número 20. abr./jun. 2009. p. 231.

12. Especificamente acerca do posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, vale registrar que, em outra oportunidade, tratando do direito à reparação de danos ambientais, os autores defenderam que, na falta de previsão legal sobre o prazo prescricional aplicável, a pretensão e a ação que a tutela devem ser reputadas como sendo imprescritíveis (cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. *In:* BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1993. p. 292).

13. FACCI, Lúcio Picanço. op. cit. p. 232.

14. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para

por ações condenatórias (que seriam sempre prescritíveis), entre as quais se inclui o direito à reparação civil, não abrangendo, assim, pretensões declaratórias e as constitutivas não sujeitas a prazos legais de exercício.

Finalmente, para encerrar essa breve caracterização do regime geral da prescrição, último ponto que merece ser explicitado para os fins deste trabalho se refere ao marco inicial de contagem do prazo prescricional.

Sobre essa questão, embora haja quem sustente que o Código Civil adotou critério objetivo da lesão para definição do marco inicial de contagem do prazo[15], a jurisprudência tem flexibilizado com frequência a aplicação da "teoria da *actio nata*", reputando que o prazo prescricional somente começa a fluir quando o lesado toma conhecimento da violação ao seu direito subjetivo, e não necessariamente no dia em que a lesão ocorreu.

Essa forma de contagem está expressa, por exemplo, no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, mas, entende-se em particular, pode ser depreendida do próprio artigo 189 do Código Civil, quando se concebe que, enquanto não há conhecimento de lesão a direito subjetivo, é impossível afirmar pela existência da pretensão jurídica.

Esse também é um aspecto bastante importante para os fins deste artigo, pois influencia nas situações em que o dano causado é desconhecido, invisível e silencioso, muitas vezes se revelando bastante tempo depois da conduta que provocou a lesão, situação usual em questões ambientais.

Enfim, feita essa exposição geral acerca da prescrição, definida como a extinção da pretensão jurídica pelo decurso temporal ante a inércia do titular, no item seguinte será realizada a exposição dos posicionamentos da doutrina majoritária e da jurisprudência acerca da prescritibilidade da pretensão jurídica da reparar danos ambientais, para, ao final, no item 3, avaliar criticamente esse posicionamento.

identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 2, n. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./jun. 1961. pp. 95-132.

15. Considerar o marco inicial de contagem da prescrição como sendo definido pelo critério objetivo da lesão implica que o prazo prescricional é contado a partir da data em que houve a violação ao direito subjetivo, independente do conhecimento do lesado (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 412).

2 A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REPARAR DANOS AMBIENTAIS NA VISÃO DA DOUTRINA MAJORITÁRIA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Antes de iniciar a apresentação do posicionamento da doutrina majoritária e da jurisprudência do STJ acerca da prescritibilidade da pretensão de reparar danos ambientais, duas ressalvas devem ser realizadas para justificar os limites da análise feita neste artigo.

Primeiro, ressalta-se que esta pesquisa tratará apenas da prescritibilidade da pretensão de reparar os danos ambientais propriamente ditos, prescindindo-se da análise das ações individuais de reparação civil para tutelar danos particulares reflexos a danos ambientais[16-17].

O corte se justifica porque, diferentemente da questão envolvendo o interesse difuso da coletividade na reparação dos danos causados ao meio ambiente, que, a despeito de tender majoritariamente à imprescritibilidade, ainda é matéria controversa, a doutrina[18] e a jurisprudência[19] de modo geral convergem no sentido de que o direito à reparação de danos individuais reflexos a danos ambientais propriamente ditos deve seguir o prazo prescricional de 3 (três) anos para exigir reparação civil, estabelecida no artigo 206, §3º, V, do CC.

Esse posicionamento mais pacificado em relação às demandas individuais é compreensível, tendo em vista que, rigorosamente, o que é violado não é um "direito ambiental" do indivíduo, mas sim direitos patrimoniais e extrapatrimoniais comuns, que, por reflexo a um dano

16. Édis Milaré leciona que o dano ambiental coletivo (ou dano ambiental propriamente dito) é aquele causado ao meio ambiente em si, em sua concepção difusa, afetando a coletividade, enquanto que o dano ambiental individual (ou dano ricochete ou dano reflexo) é aquele causado sobre interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de indivíduos como repercussão de uma lesão à qualidade do meio ambiente (MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. pp. 325-327).

17. É importante ressalvar que, embora o meio ambiente seja comumente retratado como sendo bem jurídico que gera interesse processual difuso, na verdade o que define o direito ou interesse como difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro é a pretensão de direito material que se pretende discutir em juízo, sendo que um mesmo fato pode gerar pretensões processuais de diferentes naturezas, o que é bastante usual em matéria de meio ambiente (cf. NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na *Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 234).

18. Adotam esse entendimento, por exemplo, LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano Ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 207; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 897; MILARÉ, Édis. op. cit. p. 1545.

19. Nesse sentido, exemplificativamente, REsp 1.120.117/AC. Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 19/11/2009, e REsp 1.346.489/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 26/08/2013.

ambiental propriamente dito, são violados, pelo que o regime geral de prescrição é aplicável de modo inequívoco.

Não obstante, embora a prescritibilidade da pretensão jurídica de reparar danos individuais reflexos a danos ambientais seja questão relativamente assentada, deve ser consignado que alguns temas conexos ainda são objeto de discussão.

Nesse sentido, cite-se, por exemplo, recente julgado do STJ (REsp 1.641.167/RJ), que, embora relevante, não será analisado neste artigo, no qual se decidiu que o ajuizamento de ação coletiva de reparação de danos ambientais interrompe a prescrição das ações individuais pelo mesmo fato.

A segunda ressalva que deve ser realizada é justamente a de que aqui serão considerados "danos ambientais" apenas aqueles causados ao meio ambiente em si, em sua dimensão difusa, pois se reputa equivocada a concepção de "danos ambientais individuais", os quais, entende-se, são meros danos reflexos aos verdadeiros danos ao meio ambiente.

Pois bem, feitos os apontamentos introdutórios necessários para compreensão do objeto de pesquisa, passa-se a explicitar propriamente o posicionamento doutrinário majoritário e jurisprudencial do STJ acerca da prescritibilidade da pretensão de reparar danos ambientais.

Como antecipado, prepondera na doutrina o entendimento de que a pretensão jurídica de reparar danos ambientais é imprescritível.

Nesse sentido, merece registro inicial o posicionamento esposado por Hugo Nigro Mazzilli, referencial teórico utilizado por boa parcela da doutrina e também pelo STJ no julgamento do REsp 647.493/SC, marco inicial do posicionamento pela imprescritibilidade naquela Corte.

Precisamente, Hugo Mazzilli argumenta que em questões transindividuais que envolvam direitos fundamentais da coletividade, como o meio ambiente sadio, seria impróprio invocar as regras clássicas de prescrição, pois não se trataria de bem patrimonial, apesar de ser passível de valoração para fins de indenização, e sim de direito fundamental indisponível e comum a toda a humanidade de modo intergeracional, não se admitindo a formação de "direito adquirido de poluir"[20].

Também em lição clássica e em sentido bastante próximo, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery afirmam que os direitos difusos, por não terem titularidade determinável, não podem seguir o sistema de prescritibilidade típico do Código Civil, pois, admitindo-se a prescrição da pretensão de

20. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. pp. 685-686.

reparar danos ambientais, a sociedade como um todo seria apenada, visto ser a verdadeira titular do meio ambiente sadio[21].

Já Édis Milaré assevera que, quando se discute dano ambiental, não se está diante de um direito patrimonial de fato, pois a pretensão de repará-lo serviria na verdade para defender um direito fundamental indisponível e intergeracional, sendo, por conseguinte, imprescritível, visto que uma geração não poderia impor às subsequentes o eterno ônus causado por suas práticas que causaram lesões ambientais[22].

Por sua vez, José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala afirmam que a imprescritibilidade da pretensão de reparação do dano ambiental se assenta em dois fundamentos principais. Primeiro, no caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se sobreporia ao interesse individual. Segundo, na possível indeterminação temporal dos efeitos lesivos dos danos ao meio ambiente[23].

Finalmente, Cristiano Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald defendem a imprescritibilidade da reparação de danos ambientais por considerarem que deve ser privilegiado o interesse coletivo sobre o individual do ofensor, afirmando ainda que, para isso, é necessário rever a noção de segurança jurídica, que não pode se subsumir a uma questão patrimonial[24-25].

No âmbito do STJ o entendimento é bastante semelhante, tendo sido inaugurado no julgamento do REsp 647.493/SC[26], no qual se decidiu que a "ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível".

Precisamente, em seu voto, o relator, Ministro João Otávio de Noronha, citando a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli já referenciada acima, argumentou singelamente que, em se tratando de pretensão que visa recuperar meio ambiente degradado, é imprescritível o direito de ação coletiva, arguindo ainda que, considerando a continuidade da danosidade ambiental no caso, nem mesmo se poderia falar em fluência do prazo.

---

21. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade cit. pp. 291-292.
22. MILARÉ, Édis. op. cit. p. 1545.
23. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. op. cit. p. 209.
24. ROSENVALD, Nelson. op. cit. pp. 433-436.
25. Além dos autores apresentados acima, também entendem que a pretensão de reparar danos ambientais é imprescritível, ilustrativamente: SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 965; THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. Salvador: JusPodium. 2013. p. 648; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 719.
26. STJ – REsp 647.493/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, publicação no DJ de 22/10/2007, p. 233.

Outro relevante julgado do STJ nesse sentido, o qual inclusive é reputado por alguns doutrinadores como sendo o leading case que serviu de paradigma decisório na matéria, é o REsp 1.120.117/AC[27].

No precedente em referência, a relatora, Ministra Eliana Calmon, defendendo a imprescritibilidade da pretensão jurídica de reparar danos ambientais, afirmou que:

> Sabemos que a regra [no ordenamento jurídico brasileiro] é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público, regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5o.
>
> Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a (sic) afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.
>
> (...)
>
> No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental.

Nota-se que a própria relatora assentiu que a regra do ordenamento jurídico é a prescrição e que seu afastamento deve encontrar esteio em previsão legal. Porém, justificou sua posição contrária na afirmação de que, por "logicidade hermenêutica", é mais adequado conferir prevalência ao direito ambiental em face do direito à segurança jurídica, pois seria o mais justo dada a importância do meio ambiente[28].

Esse posicionamento do STJ favorável à perpetuidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser verificado não apenas no julgamento de casos nos quais se discute propriamente a prescritibilidade

27. STJ – REsp 1120117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, publicação no DJe 19/11/2009

28. Já se analisou o julgado referido em outra perspectiva, em artigo crítico ao ativismo judicial em matéria ambiental (cf. BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. Direito ambiental *versus* justiça ambiental: crítica ao ativismo judicial em matéria de meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 89. ano 23. p. 133-156. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan.-mar. 2018).

da pretensão de reparar danos ambientais[29], como também na avaliação da Corte Superior acerca de questões congêneres.

É o caso, por exemplo, do entendimento do STJ pela inadmissibilidade da aplicação da teoria do fato consumado em matéria ambiental, consolidado recentemente com a edição da Súmula 613 do STJ[30].

Enfim, a partir da análise exemplificativa da doutrina majoritária e da jurisprudência do STJ, é possível sintetizar o posicionamento favorável à imprescritibilidade da pretensão jurídica de reparar danos ambientais em seis linhas argumentativas distintas.

Primeiro, defende-se a imprescritibilidade pelo caráter difuso da lesão ao equilíbrio ecológico, macrobem ambiental cuja preservação é de interesse de toda a coletividade e que, por isso, não deveria ser submetido ao regime geral de prescrição que seria aplicável aos interesses individuais.

Segundo, afirma-se não ser possível falar em "inércia" do titular do direito ao meio ambiente equilibrado pelo não exercício da pretensão jurídica, visto que a titularidade do bem ambiental lesado é indeterminável e, mais que isso, transcende a geração presente para abranger também as futuras.

Terceiro, argumenta-se que a pretensão é imprescritível pelo caráter de bem indisponível e não dotado de patrimonialidade que recairia sobre o bem ambiental.

Quarto, é asseverado que, dado o caráter continuado do dano ao meio ambiente, a lesão não se esgotaria no momento de sua ocorrência inaugural, pois os efeitos se prolongariam no tempo.

Quinto, aduz-se pela imprescritibilidade pela inexistência de direito adquirido de poluir, que impediria que o decurso temporal estabilizasse uma situação antijurídica de dano ambiental e, assim, a ocorrência de prescrição.

E sexto, afirma-se que a imprescritibilidade seria uma condição decorrente de uma "logicidade hermenêutica", que permitiria a admissão

29. Nesse sentido, v.g., STJ - AgInt no AREsp 928.184/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2016, publicação no DJe 01/02/2017; STJ - AgRg no REsp 1466096/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, publicação no DJe 30/03/2015; STJ - AgRg no REsp 1421163/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/11/2014, publicação no DJe 17/11/2014.

30. Em síntese, a teoria do fato consumado preconiza a estabilização de situações juridicamente precárias pelo decurso do tempo, ante a inércia da Administração ou a morosidade do Judiciário na solução da controvérsias, visando preservar tanto interesses jurídicos quanto sociais já consolidados. Apesar da referência, a teoria em comento não será analisada neste artigo.

de uma exceção à regra da prescritibilidade que vige no ordenamento jurídico brasileiro mesmo que sem prévia disposição, dada a maior importância do meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos com os quais se confronta, inclusive a segurança jurídica.

Essa sistematização dos argumentos favoráveis à tese da imprescritibilidade tem como objetivo facilitar a análise crítica abrangente que se pretende realizar no tópico seguinte, até porque usualmente o doutrinador justifica sua adesão a essa corrente de pensamento com base em apenas parte dessas linhas argumentativas, sendo o agrupamento delas um pressuposto para que a avaliação seja de fato ampla como se pretende.

A propósito, vale registrar também, lamentavelmente, o posicionamento pela imprescritibilidade é, com alguma frequência, feito pela jurisprudência e também pela doutrina de modo bastante acrítico, a partir de uma simples reprodução de argumentos apresentados por pesquisadores diferentes sem uma análise mais acurada dos fundamentos utilizados.

É verdade que essa reprodução argumentativa acrítica por si só não necessariamente invalida a posição pela imprescritibilidade, mas por certo enfraquece o debate e impede a consolidação da questão, que permanece controvertida por falta de uma corroboração – ou refutação – mais cuidadosa dos fundamentos expendidos.

Por isso, como forma de detalhar a discussão, sempre ciente dos limites deste artigo, os argumentos sistematizados acima serão analisados individualmente no tópico seguinte, de modo a contribuir para o debate, a partir do contraponto à tese da imprescritibilidade da pretensão de reparar danos ambientais.

3 PRESCRITIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Como registrado, apesar de a doutrina majoritária e o STJ aceitarem a imprescritibilidade da pretensão jurídica de reparar danos ambientais, a matéria será submetida a nova apreciação, agora pelo STF, no âmbito do RE 654.833/AC[31], em sede de repercussão geral, pelo que a questão continua controvertida.

31. Curiosamente, o caso discutido no RE 654.633/AC é o mesmo que foi objeto de julgamento pelo STJ no REsp 1.120.117/AC, que é precedente frequentemente utilizado como paradigma decisório pelo Judiciário e também como referência para a doutrina especializada.

Em resumo, suscita-se no RE em referência que julgar como imprescritível a pretensão de reparar danos ambientais é inconstitucional por violação aos artigos 1º, III, 5º, *caput*, V e X, e 225, §3º, da Constituição.

Rigorosamente, a contestação central é a de que criar uma regra de imprescritibilidade sem prévia disposição normativa viola a segurança jurídica, pois o padrão em nosso ordenamento é justamente que as pretensões se extingam pelo decurso temporal, não apenas pela segurança, mas por previsibilidade, estabilidade, confiança e por proibição do excesso.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece essa imprescritibilidade, que é basicamente uma criação doutrinária que foi referendada pela jurisprudência mesmo sem base constitucional.

Em termos comparativos, a Convenção de Lugano, no âmbito do direito comunitário europeu, tratou particularmente sobre a prescrição do dano ambiental em seu artigo 17, que estabelece um prazo prescricional de três anos contados da data em que o demandante tenha ou deveria ter razoável conhecimento do dano e a identidade do explorador.

O direito alemão também reconhece essa prescritibilidade, ao estabelecer que a prescrição dos danos ambientais deve seguir a regra do BGB (Código Civil alemão), submetendo-se a um prazo prescricional de trinta anos, portanto. Por fim, no direito italiano, como o Estado tem o monopólio da reparação do dano ambiental, a pretensão é imprescritível[32].

Logo, embora as comparações entre ordenamentos jurídicos distintos devam sempre ser feitas de modo ponderado, nota-se que a imprescritibilidade também não é uma regra em outros sistemas, variando de acordo com a legislação aplicável.

Nesse contexto, entende-se que a ausência de previsão normativa no direito brasileiro é suficiente para que, a despeito do posicionamento majoritário, a pretensão de reparar danos ambientais seja, sim, prescritível[33].

Isto porque, reitera-se, a regra no ordenamento brasileiro é a prescrição, não se admitindo a criação jurídica contrária em nível jurisprudencial e doutrinário, ainda que a reivindicação política e moralmente faça sentido. Na hipótese em debate, nem se trata de interpretação ampliativa ou analógica, e sim de "criação" jurídica sem respaldo normativo.

32. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. op. cit. pp. 208-209.

33. Também nesse sentido, HUMBERT, Georges Louis Hage. *A prescrição do dano ambiental, o erro do STJ e a repercussão geral no STF*. Disponível em www.direitoambiental.com, acesso em 29 de junho de 2018.

Não obstante, para resolver de fato a discussão é necessário analisar e contrapor individualmente os argumentos favoráveis à imprescritibilidade, sistematizados no tópico anterior.

Primeiramente, a despeito do que afirma com frequência, não há uma relação direta entre o caráter difuso do interesse de reparar danos ambientais e preservar o meio ambiente com a imprescritibilidade, tanto é que a ação popular, que também tutela interesse difuso, é prescritível.

De fato, ainda que interesse difuso, a falta de previsão normativa não conduz à imprescritibilidade, como pretende a doutrina majoritária, e sim, pelo contrário, à definição da norma de prescrição aplicável analogicamente.

Se não há regra de prescrição específica para tutela desse direito difuso, deve ser aplicada regra congênere por analogia, até porque não é admissível interpretação extensiva para restringir direitos, inclusive o da segurança jurídica, principalmente quando se considera que a imprescritibilidade surge não de uma analogia, mas de uma criação extrajurídica pura e simples, pois não há norma correlata que a fundamente.

É igualmente equivocado afirmar que não há prescrição ante a indeterminação e a intergeracionalidade da titularidade sobre o bem ambiental, pois nesse caso não haveria "inércia" que pudesse ser sancionada com a prescrição. Quanto a esse ponto, duas ponderações devem ser feitas.

Primeiro, embora o interesse seja da coletividade (difuso, portanto), a Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) resolveu a problema de sua tutela ao estabelecer em seu artigo 5º um amplo rol de legitimados ativos que podem agir para proteção da sociedade[34].

Além disso, a prescrição não existe apenas para sancionar aquele que permaneceu inerte no exercício de pretensão jurídica que lhe assistia, mas também, principalmente, para resguardar a segurança jurídica e a paz social, para não prender o dito ofensor perpetuamente aos seus erros do passado. E isso vale mesmo para violações consideravelmente gravosas.

Quanto à tese de que a imprescritibilidade decorreria de suposta não patrimonialidade do bem ambiental, não assiste razão também porque não há relação necessária entre interesse difuso e não patrimonialidade.

Em verdade, a dificuldade de precificação não implica em ausência de valor econômico. Se o bem ambiental não tem "preço" imediato, no mínimo sua preservação e recuperação geram custos e estes são indenizáveis. Aliás, sua titularidade difusa tampouco impede que o meio

34. Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 1384.

ambiente tenha valor econômico, como de fato tem e deve ter, até para viabilizar a sua reparação[35].

Da mesma forma, o fato de o meio ambiente ter elevada importância não faz com que ele não seja passível de precificação. Outros bens jurídicos igualmente relevantes também são lesados com lamentável frequência e são compensados com indenizações. É o caso, por exemplo, de indenizações civis por morte, danos à saúde, incapacitação laboral[36].

Com relação ao possível caráter continuado da lesão ambiental e a inexistência de direito adquirido de poluir, sua refutação pode ser feita em conjunto, pois a lógica é semelhante para ambos os casos.

Primeiro, destaca-se que o fato de inexistir de direito adquirido a poluir (*rectius*: direito adquirido a provocar danos ambientais) não impossibilita a prescrição. Na verdade, a prescrição deve correr para situações lesivas que não se protraiam, que se consumaram.

Assim, caso a causa lesiva continue ocorrendo, é legítimo atuar para fazê-la cessar. Contudo, se a lesão cessou e, mais ainda, se o próprio meio ambiente já tiver se readequado ou estiver se readequando, não há como se falar em direito adquirido e, muito menos, a imprescritibilidade.

Evidentemente não há direito a causar danos, tampouco a continuar os causando por força do decurso temporal. Na verdade, a prescrição correrá para os atos lesivos consumados, ainda que os efeitos em si possam se prolongar. Logo, a contagem do prazo prescricional deve ser realizada a partir do momento em que a atividade causadora do dano se consumou e não quando não for mais possível notar qualquer efeito negativo.

Nessa mesma linha, relembrando o que se registrou no item 1 acerca da aplicação flexibilizada da teoria da *actio nata*, que indica que a contagem do prazo prescricional deve iniciar apenas quando se tiver conhecimento do dano, a existência de prescrição também não prejudica a proteção do meio ambiente nos casos de danos "invisíveis", pois o prazo só começará a correr a partir do momento em que se tiver indícios de que determinada atividade possa ter sido causadora de dano ambiental.

Frisa-se que não se pode exigir certeza para que o prazo prescricional inicie, e sim que se tenha razoável dúvida de que determinada atividade causou dano, no momento em que os efeitos lesivos começarem a

35. Para uma análise acurada acerca do valor econômico do meio ambiente, cf. SIQUEIRA, Lyssandro Norton. *Qual o valor do meio ambiente?*: previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

36. ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 1386.

ser percebidos, ainda que o nexo causal não esteja inequivocamente configurado, sob pena de indiretamente perpetuar a exigência.

Por fim, o argumento de que a imprescritibilidade da pretensão de reparar danos ambientais decorreria de uma "logicidade hermenêutica", pois seria depreendida da maior importância conferida pelo ordenamento jurídico ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos com os quais se confronta, é certamente o mais polêmico, pois, rigorosamente, trata-se de uma valoração particular do intérprete que se pretende conferir aparência jurídica a partir de uma leitura pretensamente principiológica.

Isto porque, apesar de ter conferido relevância ao direito ambiental, a Constituição brasileira também estabeleceu diversos outros direitos à sociedade, em muitas oportunidades definindo soluções especiais, mas em outras deixando ao legislador o papel de definir os arranjos político-morais para regular as situações jurídicas de modo particular.

Logo, se não há previsão específica estabelecendo a imprescritibilidade do dano ambiental, então, ao "criar" essa regra supostamente como forma de resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na verdade o intérprete "protege" a Constituição através do seu desprestigio, por violar a segurança jurídica.

Não há ativismo bom ou ruim, pois a invasão do Judiciário na esfera de competência de outro Poder representa sempre uma violação democrática. Concordar com o ativismo quando aprovamos uma decisão específica é assumir o risco de ter de aceitá-lo quando a solução não for aquela que se considere a mais justa.

Finalmente, entendendo-se que se trata de pretensão prescritível, é necessário definir o prazo prescricional aplicável.

Não parece ser o caso de aplicar o prazo de três anos estabelecido no artigo 206, §3º, V, CC , pois se trata de regra direcionada à reparação civil relacionada a interesses individuais. Tampouco parece ser aplicável o prazo residual geral de dez anos previsto no artigo 205 do CC.

Na verdade, entende-se que deve ser aplicado, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos estabelecido pelo artigo 21 da Lei da Ação Popular, tendo em vista que compõem, junto com o CDC, o microssistema de tutela dos interesses coletivos em geral[37].

37. Nesse sentido já decidiu o STJ no REsp 910.625/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. P/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 04/09/2008.

CONCLUSÃO

A partir da breve análise realizada neste artigo, conclui-se que, a despeito do posicionamento contrário da doutrina majoritária e da jurisprudência do STJ, na verdade a pretensão jurídica de reparar danos ambientais é prescritível, em especial pela inexistência de regra em contrário em nosso ordenamento, prestigiando, assim, a segurança jurídica.

Embora bem intencionada, a tentativa de justificar a imprescritibilidade mesmo sem base legal sob o argumento de que não é justo que um indivíduo se sobreponha à sociedade em verdade acaba por recair em um perigoso argumento utilitarista e consequencialista.

Isto porque, com isso, aceita-se como possível a submissão de um indivíduo em prol do "bem maior" da coletividade, raciocínio em dissonância com o direito contemporâneo.

Destaca-se que admitir a prescrição não implica em uma impunibilidade pura e simples, pois há que se considerar que só haverá prescrição caso, após o conhecimento do fato reputado como danoso, transcorram cinco anos com inércia de todos os legitimados ativos para ajuizamento de ação civil pública. Ou seja, após cinco anos, mesmo sabendo que algo é aparentemente danoso, nenhum agente tomou qualquer atitude.

Na verdade, em termos práticos, admitir a prescritibilidade pode até ser mais vantajoso ao meio ambiente, pois impulsiona a atuação ágil dos legitimados, o que é muito importante resguardo ambiental. Demandar contra um causador de dano ambiental longos anos após a consumação da lesão é, na verdade, permitir que um problema se agrave por inércia, pois quanto antes se atua para minimizar o prejuízo, maiores as chances de êxito.

Ainda, ressalta-se que aceitar a prescrição não significa negar a importância que o equilíbrio ambiental possui para a vida sadia e digna de todos, mas sim compreender os limites do ordenamento aplicável, sem a "criação" de normas casuísticas ao sabor do interesse tutelado. A relevância do bem jurídico não é justificativa para subverter a ordem jurídica vigente.

Caso se considere que a imprescritibilidade é necessária para assegurar a tutela ambiental, essa circunstância deve ser criada pela via própria, ou seja, através do Legislativo, e não por voluntarismo judicial. Dessa forma o interesse é resguardado sem violação à ordem democrática.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil. Vol. 2, n. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./jun. 1961.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 18. ed. São Paulo: Atlas. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *In:* Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. Direito ambiental versus justiça ambiental: crítica ao ativismo judicial em matéria de meio ambiente. Revista de Direito Ambiental. vol. 89. ano 23. p. 133-156. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan.-mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

FACCI, Lúcio Picanço. Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. Revista da AGU. Ano 8. N. 20. abr./jun. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

HUMBERT, Georges Louis Hage. A prescrição do dano ambiental, o erro do STJ e a repercussão geral no STF. Disponível em www.direitoambiental.com, acesso em 29 de junho de 2018.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

_____; _____. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. *In:* BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. Qual o valor do meio ambiente?: previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2013.

THOMÉ, Romeu. Manual de direito ambiental. 3. ed. Salvador: JusPodium. 2013.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford University Press. 1999.

CAPÍTULO 15

COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: 30 ANOS DE DEBATES

LUISA FALKENBERG

INTRODUÇÃO

Matéria aparentemente pacífica vem gerando debates por diferentes interpretações e interesses desde o reconhecimento dos municípios como entes federados pela Constituição Federal de 1988.

Nesses trinta anos de vigência da nova Carta, verificou-se que, em alguns estados da federação, a competência municipal para licenciar nem sempre é reconhecida, principalmente com a amplitude concedida pela Lei Fundamental.

Através de resoluções tem sido impostas condicionantes aos entes municipais limitando sua capacidade licenciatória, caracterizando flagrante intervenção na autonomia municipal, traduzida, por exemplo em *habilitar* municípios para que possam exercer o procedimento assim como *desabilitar* municípios que não estejam cumprindo com as condicionantes impostas, demonstrando, com isso, exacerbado autoritarismo.

Além disso, são os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente que estabelecem as atividades e empreendimentos considerados como sendo de impacto local e que, por conseguinte, terão os processos licenciatórios realizados em sede municipal, ficando o município impedidos de participarem da conceituação de interesse local que tem relação direta com o interesse local.

Argumentações para sustentação da interferência estadual

Tão logo instituída a regulamentação do processo de licenciamento ambiental em 1997, surgiram posicionamentos contrários ao exercício da atividade pelos municípios com base em diferentes argumentações.

A primeira, de ordem legal, foi subtraída do próprio artigo 24 da Constituição Federal. [1] Este artigo atribui competência concorrente para legislar sobre proteção ambiental com exclusão dos municípios.

Os defensores dessa linha argumentam que sendo o licenciamento ambiental um instrumento de proteção do meio ambiente, cabe ao Estado legislar sobre a matéria restando aos Municípios apenas a competência material, atribuída pelo artigo 23 da Carta Magna, ou seja, realizar o licenciamento de atividades cujo impacto seja considerado local de acordo com a normatização estadual.

Não parece ser esta, a melhor interpretação do texto constitucional se confrontado com o disposto no artigo 18 também da Lei Maior que estabelece, taxativamente, a autonomia do município.[2]

Do dispositivo, depreende-se que o município, além de ser ente federado tal como a União, os Estados e o Distrito Federal, ainda possui, assim como os demais, a característica de ser autônomo, dispensando a ingerência dos estados.

O comando da Lei Maior é de que os entes federados devem atuar em harmonia, porém cada um em sua esfera de competência.

A segunda argumentação diz respeito ao fato de que os municípios, de uma forma geral, dispõem de estruturas diferenciadas, existindo aqueles capazes de realizar o processo de licenciamento em perfeita consonância ao disposto no artigo 20 da Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997[3], enquanto outros sequer contam com legislação ambiental local.

Tal posicionamento não procede porque a resolução do CONAMA estabeleceu apenas duas exigências para concretizar o processo licenciatório, quais sejam, dispor de Conselho implementado e de profissionais

1. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...]
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, *proteção do meio ambiente e controle da poluição*; (g.n.)

2. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

3. Art. 20. Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados.

habilitados, não havendo, por conseguinte, espaço para intervenção do estado.

Uma terceira argumentação que não foi expressa formalmente mas que também encorpa o posicionamento contrário ao reconhecimento da autonomia dos municípios, resulta de política pública e se fundamentava na proximidade do setor empresarial com a figura do prefeito e secretariado, colocando em dúvida a realização de um processo de licenciamento isento de interesses de ordem política e econômica.

Ora, se a Constituição Federal atribuiu competência ao município, não cabe a nenhum outro ente contestar tal atribuição. Aqui, é importante diferenciar a competência constitucional para licenciar da capacidade administrativa para exercer aquele comando. A competência não se discute, a capacidade administrativa pode ser aperfeiçoada.

É bem verdade que muitos municípios não dispõem de condições ideais para emitirem licença ambiental dando o melhor cumprimento às disposições legais. Isso porque nem sempre existe ampla disponibilidade de profissionais habilitados para análise dos pedidos, além de desconhecimento da vasta legislação ambiental aplicável ao licenciamento.

Neste ponto, é fundamental a atuação dos entes federados, não intervindo na competência dos municípios, mas sim, contribuindo para sua capacitação, através de treinamentos e identificação de profissionais que possam, através de convênios, por exemplo, contribuir para a análise dos processos.

O incontestável é que não há suporte na Constituição Federal para que o estado, seja pelo motivo que for, tenha a prerrogativa de impedir ou limitar a atuação do município no tocante ao exercício de sua competência para proceder ao licenciamento ambiental de forma ampla, inclusive determinando, no espectro do interesse local, quais atividades seriam capazes de causar impacto local.

Caso o município não proceda de acordo com a legislação pertinente, a sociedade deverá contar com a atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público, sem que tal desvio justifique o descumprimento ao comando constitucional.

Estes procedimentos ajudarão os municípios a crescerem e cumprirem seus papéis como entes federados que são. Aos que porventura não aceitem o caminho legal, caberá as punições previstas em lei.

Sobre as competências dos entes federados para exercerem o licenciamento ambiental

> Assim dispõe a Constituição Federal:
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (g.n.)

Depreende-se do dispositivo, por conseguinte, que a regra geral é não haver exigência de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica. A expressão salvo nos casos previstos em lei, no entanto, constitui a exceção. No caso específico do licenciamento ambiental, a exceção prevista na Carta Constitucional, ou seja, a lei que exige autorização para o exercício de atividades econômicas é a Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981,[4] que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e elenca o licenciamento ambiental como instrumento da política ambiental, estabelecendo que o exercício de atividades econômicas efetiva ou potencialmente poluidoras só se efetivará mediante sua concessão.

Foram necessários quase vinte anos desde a promulgação da PNMA para que a matéria fosse regulamentada, o que ocorreu através da aprovação da Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997.

Interessante observar que a Lei 6.938/81 atribui competência para licenciar apenas aos Estados e ao IBAMA na esfera federal. Cabe, no entanto, esclarecer que a não atribuição de competência aos municípios decorre de o fato da lei ter sido promulgada anteriormente à Constituição Federal de 1988, o que foi complementado pela citada resolução do CONAMA.

Também cabe referenciar a celeuma criada no mundo jurídico, quando foi levantada a inconstitucionalidade da matéria, por ter sido regulamentada pelo Conselho quando a natureza da matéria exigia regulamentação via lei ordinária, discussão que se estendeu por muito tempo até que houvesse aceitação doutrinária daquela regulamentação que era urgente e imprescindível para a regulamentação do processo licenciatório.

4. Art. 10 A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNANA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Além disso, sem a devida atenção à linha do tempo, forte antagonismo surgiu sobre o enganoso entendimento que o CONAMA é que teria atribuído competência aos municípios para exercerem o licenciamento ambiental, quando, na verdade, o procedimento do Conselho foi no sentido de cumprir o comando constitucional.

A Resolução CONAMA, em concordância com a Carta Magna, reconheceu a competência municipal para licenciar atividades e empreendimentos, atribuindo aquelas de impacto ambiental local e as que lhe fossem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Embora alguns doutrinadores afirmem que a Resolução CONAMA 237/97 extrapolou sua função, posto que os atos administrativos normativos não podem dispor sobre competência, a verdade é que aquela resolução apenas firmou o que já estava na própria Lei Fundamental, ao atribuir competência aos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual. Ora, se pode o município legislar sobre assuntos de interesse local, por dedução lógica também poderá administrar assuntos de interesse local, dentre os quais se encontra o licenciamento ambiental.

Hoje, vinte anos após, é pacífico o reconhecimento da iniciativa do CONAMA ao preencher a lacuna deixada pelo legislativo.

Mister observar que, desde 1997, o licenciamento ambiental já carecia de interpretação legal sobre o conceito de impacto local.

1 SUPORTE EM DECISÃO DO STF

Ao tratar da competência legislativa municipal em matéria ambiental, a 2ª Turma do STF reconheceu a competência dos municípios para legislar sobre meio ambiente desde que fundamentadamente, ainda que de forma mais restritiva em relação aos Estados-Membros e à União, com base no interesse local.

Por conseguinte, o município está capacitado para tutelar seu ambiente não apenas através da geração de normas protetivas assim como para licenciar as atividades que possam trazer impacto local.

Interessante, ainda, mencionar julgamento ocorrido em 29.6.2017 no qual, através do RE-194704 o Plenário do STF, ao analisar o mérito considerou que

> as expressões "interesse local", do art. 30, I, da Constituição Federal (CF), e "peculiar interesse", das Constituições anteriores, se equivalem e não significam interesse exclusivo

> do Município, mas preponderante. Assim, a matéria é de competência concorrente (CF, art. 24, VI), sobre a qual a União expede normas gerais. Os Estados e o Distrito Federal editam normas suplementares e, na ausência de lei federal sobre normas gerais, editam normas para atender a suas peculiaridades (2). Por sua vez, os Municípios, com base no art. 30, I e II, da CF (3), legislam naquilo que for de interesse local, suplementando a legislação federal e a estadual no que couber.

Tal interpretação deixa claro que se a legislação emanada da União e dos Estados com vistas a proteção do meio ambiente não for suficiente para proteger os recursos ambientais do município, este poderá legislar pela vertente do interesse local.

Ora, se o município dispõe de competência legislativa para proteger seu ambiente, como não poderia efetuar um processo administrativo de licenciamento aplicando sua própria legislação?

Interessante transcrever o relato do Ministro Celso de Mello naquele RE, ao citar PAULO DE BESSA ANTUNES ("Direito Ambiental", p. 110/111, item n. 2.3, 15ª ed., 2013, Atlas):

> O artigo 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Parece claro, na minha análise, que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. A importância dos Municípios é evidente por si mesma, pois as populações e as autoridades locais reúnem amplas condições de bem conhecer os problemas e mazelas ambientais de cada localidade, sendo certo que são as primeiras a localizar e identificar o problema. É através dos Municípios que se pode implementar o princípio ecológico de agir localmente, pensar globalmente. Na verdade, entender que os Municípios não têm competência ambiental específica é fazer uma interpretação puramente literal da Constituição Federal.

Ressaltou o Ministro, no entanto, que a atribuição municipal para legislar sobre o meio ambiente deve efetivar-se nos limites do interesse local, aduzindo, ainda, que as cidades só podem criar normas desde que as medidas de regulação normativa não transgridam nem conflitem com o âmbito de atuação que a Constituição atribuiu à União e aos estados.

Irretocável a colocação do Ministro que está em perfeita consonância com o comando do parágrafo único do artigo 23 ao garantir a cooperação entre os entes federados com foco no equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

No que diz respeito à argumentação de que, no âmbito municipal, o exercício do licenciamento pode ter sua lisura prejudicada pelo contato próximo do serviço público municipal com os empreendedores, o Ministro dá uma lição muito pertinente.

> Refere que, na sensível área da proteção ambiental, os interesses corporativos dos organismos empresariais devem estar necessariamente subordinados aos valores que conferem precedência à preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 170, inciso VI), como esta Corte Suprema já teve o ensejo de advertir: "(...) A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Por outro lado, no que tange ao comportamento dos servidores públicos municipais, estão eles estão sujeitos às penalidades previstas na legislação de responsabilidade do servidor público.

Vale lembrar, ainda, que a Política Nacional do Meio Ambiente propugna, como sendo um dos seus objetivos, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Diante das colocações acima, fica evidente, que o município tem, pode e deve exercer sua competência para legislar e licenciar atividades no âmbito de sua área, com base no interesse local e observadas as normas da União e do Estado para efeitos de cooperação e harmonização.

2 REFERÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE A MATÉRIA

George Humbert,[5] em artigo que analisa com profundidade as competências constitucionais, opta por concluir que

> ... da simples leitura do art. 23 da Constituição, emerge que os municípios têm competência ambiental administrativa, o que inclui o dever-poder de processar o licenciamento e expedir licença ambiental, em igualdade de condições à União e aos Estados, por pressupostos do pacto federativo enquanto princípio fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil.
>
> Diante do exposto, pode-se afirmar que o exercício de competências constitucionais pelos Municípios, no Brasil, é a regra e não a exceção. Deve ser estimulada, jamais restringida. É o que impõe a Carta Magna de 1988.

Fundamenta o autor, sua afirmativa, na distribuição de competência adotada pela nossa Constituição salientando *que a estrutura é verticalizada porém não hierarquizada*, parafraseando Daniela Libório Di Sarno e recomendando que é dessa forma que deve ser entendida a competência municipal, porquanto o Município é ente autônomo na federação brasileira.

3 AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os incisos do artigo 23 da Carta Magna tratam, na sua maioria, de matéria passível de ser submetida ao licenciamento ambiental realizado pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), abrangendo três fundamentais aspectos do meio ambiente: natural, artificial e cultural.

Estabeleceu, no entanto, o legislador que dependeria de lei complementar o estabelecimento de normas que viessem a fixar a cooperação entre os entes federados na busca do equilíbrio, do desenvolvimento e do bem-estar nacional. Neste contexto estavam incluídas as regras para o licenciamento ambiental, que somente seriam definidas em 2011, através da Lei Complementar n. 140.

Passaram-se, por conseguinte, 14 anos entre a vigência da Resolução CONAMA 237/97 e a promulgação da LC 140/2011, período durante o qual, os municípios tinham sua competência restringida em alguns Estados

5. HUMBERT, Georges. Competências ambientais municipais e a LC 140/2011: um atentado à Constituição Federal de 1988. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4473, 30 set. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43153>. Acesso em: 21 jun. 2018.

da Federação, em flagrante desrespeito à Constituição Federal e ao Código Estadual do Meio Ambiente.

Por outro lado, ledo engano pensar que a LC 140/2011 tenha posto fim às discussões acerca da competência municipal para licenciar.

4 LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011

Era esperado que a promulgação da Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011 viesse a harmonizar a polêmica questão das competências licenciatórias. Ao contrário, diversas vertentes levantaram-se contra a normativa, inclusive com ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como foi o caso da ADIn 4757, através da qual a ASIBAMA – Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente, alegando que a maioria dos entes federados não está preparada para a função tornando a proteção ambiental menos efetiva. Argumentava a Associação, ainda, que antes da LC n. 140/2011 o IBAMA podia agir em nome da União, mas que, dada a repartição das competências, a atuação da União ficou limitada. Acrescentou, ainda, que ao invés de permitir a cooperação, a LC n. 140/2011 agiu no sentido contrário pois, ao invés de cooperação, as competências estão limitadas e segregadas, pelo que pediu a declaração de inconstitucionalidade da lei.

4.1 SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI COMPLEMENTAR N. 140/2011

Forte corrente na doutrina nacional emerge no entendimento da inconstitucionalidade do artigo 9º, XIV a) da Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011.[6]

Este dispositivo da Lei Complementar reconhece, como não poderia deixar de ser, a competência municipal para efetivar processos de licenciamento ambiental no âmbito de sua jurisdição e quando caracterizado o interesse local, em plena consonância com a disposição constitucional.

---

6. Art. 9o São ações administrativas dos Municípios:
[...]
XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:
a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade;

Não obstante isso, numa contraposição ao já estabelecido, condiciona o exercício daquela função administrativa à tipologia que deverá ser definida pelo respectivo Conselho Estadual de Meio Ambiente.

Assim, embora reconhecida a competência municipal para licenciar, esta, no entanto, fica condicionada ao que for deliberado pelos conselhos estaduais aos quais cabe, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, estabelecer a tipologia das atividades ou empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local.[7]

Esta determinação é alvo de bem posicionada crítica por parte de Talden Farias [8] ao ressaltar que Municípios podem executar o licenciamento ambiental de atividades cujo impacto ambiental seja de âmbito local, porém ficando submissos à *tipologia a ser definida pelo respectivo Conselho Estadual de Meio Ambiente*. Em outras palavras, *a competência constitucional atribuída aos municípios foi restringida pela Lei Complementar*.

Ora, ninguém melhor que o próprio município para identificar quais as atividades que poderão causar impacto no seu âmbito. Essa interferência do Estado, agora determinada em lei complementar, não só desrespeita a determinação da Constituição Federal, ferindo a autonomia municipal, como ainda pretende conceituar impacto local, tarefa que, até hoje, nem a melhor doutrina, nacional e internacional, conseguiu projetar. Num pais onde a extensão territorial dos estados é significativa assim como sua diversidade biológica, pretender relacionar *todas* as atividades consideradas de impacto local consiste em tarefa impossível, com resultados práticos altamente duvidosos acabando por exigir dos Conselhos Estaduais constante alteração na relação das tipologias numa tentativa constante e infinita de esgotar a listagem.

O que a Lei Complementar n. 140/2011 fez foi reconhecer a legalidade da intervenção do Estado na autonomia dos Municípios, o que já vinha ocorrendo na prática, há pelo menos vinte anos, apesar dos protestos doutrinários.

Como muito bem colocado por Humbert em seu artigo já citado, "os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente nem personalidade jurídica

7. Lei Complementar n. 140/2011
Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:
XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:
a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade;

8. Farias, Talden. Op. Cit. Pg 125

gozam, muito menos legitimidade de voto e competência constitucional, como é o caso dos Municípios e do Poder Executivo que o administra."

No ano de 2006, através de parecer de nossa autoria elaborado para o Conselho Estadual de Meio Ambiente do Rio Grande do Sul, sobre a competência municipal no processo de licenciamento, com base no reconhecimento de que na Constituição Federal não havia suporte para interferência do Estado na autonomia municipal, já recomendávamos que os Municípios, através do Poder Executivo local, poderiam recursar-se a cumprir resoluções do Conselho de Meio Ambiente que interferissem ou restringissem a sua autonomia, sob a arguição de inconstitucionalidade.

Entendíamos, também, que a preocupação em evitar que o município pudesse, de alguma forma, licenciar atividades ou empreendimentos que fossem danosos ao meio ambiente por falta de capacitação, poderia e deveria ser reparada através de apoio e não de interferência.

O que não se pode perder de vista é que a tão aguardada regulamentação do artigo 23 da Carta Magna de 1988 somente ocorreu com a promulgação da Lei Complementar n. 140/2011 a qual, por sua vez, apenas organizou as atribuições de cada ente federado porque a competência original já estava balizada pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, manteve acesa a discussão em torno do licenciamento municipal, ao estabelecer a interferência dos conselhos municipais em matéria de interesse local.

Esse posicionamento vai ao encontro do preceituado por Humbert[9] em 2015:

> ... o que é preciso não é limitar e condicionar suas competências, como fez o inconstitucional art. 9º, XIV, da LC 140/2011, mas sim efetivar o seu fortalecimento institucional, financeiro e de seus órgãos ambientais. Conseguintemente, teremos a celeridade, a eficiência e eficácia nos licenciamentos ambientais, indispensáveis para a preservação do ambiente ecologicamente equilibrado, bem como para o devido cumprimento da Constituição e de sua finalidade basilar: o bem-estar social e a sadia qualidade de vida.

5 REFLEXÕES. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E RECOMENDAÇÕES PARA MELHORIA

Em primeiro lugar, fica mantida a divergência doutrinária sobre a extensão da competência municipal para proceder licenciamento

9. *op. cit.*

ambiental. A Lei Complementar n. 140/2011, ao contrário do esperado, manteve a divergência, agora com força constitucional.

De outra banda, no entanto, é indiscutível reconhecer que, o artigo 30 da Constituição Federal, atribui, de forma direta, competência aos municípios para licenciarem qualquer atividade por eles entendidas como sendo de âmbito local e que, através de fundamentação, o poder municipal pode realizar o procedimento, independentemente da tipologia elaborada pelo Conselho Estadual.

Da análise do posicionamento a favor da LC 140 com interferência do Estado é possível afirmar que a questão está centrada na capacitação do município e não na competência a qual não há como deixar de reconhecer.

A recomendação para essa deficiência, por conseguinte, é de que o Estado deva concentrar apoio na capacitação dos municípios através de treinamentos práticos sobre conhecimento da legislação pertinente com sua aplicação, passo a passo em exercícios de processos licenciatórios, assim como oferecer suporte para que o município elabore legislação voltada às questões locais. Também, outra linha de apoio pode ser oferecida através de cadastro de profissionais e entidades que possam atuar dando cumprimento a exigência de profissionais legalmente habilitados.

A experiência do IMA – Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina parece estar sendo adotada com o sentido de cooperação, o que é um avanço e contorna a determinação do LC n. 140/2011.

Nesta mesma linha, a Secretaria de Meio Ambiente do Rio Grande do Sul está implantando interessante programa de capacitação municipal com vistas ao exercício do processo licenciatório, através do conhecimento da Lei Complementar n. 140/2011 e legislação estadual aplicável ao licenciamento ambiental.

Por fim, esforços devem ser envidados no sentido de alterar a LC n. 140/2011 adequando-a ao disposto na Constituição Federal. Por certo, o bem maior deve se superpor ao legalismo, mas este não é o caso. Aqui, o princípio que deve prevalecer é o do federalismo cooperativo. O Município deve ser considerado como ente federativo com responsabilidade atribuída aos seus procedimentos, inclusive com penalização quando não atender aos dispositivos legais e não ao contrário, ser tratado como ente incapaz de exercer atribuições e sendo poupado, por isso mesmo, de ser responsável pela gestão municipal.

REFERÊNCIAS

BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento Ambiental. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

BIM, Eduardo Fortunato e FARIAS, Talden. Competência Ambiental legislativa e administrativa. RIL. Brasilia a.52 n.208 out/dez. 2015 p. 203-245

FARIAS, Talden. Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015

HUMBERT, Georges. Competências ambientais municipais e a LC 140/2011: um atentado à Constituição Federal de 1988. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862,Teresina, ano20, n.4473, 30 set. 2015. Disponívelem: <https://jus.com.br/artigos/43153>. Acesso em: 21 jun. 2018.

CAPÍTULO 16

MINERAÇÃO E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DOS ENTES FEDERADOS

MARCELO TOBIAS DA SILVA AZEVEDO

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 adotou o federalismo cooperativo. O modelo de estado federal teve sua origem nos Estados Unidos da América, em especial, como resultado da Convenção da Filadélfia, de 1787. Nos duzentos anos que separam a assembleia americana e a constituinte brasileira, o federalismo incorporou significativas mudanças, dentro do próprio modelo americano, e mudanças ainda mais significantes com os países europeus do pós-guerra. A Áustria e a Alemanha incorporaram no seu texto constitucional a formatação cooperativa, alinhada com as complexidades da sociedade contemporânea e com o papel do Direito nas relações sociais.

O texto constitucional brasileiro incorporou igualmente a função do Poder Público na manutenção do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações. Para além do conteúdo princípio-ideológico, a determinação constitucional orienta as políticas públicas e a construção legislativa, voltada a concretização do desígnio constitucional.

Partindo-se dessas premissas, o artigo propõe revisitar a formação histórica e jurídica do federalismo, que resultou no modelo adotado pela Constituição. A avaliação das características essenciais dos modelos federais indicados demonstrará como eles influenciaram a formação do modelo brasileiro e, por consequência, como aqueles modelos podem oferecer soluções para os complexos conflitos da atualidade.

1 A PROTEÇÃO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A proteção do ambiente no direito, em especial no direito brasileiro, não é matéria exclusiva deste Século. Em perspectiva e análise histórica, diversos autores pontuam a existência de normas que disciplinam a proteção de bens ambientais, de preservação da saúde e bem-estar da população, que se enquadrariam no conjunto de normas ambientais. Essas normas são enumeradas desde o Brasil-colônia, com as Ordenações Filipinas, passando pelas Leis do Império e Leis da República.

Delimitando essa análise para os textos constitucionais, é possível indicar que a Constituição de 1967 (com redação mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), no art. 8, XVII, "c", fixou competência da União para legislar sobre normas de defesa e proteção da saúde. Essa norma constitucional, apesar de não tratar da proteção do ambiente de forma direta, estabeleceu os contornos constitucionais para a edição do Decreto-Lei n. 1.413, de 14 de agosto de 1975, que dispunha sobre o controle da poluição do meio ambiente.

Posteriormente, dentro daquele período constitucional, contudo, com o aceno do encerramento do período ditatorial e funcionamento regular do Congresso Nacional, essa norma veio a ser substituída pelo marco legislativo de proteção ambiental, que é a Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. A Lei de 1981 estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente e continua vigente.

Foi, entretanto, com a Constituição da República de 1988 que se exprimiu o estágio culminante da incorporação do meio ambiente ao ordenamento jurídico nacional[1]. A envergadura constitucional do tema não é vã e indica a conquista social perseguida pelos constituintes e sociedade na formação da sua constituição. Marina Barbosa Cirne, ao estudar a história da formação do texto constitucional ambiental, apresenta a seguinte conclusão:

> Ao se perceber que a conquista da defesa ao meio ambiente, na seara constitucional, decorre de um trabalho árduo, que envolve muitos atores, espera-se conferir importante destaque para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que se encontra no texto brasileiro. O passado constituinte, portanto, parece conferir ainda maior legitimidade para a pretensão de defesa do meio ambiente que se encontra em construção na sociedade brasileira[2].

1. HORTA, 2010, p. 251
2. CIRNE, 2016, p. 108

O texto constitucional emergiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo e incumbiu ao Poder Público a sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações. Foi além ao indicar a limitação da ordem econômica sob o aspecto ambiental. Além disso, organizou o Estado, ao distribuir entre todos os entes federados a competência para defesa e proteção do meio ambiente, por meio de ações materiais e legislativas.

Essa formação do texto constitucional possibilitaria a classificação do estágio atual do país em Estado de Direito do Ambiente (ou Ambiental), que possui contornos dados pela literatura alemã. Segundo informa José Gomes Canotilho[3], essa expressão (*Umweltrechts- staat)* dá guarida às exigências de os Estados e as comunidades políticas conformarem as suas políticas e estruturas organizatórias de forma ecologicamente auto-sustentada.

Neste sentido, o professor português indica a existência de duas dimensões jurídico-políticas relevantes:

> A primeira é a obrigação de o Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (económicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras[4].

Adotando igualmente as lições de Canotilho, Patrícia Bianchi ensina que:

> Antes da criação de um Estado de Direito Ambiental, ou no processo de estabelecimento deste, deve-se reforçar a estrutura do Estado constitucional democrático, reconhecendo-se, sobretudo, a legitimidade dos direitos fundamentais. Aquele modelo de Estado deve assentar-se sob a estrutura do Estado constitucional democrático, mas deve ultrapassá-lo, numa evolução que inclui o respeito às normas ambientais, que representa, ao final, um respeito ao direito fundamental à vida[5].

O Estado de Direito Ambiental não se afasta de um Estado de Direito, ditado por uma ordem constitucional vigente, com respeito aos

3. CANOTILHO, 1999, p. 17.
4. CANOTILHO, 1999, p. 17
5. BIANCHI, 2010, p. 89

direitos fundamentais do cidadão. Para Canotilho[6] essa indicação possui o "relevo prático de afastar qualquer fundamentalismo ambiental". Uma vez considerado o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, nesse Estado Ambiental, explicado por Capella[7], as esferas da sociedade devem se unir para consecução do bem comum, representada pela solidariedade econômica e judicial. Para tanto, a realização desse objetivo, com vistas a concretização do desenvolvimento sustentável, também ressaltado pela Constituição, se dará sob o controle do sistema jurídico.

Sob esse enfoque, têm como fundamentos na constituição do Estado de Direito Ambiental a organização da federação e o alcance de seus objetivos precípuos, de concretizar a proteção do ambiente e, como fim mediato, a própria consecução dos fins do Estado.

2 FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERAL A PARTIR DO MODELO AMERICANO

A organização dos estados contemporâneos encontra na forma federal o modelo que permite conciliar ordenamentos jurídicos distintos dentro de um mesmo território. Para além da clássica repartição vertical de poder entre as diferentes funções de Estado (administração, jurisdição e legiferante), o federalismo permite a distribuição horizontal da autoridade entre os Governos federal e estaduais[8]. Entretanto, ainda que haja um conjunto de elementos caracterizadores do modelo federal, em especial, a clássica repartição horizontal de poderes entre governos central e regionais, há nuances diferentes em cada experiência federativa que surgiu no mundo.

O modelo federal moderno, que se caracteriza com a divisão de poderes entre entes interdependentes e autônomos, regidos por uma constituição, se originou na formação do Estado americano. A Convenção da Filadélfia de 1787 teve como resultado o estabelecimento da divisão do poder entre o Governo Central e os Estados-membros, as antigas colônias inglesas[9]. O modelo federal foi a engenhosa solução política-jurídica que, após o fracasso do modelo confederalista, permitiu às trezes colônias inglesas permanecerem unidas como um único estado, submetidas a um poder central com soberania e vocacionado para as relações internacionais com os demais países.

6. CANOTILHO, 1999, p. 18.
7. *apud* BIANCHI, 2010, p. 89
8. SCHWARTZ, 1966, p. 45
9. MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 855

O professor Kildare Carvalho[10] destaca que foi, então, na Constituição de 1787, "quando os Estados passaram a se sujeitar a uma série de princípios e diretrizes emanados na Constituição comum a todos eles, estreitando o vínculo federativo"[11]. Carvalho, apesar de indicar outros modelos embrionários de sistema de governo federal na Grécia antiga, destaca que:

> A federação norte-americana resultou da necessidade que tiveram as treze colônias inglesas, recém-independentes, de não regredirem ao estado colonial, objetivando a unidade política suficientemente forte para garantir a independência conquistada. Assinaram, em 1781, após a independência ocorrida em 1776, um tratado com o nome de artigos de Confederação, pelo qual conservava cada Estado independente sua soberania, mesmo porque esse acordo podia a qualquer tempo ser desfeito pelo Estado subscritor, revogando a delegação que havia cedido para os Estados Unidos[12].

Não se olvida, por óbvio, que os resultados e a evolução dos Estados Federais foram diferentes para cada realidade e justificativa para sua implantação. Entretanto, apesar das divergências históricas, políticas, econômicas e sociais, para as quais sejam possíveis se justificar com base na adoção do federalismo por essas nações, há um elemento comum, que permitiu que o modelo sobrevivesse aos longos dos séculos: a coabitação das divergências políticas, econômicas e sociais, manifestada pela unidade do poder central que, contudo, congrega as particularidades regionais e distribui o poder com os governantes regionais.

Essa característica do modelo federalista também foi destacada por Paulo José Leite Farias:

> Aderimos ao argumento de que, do ponto de vista histórico, um ordenamento estatal federalista sempre significa equilíbrio em campo de tensão entre forças centrípetas e centrífugas (integrativas e desintegrativas). Sua finalidade é '*simultaneously to generate and maintain both unity e diversity*'. O peso político dos Estados-membros correlaciona-se à relativa força ou fraqueza dos respectivos fatores desintegrativos e integrativos[13].

O fundamento para existência desse movimento dialético integrativo e desintegrativo, que é a principal característica do modelo federal, é a coexistência de dois ordenamentos jurídicos distintos, um

10. CARVALHO, 2013, p. 312.
11. CARVALHO, 2013, p. 311.
12. CARVALHO, 2013, p. 311-312.
13. FARIAS, 1999, p. 39

para o Poder Central e outro para os poderes locais, com suas próprias regras, mecanismos de controle e coercibilidade independente, o que Raul Machado Horta classificou como laboriosa engenharia constitucional[14].

Para o saudoso professor mineiro:

> A técnica de coexistência nem sempre consegue sobrepujar o que Garcia Pelayo qualificou de 'unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência a unidade e a tendência à diversidade' pela permanência do Estado Federal desses dois momentos contraditórios – a coesão e o particularismo-, os quais dependem de uma série de fatores extraconstitucionais de índole natural, econômica e social[15].

O Estado Federal surgiu como consequência do pensamento filosófico-político que traçou os fundamentos jurídicos para a formação dos Estados Modernos. Os líderes da revolução americana, que teve como resultado a independência das antigas colônias inglesas, eram pertencentes a uma classe rica, cuja formação intelectual se deu na Inglaterra e inspirados pelo pensamento liberal de John Locke, de defesa dos direitos individuais dos cidadãos por meio de um pacto social de submissão do governante. Para Sampaio, uma interpretação liberal indica que a revolução americana "foi o trunfo do pensamento lockeano em torno do contrato social e dos direitos individuais"[16]. A formação do estado americano, e dos demais estados modernos, não é, entretanto resultado ou consequência de apenas o pensamento filosófico liberal. Em especial, não é apenas trunfo de uma das linhas filosóficas, que dividem o debate, iniciado na antiguidade, entre liberais e comunitaristas.

Os federalistas americanos (Hamilton, Madison e Jay) souberam conduzir o embate, especialmente no Congresso da Filadélfia, para a formação do texto constitucional que impedia o aniquilamento das forças regionais, com possibilidade de acatar interesses comunitaristas e tendência política confederalista, conforme explica Sampaio:

> A comunidade não era a soma de interesses homogêneos, mas o palco de conflitos políticos e econômicos entre facções. Seriam tais conflitos, segundo, por exemplo, James Madison, que garantiriam o equilíbrio social. Em resumo, a homogeneidade em direitos não significava a homogeneidade de interesses. Caberia ao Estado garantir que não houvesse dominação de uma facção sobre outras[17]

14. HORTA, 2010, p. 274.
15. HORTA, 2010, p. 274.
16. SAMPAIO, 2013, p. 21.
17. SAMPAIO, 2013, p. 21

A referência original de modelo federal instituiu o modelo clássico de repartição de competências. O Professor Horta indica que "o modelo clássico de repartição de competências conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados-membros os poderes não-enumerados"[18]. O professor complementa:

> A importação da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um[19].

Entretanto, o próprio modelo federal americano, com sua divisão de poderes e que fora importado para o restante do mundo evoluiu. A evolução ocorreu ora pela revisão constitucional, com a migração de competências entre os poderes centrais ou locais, ora por própria mutação constitucional. Como bem ressaltou Bernard Schwartz, orginalmente em 1955:

> Esse conceito clássico de federalismo, porém, em que se baseia o sistema americano não tem conseguido suportar eficientemente as pressões da evolução política do século XX. O Governo dos Estados Unidos, não menos do que o Governo em outras partes do mundo, tem seguido a tendência para uma sólida concentração de autoridade no centro da estrutura política. O desenvolvimento nessa direção tem, na verdade, progredido tanto que não é impróprio chamar-se hoje em dia o sistema americano o novo federalismo, para distingui-lo do conceito de federalismo em que se baseava a distribuição original de autoridade entre a nação e os Estados Unidos[20].

Os Estados que adotaram o modelo federal após a definição do modelo clássico pelos americanos imprimiram ao federalismo tonalidades diferentes. Modelos de maior ou menor concentração ou instrumentos mais contemporâneos para a busca menos conflituosa do difícil equilíbrio federal.

2.1 EVOLUÇÃO DO MODELO FEDERAL

O próprio modelo americano passou por transformações, que alteraram, em especial, a ampliação dos poderes no governo federal.

18. HORTA, 2010, p. 276
19. HORTA, 2010, p. 279
20. SCHWARTZ, 1966, p. 206

Dois marcos históricos são indicativos dessa concentração. O primeiro foi a doutrina dos poderes implícitos, materializada pela Suprema Corte Americana, na época de Marshall, no caso *MacCulloch v. Maryland*. Segundo a decisão da SCOTUS, o "Congresso possuía competência para fazer todas as leis que sejam necessárias e próprias à execução das faculdades legislativas precedentes"[21]. O segundo foi o conjunto de políticas do New Deal, após a crise de 1929, todas validadas igualmente pela Suprema Corte Americana.

Há outros movimentos que tentam retomar a uma maior restrição dos poderes do governo federal, desconcentrando os poderes. O movimento de concentração e desconcentração de poderes fora conduzido em especial pela Suprema Corte americana, que em momentos distintos da nação, reinterpretou o significado do modelo federal concebido por Hamilton, Madison e Jay.

As alterações do modelo federal se deram com maior profundidade nas experiências dos países que passaram a adotar o instituto. Sobretudo no pós-guerra, conheceu formulações inovadoras nas regras de divisão de competências, para abrigar tendências contemporâneas[22].

É de especial relevo o modelo adotado pelo Estado alemão, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. O modelo alemão, também inspirado no modelo austríaco, influenciou decisivamente a repartição de competências da Constituição brasileira de 1988. Para a sua compreensão, adota-se o magistério do professor Horta sobre a regra alemã:

> Daí três regras introdutórias que fixam os fundamentos do sistema alemão:
>
> 1. os Estados têm o direito de legislar quando os poderes legislativos não forem conferidos à Federação (art. 70, 1).
>
> 2. as competências da Federação e dos Estados são delimitados pelas disposições constitucionais sobre legislação exclusiva e legislação concorrente (art. 70, 2)
>
> 3. nas matérias da legislação concorrente, os Estados podem legislar enquanto a Federação não fizer o uso de seu poder (art. 72, 1)[23].

A competência legislativa atribuída à federação possui caráter de exclusividade e enumerados pela Lei Fundamental. Por sua vez, no âmbito da legislação da concorrente, a atuação do poder legislativo conferido ao

21. SAMPAIO, 2002, p. 600.
22. HORTA, 2010, p. 446
23. HORTA, 2010, p. 447

poder federal exige a presença de algumas circunstâncias previstas no art. 72.2:

> Em matéria concernente ao artigo 74 §1 [legislação concorrente], alíneas 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, a Federação tem o direito de legislação, quando e na medida em que se fizer necessário um regulamento legislativo federal, no interesse do Estado em seu todo, para o estabelecimento de condições equivalentes de vida no território federal ou a preservação da unidade jurídica ou econômica[24].

José Adércio Leite Sampaio indica que as circunstâncias da cláusula de necessidade do art. 72.2 está sujeita à discricionariedade do legislador federal[25]. Para o professor Sampaio, lastreado pela posição do Tribunal Constitucional Federal, a discricionariedade do legislador federal é imune ao controle judicial, ao menos que seja em flagrante abusividade[26].

Ainda assim, as normas federais no âmbito da legislação concorrente devem se ater a definir princípios ou linhas diretrizes da disciplina. A linha divisória das competências no âmbito da concorrência nem sempre é bem visível. A definição do conteúdo das normas quadros, ainda que imprecisa, pode ter a seguinte definição teórica traçada por Sampaio: "o Bund não pode esgotar a disciplina da matéria, nem pode detalhar sem deixar algum espaço para atuação suplementar dos Länder"[27].

A Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha prevê ainda, no art. 31, cláusula que determina a prioridade do direito federal. É uma regra de solução de conflitos de normas, que pressupõe, inicialmente, o exercício regular da competência federal. Para Sampaio: "a promulgação de uma lei federal derroga o direito regional preexistente que discipline de maneira diferente o mesmo objeto"[28].

A nova distribuição de competência com a ingerência predefinida de um ente na competência do outro rompe com a premissa do federalismo dual americano originário. O federalismo cooperativo alemão surgiu da dogmática do texto da Lei Fundamental e se contrasta com as incursões cooperativas do federalismo americano, que, por sua vez, se desenvolveu muito mais para a resolução casuística dos problemas concretos[29].

24. DEUTSCHER BUNDESTAG, 2011.
25. SAMPAIO, 2002, p. 630.
26. SAMPAIO, 2002, p. 630.
27. SAMPAIO, 2002, p. 630.
28. SAMPAIO, 2002, p. 631.
29. HORTA, 2010, p. 453.

3 ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO ESTADO FEDERAL

A instituição de um Estado organizado pelo modelo federalista pressupõe um texto político-jurídico, uma Constituição, que o estabeleça. O texto constitucional indicará a separação de competências para a formação dos ordenamentos jurídicos internos e os mecanismos de controle, em especial, as competências de um tribunal com Jurisdição Constitucional.

Raul Machado Horta indica a essencialidade da Constituição Federal para instituí-lo[30]. Destaca ainda que é a própria constituição que imprimirá ao Estado Federal as suas características próprias mais centralizadoras ou mais descentralizadora, que será apurado pela concentração das competências entre o poder central ou os poderes locais[31]. E explica:

> Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal teremos o federalismo centrípeto, que George Scelle chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o federalismo centrífugo ou por segregação, consolante terminologia do internacionalista francês[32].

A repartição de competência, desde a experiência americana, adota sobretudo a técnica de enumeração dos poderes do Governo central, deixando as matérias residuais aos Estados-membros, o que permanece mesmo nas experiências contemporâneas. Como visto no capítulo anterior, a evolução para o novo federalismo, por meio da cooperação, introduziu mecanismos para a definição de matérias exclusivas e matérias de concorrência.

O sucesso do modelo federal americano e a possibilidade de coexistências dos ordenamentos nos Estados se devem a existência de uma corte com Jurisdição Constitucional, que funcionará como árbitro da federação[33]. A Corte Constitucional, assim como a divisão de competências, também ajudará imprimir à federação o caráter mais centralizado ou descentralizado.

A corte constitucional permite à nação sublinhar, em determinada época, traços diferenciados ao modelo de federalismo adotado, a depender do momento político vivido. Não se afasta que a corte constitucional é eminentemente política e participa na definição dos rumos da nação.

30. HORTA, 2010, p. 271.
31. HORTA, 2010, p. 276.
32. HORTA, 2010, p. 274-275.
33. SAMPAIO, 2002, p. 599.

A alteração de determinada estrutura política ou financeira indicará a necessidade de se fortalecer as políticas públicas no poder central, o que revelará seu caráter mais concentrado, ou em repartir e ampliar as autonomias dos entes federados, o que revelará seu caráter mais desconcentrado.

A Suprema Corte americana é o maior exemplo da redistribuição de poderes, considerando o enxuto texto constitucional americano. O Tribunal Federal Alemão reforça também o caráter cooperativo do federalismo alemão, na dogmática Lei Fundamental de 1949. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar em diversos momentos e atuou para a manutenção da integridade do modelo federal brasileiro, inclinando-se, na maioria das vezes, para reforçar a concentração dos poderes na União, causada pela sua extensa competência legislativa, traçada na Constituição de 1988, e maior estrutura financeira e arrecadatória em comparação aos Estados.

4 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO FEDERALISMO BRASILEIRO

A definição das competências na constituição brasileira na Constituição de 1988 superou o modelo clássico, para incorporar as novas tendências do federalismo.

Mantém a disposição clássica de enumeração dos poderes materiais exclusivos da União (art. 21) e poderes legislativos privativos (art. 22), contudo, amplia seu caráter cooperativo para incluir os poderes materiais comuns dos entes (art.23) e da competência legislativa concorrente entre União e Estados, limitando os poderes da União para a fixação de normas gerais (art. 24).

Assim como os novos modelos federais autoriza a incursão dos Estados na competência legislativa federal, delegando matérias específicas por meio de lei complementar, quando se tratar de competência privativa, ou pela autorização constitucional dos Estados legislarem integralmente qualquer matéria concorrente, quando silente o poder legislativo federal (art. 24, §3º).

A Constituição da República adota o mesmo modelo alemão de prevalência da legislação federal, no âmbito da legislação concorrente. Todavia, o texto brasileiro determina a suspensão da eficácia da norma, ao contrário do texto alemão que afeta a validade da lei dos estados (*Länd*). Outra diferença entre os modelos é a sujeição, no modelo brasileiro,

do ordenamento estadual às normas federais apenas no contexto das competências legislativas concorrentes e não como regra genérica, conforme técnica da constituição alemã.

De toda forma, no âmbito da legislação privativa da União não reside espaço para a legislação dos Estados e Municípios. A não ser que o próprio poder federal discipline por lei complementar a abertura de janela sobre questões específicas para a regulamentação dos estados.

4.1 O MUNICÍPIO E O FEDERALISMO ASSIMÉTRICO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 foi responsável igualmente por imprimir uma marca assimétrica no federalismo brasileiro. Ao colocar os municípios, na já difícil distribuição de competências materiais e legislativas, o modelo brasileiro rompeu com a sistemática do federalismo clássico, de formato simétrico. Importante a crítica de Horta sobre o formato assimétrico do modelo brasileiro:

> O Estado Federal (...) não é constituído pela associação de quaisquer coletividades. O Estado Federal é uma federação de Estados e não, de Estados e Municípios. A Constituição Brasileira consagrou assimetria que não obteve adoção em outro texto do federalismo constitucional contemporâneo[34].

Os Municípios, com a constituição de 1988, passaram a ter autonomia, entendida como a possibilidade de se auto organizar. Para Paulo José de Leite Farias, a competência legislativa do município é mínima e rigidamente estabelecida, embora não esteja explicitada no texto constitucional[35]. Os limites da competência municipal estão implicitamente inseridos no conceito de interesse local (art. 30, I).

Dessa forma, a definição da competência municipal depende de sucessivas análises, que envolvem a exclusão de demais competências exclusivas e posteriormente a limitação do interesse. O professor Horta explica que, para definição da competência do Município, primeiro busca-se identificar se a matéria está restrita à competência privativa da União ou de competência dos Estados conforme definido pela Constituição da República[36]. Nas matérias exclusivas, não há espaço para atuação do Município, ainda que voltado para o interesse local, estabelecendo a constituição limites à atuação municipal:

34. HORTA, 2010, p. 465.
35. FARIAS, 1999, p. 296-297
36. HORTA, 2010, p. 244

> A Constituição da República, como responsável pela atribuição de competências incluiu na competência da União e dos Estados matérias que irão condicionar a atividade legislativa do Município, seja para inibi-la, quando se confere matéria à União e ao Estado, com exclusão do Município, seja para submeter a legislação local aos princípios e normas primariamente revelados pelo ordenamento-matriz37

Em relevante análise sobre a competência municipal, o STF decidiu que estando a matéria legislativa restrita à competência privativa, não há espaço para o município editar a legislação local:

> A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios[38].

A matéria ambiental está inserida no âmbito da legislação concorrente. É deferida expressamente à União e aos Estados, sendo que o Município remanesce com as suas limitações de somente para suplementar a legislação federal ou estadual. Ainda assim, limitado pela incidência do interesse local. O Professor Horta ensina que:

> Não sendo a legislação sobre meio ambiente matéria deferida explícita e diretamente ao Município, ao contrário do que ocorreu com a União e os Estados, que receberam da Constituição a competência explícita e direta para legislar sobre meio ambiente, a consequência que se extrai da diversidade de tratamento é que, no caso do Município, legislação sobre meio ambiente, se houver, deverá configurar assunto de interesse local ou decorrer da residual suplementação de legislação federal ou estadual no que couber. Os dois pressupostos aqui admitidos, a configuração do assunto de interesse local e a secundária suplementação da legislação federal e estadual – para abrigar eventual legislação municipal sobre o meio ambiente, recomendam a cautela do legislador local no seu exercício[39].

Apesar de todos os cuidados cabíveis na atuação municipal, não resta dúvida da sua competência legislativa em matéria ambiental. Ainda que a interpretação sobre a competência municipal tenha caráter restritivo, não se afasta que, a partir da adoção do federalismo assimétrico, ao município deva ser reconhecer a possibilidade de suplementar a legislação sujeita à

37. HORTA, 2010, p. 244.

38. STF, 2005.

39. HORTA, 2010, p. 246

concorrência, mas limitada ao interesse local, de acordo com o princípio da predominância dos interesses[40].

A competência municipal, dessa forma, está sujeita à observância das regras gerais delimitadas pela União e Estados e dela não se pode afastar. Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal, em análise subjetiva, deferiu a competência em matéria ambiental dos municípios, estabelecendo os devidos limites de respeito à legislação federal, definindo que os município não podem propor solução local que esvazie o conteúdo da norma federal:

> 1. O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB). 5. Sob a perspectiva estritamente jurídica, é interessante observar o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meireles, segundo o qual "se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância." (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.) 6. Função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão. Destarte, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado. 7. Entretanto, impossível identificar interesse local que fundamente a permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado no que tange especificamente a queima da cana-de-açúcar. 8. Distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, que gera efeitos totalmente diversos e, caso se opte pela sua constitucionalidade, acarretará esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto, levando ao completo descumprimento do dever deste Supremo Tribunal Federal de guardar a imperatividade da Constituição.[41]

Deferida competência para atuação, ao município é vedado se imiscuir em matéria reservada à União e aos Estados. Nas matérias de atuação legislativa concorrente, poderão os municípios igualmente exercer a competência suplementar da legislação federal ou estadual, na inexistência daquela. Não poderá, contudo, extrapolar àquilo que seja do

40. SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 84.

41. STF, 2015.

interesse predominante local e não poderá indicar solução que esvazie o conteúdo das normas federais e estaduais.

5 MINERAÇÃO E LEGISLAÇÃO LOCAL: CONFLITOS DECORRENTES DA DIVISÃO DE COMPETÊNCIA BRASILEIRA

A teoria nacional é muito rica e eficaz para detalhar e explanar sobre as regras de divisão de competências ambientais no âmbito da competência concorrente. Entretanto, poucos estudos se dedicaram ao sobre-conflito entre as competências legislativas privativas, que remanescem do modelo federal dual, com referência ao modelo original americano, e as competências legislativas concorrentes, oriundo do modelo federal cooperativo originada na Áustria e consagrado na constituição e teoria alemã.

A realidade complexa dos fatos sociais indica que há múltiplas abordagens sobre determinado enunciado normativo. O enunciado normativo que determina a distância entre estabelecimentos comerciais pode ser classificado como norma relativa ao direito econômico, do direito do consumidor ou relativa à ordenação do solo de determinado Município. Igualmente, o enunciado normativo que veda a saída do estado de madeiras em tora poderá ser lida como matéria de proteção das florestas, de competência concorrente, ou como matéria relativa ao comércio interestadual, cuja competência é privativa da União[42].

Ainda mais exemplificativo do que os casos indicados anteriormente, relacionado a esse conflito de competências privativas e concorrentes, são dois julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que analisaram a validade de leis municipais e a respectiva competência suplementar do ente local fixadas na Constituição da República e na Constituição do Estado de Minas Gerais, em comparação com leis nacionais sobre jazidas, minas e recursos minerais, em especial o Código de Mineração, cuja competência constitucional é privativa da União, nos termos do inciso XII, do art. 22.

O primeiro julgamento acolheu a constitucionalidade de norma municipal que vedava parcialmente a atividade de mineração. No

42. ADI 280. EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 346 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO. Inconstitucionalidade da frase "sendo vedada a saida do Estado de madeiras em toras". Competência da União para legislar sobre comercio interestadual e transporte (artigo 22 - VIII e XI da Constituição Federal). Precedentes do S.T.F)

julgamento realizado, a Corte Estadual deu prevalência a legislação local pelo seu caráter protetivo ambiental. O acórdão foi proferido em 2010 e relatado pela Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, que assim assentou:

> MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - LEI DE EFEITOS CONCRETOS - MUNICÍPIO - INTERESSE LOCAL. O Município detém competência para editar lei que veda parcialmente a prática de atividade de extração mineral, por se tratar de matéria de interesse local, além de visar a preservação do meio ambiente[43].

Noutro giro, em julgamento proferido em 2016, em controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal Pleno declarou inconstitucional lei municipal que vedava a realização de atividade de mineração no Município. Apesar da manifestação do Poder Legislativo local pela consecução do seu mister constitucional de proteção do ambiente, o Tribunal de Justiça consignou se tratar a lei local incompatível com a legislação federal e, por consequência, a norma municipal afrontaria a competência da União para legislar sobre minas e jazidas.

O acórdão foi relatado pelo Desembargador Moreira Diniz, que lavrou a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI 3.716/2015 DO MUNICÍPIO DE LAGOA SANTA - PROÍBE A IMPLANTAÇÃO E EXECUÇÃO DE MINERAÇÃO EM ÁREAS URBANAS E DE EXPANSÃO URBANA - DIREITO MINERÁRIO - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO - ARTIGO 22, INCISO XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Como a lei municipal 3.716/2015 proíbe a implantação e execução de atividades minerárias em área urbanas e expansão urbana do Município de Lagoa Santa, entendo que a mesma padece de vício de inconstitucionalidade formal, porque o artigo 22, inciso XII, da Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre recursos minerais.[44]

A complexidade dos casos tratados é indicada pela divergência de posição adotada pelo E. TJMG. Na primeira linha, adotando-se a via da legislação concorrente para a proteção do meio ambiente entendeu-se pela constitucionalidade da lei local, ainda que criando pela legislação municipal obrigação de matéria sujeita à competência privativa. Na segunda,

43. TJMG, 2010.

44. TJMG, 2016.

entendeu-se que a matéria estava integralmente inserida no âmbito da legislação privativa, ainda que sob a justificativa da proteção ambiental.

6 PELA BUSCA DE UMA PACIFICAÇÃO

O conflito legislativo-federativo exige contornos dogmáticos mais firmes. Evidentemente sua solução não está sujeita ao critério hierárquico, cuja melhor proposição é de Noberto Bobbio[45]. Isto, porque, ainda que no federalismo assimétrico, a premissa (e não a realidade, especialmente, financeira) é a inexistência de hierarquia entre os entes.

Não seria improvável que algum teórico indicasse o caminho para solução desse conflito pelo princípio do *in dubio pro natura*. Paulo José Leite Farias indica que o princípio soluciona o conflito quando se depara com uma norma de proteção ambiental que apresenta critérios mais restritivos, seja no âmbito estadual, seja no âmbito federal, ressalvando, contudo, que a solução se aplica "caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou gerais"[46]. Para a análise que se propõe, o critério é insuficiente, pois regula a própria competência concorrente, para a qual a Constituição instituiu mecanismo de verificação da eficácia quando os dois entes atuam, mesmo que em momentos distintos.

De toda forma, o princípio fora referenciado pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de não o nominar, para indicar um juízo negativo à competência suplementar dos Estados ao estabelecer normas entendidas como menos restritivas do que as normas federais. É o caso da ADI 1068, que julgou a dispensa de EIA/RIMA para atividade de florestamento e reflorestamento em SC:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRAIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque[47].

45. BOBBIO, 2001.

46. FARIAS, 1999, p. 356.

47. STF, 2001.

O mesmo entendimento foi exposto nos Agravo em Recurso Especial nº 631.753/RJ e Agravo em Recurso Especial nº 650.909/RJ, também sobre a temática da dispensa do EIA/RIMA.

Entretanto, é mais raro localizar julgamento em que o Supremo Tribunal Federal tenha usado princípio como solução do conflito para validar e ampliar a competência legislativa do Estado e Municípios em estabelecer normas mais restritivas, criando restrições à própria aplicação da legislação federal decorrente da competência privativa. Ainda que o princípio chancele a criação de restrições ambientais mais significativas pelos Estados e Municípios, para além das limitações estabelecidas pela norma federal, a solução fica, portanto, restrita ao próprio âmbito da legislação concorrente.

No âmbito da legislação privativa (e.g. jazidas e recursos minerais), é incabível aos estados e municípios atuarem. A legislação federal para esses assuntos é prevalecente, sendo inválida legislação local que crie restrições que possam resultar no esvaziamento do conteúdo normativo da legislação federal. Adota-se aqui o conceito de prevalência, semelhante ao da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, que tratou da prioridade do direito federal. Evita-se, contudo, o mesmo termo na medida em que a Constituição de 1988 não adotou dispositivo normativo equivalente ao art. 31 daquele texto constitucional.

A aplicação do instituto se justifica na medida em que o federalismo cooperativo permite as incursões legislativas entre entes, mas, para a manutenção de seu equilíbrio, demanda cláusula de limites, para evitar verdadeiras insubordinações dos entes. A insubordinação legislativa poderá afetar direitos individuais, em ofensa aos artigos 5º, *caput,* e 19, III, ou afetar direito à livre iniciativa econômica, prevista no artigo 170, todos da Constituição da República. A interpretação indicada é compatível, dessa forma, com os próprios preceitos constitucionais e de possível aplicação pelos Tribunais, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, no papel de árbitro da federação.

Por outro lado, por ausência de previsão normativa constitucional expressa, como ocorre na Alemanha, não há como defender a derrogação (revogação tácita) da lei estadual ou municipal, caso o ente federal venha a exercer a competência a ele não reservada. A resolução será pela via da declaração de inconstitucionalidade, por extrapolação da competência dos entes, o que só poderá ser efetivada, via de regra, pela Jurisdição Constitucional, exercida pelo STF, no âmbito do controle concentrado, ou pelos Tribunais, exclusivamente no âmbito do controle difuso.

Partindo de outra premissa, caso os estados e municípios atuem no âmbito da legislação concorrente (e.g. proteção ao meio ambiente), contudo reduzindo a eficácia da norma sujeita à competência privativa, se fará necessária a adoção de fórmula diferente. É evidente que está entendido, neste caso, que os entes estão imbuídos da missão de suplementar as normas gerais da União e, no caso dos municípios, ainda se respeitando a regra da predominância do interesse local. Nessas hipóteses, os entes federados atuam nos limites de suas competências e, portanto, não há como indicar a ocorrência de insubordinação federativa.

Caberá, em primeira análise, verificar a ocorrência de desvio de finalidade, clara, irrefutável e concreta. Isso significa, no pretexto de regular matéria sujeita à competência concorrente, os entes se aproveitem para se imiscuir na competência privativa. Verificada a hipótese de desvio de finalidade, tratada como abuso do direito de legislar, ocorrerá o mesmo fenômeno de inconstitucionalidade, em razão da prevalência da norma federal e a impossibilidade dos entes em avançarem sobre competência a eles não reservada.

Não sendo a hipótese de desvio de finalidade, a solução será pela aplicação do princípio da proporcionalidade. A aplicação se justifica especialmente para a preservação direitos fundamentais, seja na medida dos direitos de primeira geração (liberdade e propriedade) seja na medida dos direitos de novíssima geração (manutenção do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações).

Nem sempre a tarefa do intérprete será fácil. Sobretudo a tarefa designada à jurisdição constitucional. O papel do Supremo Tribunal Federal, como árbitro da federação, não é manter a balança pendida apenas para um lado. Por isso o seu caráter político (no sentido filosófico), como ator na definição dos rumos da federação, a partir da diretriz constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O federalismo contemporâneo, em especial, o Estado Federal Brasileiro não é mais a solução jurídica desenhada por Hamilton, em 1787. O modelo federal americano foi essencial para a manutenção das forças divergentes internas existentes na Confederação americana. De lá, contudo, importou-se a necessidade da repartição de competências por meio de um texto constitucional, reinante sobre as leis da união ou dos estados. Importou-se, igualmente, a função precípua da Corte Constitucional para mediar os conflitos internos da federação, em especial, pelo controle de constitucionalidade e pela possibilidade de reinterpretação do tipo de

modelo federal por meio da revisão constitucional (mutação), acomodando novas realidades, impensáveis na criação do modelo original.

A evolução do modelo federal resultou no federalismo cooperativo, inaugurado pela Áustria, mas consagrado na Lei Fundamental da Alemanha de 1949. O modelo federal cooperativo é mais adequado às complexas relações sociais contemporâneas a serem reguladas pelo direito. Reduz sobremaneira a rigidez da repartição de competências para contemplar, dentro do próprio modelo, meios para que os poderes locais, mais próximos da realidade dos cidadãos, influenciem objetivamente as leis, sem romper com a necessidade de tratamento isonômico e igualitário toda a nação.

O modelo federalismo adotado pela Constituição da República do Brasil de 1988 incorporou o novo federalismo, de forma cooperativa. Foi além, contudo, ao imprimir caráter assimétrico à federação, por meio da inclusão dos municípios na difícil aritmética federativa. A Constituição brasileira delimitou os papéis e designou o Supremo Tribunal Federal como árbitro máximo da federação.

A tonalidade cooperativa e o desafino da assimetria é causadora de possíveis conflitos de competências legislativas. Especialmente quando se coloca de um lado, no âmbito da competência privativa, a União para legislar sobre a exploração mineral e de outro, no âmbito da competência concorrente, a União e estados para legislar sobre a proteção ao meio ambiente, acrescidos dos municípios, no âmbito do interesse local. Ainda que as matérias não sejam conflitantes na origem, pois não há que se falar em exploração mineral em desacordo com normas de proteção ambiental, entram rotineiramente em colisão, em especial, quando se tratam de normas de caráter proibitivos ou restritivos.

A solução dos conflitos legislativos e federativos decorrentes é diferenciada para cada hipótese. Se resolverá a favor da prevalência da legislação federal (prioridade para o texto constitucional alemão), quando houver simples invasão da competência privativa da União, declarando-se inconstitucional a lei local. Por sua vez, se resolverá no âmbito da proporcionalidade, quando o conflito se der nos efeitos concretos das legislações que, por sua vez, foram originadas nas competências correlatas, uma no âmbito privativo e a outra no âmbito concorrente, indicando a norma adequada ao caso concreto.

Para o federalismo é insuficiente somente a Constituição e injusto somente o Tribunal Constitucional. O equilíbrio federativo depende da pujança que o texto constitucional exerce sobre a vida dos cidadãos.

Igualmente depende da fiabilidade da Jurisdição Constitucional outorgada ao Supremo Tribunal Federal. É o resultado da ponderação criteriosa e do respeito indissolúvel ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Federalismo e competências ambientais no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BIANCHI, Patrícia. Eficácia das Normas Ambientais. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 8ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BRYNER, Nicholas. *In Dubio Pro Natura: A principle for Strengthening Environmental Rule of Law*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, a. 20, v. 78, p. 245-258, abr.-jun, 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Volume 2: Direito Constitucional Positivo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CIRNE, Marina Barbosa. História Constitucional Brasileira do Capítulo sobre o Meio Ambiente. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, a. 21, v. 83, p. 85-108, jul.-set. 2016.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal Alemã. Trad. Assis Mendonça Aachen. Berlin, 2011. Disponível em https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em 21 jun. 2018.

FARIAS, Paulo José Leite. Competência Federativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: J. A. Fabris, 1999.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wofgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. A competência constitucional legislativa em matéria ambiental à luz do "federalismo cooperativo ecológico" consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, a. 18, v. 71, p 55-116, jul-set. 2013.

SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CAPÍTULO 17

A TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: ACESSO À BIODIVERSIDADE

MÁRCIO MAZZARO
SIMONE NUNES FERREIRA

INTRODUÇÃO

O patrimônio genético passou a usufruir de tratamento jurídico próprio, em decorrência da promulgação da Constituição Federal, em 1988.

Até então, há décadas que o mundo discutia sobre a necessidade de coibir a biopirataria e recompensar os países que conservaram seu patrimônio genético, assim como os povos tradicionais e indígenas pela exploração de seu conhecimento. O Brasil, um dos poucos países do mundo que além de sua imensa riqueza em biodiversidade possui tecnologia para explorá-la, destacou-se pelo pioneirismo em legislar sobre o tema.

A biodiversidade precisava ser reconhecida como um grande ativo que poderia gerar benefícios essenciais para a manutenção saudável da vida na terra.

Nesse sentido, no Brasil, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), realizada no Rio de Janeiro, marcou a forma como a humanidade encararia, dali para frente, sua relação com o planeta. Foi naquele momento que a comunidade política internacional admitiu claramente que era preciso conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza, reconhecendo, então, o conceito de desenvolvimento sustentável, passando a planejar ações com o objetivo de proteger o meio ambiente.

Além disso, no mesmo encontro, decidiu-se, após anos de negociação, se aprovar os termos da Convenção de Diversidade Biológica, que veio a ser ratificada pelo Brasil somente em 1994, rompendo, de vez, um paradigma até então vigente, de que os recursos da biodiversidade seriam universais, sem fronteiras.

O Brasil foi um dos pioneiros a tentar implementar a Convenção de Diversidade Biológica - CDB por meio de legislação específica. Os objetivos estabelecidos na Convenção são a conservação da biodiversidade, o seu uso sustentável e repartição dos benefícios que esta biodiversidade gera com o desenvolvimento de produtos, incluídos os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos.

A Convenção procurou estabelecer um ambiente de respeito à soberania de cada País, no que se refere à titularidade sobre seus recursos genéticos. Já a legislação brasileira traduziu essa soberania como direito do titular da área onde o recurso genético era obtido. Tentou-se inserir na Constituição Federal o patrimônio genético como bem da União, sem sucesso, como se verá adiante.

Inclusive, na sobredita Convenção, estabeleceu obrigações de transferência de tecnologia e de recursos financeiros de países provedores de recursos genéticos, normalmente menos desenvolvidos, para países ricos, com maior capacidade de desenvolvimento tecnológico. A legislação brasileira traduziu estes dispositivos em transferência de recursos financeiros, pagos pela pesquisa e pela indústria, para o provedor do recurso genético e para a União.

Para estudar e desenvolver produtos a partir da biodiversidade brasileira, bem como para a sua exploração econômica, é preciso cumprir os ditames da legislação de acesso. Porém, primeiramente é preciso saber quais são as obrigações impostas a quem se dedica a trabalhar com espécies nativas do Brasil e com os conhecimentos que comunidades tradicionais têm sobre estas espécies.

Assim, já antevendo um tema até então restrito ao universo de alguns cientistas nacionais e internacionais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, preceituou a necessidade de preservar não apenas a diversidade e a integridade do supramencionado patrimônio, como, também, estabelecer determinação, em relação ao Poder Público, para promover fiscalização das entidades que se dedicam à pesquisa e à manipulação de material genético:

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

> para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I – (omissis)
>
> II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> .....
>
> § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Desse preceito constitucional emergiram duas normas de importância para a pesquisa com recursos genéticos no país: a Lei de Biossegurança[1] e a Lei da Biodiversidade[2]. A primeira é responsável por estabelecer as normas de segurança, tal como mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam os organismos geneticamente modificados. A Lei da Biodiversidade, por sua vez, é responsável por estabelecer um sistema de autorização para a pesquisa com patrimônio genético e repartição de benefícios decorrente da exploração econômica dessa pesquisa e uso. Ambos legislações têm como objetivo a preservação da biodiversidade e do patrimônio genético, limitando a atuação da biotecnologia através

1. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.
2. Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Regulamenta o inciso II do § 1o e o § 4o do art. 225 da Constituição, os arts. 1o, 8o, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

de fiscalização pública. Porém, essa regulamentação tem sido objeto de acirradas polêmicas e longas disputas, inclusive judiciais.

Ao aparato jurídico instituído no art. 225 da Constituição Federal, protegendo a diversidade e o patrimônio genético do país, soma-se o preconizado pela Convenção da Diversidade Biológica (CDB), que reconheceu o Estado, como único titular do direito de permitir o acesso aos recursos genéticos, baseando-se na afirmação dos direitos soberanos no que diz respeito à diversidade biológica, verbis:

> Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

1 CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA – DECRETO Nº 2.519, DE 1998

A Convenção de Diversidade Biológica - CDB, assinada pelo Governo brasileiro durante a Rio-92, foi ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Posteriormente, foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial, pela Presidência da República, para propor e acompanhar as atividades relacionadas à diversidade biológica, buscando adequar a legislação nacional aos princípios de conservação e utilização sustentável. Esse grupo de trabalho propôs alterações e estabeleceu as bases para diversos marcos regulatórios: a Comissão Interministerial para o Desenvolvimento Sustentável (CIDES) criada pelo Decreto nº 1.160, de 21 de junho de 1994; o Programa Nacional da Diversidade Biológica (PRONABIO), estabelecido pelos Decretos nº 1.354, de 29 de dezembro de 1994 e nº 4.703, 21 de maio de 2003; a Politica Nacional da Biodiversidade (PNB), estabelecida pelo Decreto nº 4.339, 22 de agosto de 2002; e a Comissão Nacional de Biodiversidade (CONABIO), prevista no Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003.

A CIDES foi criada objetivando implantar a CDB e os princípios da Agenda 21. O Pronabio, por sua vez, foi instituído para apoiar a implementação de projetos em atendimento às ações recomendadas pela CDB. O Pronabio objetiva, em consonância com as diretrizes e estratégias da CIDES, promover parceria entre o poder público e a sociedade civil na conservação da diversidade biológica, utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios dela decorrentes.

A PNB, por seu turno, tem como objetivo geral a promoção, de forma integrada, da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável de seus componentes, com a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, de componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados a esses recursos.

No tocante ao acesso aos recursos genéticos e a repartição de benefícios, o marco regulatório brasileiro foi implementado, inicialmente, pela edição da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, e seus subsequentes diplomas legais regulamentadores.

2 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.186-16, DE 2001

A discussão sobre a regulamentação da CDB no tocante aos dispositivos de acesso e repartição de benefícios iniciou-se em 1995, com o Projeto de Lei (PL) nº 306/1995, de autoria da então senadora Marina Silva. Em 1998, o Senado aprovou o PL substitutivo nº 4.842/1998, do senador Osmar Dias. Nesse mesmo ano, dois outros projetos de lei foram apresentados na Câmara dos Deputados, os PLs nº 4.579/1998 e nº 4.751/1998, de autoria dos deputados Jacques Wagner e do Executivo Federal, respectivamente. Concomitantemente ao PL nº 4.751, o Executivo também apresentou a proposta de Emenda Constitucional nº 618/1998, propondo a inclusão do patrimônio genético como bem da União. Essa proposta provocou uma reação negativa dentre os parlamentares e diversos setores da sociedade, sem entender, no entanto, a sua finalidade e propósito.

No entanto, em junho de 2000, o Governo Federal reagiu às noticias de biopirataria divulgadas na impressa[3] com a edição da Medida Provisória (MP) nº 2.052, atropelando a discussão do tema no Congresso Nacional e dentro do próprio Governo, que discutia uma proposta de substitutivo à discussão no Congresso. Essa MP foi reeditada sucessivamente dezesseis vezes, até a superveniência da Emenda Constitucional nº 32/2001, que disciplinou o uso de medidas provisórias, determinando que aquelas publicadas anteriormente permanecessem em vigor até sua apreciação definitiva pelo Congresso Nacional. Assim, a MP nº 2.186-16, sucessora da MP nº 2.052, permaneceu como marco legal brasileiro sobre acesso

3. Em maio de 2000, um acordo firmado entre a Associação Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável da Biodiversidade da Amazônia (BIOAMAZÔNIA) e a empresa farmacêutica suíça Novartis Pharma AG foi considerado lesivo aos interesses nacionais, repercutindo amplamente de forma negativa.

ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados até novembro de 2015, quando veio a ser revogada com a edição da Lei nº 13.123, de 2015, conforme se verá adiante.

A MP nº 2.186-16 determinava que o acesso ao patrimônio genético existente no País fosse feito mediante prévia contratação com o provedor e prévia autorização da União, bem como seu uso, comercialização e aproveitamento submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios, nos termos da lei. Estabeleceu como autoridade competente para conceder as autorizações de acesso o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético - CGEN, composto exclusivamente por órgãos da administração pública federal.

A MP nº 2.186-16 foi regulamentada pelo Decreto nº 3.945, de 28 de setembro de 2001, alterado pelos Decretos nº 4.946, de 31 de dezembro de 2003, nº 5.439, de 3 de maio de 2005, e nº 6.159, de 17 de julho de 2007. O artigo 30 da MP, que tratava das infrações administrativas, foi regulamentado através do Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005, que disciplinava as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.]

O Decreto nº 6.915, de 29 de julho de 2009, por seu turno, regulamentou o art. 33 da MP, que tratava da destinação de recursos aos Fundos. Contudo, apesar da publicação desses decretos, a regulamentação da MP não foi finalizada, restando inúmeros artigos a serem efetivamente implementados em razão da ausência de regulação.

O Decreto nº 3.945, de 2001, definiu a composição e estabeleceu as regras de funcionamento do CGEN, órgão com a responsabilidade de coordenar a implantação das políticas e normas técnicas para gestão do patrimônio genético, criando, no mesmo ato, o Departamento de Patrimônio Genético (DPG), no Ministério do Meio Ambiente, com a função de Secretaria Executiva do CGEN. Dispôs, ainda, sobre os diferentes tipos de autorização de acesso e de remessa de material genético, os documentos e procedimentos necessários à sua obtenção, bem como o credenciamento de instituição fiel depositária.

Na vigência da MP nº 2186-16, o CGEN chegou a realizar 127 reuniões ordinárias, aprovando 40 resoluções e 8 orientações técnicas. Até maio de 2013 credenciou 334 coleções de 175 instituições como fiéis depositárias de amostra de componente do patrimônio genético, concedeu 166 autorizações de acesso e anuiu a 87 Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e Repartição de Benefícios. Concedeu, ainda, uma Autorização Especial de Acesso e Remessa para fins de pesquisa científica

na qual constam 24 projetos, quatro autorizações especiais de acesso ao patrimônio genético com a finalidade de constituir e integrar coleções ex situ e uma Autorização Especial de Acesso e Remessa para fins de bioprospecção na qual constam 38 projetos. Contudo, com o advento do novo marco legal de biodiversidade, mais de 300 processos tiveram sua tramitação suspensa.

Neste mesmo período, as instituições credenciadas pelo CGEN (IBAMA, CNPq e IPHAN) para autorizar o acesso foram responsáveis pela concessão de autorizações de acesso para cerca de 550 projetos. O IBAMA concedeu 16 autorizações especiais de acesso e remessa, nas quais constam 377 inclusões de projetos no portfólio, e 25 autorizações simples. O CNPq concedeu 133 autorizações de acesso e remessa e o IPHAN, por sua vez, concedeu 13 autorizações de acesso a conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa científica[4].

Contudo, esse sistema de autorizações sempre foi considerado lento, burocrático e ineficiente, sendo que, após as operações de fiscalização do IBAMA sobre diversas instituições de pesquisa e empresas, que resultaram em multas milionárias pelo uso não autorizado da biodiversidade brasileira, formou-se um consenso sobre a necessidade de um sistema de acesso mais amigável para a pesquisa e para as empresas.

3 PROJETO DE LEI Nº 7.735/2014

Em 26 de junho de 2014, após anos de discussões entre os principais ministérios envolvidos com o tema do acesso ao patrimônio genético e repartição de benefícios, sem obter consensos, o Poder Executivo apresentou Projeto de Lei ao Congresso Nacional, vindo a ser nominado de PL nº 7.735/2014.

O PL em questão procurava regulamentar o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição; os arts. 1, 8, "j", 10, "c", 15 e 16, §§ 3 e 4, da Convenção de Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispor sobre o acesso ao patrimônio genético; sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado; sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; e dar outras providências.

Foi apresentado sob o regime de urgência, nos termos do art. 64 da Constituição Federal, que determina o prazo de 45 dias para apreciação na Câmara dos Deputados, sobrestando as deliberações da Casa Legislativa

4. Dados atualizados até junho de 2013

a partir de 11 de agosto de 2014. O parecer proferido pelo Relator da Comissão Especial, Deputado Alceu Moreira (PMDB-RS), concluiu pela aprovação do PL na forma do substitutivo apresentado, e pela rejeição das 166 emendas parlamentares apontadas durante o processo legislativo. No Plenário, foram apresentadas mais 53 emendas, todas rejeitadas pelo Relator.

Em 10 de fevereiro de 2015 foi aprovada a Redação Final, com a Emenda de Redação nº 1, apresentada pelo Relator, como a rejeição de todas as emendas e destaques. Em 12 de fevereiro, o PL foi remetido à apreciação do Senado Federal.

O Projeto de Lei nº 7735, de 2014, tramitou no Senado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 2, de 2015, com prazo determinado de quarenta e cinco dias. A proposição foi inicialmente distribuída às comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Assuntos Econômicos (CAE), Meio Ambiente e Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA), Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) e Agricultura e Reforma Agrária (CRA).

Em 26 de fevereiro de 2015, a CCJ, por ser a primeira comissão, abriu o prazo único de cinco dias úteis para apresentação de emendas. Findo o prazo, em 4 de março do mesmo ano, foram apresentadas 116 emendas. Os relatores designados foram os Senadores Raimundo Lira (CAE), Acir Gurgacz (CRA) e Telmário Mota (CCT).

Com o objetivo de ampliar a discussão sobre o tema, o Senado Federal realizou audiências públicas em 17, 18, 24 e 25 de março de 2015, sendo concluída a apreciação e discussão em 15 de abril. Como o texto aprovado no Senado continha alterações, retornou para a Câmara dos Deputados se pronunciar sobre as emendas, tendo sido recebido em 22 de abril, com prazo de 10 dias para apreciação das 23 emendas do Senado, sobrestando a pauta.

Em 27 de abril de 2015 ocorreu a discussão, em turno único, das emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei nº 7.735 de 2014. O Parecer às emendas do Senado Federal foi proferido em Plenário pelo Relator pela Comissão Especial, Dep. Alceu Moreira (PMDB-RS), que concluiu pela aprovação das Emendas nºs 1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 15, 18, 20, 22 e 23; e pela rejeição das Emendas nºs 3, 4, 7, 8, 11, 12, 14, 16, 17, 19 e 21. Aprovada a redação final, o projeto foi encaminhado para sanção presidencial, que ocorreu em 20 de maio de 2015 com a publicação da Lei nº 13.123.

No entanto, a despeito de todo o debate no Poder Legislativo, quanto da sanção presidencial editou-se a Mensagem nº 147, de 20 de

maio de 2015, vetando o inciso XI do § 1º do art. 6º, os §§ 3º e 4º do art. 13, o § 10 do art. 17, o § 4º do art. 19 e o art. 29.

4 LEI Nº 13.123, DE 2015

A Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável, bem como revoga a Medida Provisória (MP) nº 2.186-16, de 2001.

A nova lei promove importantes avanços em relação à Medida Provisória revogada, em especial na melhoria dos procedimentos administrativos necessários para a exploração econômica de produtos ou processos oriundos do acesso ao patrimônio genético. Dentre os principais avanços, cabe destacar a redução do custo de transação e uma maior previsibilidade e segurança jurídica, situações reclamadas tanto pela academia quanto pelas empresas.

As principais mudanças ocorridas em relação às normas de acesso e repartição de benefícios são relativas a: escopo, setores econômicos regulados, processo administrativo, repartição de benefícios e regras de regularização, relação com os direitos de propriedade intelectual.

4.1 ESCOPO

O escopo da nova legislação aplica-se basicamente às espécies nativas do Brasil, da mesma forma que a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001. Contudo, introduziu algumas diferenças. O escopo da nova legislação é definido pelo art. 1º, ao estabelecer que a Lei dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos "ao acesso ao patrimônio genético do País, bem de uso comum do povo encontrado em condições *in situ*, inclusive as espécies domesticadas e populações espontâneas, ou mantido em condições ex situ, desde que encontrado em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental, no mar territorial e na zona econômica exclusiva".

Esse texto nos remete a vários conceitos e definições estabelecidos no art. 2º, dentre eles o patrimônio genético, de acesso ao patrimônio genético, condições *in situ*, espécies domesticadas e populações espontâneas, *verbis*:

> "I - patrimônio genético - informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos;

> .....
>
> VIII - acesso ao patrimônio genético - pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético;
>
> .....
>
> X - pesquisa - atividade, experimental ou teórica, realizada sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado, com o objetivo de produzir novos conhecimentos, por meio de um processo sistemático de construção do conhecimento que gera e testa hipóteses e teorias, descreve e interpreta os fundamentos de fenômenos e fatos observáveis;
>
> XI - desenvolvimento tecnológico - trabalho sistemático sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado, baseado nos procedimentos existentes, obtidos pela pesquisa ou pela experiência prática, realizado com o objetivo de desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, aperfeiçoar ou desenvolver novos processos para exploração econômica;
>
> .....
>
> XXV - condições in situ - condições em que o patrimônio genético existe em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde naturalmente tenham desenvolvido suas características distintivas próprias, incluindo as que formem populações espontâneas;"

A definição de condições in situ é muito parecida com a contida na Convenção da Diversidade Biológica, que descreve duas situações em que um recurso genético de uma dada espécie estará em condições in situ, verbis:

a) existir em um ecossistema e habitat natural que, de acordo com as definições da própria CDB, são:

> Ecossistema significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de micro-organismos e o seu meio inorgânico que interagem como uma unidade funcional.
>
> Habitat significa o lugar ou tipo de local onde um organismo ou população ocorre naturalmente.

b) No caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas características distintivas próprias, sendo a seguinte a definição de espécie domesticada:

> XXVI - espécie domesticada ou cultivada - espécie em cujo processo de evolução influiu o ser humano para atender

> suas necessidades;

A novidade no conceito diz respeito à inclusão das espécies introduzidas, portanto não autóctone, exótica, domesticada ou não, desde que capazes de sobreviverem sem a interferência humana.

> XXVIII - população espontânea - população de espécies introduzidas no território nacional, ainda que domesticadas, capazes de se autoperpetuarem naturalmente nos ecossistemas e habitats brasileiros;

Essas espécies, quando levadas a ambiente diferente de seu natural, de forma intencional ou acidental, conseguem se reproduzir de modo a estabelecer uma população autoperpetuante, sem a necessidade de intervenção humana direta. Nesse conceito encontram-se as espécies invasoras, embora não passem a integrar ecossistemas naturais, apenas sobrevivem a eles sem qualquer referência a evolução adaptativa ao novo meio.

Também merece destaque a inclusão explícita dos microrganismos na definição de patrimônio genético brasileiro, submetidos, portanto, às regras nacionais de acesso e repartição de benefícios. A aplicabilidade da legislação aos microrganismos era uma questão passível de diversas interpretações, que dividia os membros do antigo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN). Vide o parágrafo único do art. 2º da novel legislação, *verbis*:

> Parágrafo único. Considera-se parte do patrimônio genético existente no território nacional, para os efeitos desta Lei, o microrganismo que tenha sido isolado a partir de substratos do território nacional, do mar territorial, da zona econômica exclusiva ou da plataforma continental.

Da análise sistemática dos citados dispositivos, conclui-se que as regras de acesso e repartição de benefícios brasileiras basicamente se aplicam aos seguintes recursos genéticos, os quais são considerados, nos termos da lei de patrimônio genético brasileiro:

espécies silvestres e/ou domesticadas nativas, ou seja, encontradas em condições in situ no Brasil;

espécies introduzidas pela ação humana que formem populações espontâneas;

variedades tradicionais locais ou crioulas;

raças localmente adaptadas ou crioulas;

microrganismos isolados a partir de substratos coletados no Brasil.

De forma a clarificar o escopo substantivo da Lei nº 13.123, de 2015, o Decreto nº 8.772, de 2016, que a regulamentou, determinou ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento a elaboração de lista de referência de espécies animais e vegetais, domesticadas ou cultivadas, que foram introduzidas no território nacional, utilizadas nas atividades agrícolas (art. 113)[5]. Determinou, ainda, que os Ministros de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário divulguem a lista das variedades tradicionais locais ou crioulas e das raças localmente adaptadas ou crioulas em ato conjunto (art. 114).

Essas listas são fundamentais para assegurar aos usuários do novel sistema regras claras sobre para quais espécies e raças o cadastro instituído pela Lei é obrigatório. Por outro lado, essas listas também são úteis na delimitação sobre quais materiais reprodutivos recairia a obrigação de notificação, também determinado pela Lei.

4.2 SETORES ECONÔMICOS REGULADOS

Diferentemente do preconizado na Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, na qual a repartição de benefícios era consequência direta do acesso aos recursos genéticos, regulada por contrato bilateral entre as partes provedora e usuária, no sistema inaugurado pela Lei nº 13.123, de 2015, a repartição de benefícios vincula-se à exploração econômica do produto acabado ou do material reprodutivo, neste último caso das atividades agrícolas.

Consequência direta dessa mudança de enfoque é a inclusão de setores econômicos que não eram alcançados pelos comandos da Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, ampliando-se, consideravelmente, os setores regulados. Enquanto que no sistema anterior o setor de pesquisa era o principal afetado pelas regras de acesso e repartição de benefícios, na Lei nº 13.123, de 2015, os segmentos econômicos que utilizam produtos oriundos da biodiversidade brasileira serão compelidos a participarem do sistema.

Nesse sentido, além das atividades relacionadas à agricultura, enumeradas no inciso XXIV do art. 2º, como alimentos, bebidas, fibras, energia e florestas plantadas, todas as empresas da bioeconomia são reguladas pelo novo marco legal. Portanto, em relação à biodiversidade,

5. Instrução Normativa MAPA n. 23, de 14 de junho de 2017, tornou pública a lista de referência de espécies vegetais domesticadas ou cultivadas que foram introduzidas no território nacional. A Instrução Normativa MAPA n. 19, de 16 de abril de 2018, tornou pública a lista de referência de espécies animais que foram introduzidas no território nacional.

as regras de acesso e repartição de benefícios brasileiras se aplicam às atividades de pesquisa e desenvolvimento com patrimônio genético brasileiro e de exploração econômica de produto acabado e/ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético.

Consequentemente, os principais setores regulados são aqueles que exploram economicamente produtos da biodiversidade nacional, dentre eles aqueles que produzem alimentos, bebidas, fibras, energia, florestas plantadas, sementes e mudas, controle biológico, fertilizantes, corretivos, inoculantes ou biofertilizantes, além dos produtos de higiene pessoal e cosméticos e, principalmente, o farmacêutico.

4.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO

As normas de acesso e, por consequência, o processo administrativo, foram significativamente simplificados na Lei nº 13.123, de 2015. A substituição de autorização prévia por um cadastro auto declaratório de pesquisa e desenvolvimento contribui para a agilidade e eficiência do sistema.

A autorização e contratação prévias deixaram de ser regra, o que tornou-se exceção no novo sistema. O acesso será objeto de autorização apenas quando realizado em área indispensável à segurança nacional, em águas jurisdicionais, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

No tocante ao acesso ao patrimônio genético, outra alteração facilitadora é o afastamento da figura do provedor de recursos enquanto parte do contrato de repartição de benefícios, sendo substituído pela União.

A nova Lei define quais as atividades devem ser cadastradas, o prazo para a realização do cadastro e a natureza pública das informações contidas no banco de dados do cadastro.

No entanto, vários aspectos devem ser desenvolvidos na regulamentação em relação ao cadastro, inclusive quais informações deverão ser fornecidas, quem é responsável pela notificação e como funcionará a rastreabilidade dos resultados da pesquisa. Existem inúmeras questões relacionadas ao procedimento que necessitarão de regulamentação infra-legal.

4.4 REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

Semelhante às normas de acesso, a repartição de benefícios também foi simplificada na nova legislação. Nesse sentido, as condições para a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo são a sua notificação ao CGen e a apresentação de acordo de repartição de benefícios a ser firmado com a União, através do Ministério do Meio Ambiente (art. 16). No caso de opção pela repartição de benefícios monetária, não há necessidade de celebrar acordo de repartição de benefícios com a União, podendo ser depositada diretamente no Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (art. 25, § 4º).

Dentre as modificações incorporadas na nova legislação, uma das mais importantes foi a restrição de incidência da repartição de benefícios no produto acabado ou no material reprodutivo nas atividades agrícolas (último elo da cadeia) (art. 17, § 3º). Essa restrição foi introduzida para evitar o efeito em cascata, principalmente sobre os alimentos, o que poderia onerar em demasia os produtos da biodiversidade brasileira, criando uma desvantagem competitiva.

A exigência da biodiversidade ser o elemento principal de agregação de valor ao produto acabado tem por objetivo evitar o provável prejuízo às cadeias de produção de insumos de biodiversidade nativa, nos casos em que o uso da biodiversidade pode ser facilmente substituído por material de espécies exóticas ou sintéticos (art. 17). Nesses casos, uma imposição de repartição de benefícios para todo e qualquer uso de biodiversidade nativa resultaria na substituição desses insumos por outros que não possuem essa exigência, prejudicando vários produtores nacionais e desmotivando a geração de conhecimento com a biodiversidade nacional.

A repartição de benefícios monetária foi padronizada no percentual de 1% sobre a receita líquida advinda de comercialização de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético (art. 20). Ao estabelecer um percentual previamente fixo, eliminam-se os custos de transação relacionados à negociação caso a caso e a falta de parâmetros claros para o estabelecimento da repartição justa e equitativa. Esse percentual poderá, inclusive, ser reduzido a até 0,1%, mediante a celebração de acordo setorial com a União, situação pouco provável de acontecer na prática, frente a indisposição patente do Poder Público em abrir mão de fontes de receitas.

No entanto, em relação à repartição de benefícios, vários aspectos devem ser desenvolvidos na regulamentação, inclusive a definição de quais

produtos constarão da Lista de Classificação de Repartição de Benefícios que, obrigatoriamente, repartirão benefícios, qual o prazo da obrigação e quais as regras para celebração dos acordos setoriais.

4.5 REGULARIZAÇÃO

As instituições e empresas que realizaram pesquisa e desenvolvimento com biodiversidade nativa na vigência da Medida Provisória revogada, sem a autorização prévia então exigida, poderão se regularizar à nova legislação mediante a celebração de Termo de Compromisso com a União, o qual deverá exigir, conforme o caso, cadastro de acesso, notificação do produto e pagamento dos benefícios relativos aos últimos cinco anos de comercialização do produto. A assinatura do Termo de Compromisso suspende a aplicação das sanções administrativas, inclusive das multas. Nos processos de regularização iniciados antes da data da entrada em vigor da nova legislação, o usuário poderá escolher repartir benefícios nos moldes da nova legislação ou da própria Medida Provisória, lembrando que neste último caso a transação era realizada com o provedor do recurso genético e não com o Estado, e cujas condições de negociação eram bem mais vantajosas para os contratantes.

Por outro lado, os pedidos de patentes depositados em desacordo com a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, poderão ser regularizados pelos interessados perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) mediante a apresentação do comprovante de cadastro ou de autorização, conforme o caso (art. 38, § 4º). O pedido de regularização autoriza a continuidade da análise do requerimento de proteção (art. 45).

4.6 RELAÇÃO COM OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A Lei nº 13.123, de 2015, define a relação entre as normas de acesso e repartição de benefícios e os direitos de propriedade intelectual, ao estabelecer a necessidade do cadastramento ou da autorização, conforme o caso, para a concessão de patente ou proteção de cultivar (art. 47). Embora essa obrigação atualmente exista em relação às patentes no regime da Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, a inovação foi a introdução da proteção de cultivares, que não era regulado na legislação anterior.

4.7 REGULAMENTAÇÃO

Apesar das linhas gerais do novo marco regulatório de acesso e repartição de benefícios no Brasil terem sido estabelecidas, muitos dispositivos necessitam de regulamentação para efetivamente gerarem segurança jurídica para os usuários do sistema. Nesse sentido, o Decreto nº 8.772 determina os procedimentos de implementação do novo marco legal, dispondo sobre temas importantes tais como o funcionamento do cadastro e da notificação, composição e funcionamento do CGen, exigências para celebração de acordo setorial, rastreabilidade, regras para comprovação do consentimento prévio informado, funcionamento do Fundo Nacional de Repartição de Benefícios, infrações administrativas, fiscalização, etc.

Com efeito, os seguintes artigos trazem menção expressa sobre a necessidade de regulamentação da nova lei: 3º; 6º, VII; 6º, § 2º; 7º; 8º, § 1º; 9º § 1º; 10, IV; 10, § 2º; 12, § 1º; 13; 15; 17, § 5º; 21; 25, §§ 2º e 4º; 26; 27; 27, § 7º; 28; 31; 32, § 2º; 33, XV.

4.8 COMPONENTES DE APOIO

Dentre as inovações trazidas pelo novel marco legal, destacam-se a criação ou reformulação de alguns componentes de apoio à implementação da Lei da Biodiversidade: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN, o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), o Fundo Nacional de Repartição de Benefícios (FNRB) e o Programa Nacional de Repartição de Benefícios.

4.8.1 CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO - CGEN

A composição do CGEN também sofreu profundas mudanças, deixando de ser exclusivamente de entidades públicas e passando a ser integrado por 21 conselheiros, sendo 12 representantes de órgãos da administração pública federal e 9 representantes da sociedade civil, de modo a manter um suposto equilíbrio entre os setores acadêmicos, a indústria e as populações tradicionais.

No entanto, pecou por não inserir em sua composição representantes das entidades públicas de pesquisa, como a Embrapa, o CNPq, a Fiocruz, a Funai, dentre outras não menos importantes, que no CGEN anterior

pautavam tecnicamente todas as decisões e normativos editados pelo colegiado, conferindo sustentabilidade técnica às deliberações.

4.8.2 SISTEMA NACIONAL DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO E DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO - SISGEN

O Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado – SisGen, sistema eletrônico criado pelo Decreto nº 8.772, de 2016, é um instrumento para auxiliar o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen – na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado. O SisGen é mantido e operacionalizado pela Secretaria-Executiva do CGen, e possibilita ao usuário:

Cadastrar acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado;

Cadastrar envio de amostra que contenha patrimônio genético para prestação de serviços no exterior;

Cadastrar remessa de amostra de patrimônio genético;

Notificar produto acabado ou material reprodutivo;

Solicitar autorização de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa ao exterior com anuências do Conselho de Defesa Nacional e do Comando da Marinha;

Solicitar credenciamento de instituições mantenedoras das coleções *ex situ* que contenham amostras de patrimônio genético;

Obter comprovantes de cadastros de acesso, cadastros de remessa e de notificações;

Obter certidões do procedimento administrativo de verificação; e

Solicitar atestados de regularidade de acesso.

4.8.3 FUNDO NACIONAL DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS - FNRB

O Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB) foi criado pela nova legislação com a finalidade de promover a valorização do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados e o seu uso de forma sustentável. No que tange aos direitos de povos indígenas, comunidades tradicionais e agricultores familiares, é importante

destacar a importância desse fundo para garantir a repartição de benefícios nos casos de conhecimentos tradicionais associados compartilhados por várias comunidades diferentes. O Comitê Gestor no FNRB é composto por representantes da administração pública federal e de entidades ou organizações representativas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais.

O Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios é vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) e tem como fontes de receitas dotações consignadas na lei orçamentária anual e seus créditos adicionais, doações, valores arrecadados com o pagamento de multas administrativas aplicadas em virtude do descumprimento da Lei, recursos financeiros de origem externa decorrentes de contratos, acordos ou convênios, especialmente reservados para as finalidades do Fundo, contribuições feitas por usuários de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado para o Programa Nacional de Repartição de Benefícios, valores provenientes da repartição de benefícios e outras receitas que lhe vierem a ser destinadas.

4.8.4 PROGRAMA NACIONAL DE REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS - PNRB

O Programa Nacional de Repartição de Benefícios - PNRB, instituído pelo art. 33 da Lei nº 13.123, de 2015, tem como finalidade promover:

> I - conservação da diversidade biológica;
>
> II - recuperação, criação e manutenção de coleções ex situ de amostra do patrimônio genético;
>
> III - prospecção e capacitação de recursos humanos associados ao uso e à conservação do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado;
>
> IV - proteção, promoção do uso e valorização dos conhecimentos tradicionais associados;
>
> V - implantação e desenvolvimento de atividades relacionadas ao uso sustentável da diversidade biológica, sua conservação e repartição de benefícios;
>
> VI - fomento a pesquisa e desenvolvimento tecnológico associado ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado;
>
> VII - levantamento e inventário do patrimônio genético, considerando a situação e o grau de variação das populações existentes, incluindo aquelas de uso potencial e, quando

> viável, avaliando qualquer ameaça a elas;
>
> VIII - apoio aos esforços das populações indígenas, das comunidades tradicionais e dos agricultores tradicionais no manejo sustentável e na conservação de patrimônio genético;
>
> IX - conservação das plantas silvestres;
>
> X - desenvolvimento de um sistema eficiente e sustentável de conservação *ex situ e in situ* e desenvolvimento e transferência de tecnologias apropriadas para essa finalidade com vistas a melhorar o uso sustentável do patrimônio genético;
>
> XI - monitoramento e manutenção da viabilidade, do grau de variação e da integridade do patrimônio genético mantido por coleções;
>
> XII - adoção de medidas para minimizar ou, se possível, eliminar as ameaças ao patrimônio genético;
>
> XIII - desenvolvimento e manutenção dos diversos sistemas de cultivo que favoreçam o uso sustentável do patrimônio genético;
>
> XIV - elaboração e execução dos Planos de Desenvolvimento Sustentável de Populações ou Comunidades Tradicionais; e
>
> XV - outras ações relacionadas ao acesso ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais associados, conforme definido pelo Comitê Gestor do FNRB.

4.9 PENALIDADES E FISCALIZAÇÃO

No que se refere às penalidades, consideram-se infrações administrativas contra o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas da Lei. A multa será arbitrada pela autoridade competente e pode variar de R$ 1.000,00 a R$ 100.000,00 para pessoas físicas, e de R$ 10.000,00 a R$ 10.000.000,00 para pessoas jurídicas. Há diversas infrações, destacando-se, dentre elas, a exploração econômica sem notificação prévia; remessa de amostra de patrimônio genético ao exterior sem cadastro prévio ou em desacordo com este; acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável sem a obtenção do consentimento prévio informado, ou em desacordo com este; e divulgação de resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação sem cadastro prévio. Em alguns casos, a sanção de multa poderá ser substituída por advertência.

O art. 92 do Decreto nº 8.772, de 2016, determina ainda que as infrações contra o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional

associado serão apuradas em processo administrativo próprio, mediante a lavratura de auto de infração e respectivos termos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. O processo administrativo será regido pelas disposições do Decreto nº 6.514, de 2008, exceto quando houver disposição diversa. Nos termos do art. 93 do mesmo Decreto, as autoridades responsáveis pela fiscalização são o Ibama, o Comando da Marinha, no âmbito de águas jurisdicionais e da plataforma continental brasileiras, e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, no âmbito do acesso ao patrimônio genético para atividades agrícolas, nos termos do que dispõe o art. 3º da Lei nº 10.883, de 16 de junho de 2004.

Determina, também, que se a infração envolver conhecimento tradicional associado, os órgãos oficiais de defesa dos direitos das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais prestarão apoio às ações de fiscalização do Ibama.

A atuação coordenada entre os órgãos de fiscalização deverá ser disciplinada por ato conjunto dos Ministros de Estado do Meio Ambiente, da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e da Defesa, de modo a evitar uma sobreposição de competências e a ineficiência estatal, ato este ainda não editado, até porque poderá haver resistências para a consolidação de procedimentos em razão da diversificação de entendimentos sobre a aplicação da lei.

4.10 REGRAS DE TRANSIÇÃO E REGULARIZAÇÃO

A Lei nº 13.123, de 2015, também prevê regras de transição do regime da Medida Provisória revogada para a nova regulação, dispondo sobre as hipóteses de reformulação (art. 35 e 36), adequação (art. 37) e regularização (art. 38).

Na primeira hipótese, os casos de pedidos de autorização ou regularização de acesso e de remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado ainda em tramitação na data de entrada em vigor da nova Lei, o usuário deve reformular esse pedido como pedido de cadastro no SisGen.

A adequação incide sobre as atividades de acesso e exploração econômica oriunda de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado que foram realizadas entre 30 de junho de 2000 e a data de entrada em vigor da Lei nº 13.123, de 2015, e que foram realizadas de acordo com a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001. Neste caso, o usuário deverá realizar os respectivos cadastro e notificação, além do

pagamento da repartição de benefícios devida, quando não o tenha feito na forma da Medida Provisória revogada.

A regularização incide sobre as atividades de acesso e exploração econômica oriunda de acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado que foram realizadas entre 30 de junho de 2000 e a data de entrada em vigor da Lei nº 13.123, de 2015, em desacordo com a Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001. Além das obrigações relativas ao cadastro, notificação e repartição de benefícios, o usuário deve assinar um Termo de Compromisso com a União.

A nova legislação traz como benefícios decorrentes da regularização, nos termos dos arts. 38 a 41, a extinção ou redução dos valores de multas aplicadas na vigência da Medida Provisória revogada. No caso de atividade de acesso realizada apenas para a finalidade de pesquisa científica, a regularização depende apenas de cadastramento no SisGen, dispensando-se a assinatura de Termo de Compromisso.

CONCLUSÃO

Portanto, a visão apaixonada sobre a biodiversidade não ajudará a conservá-la. Minimizar impactos das ações antrópicas à biodiversidade parece ser um enfoque adequado, sobretudo para dela derivar conhecimentos científicos, produtos, geração de riquezas, tudo para o bem estar da população. A redução do desmatamento, os ganhos de produtividade agrícola sem necessidade de expansão territorial, a regularização das propriedades perante o novo Código Florestal e o papel das Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal, o incentivo à pesquisa científica, a valorização do conhecimento tradicional associado, são apenas algumas formas de como se pode contribuir para a conservação da biodiversidade.

Inclusive, devemos ser cônscios da importância estratégica da segurança alimentar do povo brasileiro, promovida direta ou indiretamente pela atividade agrícola, e da vinculação dessa segurança com a necessidade de tratamento diferenciado e facilitado para o acesso aos componentes da biodiversidade, seja ela nativa ou exótica, para fins de pesquisa e produtos agrícolas, no conceito estabelecido pela legislação, dando base às políticas publicas globais, regionais e nacionais de acesso aos recursos genéticos para alimentação e agricultura, e/ou conhecimento tradicional associado, e a decorrente repartição de benefícios oriundos de seu uso.

E essa questão de segurança alimentar no nosso País nos remete a uma imediata preocupação, uma vez que nossa mesa e toda a produção nacional são compostas em mais de 90% por produtos desenvolvidos a partir de espécies exóticas ao Brasil. Além de importantes espécies de nossa alimentação, como soja, café, cana de açúcar estarem sujeitas a autorizações e cobranças imprevisíveis, quase toda nossa produção de carne, madeira plantada, criação de peixes, leite e seus derivados, ovos, a maior parte de nossas frutíferas, flores, enfim, à exceção de amendoim, mandioca, seringueira e guaraná, e outras de menor consumo, quase todos os produtos aqui consumidos, quando desenvolvidos novos componentes, dependerão de autorização prévia de outros países, desprovidos de intercâmbio facilitado, como é hoje, e pagamentos imprevisíveis pela repartição de benefícios.

Ademais, o Brasil, seguindo a tendência mundial, promove a repartição de benefícios decorrentes dos produtos oriundos de acesso a recursos genéticos e a conhecimentos tradicionais a eles associados, entendendo não apenas por ser justa compensação aos povos dos respectivos países de origem de cada espécie e de seus conhecimentos tradicionais, mas, sobretudo, pelos interesses nacionais, seja em receber dividendos quando a biodiversidade brasileira for usada em outro país, seja pela construção de mecanismos viáveis quando usamos a biodiversidade exótica ao Brasil.

REFERÊNCIAS

CBD. CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. Disponível em: < https://www.cbd.int>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CAPÍTULO 18

QUESTÕES PRÁTICAS PARA CELEBRAÇÃO DE TAC E TC EM MATÉRIA AMBIENTAL

MARGARET MICHELS BILHALVA

INTRODUÇÃO

A Lei nº 7.347 (LACP) disciplinou a Ação Civil Pública (ACP) de responsabilidade por danos difusos e coletivos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A LACP tem, portanto, como finalidade propiciar instrumento processual adequado para dar efetividade ao direito material de atribuição de responsabilidade pelos danos nesta discriminados, não obstante possua também algumas poucas normas de cunho material.

Em decisão relativamente recente, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu reconhecer o caráter coletivo de determinados litígios judiciais - principalmente nos casos dos conflitos de massa, que envolvem questões relativas à saúde, meio ambiente e consumo, estipulando que as decisões terão valor em todo país e não serão mais limitadas a execução limitada no Município onde foram proferidas, em contrariedade ao disposto no artigo 16 da LACP. Pela nova sistemática, que se reputa um avanço, quando um direito difuso ou coletivo for reconhecido pela Justiça, quem se julgar beneficiado terá apenas que entrar com uma petição judicial informando que foi favorecido por essa decisão. O beneficiário também poderá ajuizar o pedido na cidade onde mora ou no local onde a sentença ou o acórdão foi proferido, conforme sua conveniência (Tema Repetitivo 723 e 724 – REsp 1391198/RS e 1391198/RS). Entretanto, a judicialização, no país da morosidade e ineficiência temporal na prestação jurisdicional, ainda não é o melhor caminho para dar tratamento adequado a conflitos em matéria ambiental.

Em outras tintas, para solucionar questões ambientais, as quais em regra envolvem matérias múltiplas, de ordem diversa, e direitos complexos, o Poder Judiciário não deve ser protagonista, mas mero coadjuvante.

Nessa ágora de diversidade, os acordos celebrados em casos que versem sobre questões ambientais, judicializados ou que estejam em vias de ser, que envolvam direitos difusos e coletivos, são transações[1] diferenciadas denominadas de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC (§ 6º. do artigo 5º. da Lei 7,347/1985[2]) ou de Termos de Compromisso, que possuem diversas legislações de aplicação, sendo a mais recente o artigo 26 da Lei 13.655/2018 que alterou a LINDB[3], conforme o caso concreto.

1 PRÁTICA DOS TAC E TCS

Há exemplos, na seara ambiental internacional, de formas de solução extrajudicial de conflitos como o "contrat de branche", o qual, na explicação de Michel Prieur[4] consiste em uma elaboração de programas de redução da poluição em contrapartida a uma ajuda financeira aos industriais para a despoluição, sendo tal contrato é assinado pelo poder público e pelo empreendedor.

---

1. Em que pese os bens ambientais sejam indisponíveis há doutrina farta que defende que o TAC é uma forma de transação, como por exemplo: MILARÉ, Édis, STEZER, Joana, CASTANHO, Renata. Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, Vol IV. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 384.
2. "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".
3. Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
   § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
   I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
   II – (vetado);
   III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
   IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
   § 2º (vetado)."
4. Droit de l'environnement, droit durable, Bruylant-Larcier, 2014.

Outro exemplo que se encontra no sistema norte-americano, é o "Environmental Dispute Resolution"[5], o qual envolve várias medidas consensuais para se acomodar conflitos ambientais, reunindo o maior número de interessados.

No Brasil, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC ou ainda o próprio Termo de Compromisso - TC são os meios mais eficazes para resguardarem direitos difusos e coletivos, com força de título executivo extrajudicial ou judicial (este quando celebrado no âmbito de ACP), haja vista que têm por finalidade compor, de forma prática e atual, questões ambientais que estejam pendentes. Com a celebração de TAC ou TC evita-se o enfrentamento de uma ação civil pública, que, na prática, demora anos para aferir eventual responsabilidade civil.

Com efeito, temos o TAC ou TC preventivo – que é aquele por meio do qual se estabelecem medidas para evitar-se a ocorrência de dano ambiental. Não obstante, é possível a celebração de acordo (via TAC ou TC) para encerrar ação judicial6, quando este possui um caráter corretivo, pois são estabelecidas medidas concretas para cessar e recuperar eventual dano ambiental (a ser homologado por sentença na forma do art. 487, III, "b" do CPC)[7].

Tanto o TAC como o TC são uma forma amigável de composição onde o órgão legitimado tomador do instrumento tem pequena margem de discricionariedade, pela natureza jurídica dos bens ambientais ser indisponível, apenas quanto a forma de cumprimento das obrigações no que tange ao modo, tempo e lugar e ainda o estabelecimento de medidas compensatórias para reparação de um dano ambiental irreversível. De toda sorte, não há como se negar que de fato é usual haver transação sobre tais aspectos.

Em qualquer caso, considerando-se que a LACP não estabelece exatamente o seu conteúdo e seus requisitos formais, a experiência identifica questões usuais e é possível falar-se boas práticas em sua celebração.

---

5. STONE-MOLLOY, Michael e RUBENSTEI, WENDY. Principles of Alternativa Environmental Dispute Resolution: ABSTRACTED. Conservation Clinic University of Florida, Levin College of Law, Fall 2000. Disponível em: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers-clinics/clinics/conservation/resources/ADR_principles.pdf. /Acessado em 29/06/2018.

6. CERUTTI, Thaynara Conrado; ALCARÁ, Marcos. Utilização do TAC para Solucionar Conflitos em matéria ambiental: Uma Alternativa à Ação Civil Pública. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 6, n. 1, Mar-Jun./2018, p.229-246 (p.235)

7. Nesse sentido PEDRO, Antonio Pinheiro. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Disponível em: http://pinheiropedro.com.br/site/artigos/termo-de-compromisso-de-ajustamento-de-conduta/. Acessado em 25/6/2018.

Com relação à forma do TAC, certamente, deverá ser escrita e entende-se, particularmente, que deverá obedecer, sempre que possível, a estrutura de um contrato, não obstante a norma se refira a termo.

Por óbvio, é indispensável a qualificação das partes, a identificação precisa do seu objeto, com o estabelecimento de prazos de execução de medidas necessárias à sua implementação e, ainda, que este é celebrado com força de título executivo extrajudicial ou judicial, conforme o caso. No entanto, existem outras cláusulas não tão intuitivas, como a estipulação de cláusula penal para casos de seu descumprimento (a qual deverá ser proporcional a parcela inadimplida) e de obrigação de dar publicidade ao instrumento, que versa sobre bens e direitos de toda a sociedade, as quais são igualmente recomendáveis.

Entretanto, é preciso ir além, como ter o cuidado de se estabelecer outras disposições exigíveis em acordos de tal natureza, tais como o foro competente para propor a ação de execução, na hipótese de descumprimento.

Recomenda-se que seja estabelecido também em cláusula que a sua celebração não constitui reconhecimento de dolo ou culpa e também não implica em reconhecimento de conduta típica ou aceitação de infração administrativa, a fim de resguardar o compromissário de eventuais repercussões negativas nas demais esferas de responsabilidade ambiental. Por óbvio, o compromissário ao celebrar um TAC ou um TC pretende resolver as pendências e não criar outras em esferas de responsabilidade diversa.

As três esferas de responsabilidade ambiental são distintas e possuem núcleos diversos, sendo certo que o TAC ou TC tem por finalidade reparar ou cessar dano (responsabilidade civil), enquanto que as responsabilidades administrativa e criminal têm como foco principal a punição de uma conduta.

Observa-se que a celebração do TAC não elide eventual responsabilidade criminal anterior ao ajuste, que exista em decorrência do desajuste à legislação ambiental, que esteja tipificado na LCA. É possível que, conforme o caso, haja eventual criminalização da conduta, mesmo que a pessoa física ou jurídica tenha celebrado, com o órgão público legitimado o TAC[8]. No entanto, o ajuste encerrará tal conduta e viabiliza

8. Para YOSHIDA, o TAC e a composição prévia dos danos para fins de transação penal são relevantes instrumentos que agilizam a reparação integral do dano ambiental mediante solução consensual dos conflitos, devem priorizar a reparação específica e utilizar com parcimônia e adequação medidas mitigadoras e compensatórias, com adoção de critérios ambientais convergentes, na medida do possível, nas três esferas de responsabilidade. Para YOSHIDA,

o argumento de extinção de justa causa para persecução penal. De fato, fica extinta apenas a responsabilidade civil pelo descumprimento que foi objeto do ajuste. Portanto, recomenda-se atenção redobrada quando os fatos a serem inseridos no instrumento os quais possam ser caracterizados como crime ou infração administrativa.

O descumprimento de TAC poderá implicar, além da execução extrajudicial da obrigação, ao menos em tese, em responsabilidade criminal tipificada no artigo 68 da LCA, quando tiver sido estabelecido em seu bojo que se tratam de obrigações de relevante interesse ambiental, o que, do ponto de vista prático, não se recomenda seja feito.

Com relação à eventual cláusula decorrente do descumprimento das obrigações, sugere-se que esta seja estabelecida de forma razoável e proporcional, devendo incidir sobre o item descumprido, além de, é claro, ser estabelecida a suspensão da aplicação de penalidades administrativas, enquanto estiver sendo cumpridas as exigências[9]. Sugere-se, por fim, que seja estabelecido um cronograma físico de evolução das ações, com as obrigações objetivamente dispostas de forma clara, a fim de não dar margem às interpretações dúbias.

Por fim, quanto os efeitos o TAC ou TC se homologados por sentença farão coisa julgada e, em qualquer caso, implicam em transação sobre os danos ambientais nele dispostos na medida que estabeleçam ações de correção e medidas compensatórias. Não são usuais efeitos do TAC ou TC na esfera criminal, em especial, se houve o cuidado de constar do instrumento que sua celebração não implica no reconhecimento de crime ou conduta típica. Os efeitos do TAC ou do TC na esfera administrativa são de estancar eventual conduta ilícita (comissiva ou omissiva) e, elide, portanto, a aplicação de eventual penalidade administrativa, ainda que no curso de seu cumprimento.

---

há integração e mitigação da separação das esferas de responsabilidade, com o que não se concorda em parte, pois embora haja a mitigação na separação estas não são integradas pois possuem suporte de aplicação diferenciados. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. TAC, TCA e Composição Prévia: A Reparação do Dano e Medidas Compensatórias no Contexto do PNMA. Revista de Direito Ambiental, vol. 64/2011, Out - Dez/2011, p. 45-68. (p.47)

9. "É comum a fixação de multa diária, principalmente em casos em que o descumprimento da obrigação possa causar danos ou lesões irremediáveis, multa de caráter cominatório e não compensatório, pois seu objetivo é o cumprimento do ajustado, mediante pressão psicológica. Seu valor não deve ser irrisório nem excessivo, devendo ser levada em consideração a situação econômica do obrigado, assim como a gravidade, no caso do descumprimento". TESHEINER, José Maria. PEZZI, Sabrina. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2013, n. 263, maio/ago. 2013, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital

2 DIFERENTES TIPOS: TAC OU TC

Quando de sua celebração também é relevante a identificação precisa da legislação aplicável, pois existem diferenças salutares e relevantes entre os seus diferentes tipos. Basicamente é possível dizer-se que há aquele TC que pressupõe um desajuste do compromissário e, portanto, há o reconhecimento de uma situação fática desconforme à lei e aquele outro tipo de TC onde são estabelecidas ações concretas de melhoria, mas ainda não foi configurada uma situação de fato contrária à lei.

O TAC da LACP é diferente do TC previsto no art. 79-A da Lei 9.605/98 (LCA). O TAC é um instrumento previsto no âmbito da Lei nº 7.347/85, por meio de inserção do CDC, através do seu artigo 113, que legitima apenas "*os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*". Portanto, a pessoa (física ou jurídica) que celebrar o TAC, como compromissária, deverá estar desajustada às exigências legais. O TAC não deve ser, em regra, utilizado como sucedâneo de licença ambiental. Não havendo desajuste não há que se falar em ajustamento, mas apenas em Termo de Compromisso.

Com o advento da LCA, ocorreu a criminalização de condutas que, até então, eram apenas infrações administrativas. A LINDB (então LICC à época), prevê no seu artigo 1º que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar, em todo o país, 45 dias depois de oficialmente publicada. Desta forma, haveria apenas 45 dias para que todo este imenso segmento produtivo obtivesse as respectivas licenças ambientais ou correções às normas legais, sem que incorresse nos tipos penais capitulados na mencionada LCA, em especial, nos artigos 54, 55, 56 e 60.

Após, houve a edição da Medida Provisória nº 1710, de 07/08/1998, publicada no DOU em 10/08/98, meses depois do início de vigência da LCA, que institui o Termo de Compromisso contido no art. 79-A. O teor da medida provisória foi, sucessivamente, reeditado, até que ocorreu a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 11/09/2001. Nesta ocasião, foi desnecessária sua reedição mensal, em razão do disposto artigo 2º da EC nº 32, passando a integrar nosso ordenamento jurídico, como se lei ordinária fosse. O TC da LCA é um instrumento que se caracterizou à época como verdadeiro sucedâneo de licenças ambientais, o que, atualmente, não é mais possível[10].

10. MARQUES, José Roberto. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, *Revista de Direito Ambiental*, vol. 32/2003, Out-Dez/2003 p. 228 – 234 (p. 228).

Observe-se que, ao contrário da norma que estabeleceu o TAC, o TC da LCA possui requisitos legais próprios para sua celebração. Há certa simetria com os requisitos de qualquer contrato em geral, pois exige-se a descrição das partes, prazo de vigência do compromisso, que será de no mínimo de 90 (noventa) dias e no máximo de 3 (três) anos, bem como a possibilidade de sua prorrogação por igual período, a descrição detalhada de seu objeto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, as multas decorrentes do descumprimento do pactuado.

O TAC, da LACP, advém de uma norma que tende a perenidade, que poderá ser sempre tomado por qualquer um dos legitimados das partes interessadas em se ajustar às exigências legais.

O TC da LCA teve por finalidade corrigir as atividades das pessoas físicas ou jurídicas, para atendimento das exigências impostas, exclusivamente, por autoridades ambientais competentes. Entende-se que somente era possível a celebração de TC da LCA, dentro da regra de transição prevista no § 2º do artigo 79-A da LCA, pelo órgão ambiental competente pelo licenciamento ambiental, de empreendimentos e atividades anteriores a 30/3/1998. Com efeito, trata-se de norma cuja eficácia se exauriu temporalmente.

O TC da LCA foi editado com o intuito de elidir a criminalização de pessoas físicas ou jurídicas, com base na LCA, especialmente o crime, previsto no artigo 60, de operar sem licença. Com relação ao TC da LCA, o STF entendeu que este somente é valido, como norma de transição, conforme § 2º do artigo 79-A da LCA, não sendo aplicável aos empreendimentos e atividades que não estivessem em curso até 30/03/1998 (ADI 2.083-8-DF).

O STF ao julgar a ADIN 2.083-8 DF (medida liminar), proposta pelo PT e o PV, e após, também pelo Conselho Federal da OAB, conheceu da ação e julgou a medida cautelar, nesta inserida, procedente em parte, para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 79-A da Lei 9.605/98, suspendendo *ex nunc* e até o julgamento final desta ação, a eficácia dela fora dos limites de norma de transição e, portanto, no tocante à sua aplicabilidade aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.605/98. Contudo, a ADIN em questão não foi conhecida em relação ao disposto no § 2º do artigo 79-A, porque "*encerra ele norma cuja eficácia se exauriu antes da propositura desta ação direta de inconstitucionalidade",* já que ocorreu em 31/12/1998 e a ADIN em questão foi proposta somente no final de 1999. Foi ratificado o

entendimento do STF de que não é suscetível de ser objeto de ação direta ato normativo cuja eficácia tenha se exaurido pelo decurso do tempo.

Em decorrência das informações prestadas pelo Presidente da República terem sido no sentido de que as demais normas da Medida Provisória têm também natureza de normas de transição, não foi deferida a liminar na ação direta, por não existir relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, estando o texto do artigo 79-A, portanto, totalmente válido.

Foi deferida a medida liminar para conceder efeito *ex nunc* para os empreendimentos e atividades novos, que não pudessem se enquadrar na regra do § 2º do artigo 79-A da LCA, porque impossíveis de se enquadrarem na aludida regra de transição. Nesta hipótese haveria relevância em decorrência de violação do artigo 225 da CF e ao devido processo legal material.

Conclui-se então que, ao contrário do TAC, o TC da LCA somente poderia ser usado pelo órgão ambiental competente para o licenciamento, dentro da regra de transição prevista no § 2º do artigo 79-A da LCA para empreendimentos e atividades anteriores à sua edição.

Existe ainda a nova espécie de Termo de Compromisso, introduzido recentemente pela Lei 13.655/2018 que alterou a LINDB (TC da LINDB), o qual poderá ser aplicado também na área do Direito Ambiental, de forma genérica, a qual poderá ser utilizado para (i) eliminar irregularidade, (ii) incerteza jurídica, ou (iii) situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença. Pressupõe a oitiva do órgão jurídico ao qual o ente público está vinculado e, quando for o caso (o que não especifica) a realização de consulta pública, devendo estar presentes razões de relevante interesse geral, poderá ser celebrado Termo de Compromisso, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

O interessante é que nessa situação específica o artigo 26 da LINDB estabeleceu diretrizes gerais para o TC o qual (i) buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral e (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Do ponto de vista jurídico, o art. 26 da LINDB estabeleceu o TC genérico, o qual poderá ser utilizado inclusive para questões ambientais e seu objeto não pressupõe necessariamente um desajuste, mas uma

situação conflituosa que mereça seja regrada, o que, em um primeiro olhar, nos parece compatível inclusive com questões fáticas de licenciamento ambiental e não somente relativa à recuperação de danos ambientais. Assim o TC da LINDB possui um espectro de aplicação maior.

De toda sorte, existem certamente outras legislações que versam sobre Termo de Compromisso as quais não são aqui abordadas e enfrentadas, pois restringiu-se aquelas as quais se reputa principais e mais usuais para composição de litígios ambientais envolvendo danos ambientais.

Independentemente da legislação a ser utilizada, o TAC ou TC é definido por seu conteúdo e pela situação que está sendo ali transacionada. Com efeito, além das cláusulas deverem estar absolutamente claras, é comum e recomendável que ele seja precedido de considerações sobre os fatos e as partes, definindo o suporte de boa-fé que levou a sua celebração.

3 MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

A Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA - Lei n° 6.938/1981 (editada ao fim do regime militar), já visava, conforme artigo 4º, I, VI e VII, à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; e à imposição, ao poluidor e ao predador a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. Sem dúvida, seu objetivo maior é viabilizar uma política capaz de alcançar o desenvolvimento sustentável do país, sendo uma legislação de vanguarda para o início da década de oitenta e, inclusive, até hoje ainda assim considerada.

Destaca-se que, desde a edição da PNMA, não só os poluidores, mas aqueles que são usuários dos recursos ambientais com fins econômicos, deverão preservar o meio ambiente, quer recuperando para aqueles, quer mediante contribuição pecuniária para estes, relativamente aos impactos ambientais negativos, sendo esta a inteligência do art. 4º, VII, da Lei 6.938/81. Assim, o conceito de que o usuário de recursos ambientais, com fins econômicos, deve como obrigação, uma contribuição por esta utilização tomou relevância e tem sido explorado com forma de atingir os objetivos da PNMA, sendo o dispositivo referido um verdadeiro fundamento principiológico do instituto da compensação ambiental *latu senso,* que aqui de forma estrita é a medida compensatória.

Dentre os instrumentos da PNMA estão "as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental" (g.n.). Na mesma linha, nos parece que, embora muitos doutrinadores tenham sustentado o fundamento no princípio do poluidor-pagador, contido no § 1º do artigo 14 da PNMA, que refere à obrigação do poluidor, independente da existência de culpa (o que nos reporta ao instituto da responsabilidade civil) a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, as medidas compensatórias nos parecem ter fundamento axiológico dogmático na PNMA. A assertiva se baseia no fato de que poluição nos reporta a um ato ilícito já juridicamente previsto em sede de responsabilidade civil ambiental. No estabelecimento de medidas compensatórias está se diante de ações e medidas estabelecidas, muitas vezes a partir impactos irreversíveis gerados a partir da instalação de determinado empreendimento ou atividade ou quais são substituídos por ações ou bens equivalentes. Com efeito, é lógico que o instituto não se fundamenta no princípio do poluidor-pagador, mas no outro princípio deste derivado, que é o do usuário-pagador (art. 4º, VII, da PNMA), que é mais amplo.

A LACP refere-se à indenização ou obrigação de fazer ou não fazer. A indenização (obrigação de dar) é obrigatoriamente destinada ao Fundo de Direitos Difusos (art. 13). Não existe previsão normativa específica para o estabelecimento de medida compensatória de danos ambientais em TAC ou TC, o que, no entanto, é prática usual que encontra seu fundamento de validade na PNMA.

A estipulação de medida compensatória pode ser acertada quando há algum dano ambiental e este não for passível de recuperação. Quando há apenas desajuste a alguma norma ou regra, sem a ocorrência de dano ou ao menos impactos ambientais, não é recomendável o estabelecimento de medida compensatória, porque seu fundamento de validade é justamente a existência de evento danoso ou impactante e, sem sua ocorrência, não haveria motivo jurídico para sua inserção no instrumento[11].

11. (...). A adoção de um valor arbitrado para significar a espécie destruída tem a desvantagem de estabelecer um macabro sistema pelo qual aqueles que possuem recursos financeiros poderão pagar uma soma para compensar a área ou espécie prejudicada. Por outro lado, este mecanismo tem como lado positivo a fixação de algum critério objetivo a ser imposto ao poluidor. Outro critério que vem sendo adotado é o da compensação. Isto é, à degradação de uma área deve corresponder a recuperação de uma outra. O critério não é bom pois, muitas vezes as áreas são extremamente diversas e não se pode restabelecer o ecossistema afetado. O que se percebe, de fato, é que qualquer critério de reparação do dano ambiental é sempre falho e insuficiente. ANTUNES, Paulo Bessa. Dano ambiental: a manifestação da vontade de repará-lo como causa de suspensão de aplicação de penalidades administrativas. Revista Brasileira de Direito

As medidas compensatórias são, na maioria, obrigações de dar ou obrigações de fazer que têm por finalidade compensar o que não é possível reparar ou até compensam os danos intertemporais (o que é uma construção jurisprudencial). A medida compensatória é – de fato – uma transação – porque há uma negociação de seu conteúdo, além de sua forma, tempo e lugar de cumprimento, com a substituição da reparação por algo que o equivalha.

Mesmo sendo os bens ambientais indisponíveis e, portanto, não passíveis de transação – ao menos em tese – é inegável que as medidas compensatórias são formas negociadas de solução dos conflitos ambientais[12], razão pela qual podem ser tão facilmente questionadas e, portanto, toda atenção na pertinência temática com o objeto do TAC ou TC é recomendável na sua adoção, especialmente quanto ao estabelecimento de medidas compensatórias.

Assim, a medida compensatória deve ser proporcional - e nunca maior – ao valor do dano ambiental, que, no entanto, como se sabe não existe tarifação e é de quantificação extremamente subjetiva. Defende-se que exista uma equivalência ecológica entre o dano substituído e a medida compensatória estabelecida[13].

Também se adverte a máxima cautela com tentativas de estabelecimento de medida compensatória indiscriminadamente relativa a danos extrapatrimoniais, cuja ocorrência deve ser indubitável (o que é raríssimo) e, embora a jurisprudência consolidada do STJ o admita, não nos parece se coadnuar com a tutela jurídica ambiental e possui dificílima comprovação. Registre-se que, em nenhuma hipótese, concorda-se com presunção de dano ambiental para estabelecimento de medida compensatória.

Quando a restauração ecológica for possível, a medida compensatória não poderá ser estabelecida em sua substituição, uma vez que a reparação do meio ambiente natural deverá ser sempre priorizada. As ações materiais

Ambiental, v. 76, p. 21, 1997.

12. Nesse sentido: JUNIOR, Nelson Nery. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Solução para o Problema da Queima da Palha de Cana-de-Açucar. In Tutela do Meio Ambiente, Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Edições Especiais- Revista dos Tribunais-100anos. Doutrinas Essenciais Direito Ambiental. MILARÉ, Édis e MACHADO, Paulo Affonso Leme, ORG. Editora Revista dos Tribunais. Vol IV, p. 815-829. Há ainda quem sustente o contrário – com o que não se concorda – como por exemplo GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Direito ambiental. 2 ed. Ver e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 758 e ainda MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, Editora Malheiros, São Paulo: 2013, 21a. ed., p.432.

13. É a posição de STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 36, p. 55/56.

acordadas devem obrigatoriamente almejarem os mesmos benefícios funcionais dos danos ambientais irreversíveis[14].

Justifica-se também para alguns segmentos do Ministério Público e determinados órgãos ambientais o estabelecimento de medida compensatória quando, pelo princípio da proporcionalidade, o custo da implantação do projeto de recuperação ambiental se revelar excessivamente caro ou quando os benefícios com a restauração natural não chegam a ser significativos do ponto de vista ecológico, hipótese na qual a medida compensatória é uma alternativa viável.

Entretanto, deve-se ter cautela, pois o dano remanescerá, e ainda que este seja dispendiosa sua recuperação e tenha sido estabelecida uma medida compensatória que trará maiores benefícios ambientais, trata-se sempre de uma avaliação extremamente subjetiva e passível de vir a ser questionada.

De toda sorte, ainda que o bem seja indisponível há margem de discricionariedade para escolha da melhor alternativa técnica pelo empreendedor e também pela aplicação da proporcionalidade do estabelecimento de medida compensatória razoável.

A proporcionalidade em sentido estrito tem atuado como limite da restauração natural e implica tendencialmente uma ponderação entre *o* bem jurídico ecológico a reintegrar (ponderado a luz dos interesses que visa assegurar); os bens e vantagens jurídicas, públicas ou privadas, cujo sacrifício é necessário para a supressão do dano real - isto é, os custos necessários à realização da indenização, quer sejam, ou não, suportados pelo responsável.

A medida compensatória seria, em uma interpretação na linha de Robert Alexy, para quem os princípios são mandados de otimização (na maior e melhor medida do possível) o respeito a possibilidade jurídica de realização no caso concreto de uma restituição adequada[15].

No direito Português, a restauração natural é afastada quando excessivamente cara para o devedor (art. 566, I, do CC Português), o que, caso houve disposição similar em nosso sistema jurídica, traria um conforto no estabelecimento da medida compensatória.

14. É a posição de SEDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, P. 45-50.

15. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo. In:* HECK, Luiz Afonso (tradutor). Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2007

No Direito Espanhol e no Direito Argentino quando há uma imensa desproporção entre o custo da reparação e os ganhos a serem obtidos, estes devem ser equiparados aos danos irreversíveis.

Na União Europeia existem diversas normas, mas destaca-se especificamente a Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/4/2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientai [16], da qual consta no artigo 8º que:

> Custos de prevenção e de reparação
>
> O operador suporta os custos das acções de prevenção e de reperação executadas por força da presente directiva.
>
> Sob reserva do dispostos nos n.os 3 e 4, a autoridade competente deve exigir, ao operador que causou o dano ou a ameaça iminente de dano, nomeadamente através de garantias sobre bens imóveis ou outras garantias adequadas o pagamento dos custos que tiver suportado com as acções de prevenção ou de reparação executadas por força da presente directiva.
>
> Todavia a autoridade compete nte pode decidir não recuperar integralmente os custos, quando a despesa necessária para o efeito for mais elevada do que o momentante a recuperar, ou quando o operador não puder ser identificado.
>
> Não é exigido ao operador que suprte o custo de acções de prevenção ou de reparação executadas por força da presente directiva, se este puder provar que o dano ambiental ou ameaça iminente dessa dano:
>
> Foi causado por terceiros e ocoreu apesar de terem sido tomadas as medidas de segurança adequadas; ou
>
> Resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não sejam uma ordem ou instrução resultantes de uma uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador.
>
> Nestes casos, os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para permitir ao operador recuperar os custos incorridos.
>
> Os Estados-Membros podem permitir que o operador não suporte o cutos das acções de reparação executadas por força da presente directiva se ele provar que não houve culpa nem negligência da sua parte e que o dano ambiental foi causado por:
>
> Uma emissão ou um acontecimento expressamente

16. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0035. Acessado em 5/5/2018.

> permitidos e que respetiem integralmente uma autorização emitida ou conferida nos termos das disposições legislativas e regulamentares nacionais de execução das medidas legislativas adoptadas pela Comunidade, especificadas no Anexo III, tal como se aplicam à adata da emissão ou do acontecimento;
>
> Uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decuso de uma actividade que o operador prove não serem consideradas susceptíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a actividade.
>
> (...) (n.g.)

O Direito brasileiro não conta com critérios para a substituição da reparação in natura por medidas compensatórias ou por indenização, mas possui apenas normas genéricas no art. 947 do CC, pois estamos no âmbito de responsabilidade civil, segundo a qual se o devedor não puder cumprir a obrigação em espécie o seu valor será substituído por indenização pecuniária. E no art. 84, § 1o. do CDC onde consta que a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Por seu turno, a Lei 6.938/81 nada refere sobre o assunto e mais uma vez a razoabilidade deverá estar presente.

Desta feita, a proporcionalidade deve ser aferida então a partir da necessidade e da adequação no caso concreto, sendo certo que as estipulações de medidas sem pertinência temática com os danos ambientais poderão ser facilmente questionadas e colocar em xeque a própria validade do instrumento.

Diante da desproporção entre os custos da reparação *in natura* e os benefícios dela obtidos, busca-se a substituição da reparação *in situ* por uma compensação ecológica em outro local que proporcione funções ecológicas equivalentes. A medida escolhida deve ser tecnicamente exequível, de acordo com os recursos tecnológicos e financeiros disponíveis. Quando a reparação *in natura* for impossível ou desproporcional, a satisfação do interesse ecológico exige a busca de novas soluções que, ao menos, impeçam a ausência total de reparação ou sua automática substituição pela indenização pecuniária.

Com efeito, pode-se dizer que a medida compensatória deve ser a substituição por bens equivalentes ou que possuam as mesmas funções dos bens que foram lesados, visando a assegurar funções ecológicas

equivalentes, inexistindo óbice a fungibilidade dos bens ambientais. Em qualquer hipótese, parece claro que a medida compensatória possui evidentes vantagens em relação a indenização, haja vista que há a efetiva conservação do meio ambiente, efetivando-se o princípio da equidade intergeracional e o da responsabilidade. No entanto, não se pode deixar de olvidar que o dano ambiental remanescerá em outro local e essa avaliação de substituição de reparação pelo estabelecimento de medida compensatória deverá ser avaliada de forma muito restritiva em cada caso concreto e não ser aplicada como uma regra[17].

Para Mirra, as medidas compensatórias seriam um "ex post" de compensação e se fundamentaria no artigo 84 do CDC[18]. No entanto, esse entendimento nos pareceria restrito para questões que envolvam consumidores. De fato, não existe disposição normativa para o estabelecimento de medidas compensatórias em substituição a indenização por danos ambientais. No entanto, é uma construção amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência.

A Comprehensive Environmental Response, a Compensation and Liability Act (CERCLA[19]) americana, a Lei alemã sobre responsabilidade por danos ambientais de 1990[20] e *o* Convênio do Conselho da Europa admitem expressamente o recurso à compensação ecológica, rnediante as seguintes providências: a) a reparação unicamente de certos elementos naturais capazes de provocar um efeito ecológico equivalente ao que produziam os restantes irreparáveis; b) a compensação física real do prejuízo em um lugar ligado espacial e funcionalmente à área degradada; c) a substituição ou criação *ex nihilo* de um ecossistema diferente do precedente. Através da criação de um biotipo similar ou da classificação de um terreno como reserva natural. Estas medidas são sucessivas, e a seguinte somente poderá ser adotada se a antecedente for desproporcional ou cientificamente impossível.

17. É também a posição de LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 7ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

18. MIRRA, Álvaro. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 62-70

19. Disponível em:https://www.epa.gov/enforcement/comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act-cercla-and-federal. Acessado em 3/7/2018.

20. Umwelthaftungsgesetz (UmweltHG). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/UmweltHG.pdf. Acessado em 1/6/2018.

CONCLUSÃO

Os instrumentos – TAC ou TC conforme o caso concreto – são ambientalmente mais benéficos e vantajosos para viabilizar soluções reais para problemas ambientais que envolvam danos do que o enfrentamento no âmbito de uma ACP.

De toda sorte, é necessário a adoção de certos cuidados em sua celebração para evitar reflexos nas demais esferas de responsabilidade ambiental (a administrativa e a penal). Além disso, o estabelecimento de medidas compensatórias em TAC ou TC, em substituição à indenização (a qual obrigatoriamente teria que ser destinada ao FDDD), nos parece adequada, desde que haja estrita pertinência temática com o dano ambiental que se pretenda compensar e seja adotada apenas quando efetivamente for impossível recuperar o bem lesado.

Assim, o aparelhamento do Estado, a aquisição de bens para exercício do Poder de Polícia e etc. não nos parecem, em hipótese alguma, como medidas compensatórias legais e adequadas para serem inseridas em TAC ou TC. Com efeito, as medidas compensatórias devem ser ações concretas que tragam algum benefício ecológico equivalente aquele perdido em razão da ocorrência de dano ambiental.

Por último, adverte-se cautela no estabelecimento indiscriminado de medidas compensatórias, que precisam ter um fundamento de validade para serem exigidas, pois não raro o Estado procura faturar algum benefício ambiental além do dano ambiental recuperado, o que do ponto de vista jurídico, não nos parece adequado pois os beneficiários devem ser a sociedade e o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. *In:* HECK, Luiz Afonso (tradutor). Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2007

ANDRADE, Filippe Augusto Vieira de; GULIN, Maria Aparecida Alves Villar. A compensação como forma de reparação por danos causados ao meio ambiente. PENTEADOR, Jaques de Camargo (coord). Justiça Penal, 6: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 194-2005.

ANTUNES, Paulo Bessa. Dano ambiental: a manifestação da vontade de repará-lo como causa de suspensão de aplicação de penalidades administrativas. Revista Brasileira de Direito Ambiental, v. 76, p. 21, 1997.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A compensação ambiental diante de danos irreparáveis. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 21:279-285, 2001.

A Comprehensive Environmental Response, a Compensation and Liability Act - CERCLA. Disponível em: https://www.epa.gov/enforcement/comprehensive-environmental-response-compensation-and-liability-act-cercla-and-federal. Acessado em 3/7/2018.

CARNEIRO, Ricardo. A natureza jurídica das medidas compensatórias. Revista Del Rey Jurídica, ano 5, n. 11, p. 28-29, abril/maio/junho de 2003.

CERUTTI, Thaynara Conrado; ALCARÁ, Marcos. Utilização do TAC para Solucionar Conflitos em matéria ambiental: Uma Alternativa à Ação Civil Pública. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 6, n. 1, Mar-Jun./2018, p.229-246

Directiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/4/2004, Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0035. Acessado em 5/6/2018.

GRANZIERA, Maria Luiíza Machado. Direito ambiental. 2 ed. Ver e atual. São Paulo: Atlas, 2011,

JUNIOR, Nelson Nery. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Solução para o Problema da Queima da Palha de Cana-de-Açucar. In Tutela do Meio Ambiente, Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Edições Especiais- Revista dos Tribunais-100anos. Doutrinas Essenciais Direito Ambiental. MILARÉ, Édis e MACHADO, Paulo Affonso Leme, ORG. Editora Revista dos Tribunais. Vol IV, p. 815-829.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 7ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; Dano ambiental: compensação ecológica e dano moral ou extrapatrimonial. ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente (org) Actas das I Jornadas Luso-brasileiras de Direito do Ambiente. Lisboa: Instituto do Ambiente, 2002.

_____; Termo de Ajustamento de Conduta e Compensação Ecológica (p-104-123). no livro Aspectos Processuais do Direito Ambiental, organizadores LEITE, José Rubens Morato e DANTAS, Marcelo Buzaglo. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 21a. ed., Editora Malheiros, São Paulo: 2013.

MARQUES, José Roberto. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, Revista de Direito Ambiental, vol. 32/2003, Out-Dez/2003 p. 228 – 234

MILARÉ, Édis, STEZER, Joana, CASTANHO, Renata. Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, Vol IV. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira. 3ª ed. rev. amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

_____; Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente. 2ª ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PEDRO, Antonio Pinheiro. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Disponível em: http://pinheiropedro.com.br/site/artigos/termo-de-compromisso-de-ajustamento-de-conduta/. Acessado em 25/6/2018.

PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement, droit durable, Bruylant-Larcier, 2014.

SEDIM, José de Souza Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos. Cadernos CEDOUA. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 36, p. 42-57, 2004.

STONE-MOLLOY, Michael e RUBENSTEI, WENDY. Principles of Alternativa Environmental Dispute Resolution: ABSTRACTED. Conservation Clinic University of Florida, Levin College of Law, Fall 2000. Disponível em: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers-clinics/clinics/conservation/resources/ADR_principles.pdf. /Acessado em 29/06/2018.

TESHEINER, José Maria. PEZZI, Sabrina. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta. RDA – Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2013, n. 263, maio/ago. 2013, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cópia da versão digital. Umwelthaftungsgesetz

(UmweltHG). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/UmweltHG.pdf. Acessado em 1/6/2018.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. TAC, TCA e Composição Prévia: A Reparação do Dano e Medidas Compensatórias no Contexto do PNMA. Revista de Direito Ambiental, vol. 64/2011, Out - Dez/2011, p. 45-68.

CAPÍTULO 19

O DESASTRE DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL EM CASOS DE DESASTRES

PEDRO CAMPANY FERRAZ

INTRODUÇÃO

> A experiência é uma escola onde são caras as lições, mas em nenhuma outra os tolos podem aprender.
>
> (Benjamin Franklin, *Poor Richard's Almanack*)

As normas ambientais crescem em terrenos incertos e são adubadas por tristes experiências humanas para poderem brotar no mundo jurídico. Somente com a tragédia humana cria-se uma sensibilidade social e um consenso para que diversas normas para evitar novos erros possam se concretizar.

Contudo, existem determinados institutos jurídicos clássicos que são desafiados por eventos hodiernos em sua eficácia na busca da justiça e do bem comum. É o caso da responsabilidade civil ambiental em casos de desastres.

Não é raro encontrar diversos autores[1] que defendem o *status* que a responsabilidade civil ambiental alcançou com suporte de decisões de

1. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
FERRAZ, Sérgio. *Responsabilidade civil por dano ecológico. In:* Revista de Direito Público, n. 49-50, São Paulo: RT, 1977.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
MILARÉ, Édis. *A irrelevância do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro. In:* Revista de Direito Ambiental, n. 0, São Paulo, RT, 1995.
_____. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário.* 6ª. ed. São Paulo: RT, 2009.
NERY Jr., Nelson. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. In:* Revista

cortes superiores, calcada no risco integral, demonstrando como avançada ferramenta jurídica na obtenção da devida responsabilização civil por danos ambientais, mais se atentando pelo efeito pedagógico de uma condenação judicial do que realmente numa efetividade da proteção ambiental.

As ferramentas legais possuem funções próprias com fins predeterminados, e aplicar ferramentas utilizadas em situações ordinárias de conflitos ambientais em casos de ruptura da ordem social, como no caso de desastres, naturais ou antropogênicos, parece ser um discurso calcado mais na intenção de preservar uma ampla responsabilização dos agentes envolvidos e menos fundamentada na verdadeira eficácia e eficiência da reparação de danos decorrentes de desastres.

O dogma criado pela crença na infinitude da responsabilidade civil ambiental, calcada no risco integral, na verdade é um verdadeiro desastre jurídico em casos de desastres, pois a mesma na verdade causa "danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais"[2], que são as consequências que qualificam uma situação de desastre pela legislação pátria.

Esse artigo visa trazer uma luz a essa questão, resgatando na dou trina e reflexão crítica as funções da responsabilidade civil e suas limitações e trazer outras possibilidades de ferramentas de política pública ambiental que vise reduzir o custo dos desastres para a sociedade brasileira.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES

A responsabilidade civil ambiental possui como fundamento legal os dispositivos do §1º do artigo 14 da Lei Federal 6.938/81[3] e pelo §3º do artigo 225 da Constituição Federal[4].

Apesar do fundamento legal apenas esclarecer que a responsabilidade civil para reparação dos danos é somente ser independente de culpa, a

Justitia, n. 126, São Paulo, jul./set., 1984, p. 168-189.

2. Inciso II do artigo 2º do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010.

3. § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

4. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

doutrina[5] e a jurisprudência[6] travestiram essa responsabilidade civil como calcada na teoria do risco integral.

A responsabilidade objetiva baseada no risco integral possui como característica ter como elementos de sua caracterização o dano e o seu nexo causal com a atividade geradora desse dano, não permitindo a excludente de casos fortuito, força maior, ou atos de terceiros, incluindo a culpa exclusiva da vítima e por isso como afirma Caio Mario é uma teoria sujeita a críticas, justamente por ser tão extremada e porque

> Trata-se de uma tese puramente negativista. Não cogita de indagar como ou porque ocorreu o dano. É suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização.[7]

Não consideramos a modalidade do risco integral como um meio adequado de se buscar fazer as devidas responsabilizações em sede ambiental, especialmente em situações de desastres, conforme fundamentarei a seguir.

A objetivização da responsabilidade civil (abrir mão da culpa ou mitigar o nexo causal) não é sinônimo de avanço jurídico ou social, mas sim de diluição de riscos sociais e imputação de responsabilidades não necessariamente atrelada aos riscos das mesmas, tornando o custo no investimento maior em troca de uma suposta garantia jurídica de reparação de danos em casos de acidentes ambientais.

Aqui vale trazer à luz uma reflexão de Posner, que nos esclarece que, do ponto de vista econômico e sociológico, a definição de regimes de responsabilidade civil deve evoluir conforme evolui as instituições sociais definidas, sendo a responsabilidade objetiva uma condição de evolução social anterior à adoção da responsabilidade subjetiva:

> À medida que, com o crescente conhecimento das leis da natureza e a criação de instituições eficazes de investigação dos fatos, reduz-se o custo da informação, podemos esperar que o conceito moral e jurídico de responsabilidade se distancie da responsabilidade objetiva, ou ao menos daquela modalidade mais simples de responsabilidade objetiva, que rejeita as desculpas e justificativas.
>
> (...)
>
> À medida que diminuem os custos de investigação e

5. MACHADO, Jeanne da Silva, *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. MIRRA, Álvaro Luiz Valery, Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
6. REsp 1175907/MG-T4, AgRg no REsp 1412664 / SP -T4
7. SILVA, Caio Mário Pereira. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 281.

> averiguação dos fatos relacionados à justificação de atos danosos, a sociedade abandona a retaliação, passando a adotar a retribuição. Analogamente, a responsabilidade objetiva cede espaço à responsabilidade mediante culpa.[8]

1.1 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A doutrina atual defende uma função tríplice da responsabilidade civil, como podemos observar nas palavras de Püschel:

> Atualmente, pode-se afirmar serem três as principais funções exercidas pela responsabilidade civil: indenização da vítima, distribuição dos danos entre os membros da sociedade e prevenção de comportamentos antissociais. A maior ou menor adequação da responsabilidade civil para a realização dessas três funções varia de acordo com o caso e com o modo como o direito a regula. Nem sempre a atribuição de responsabilidade civil é o meio mais adequado para atingir os objetivos de prevenir comportamentos antissociais, garantir a indenização da vítima e distribuir danos.[9]

A autora defende que a responsabilidade civil possui funções distintas que vão além da indenização do dano, incluindo prevenção de comportamentos antissociais e distribuição de danos entre os membros da sociedade.

Todavia, entendemos que todas essas demais funções apresentadas além da indenização da vítima não são funções da responsabilidade civil, mas efeitos decorrentes da responsabilização.

Na seara da responsabilidade civil ambiental, sua função é aquela singelamente definida na própria lei, que é somente a reparação do dano ambiental ocasionado, indenizando-se no caso de impossibilidade dessa restauração.

Essa função é reforçada pela Lei Federal 7.347/85 quando define em seu artigo 3º que a ação civil pública possui como objeto "a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

A obrigação pretendida na ação civil pública está vinculada ao seu objeto, que no caso é as ações de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente (art. 1º).

---

8. POSNER, Richard. A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.p.267-269.
9. PüSCHEL, Flavia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1408>. Acesso em jun. 2018.

Logo, a função da responsabilidade civil ambiental não possui outra função senão assegurar a devida reparação de danos ocasionado ao meio ambiente, visando a restauração do ambiente com a função ecológica adequada, através de obrigações de fazer ou não fazer e, excepcionalmente, através de indenização, como bem nos lembra o mestre Dias:

Não obstante o seu caráter subsidiário, a indenização em dinheiro não é a mais frequente, dada às dificuldades postas, na prática, à reparação natural pelas circunstâncias e, notadamente, em face do dano, pela impossibilidade de restabelecer, a rigor, a situação anterior ao evento danoso.[10]

Carlos Roberto Gonçalves ainda assevera;

> Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status quo ante[11].

De modo que, quando o Constituinte estabeleceu no §3º do artigo 225 a tríplice responsabilidade por ilícitos ambientais, cada uma dela possui características e funções próprias, sendo a responsabilidade civil de natureza objetiva e com fins reparatórios, a responsabilidade administrativa de natureza subjetiva e com fins pedagógicos e de desestímulo econômico e a responsabilidade criminal de natureza subjetiva e de razão condenatória para coibição de crimes na preservação de valores sociais relevantes como saúde pública, segurança e ordem social.

Tratar essas três modalidades de funções distintas como semelhantes, ou substituir suas funções é violar o preceito constitucional da forma de proteção ambiental e permitir espaço para aplicação de *bis in idem* sobre agentes poluidores, regra claramente inconstitucional.

10. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.72.
11. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

De modo que, esclarecida a função própria e limitada da responsabilidade civil ambiental, vamos agora analisar sua aplicabilidade em situações de desastre.

2 DESASTRES: NATUREZA JURÍDICA, ESPÉCIES E SEUS RESPECTIVOS DANOS

Primeiramente, precisamos conceituar o termo desastre no seu sentido etimológico e depois jurídico.

A palavra desastre significa: "O que causa um sofrimento excessivo; desgraça, fatalidade, catástrofe." Ou seja, é um evento que traz um conceito de gravidade além do ordinário, sendo excessivo em seus resultados, e de maneira que foge de uma situação ordinária.

Apesar de etimologicamente o conceito de desastre exigir que haja consequências graves e de grande monta, o inciso II do artigo 2º do decreto nº 7.257/2010, que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa Civil ("SINDec"), para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre conceituou o termo desastre como:

> II - Desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

Ou seja, a regulamentação federal não tratou do conceito de desastre a partir de sua significância de danos excessivos, ou fora do ordinário, mas a partir de prejuízos econômicos, sociais e ambientais, sem definir uma gravidade nos mesmos.

Essa limitação de conceituação permite que o conceito de desastre fique a critério de cada caso a ser decretado, a partir da discricionariedade do administrador com base nas consequências previstas no decreto, não havendo exigência de se definir a significância desses efeitos.

Isso amplia a possibilidade de declaração de situações de desastre e que se aplique diversas ferramentas públicas de reparação e mitigação de acidentes a despeito de sua significância social.

Essa condição pode imputar a socialização de muitos custos para reparação de supostos desastres sem necessariamente significar uma real situação calamitosa que justificasse o uso desse instrumento jurídico.

Além da falta de conceituação da gravidade dos danos em questão, o decreto inclui entre os desastres aqueles derivados de ação humana,

"provocados pelo homem", num linguajar juridicamente limitado, mas que, pelo bem da crítica jurídica, vamos ampliar esse conceito para desastres antropogênicos, ou seja, causado por atividades humanas, que pode envolver pessoas jurídicas e outras entidades do mundo jurídico.

A ampliação do conceito para as questões antropogênicas está correta, mas cabe destacar que, dependendo do tipo de atividade humana que provoque o desastre, poderá haver regulamentos próprios para a execução das ações de emergência, como no caso da Política Nacional de Segurança de Barragens ou o Regulamento Ferroviário Nacional para o transporte terrestre de produtos perigosos.

Mas, focando na questão desse artigo, a situação de desastre pode ensejar a aplicação de mecanismos de responsabilidade civil ambiental, conforme veremos a seguir.

3 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL EM CASOS DE DESASTRES

A aplicação da responsabilidade civil ambiental em casos de desastres possui graves limitações no exercício de sua função conforme explicaremos abaixo, mas que podemos já citar: (I) a limitação patrimonial do agente causador do dano, (II) indefinição dos limites do dano ambiental e (III) impossibilidade de reparação de danos sobre imóveis de terceiros pelo agente causador do dano.

(I) A LIMITAÇÃO PATRIMONIAL DO AGENTE CAUSADOR DO DANO

O sistema civilístico brasileiro é calcado na responsabilidade patrimonial do agente causador do dano, e que, no caso do direito ambiental brasileiro, determina que a mera existência do nexo da conduta do agente com o dano pleiteado imputa a responsabilização desse agente na reparação devida.

Ocorre que, em casos de desastres antropogênicos, a quantidade de danos ambientais provocados, tanto difusos, quanto coletivos ou individuais por ricochete, podem superar em muito o valor patrimonial dos agentes envolvidos na conduta danosa, inclusive podendo levar ao agente causador do dano em sua própria recuperação judicial ou mesmo extinção do ente.

Ademais, o próprio sistema de responsabilização objetiva cumulado com o sistema de tutela de urgência podem permitir bloqueios judiciais de bens que podem mesmo prejudicar ou impedir ao agente causador do dano de realizar ações de mitigação de danos ou reparações emergenciais na situação de desastre.

Não obstante, a desconsideração da personalidade jurídica na teoria do fato maior pode implicar que as dificuldades financeiras do agente causador do dano já sejam suficientes para a desconsideração de sua personalidade jurídica e mesmo a solidarização das consequências de um desastre para outras entidades financeiras ou agentes econômicos que serão envolvidos nas consequências do desastre sem terem a mínima condição de poder atuar no caso.

Não se engane o jurista que pensa que quanto mais agentes incluir numa linha de solidarização de responsabilidade, maior será a garantia de reparação do dano em questão. A realidade processual brasileira nos mostra que um processo com dezenas de réus[12] tende a ser um processo sem fim.

(II) A INDEFINIÇÃO DOS LIMITES DO DANO AMBIENTAL

A miríade de danos que podem derivar de desastres é quase incomensurável, pois a dinâmica dos fatos pode acarretar uma série de danos e situações danosas que se protraem no tempo e que são de difícil mensuração, seja pela dimensão, pela intensidade ou, seja pela extensão do mesmo, exigindo que sofisticados e complexos estudos tenham que ser desenvolvidos por um período bem longo para a devida caracterização do dano ambiental.

O Código Civil é bem claro o definir na regra geral de reparação de danos que, o dano é um ato ilícito (art. 186) e que aquele que causar danos tem o dever de repará-los (art. 927). Ocorre que o mesmo Código não define quando se caracteriza esse dano, ficando essa questão ou para a parte que sofre o dano apresentá-lo, para fins de reparação.

Ocorre que no dano ambiental é uma alteração adversa da qualidade do meio ambiente, uma vez que a Lei 6.938/81 que dispõe

12. Vide como exemplo a Ação Civil Pública nº 0000025-24.1986.8.26.0157 em curso na 2ª Vara Cível de Cubatão/SP e que as 24 empresas integrantes do Polo Industrial de Cubatão são acusadas pelos danos ambientais causados ao meio ambiente local em decorrência da atividade exercida sem os devidos cuidados. Esse processo só teve sua sentença proferida após 31 anos de sua propositura e por um juiz substituto durante as férias do titular, considerando que a perícia não se fazia mais por necessário e antecipando o julgamento da lide.

sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece no seu artigo 3º, inciso IV que poluidor "é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental", conceituando a degradação ambiental como a "alteração adversa das características do meio ambiente" (inciso II, art. 3º).

O dano ambiental apresenta características diferentes do dano tradicional, principalmente porque é considerado sobre um bem de uso comum do povo, incorpóreo, imaterial, autônomo e insuscetível de apropriação exclusiva, podendo afetar tanto o interesse da coletividade quanto seus efeitos podem ter reflexo na esfera individual, o que autoriza o indivíduo a exigir a reparação do dano, seja ela patrimonial, seja ela extrapatrimonial.

Além disso, a limitação de sua extensão e a quantificação do quantum reparatório é uma tarefa complexa e difícil, justamente em função do caráter difuso, transfronteiriço e irreversível dos danos ambientais, fato esse que pode agravar muito mais o valor da reparação em virtude do tempo que se passa entre o evento desastroso e a reparação desses danos.

Assim, a própria limitação da identificação desses danos prejudica a eficiência nas ações de reparação que uma situação de desastre impõe aos seus responsáveis.

(III) IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANOS SOBRE IMÓVEIS DE TERCEIROS PELO AGENTE CAUSADOR DO DANO

Já não bastasse as graves consequências sobre a limitação patrimonial na responsabilidade civil sobre desastres, outra grande limitação da responsabilidade civil ambiental em caso de desastres é a impossibilidade do agente privado causador de um dano ambiental poder acessar imóveis de terceiros para fins de execução de medidas emergenciais de reparação dos danos provocados pelo desastre.

Muitas vezes, a dinâmica de um desastre imputa na necessidade de isolamento de extensas áreas habitadas ou com atividades econômicas a fim de se evitar a propagação de efeitos danosos de um desastre (como uma inundação, nuvem tóxica, lançamento de materiais etc.) ou mesmo se evitar que possam acontecer efeitos secundários que ampliem os danos do primeiro evento desastroso (como desabamentos, doenças ou contaminação pelo consumo de recursos ambientais contaminados).

Todos esses danos, se derivados de uma ação humana, devem ser reparados e terem suas consequências mitigadas ou compensadas, contudo, a lei não permite a nenhum ente privado, seja pessoa física ou jurídica a possibilidade de adentrar em imóveis de terceiros sem ordem judicial para fins de reparação de dano, apenas para prestar socorro (art. 5º, XI CF).

Situações de socorro são condições bem especiais e bem limitadas enquanto houver a condição de risco às pessoas envolvidas naquele domicílio ou próximos, como no caso de vazamento de gás ou alagamento de imóvel.

Já as condições de desastre, não há uma definição constitucional para esse termo, mas a leitura dessa garantia fundamental deve ser bem mais restrita que o próprio conceito de desastre que já tratamos alhures, devendo estar restrita somente à prestação de socorro das vítimas de desastres.

Ou seja, em caso se desastres ambientais provocados por conduta humana, apesar do dever legal de reparar o dano causado a terceiros, ao agente causador do dano somente terá direito de poder reparar propriedades de terceiros de houver consentimento dos mesmos ou por ordem judicial, fatos esses que podem tornar inviável uma reparação eficaz, ou seja, num tempo rápido e de forma eficiente.

Assim, as limitações ínsitas à responsabilidade civil não permitem que, em casos de desastres, as ações possíveis de reparação emergencial e imediata para cessação de efeitos dos danos ambientais seja exercida de forma plena e eficiente pelo agente causador do dano, uma vez que o próprio conceito de responsabilidade civil.

De modo que, as limitações da responsabilidade civil, aqui apresentadas, podem gerar "consequentes prejuízos econômicos e sociais" graves, ou seja, um desastre sobre outro desastre.

Assim precisamos expandir nosso horizonte de mecanismos de prevenção e reparação de danos para buscar a adequada ferramenta de reparação de danos em casos de desastres.

4 CRÍTICA: PARA ALÉM DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir das características e função da responsabilidade civil ambiental aqui apresentada, fica evidente que esse instrumento possui um caráter reparatório reativo, e com graves limitações que impedem a sua devida aplicação para a devida reparação em casos de desastres antropogênicos.

Em virtude disso, devemos então agora abordar que instrumentos poderiam ser considerados como mais adequados para reparações em casos de desastres antropogênicos. A princípio, o instrumento mais fácil de ser identificado na Política Nacional de Meio Ambiente é o seguro ambiental, contudo, o instrumento mais eficaz para esse tipo de reparação deve ser a implantação de um Fundo Nacional de Reparação de Desastres, à semelhança de modelos de *Superfund* existente em outros países.

O seguro ambiental é um instrumento econômico oficialmente designado como seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais e visa assegurar a cobertura securitária dos empreendedores em casos específicos de eventos poluidores, tendo seu valor de apólice e cobertura definidos com base em cálculos atuariais e que não se lastreiam em situações de desastre, mas de acidentes ambientais com efeitos danosos previsíveis e com claros limites de cobertura.

O seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais possui uma série de definições para tipos de danos ambientais como:

a) Dano ecológico puro, ou dano ambiental "*stricto sensu*", que abrange apenas os danos causados a elementos naturais de domínio público, sem titularidade privada, como o ar atmosférico, os rios, a flora, a fauna, não estando incluídos eventuais danos causados a elementos culturais ou artificiais;

b) Dano ambiental "*lato sensu*", que abrange os danos causados aos elementos naturais, culturais e/ou artificiais, pertencentes ao patrimônio coletivo nacional e/ou humano;

c) Dano ambiental individual ou reflexo, quando consideradas as perdas e danos causados ao patrimônio privado de um ou mais indivíduos, consequentes de danos ambientais "*lato sensu*".

E em virtude dos tipos variados de danos, pode haver tipos variados de coberturas em seguros ambientais como:

Seguro soluções ambientais para projetos de infraestrutura, que se trata de uma apólice a base de reclamação e comunicação, que prevê cobertura para valores pelos quais o segurado venha a se tornar legalmente obrigado a pagar em decorrência de poluição causada por suas operações de construção ou operação e manutenção,

Seguro ambiental de transporte, para cobertura de custos de limpeza (*clean up*), danos pessoais e danos materiais causados a terceiros em função de poluição pela carga transportada ou por derramamento de óleo do tanque combustível,

Seguro de responsabilidade civil por danos de poluição ambiental, cuja cobertura abrange perdas e danos causados a terceiros em função de condições da poluição ou custos de limpeza (*clean up*) dos locais cobertos pela apólice;

Apesar da especialização desse tipo de instrumento econômico, a sua eficácia é bem limitada para eventos de poluição ambiental eventual e de efeitos bem limitados territorialmente com teto financeiro para o prêmio, fato esse que apenas pode auxiliar a reparação em casos de desastres antropogênicos, mas não responde adequadamente ao montante e dinâmica que um evento desastroso impõe.

Podemos destacar também que o processo de regulação para danos ambientais é complexo e demanda significativo tempo, que pode prejudicar o exercício das atividades reparatórias, tornando a eficácia do seguro bem limitada no tempo.

Essa complexidade do processo regulatório também torna difícil o próprio processo de contratação pelo empreendedor, uma vez que esse tipo de seguro não é obrigatório e fica a critério das seguradoras disponibilizarem esses produtos ao mercado. Na prática do mercado brasileiro, os poucos produtos que existe, seus valores só conseguem ser contratados por grandes corporações, em virtude dos custos apresentados.

Além desses empecilhos que o seguro possui, é fundamental destacar que o próprio agente do seguro também se habilitará como credor do agente causador do desastre, e concorrerá com outras vítimas sobre os custos remanescentes superiores à cobertura securitária, dificultando ainda mais a própria recuperação econômica do agente causador do desastre.

Por todas essas razões que defendemos que o chamado seguro ambiental é uma ferramenta eficaz para acidentes ambientais de pequena monta, como naufrágios sem grandes vazamentos de produtos perigosos ou vazamentos pontuais em eventos próprios, não conseguindo se adequar em casos de desastres ambientais.

Assim, é por isso que defendemos que a ferramenta legal adequada para casos de desastres ambientais deve ser ou uso do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil ("FUNCap"), previsto na Lei Federal nº 12.983/2014, ou a criação de um Fundo Nacional para Desastres Humanos, que deveria ser subsidiado com parte dos royalties das principais atividades potencialmente poluidoras e com risco de graves desastres como a petrolífera, minerária e de geração de energia elétrica.

Quanto ao FUNCap, o seu uso está voltado tanto para as ações de prevenção quanto de "recuperação de áreas atingidas por desastres

em entes federados que tiverem a situação de emergência ou o estado de calamidade pública reconhecidos" e possui uma finalidade específica dentro do tema que estamos abordando.

Contudo a sua constituição orçamentária se limita a: (i) dotações consignadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais; (ii) doações; e (iii) outros que lhe vierem a ser destinados.

Assim, o FUNCap não possui dotação específica de sua constituição por atividades econômicas que possuem o risco de desastres antropogênicos de maneira mais destacada, ficando a critério do Poder Executivo Federal definir sua dotação e com clara finalidade de atendimento a situações de calamidades por fatos da natureza.

A falta de uma vinculação de receitas do FUNCap a atividades econômicas com maior probabilidade de causar desastres de grande monta não se adequada ao ordenamento constitucional previsto no §3º do artigo 225 que prevê a responsabilização do agente causador do dano ambiental por desastre e também viola a previsão do inciso VI do artigo 170 que determina o tratamento legal de acordo com o potencial poluidor da atividade.

Utilizar o FUNCap para reparação de danos humanos causados por atividades econômicas é permitir a socialização dos prejuízos, uma vez que sua dotação é do orçamento público, subsidiado por todos os tributos e rendas dos entes públicos, dividindo os riscos da atividade com a sociedade e não se aplicando instrumentos de redução dessas externalidades negativas com respeito ao princípio do poluidor-pagador.

Por isso que defendemos que a medida mais adequada seria a criação de um Fundo Nacional próprio e destinada a financiar ações de reparação ambiental em casos de desastres antropogênicos, lastreado em valores advindos dos royalties incidentes sobre a indústria do petróleo, mineração e geração de energia elétrica[13].

13. Nos termos da Lei 8.001/90 que regula sobre os royalties da mineração, através da CFEM, 0,2% dos valores arrecadados deverão ir para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), para atividades de proteção ambiental em regiões impactadas pela mineração. Essa Lei também prevê que 3% dos royalties da geração de energia elétrica devem ser destinados ao Ministério do Meio Ambiente para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e na gestão da rede hidrometeorológica nacional. E a Lei nº 12.734/2012 alterou a destinação de royalties do petróleo e participação especial que eram destinados ao Ministério do Meio Ambiente e ao Ministério de Ciência e Tecnologia para ações voltadas à proteção do meio ambiente foram designados para o Fundo Especial criado para os Estados e Municípios para a promoção de ações ambientais, em programas voltados para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Todavia, nenhuma dessas ações assegura a reparação em caso de desastres ambientais antropogênicos.

A Carta Magna no inciso VI de seu artigo 170 determina que haja um tratamento legal proporcional ao agente de acordo com o impacto ambiental de suas atividades, e que, na presente questão, se adequa perfeitamente na necessidade de se prever uma forma de destinação de royalties incidentes sobre atividades econômicas com grande potencial de desastre para um fundo específico de reparação de danos ambientais por desastres humanos.

Os royalties possuem a finalidade de reparar os custos e riscos iminentes da indústria extrativista. Entende-se que é uma compensação financeira para reparar algo que perdeu e que vai ser recompensado.

Nas palavras de Madureira:

> a compensação advém do dano possível ou real que o ente federativo possa sofrer", pois "em virtude das obras para a exploração de energia elétrica ou de qualquer exploração mineral, incluindo petróleo e gás natural, decorrem danos momentâneos ou permanentes", reportando-se, a propósito, à "destruição ambiental, movimentação de veículos, colocação de postes ou estruturas metálicas de qualquer natureza, movimentação de terras, possível poluição ambiental", que geram prejuízos, e que por isso devem ser indenizados; indenização que decorre "não de comportamento infracional, de ato ilícito ou de conduta ilegítima que ocasione dano", mas "de comportamento plenamente legítimo, quando é cabível a atuação, mas, em decorrência dele, há dano a alguém.[14]

De modo que, os riscos de desastres que as atividades sujeitas a royalties implicam permitem alegar que o uso de parte desses significativos valores a fim de criar um Fundo para a reparação de danos decorrentes de desastres advindos desse tipo de atividade econômica se coadunam com a finalidade desse instrumento econômico do Poder Público à semelhança como ocorre em outros países, como destaca Juras:

> Taxas sobre petróleo cru na Finlândia e nos Estados Unidos são concebidas para financiar fundos de limpeza. O Superfundo americano, estabelecido para financiar a limpeza de sítios contaminados com resíduos perigosos, é alimentado por uma taxa sobre petróleo cru e várias substâncias químicas e no lucro bruto que excede um certo nível. Na Dinamarca, é aplicada uma taxa sobre a gasolina para financiar a limpeza de locais contaminados de venda a varejo de petróleo e locais de empresas de óleo mineral fechados permanentemente.
>
> Em alguns países [Canadá (*New Brunswick*), Dinamarca,

14. MADUREIRA, Claudio Penedo. Royalties de petróleo e proteção ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016

> Finlândia, Hungria e em alguns estados dos Estados Unidos], é encontrada uma taxa sobre pneus de automóveis (em alguns casos, também são incluídas motocicletas e caminhões), que é usada geralmente para atender aos custos de coleta, reciclagem e disposição. Outras taxas sobre produto são relacionadas a substâncias químicas aplicadas em domicílios e empresas, particularmente líquidos solventes e inflamáveis, tintas (restos) e contêineres e lubrificantes.[15]

Nos países que já amadureceram a questão dos mecanismos de reparação de desastres humanos, há ferramentas administrativo-financeiras e arcabouço legal que permitem ao Poder Público poder contar com fundos financeiros adequados para uma devida resposta a desastres ambientais, sem se furtar da possibilidade de ser ressarcido dos reais causadores através das devidas ações de indenização de entes públicos, no seu devido tempo, e sem prejudicar a agilidade e eficácia da reparação ambiental que nossa Constituição Federal preconiza.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, deixamos aqui a nossa reflexão sobre a inadequação da clássica ferramenta da responsabilidade objetiva por risco integral para a reparação adequada em casos de desastres antropogênicos, em virtude de sua limitação patrimonial do devedor, da dificuldade e demora em mensuração de danos ambientais de desastres para fins de definição do valor a ser reparado e da impossibilidade da reparação em imóveis de terceiros pelo agente causador do desastre.

A ferramenta de seguro ambiental como um instrumento de eficácia insuficiente para o devido atendimento a casos de desastres ambientais, que imputam uma dinâmica de danos que uma apólice de seguro não consegue abarcar e nem reparar integralmente, além da complexidade de um processo de regulação dessa natureza, prejudicando a velocidade da reparação dos danos ocasionados pelo desastre.

Avaliamos a possibilidade de aplicação do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil ("FUNCap") para o uso em casos de desastres, mas identificamos que, apesar de haver a possiblidade de sue uso em caso de desastres humanos, não há dotação orçamentária desse Fundo a atividades de grande potencial de desastres, fato que não se

15. JURAS, Ilidia da Ascenção Garrido Martins. *USO DE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS PARA A GESTÃO AMBIENTAL: PAÍSES DA OCDE E AMÉRICA LATINA* 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1025/instrumentos_economicos_juras.pdf?sequence=4>. Acesso em jun. 2018.

coadunaria com o previsto nos artigos 225, §3º e 170, VI da Constituição Federal.

Por fim, defendemos a criação de um Fundo específico para reparação de danos causados por desastres antropogênicos, a ser financiado por um percentual de royalties sobre as atividades de petróleo, mineração e geração de energia elétrica, a fim de que possam dar o devido suporte financeiro ao Poder Público poder atuar de maneira eficaz na reparação de danos decorrentes de desastres.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *In:* Revista de Direito Público, n. 49-50, São Paulo, RT, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JURAS, Ilidia da Ascenção Garrido Martins. USO DE INSTRUMENTOS ECONÔMICOS PARA A GESTÃO AMBIENTAL: PAÍSES DA OCDE E AMÉRICA LATINA 2009. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1025/instrumentos_economicos_juras.pdf?sequence=4. Acesso em out. jun. 2018.

MACHADO, Jeanne da Silva, A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Royalties de petróleo e proteção ao meio ambiente. Revista de Direito Ambiental, n. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016

MILARÉ, Édis. A irrelevância do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro. *In:* Revista de Direito Ambiental, n. 0, São Paulo, RT, 1995.

_____. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

NERY Jr., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *In:* Revista Justitia, n. 126, São Paulo, jul./set., 1984.

POSNER, Richard. A. A Economia da Justiça. São Paulo>editora WMF Martins Fontes, 2010.

PüSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *In:* Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1408>. Acesso em jun. 2018.

SILVA, Caio Mário Pereira. Responsabilidade Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAPÍTULO 20

PANTANAL, BIOMA CONSTITUCIONAL

PEDRO PUTTINI MENDES

INTRODUÇÃO: APRESENTANDO O PANTANAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A abordagem constitucional do pantanal, é garantida por previsão expressa na Carta Magna já em seus 30 (trinta) anos de existência, já que, dentre os parágrafos, do inovador texto constitucional do artigo 225, orienta em seu quarto parágrafo que o pantanal mato-grossense é patrimônio nacional com utilização regulamentada por lei específica, dentro de condições que assegurem preservação e uso dos recursos naturais.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]
>
> § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

A inovação constitucional que agora completa seus trinta anos de existência não conduz ao entendimento de que, necessariamente, a constituinte faria previsões de criação de áreas de proteção e conservação ambiental, a elevação do bem ambiental a nível constitucional se faz para que, com as regulamentações estabelecidas, se possa fazer incidir tais ditames, ou seja, não pela obrigação de recuperação imposta aos proprietários, mas para que também, situações fáticas de áreas já utilizadas

a dezenas ou centenas de anos, passem a equilibrar o uso dos recursos naturais de maneira sustentável.

Não por outro motivo, a questão ambiental não pode, jamais afastar-se das perspectivas sociais e econômicas também, outrossim, a interdependência aos aspectos sociológicos, biológicos e a ecologia.

Nos dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95), o meio ambiente constitucional é típico direito de terceira geração e constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social.

Regulamentação ou normatização de territórios é um assunto delicado se não envolve a governança colaborativa com os agentes locais, a comunidade, o poder público atuando de maneira conjunta e se não tem por objetivo o desenvolvimento sustentável.

Ainda mais complicado se torna a instrumentalização da regulamentação normativa se não há prévia análise de indicadores sobre os aspectos sociais, ambientais, econômicos e culturais do território, sua idiossincrasia e territorialidade.

A territorialidade é um fator primordial, por estar relacionada na forma como os indivíduos se organizam no espaço e fazem o uso da terra de forma íntima, compreende além da dimensão estritamente política os aspectos econômicos e sociais, tendo em vista que os indivíduos dão significado ao lugar (HAESBAERT, 2004).

O Grupo de Inteligência Territorial Estratégica (GITE) da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) tem se dedicado, por meio de análises comparativas com o Cadastro Ambiental Rural (CAR) a analisar as estatísticas relacionadas à distribuição territorial e áreas produtivas, já sendo possível observar que nos últimos 15 a 20 anos, o chamado "mundo rural", incluindo suas populações, os agentes econômicos ou a ação governamental (portanto, também a pesquisa agrícola) sofreu transformações radicais[1].

Segundo a mesma pesquisa, exige-se a compreensão de processos e dimensões sociais, econômicos, culturais e políticos no mundo rural com uma grande dinâmica espacial e temporal no complexo território nacional.

1. https://www.cnpm.embrapa.br/projetos/car/index.html. Acesso em 04/07/2018,

Considere-se ainda uma enorme quantidade de leis e normativas em matéria agroambiental com relação às políticas públicas de gestão territorial para que se comuniquem ciência, legislação e desenvolvimento sustentável.

Do art. 225, §4º da Constituição Federal para a realidade do bioma pantaneiro, definem os doutores Eduardo Delgado Assad e João dos Santos Vila da Silva em relatório final[2] de trabalho de mapeamento realizado em 2002:

> O Pantanal é um mosaico de feições muitas vezes diminutas, como lagoas e baías e suas cordilheiras, caapões de mata e cerrado espalhados em grandes áreas de campo nativo, os quais compõem muitas formações que não são individualizadas nos mapeamentos regionais. A região com seus pulsos de inundação apresenta mudanças rápidas na sua cobertura vegetal, nos corixos e cursos d'água temporários, na diversidade imensa que compõem as formações pioneiras, como os buritizais, cambarazais, pombeirais, pirizais etc, os quais nunca foram diferenciadas nos mapeamentos em escala de 1:250.000. Para que se compreenda melhor a diversidade existente nas formações vegetacionais que ocupam o Pantanal há necessidade de ampliar o número de trabalhos desenvolvidos em escalas de maior detalhe. Para o conhecimento das muitas e rápidas mudanças ao longo do tempo, há necessidade de estudos com objetivos conjugados de mapeamento e monitoramento da vegetação.

Se considerados os mapas do IBGE, quanto ao Bioma Pantanal, o mapa hoje utilizado é o de 2006[3], nota-se que nem o principal órgão de controle de políticas públicas ambientais, o Ministério do Meio Ambiente, possui dados atualizados após o IBGE 2004 sobre a ocupação sustentável do pantanal[4], que assim registra:

> Em território brasileiro, o Pantanal cobre uma área estimada em 150.355 km² (IBGE, 2004). Para o mapeamento da vegetação do bioma foram utilizadas 16 imagens Landsat, todas de 2002. [...]
>
> Os dados obtidos indicam que o bioma Pantanal ainda é bastante conservado (ano base 2002), apresentando 86,77 % de cobertura vegetal nativa, contra 11,54% de áreas antrópicas (Tabela 1). As fitofisionomias florestais (Floresta

2. http://mapas.mma.gov.br/geodados/brasil/vegetacao/vegetacao2002/pantanal/documentos/relatorio_final.pdf. Acesso em 04/07/2018,
3. http://mapas.mma.gov.br/geodados/brasil/vegetacao/vegetacao2002/pantanal/mapas_pdf/mapa_indice/MIndice_Locais_A0_pdf.pdf. Acesso em 04/07/2018.
4. http://www.mma.gov.br/biomas/pantanal/cobertura-vegetal e http://www.mma.gov.br/biomas/pantanal/cobertura-vegetal . Acesso em 04/07/2018.

> Estacional Semi-decidual e Floresta Estacional Decidual) respondem por 5,07% da área do bioma, enquanto as fitofisionomias não-florestais (Savana [Cerrado], Savana Estépica [Chaco], Formações Pioneiras, Áreas de Tensão Ecológica ou Contatos Florísticos [Ecótonos e Encraves] e Formações Pioneiras) respondem por 81,70% da área do Pantanal. A Savana (Cerrado) predomina em 52,60% do bioma, seguida por contatos florísticos, que ocorrem em 17,60% da área. Com relação à área antrópica, nota-se que a agricultura é inexpressiva no bioma (0,26%), dando lugar à pecuária extensiva em pastagens plantadas, que equivalem a 10,92% da área do bioma e ocupam 94,68% da área antrópica.

Em termos geográficos, o Pantanal, entre os estados do Mato Grosso (35%) e Mato Grosso do Sul (65%), organiza-se em regiões de diferentes características, apresentando a seguinte distribuição geográfica[5]: Nabileque - 9,4 %; Miranda - 4,6%; Aquidauana - 4,9 %; Abobral - 1,6 %; Nhecolândia - 17,8 %; Paiaguás - 18,3 %; Paraguai - 5,3 %; Barão de Melgaço - 13,3 %; Poconé - 12,9 %; e Cáceres - 11,9 %.

Ao longo dos anos restaram defasados os indicadores e dados sustentáveis do pantanal, de maneira mais recente Miranda, Paranho Filho & Pott (2018)[6], analisando as alterações na paisagem que podem causar impactos nos processos hidrológicos, mudando o pulso de inundação.

Referido trabalho analisou a cobertura vegetal do Pantanal no período de 2000, 2008 e 2015, projetando o estudo para 2030, apontando, não apenas o aumento de pastagens no período avaliado, mas também que a projeção indicaria que no Pantanal brasileiro a área será coberta por 78% de vegetação curta e apenas 14% de vegetação densa (arbóreo-arbustiva).

O bioma pantaneiro destaca-se não só por sua forte conotação ambiental, como também pelo desenvolvimento sustentável de seu território através da cultura local e da exploração econômica agropecuária há mais de 270 (duzentos e setenta) anos.

A demarcação do bioma Pantanal representa ainda assunto de repercussão internacional, observada a definição estabelecida pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no Programa "O Homem e a Biosfera" (COBRAMAB), pois

5. http://www.geocities.ws/serraverde/pantanal/caracteristicas.html

6. MIRANDA, C. S., PARANHO FILHO, A. C., POTT, A. *Changes in vegetation cover of the Pantanal wetland detected by Vegetation Index*: a strategy for conservation. Biota Neotropica. 18(1): e20160297. http://dx.doi. org/10.1590/1676-0611-BN-2016-0297. Acesso em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-06032018000100202>.

o Pantanal é considerado Reserva da Biosfera e Patrimônio da Humanidade desde 2000.

1 DIAGNÓSTICO LEGAL DA REGULAMENTAÇÃO DO BIOMA PANTANEIRO

O pantanal é comentado por vias legais não apenas na constituinte federal, mas também houveram regulamentações regionais, conforme se vê na Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, promulgada em 05 de outubro de 1989:

> Art. 224. A área do Pantanal Sul-Mato-Grossense localizada neste Estado constituirá área especial de proteção ambiental, cuja utilização se fará na forma da lei, assegurando a conservação do meio ambiente.
>
> Parágrafo único. O Estado criará e manterá mecanismos de ação conjunta com o Estado de Mato Grosso, com o objetivo de preservar o Pantanal e seus recursos naturais.

Em 26 de Fevereiro de 1982, o Estado de Mato Grosso do Sul publicou no Diário Oficial nº 779, a Lei Estadual nº 328, ainda vigente, que dispõe sobre a Proteção Ambiental do Pantanal Sul-Mato-Grossense, proibindo a instalação de destilaria de álcool e usinas de açúcar na área de Pantanal Sul-Mato-Grossense, representada pela Zona da Planície Pantaneira, bem como nas áreas adjacentes, representadas pela Zona do Chaco, Zona Serra da Bodoquena, Zona Depressão do Miranda e Zona Proteção da Planície Pantaneira, delimitadas de acordo com o anexo da lei.

Referida normativa infraconstitucional estadual, ainda vigente, garantiu também que além de tais proibições "*somente será concedida autorização para instalação de qualquer outro tipo de indústria na mesma área, se ficar evidenciado que seu funcionamento não concorrerá ou provocará poluição ambiental no Pantanal*" (art. 2º).

Com base na legislação acima, a Lei Estadual nº 2.256, de 09 de Julho de 2001 do estado de Mato Grosso do Sul, ainda vigente, criou o Conselho Estadual de Controle Ambiental – CECA, com competência para determinar estudos de consequências ambientais no projetos públicos ou privados, apreciação de estudos de impacto ambiental e relatórios de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente na área do Pantanal sul-mato-grossense (art. 2º, II).

Alguns anos após a constituinte estadual e este conjunto normativo supracitado, surge como novidade no Código Florestal atual, Lei Federal nº 12651, de 25 de maio de 2012, o art. 10, que antes não era previsto pela

legislação de 1965 (Lei Federal nº 4.771), trazendo o pantanal para este mesmo *codex* de áreas ambientais protegidas, enquadrando-o como área de uso restrito, tal como as áreas com inclinação de 25º a 45º, garantindo que:

> "Nos pantanais e planícies pantaneiras, é permitida a exploração ecologicamente sustentável, devendo-se considerar as recomendações técnicas dos órgãos oficiais de pesquisa, ficando novas supressões de vegetação nativa para uso alternativo do solo condicionadas à autorização do órgão estadual do meio ambiente, com base nas recomendações mencionadas neste artigo."

É neste contexto que, atualmente temos em pauta o Bioma Pantanal, em território mato-grossense e sul-mato-grossense em vias de regulamentação, sob os termos da legislação aplicável, demandando grande discussão entre diversos interessados acerca da definição do que seria a "exploração ecologicamente sustentável" deste bioma.

Diante da Lei Complementar nº 140/2011, que define a gestão descentralizada democrática e eficiente, harmonizando políticas e ações administrativas, sabe-se que é de competência comum a proteção, defesa e conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 3º, I), da mesma forma que é garantido o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II), bem como de maneira ainda mais específica garantindo uniformidade da política ambiental, respeitadas as peculiaridades regionais e locais (art. 3, IV).

Mesmo que já em discussões anteriores mais antigas do que o atual código florestal de 2012, o estado de Mato Grosso do Sul, antecipou-se em regulamentar sua parte do bioma pantaneiro enquanto área de uso restrito definida pelo referido art. 10 e fez promulgar os decretos estaduais nº 13.977/2014, 14014/2014, 14.272/2015 e 14.273/2015.

Na legislação citada, foi definido que a Área de Uso Restrito da planície inundável do Pantanal terá seus limites definidos pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico (SEMADE), com base em orientação de órgãos oficiais de pesquisa, e da Lei n° 3.839, de 28 de dezembro de 2009, referente ao Zoneamento Ecológico Econômico (ZEE).

Nesta "Área de Uso Restrito da Planície Inundável do Pantanal" (AUR, Bioma Pantanal) ficou definida a planície inundável do Pantanal como sendo área da planície pantaneira delimitada pelo Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado de Mato Grosso do Sul (ZEE-MS).

Este, por sua vez, foi instituído pela Lei nº 3.839, de 28 de dezembro de 2009, incluindo toda a Zona Planície Pantaneira (ZPP), fragmentos da Zona Depressão do Miranda (ZDM) e da Zona do Chaco (ZCH).

Todo este zoneamento segue orientação do trabalho científico de autoria de João dos Santos Vila da Silva e Myrian de Moura Abdon, publicado na revista Pesquisa Agropecuária Brasileira, v.33, número especial, p. 1703-1711, de outubro de 1998, intitulado "Delimitação do Pantanal Brasileiro e suas sub-regiões", a partir de sua adequação na escala de 1:50 mil.

De maneira acertada nesta regulamentação sul-mato-grossense, o Decreto Estadual nº 13.977, de 05/06/2014, trouxe no art. 17 a obrigatoriedade da oitiva da Embrapa Pantanal e da SEMAC – Secretaria de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia para levantamento, discussões e estabelecimento das recomendações técnicas, para tal exploração ecologicamente sustentável.

De tão peculiar o bioma e suas regiões que, no momento de sua regulamentação sul-mato-grossense, com as devidas recomendações da Embrapa, principalmente o intuito de reduzir a biomassa vegetal e evitar incêndios em épocas de estiagem, foi permitida até mesmo a pecuária em áreas de reserva legal, considerado seu baixo impacto ambiental (art. 4º), nos seguintes critérios:

> Art. 9º [...] § 2º É permitido o pastoreio extensivo pelo gado nas áreas de Reserva Legal, exclusivamente, sob os seguintes critérios:
>
> I - se a Reserva Legal não se restringir apenas a áreas florestais ou de vegetação nativa de porte arbóreo, e possuir em seu interior áreas de pastagens nativas;
>
> II - se o uso pecuário for efetuado de forma a reduzir a biomassa vegetal, e, consequentemente, o risco de incêndios florestais;
>
> III - se o uso pecuário não descaracterizar a cobertura vegetal e não prejudicar a conservação da vegetação nativa da área de Reserva Legal;
>
> IV - se o uso pecuário não comprometer a manutenção da diversidade de espécies e a resiliência da Reserva Legal.

Constam ainda não apenas permissões características das peculiaridades deste bioma e região, mas também algumas proibições também intrigantes, como a de que "*No interior da salina e na sua faixa marginal deverá ser evitada a concentração e o pernoite do gado*" (art. 4º, §2º), onde sabemos

que a aplicabilidade prática de tal dispositivo apresenta dificuldades de manejo.

Ainda com relação às atividades de baixo impacto ambiental realizadas na área de uso restrito do bioma pantanal sul-mato-grossense, define o mesmo Decreto Estadual nº 14.273/2015 as atividades que seguem:

> Art. 4º [...] § 3º Serão consideradas, também, como atividade de baixo impacto na Área de Uso Restrito da planície inundável do Pantanal e, neste caso, dispensadas de autorização ambiental:
>
> I - a limpeza de pastagens cultivadas, para as operações que envolvam o corte de plantas regeneradas ou invasoras, com circunferência na altura do peito (CAP) inferior a 32 cm, e que, eventualmente, gerem material lenhoso para utilização no local;
>
> II - a limpeza de áreas de campo nativo dominadas por espécies florestais invasoras e/ou dominantes, tais como: cambará (Vochysia divergens); pateira (Couepia uiti); pimenteira (Licania parvifolia); aromita (Acacia farnesiana); lixeira (Curatella americana); canjiqueira (Byrsonima orbignyana); entre outras, em locais que antes eram, comprovadamente, áreas de campo limpo.

Eis que, o desfecho de todo este enredo, sobre as permissões de utilização da área de uso restrito do bioma pantaneiro sul-mato-grossense acabaram por depender de prévio licenciamento do órgão ambiental

estadual [7], tendo sido criado ainda o critério de "relevância ecológica" [8], para supressão de vegetação nativa.

Em 2011, portanto, antes do novo Código Florestal, mas após ambas as constituintes e legislações infraconstitucionais estaduais comentadas, surge o Projeto de Lei do Senado nº 750/2011, no intuito de tratar da "Política de Gestão e Proteção do Bioma Pantanal", cuja definição do projeto de lei se baseia na localização geográfica da Bacia do Rio Paraguai.

Referido projeto de lei, procura fazer registro de algumas definições: I) sustentabilidade ambiental; II) planície alagável do Pantanal; III) corixo; IV) pulso de inundação; V) vereda; VI) capão; VII) mata ciliar; VIII) cordilheira; IX) várzea; X) vazante; XI) baía; XII) estrada-dique sem obras de arte; XIII) estrada-dique com obras de arte; XIV) estrada no Pantanal; XV) dique marginal natural; XVI) dique artificial; XVII) aterro; XVIII)

7. Art. 12. Consideram-se pré-requisitos, para a concessão de autorizações ou de licenças ambientais, a comprovação de que:
I - o imóvel rural está regularmente inscrito no Cadastro Ambiental Rural de Mato Grosso do Sul (CAR-MS);
II - o órgão ambiental competente não registrou infração administrativa, transitada em julgado nos últimos três anos, referente à supressão irregular de vegetação nativa no respectivo imóvel;
III - o manejo do gado nas pastagens nativas está sendo conduzido em atendimento às recomendações técnicas, voltado ao seu melhor rendimento e a conservar a qualidade, disponibilidade, diversidade e a capacidade de recuperação dessas pastagens;
IV - o manejo do gado nas pastagens cultivadas seja conduzido em atendimento às recomendações técnicas, com vistas ao seu melhor rendimento e a evitar ou a minimizar a sua degradação;
V - a limpeza das pastagens nativas e cultivadas, assim como o uso do fogo para manejo da vegetação campestre, está sendo conduzido conforme critérios estabelecidos pelo IMASUL;
VI - as áreas de Reserva Legal, de Preservação Permanente e, caso existente, as áreas de Mata Atlântica, de que trata o art. 14 da Lei Federal nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, estão sendo protegidas e utilizadas dentro das possibilidades legais.
Art. 13. Na Área de Uso Restrito da planície inundável do Pantanal, a supressão da vegetação nativa em propriedades rurais somente poderá ser realizada após prévio licenciamento no IMASUL.

8. Art. 14. Para a supressão de vegetação nativa, *a relevância ecológica deverá ser considerada* com o intuito de resguardar amostras representativas da diversidade dos tipos de vegetação (fitofisionomias), existentes na propriedade rural inserida na *Área de Uso Restrito da planície inundável do Pantanal.*
§ 1º Consideram-se resguardadas as amostras representativas da diversidade dos tipos de vegetação (fitofisionomias), quando:
I - a cobertura vegetal nativa das fitofisionomias (unidades de paisagens), representada pelas áreas de formações de cerrado com elevada densidade de árvores, e pelas formações florestais, estiver em percentual igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total destas áreas existentes na propriedade;
II - a cobertura vegetal nativa das fitofisionomias (unidades de paisagens), representada pelas áreas de formações campestres estiver em percentual igual ou superior a 40% (quarenta por cento) do total destas áreas existentes na propriedade.
§ 2º Para efeito do disposto neste artigo, a área da propriedade e os remanescentes de vegetação nativa a serem considerados deverão ter por base a situação existente em 28 de maio de 2012.

brejo em áreas de planície; XIX brejo em áreas de planalto; XX) meandro; XXI) murundum; XXII) povo e comunidades tradicionais; XXIII) pesca de subsistência; XXIV) atividades econômicas sustentáveis; XXV) modelo endógeno de produção; XXVI) área de conservação permanente; XXVII) bacia do rio Paraguai (art. 2º).

Além destes pontos, há ainda outras questões abordadas na proposta de regulamentação, trazendo ainda consigo uma nova definição, além das áreas protegidas do código florestal, ou seja, reserva legal e área de preservação permanente, sendo as áreas se "conservação" permanente, já que terminologicamente conservação, significa proteção dos recursos naturais, com a utilização racional, enquanto preservação visa à integridade e à perenidade de tal proteção.

Curiosamente este projeto ganhou novo fôlego após o novo Código Florestal e as regulamentações sul-mato-grossenses, servindo então como pauta de muitas audiências públicas, eventos, congressos e reuniões para tentativas de conciliação de todos estes interesses que envolvem o uso ecologicamente sustentável do bioma.

Há ainda muitas discussões controvertidas não só quanto à exploração ecologicamente sustentável, mas ainda mais grave a falta de indicadores quanto ao mapeamento do Bioma para regulamenta-lo de maneira a garantir segurança jurídica para a comunidade local, sem discussões ideológicas ou subjetivas, prestigiando a fitofisionomia e outras ciências mais adequadas para definir o uso territorial atendendo à função social das propriedades ali existentes.

Antes de regulamentar um território tão peculiar, é necessário levantamento de indicadores e dados sobre aspectos da sustentabilidade, idiossincrasias e sua respectiva análise em relação com o bioma, do ponto de vista social, como educação, território e territorialidade, histórico e desenvolvimento local; ambiental, como a ecologia, a fitofisionomia e demais ciências capazes de definir o uso territorial atendendo à função social das propriedades; e economia, conhecendo a base da geração de renda local e seus agentes.

Um ponto muito importante é que, quando se fala em regulamentação do pantanal, logo associa-se a ideia de meio ambiente à natureza e nesta ótica a regulamentação deixaria de contemplar outros aspectos, já que a interpreta do meio ambiente de maneira restrita, considera apenas sua recursos naturais, solo, água, fauna e flora, chamado pela doutrina de meio ambiente natural (FIGUEIREDO, 2012, p. 59-73), quando na verdade, se deveria regulamentar o pantanal e o meio ambiente em seu conceito mais

amplo, o que abrange também o meio ambiente artificial ou construído, representado pela cultura local, onde a educação ambiental cumpriria um papel extremamente importante para a integração do conhecimento territorial e social (HONDA, 1998, p. 115-117).

Enfim, o processo de ordenamento espacial produtivo está ligado à gestão de uso dos recursos naturais, onde se busca respostas para determinar como "retirar desse processo os melhores resultados, ou seja, maximizar os resultados sociais e econômicos, o que nos dias atuais pode contar até mesmo com alta tecnologia de monitoramento remoto eco dinâmico e socioambiental.

2 PANTANAL E SUSTENTABILIDADE

Pesquisas já realizadas com relação a idiossincrasias ambientais no pantanal (MAURO, SILVA e SILVA, 2014), apontam que a manutenção das atividades agropecuárias, tanto quanto unidades de conservação, são responsáveis por uma paisagem amplamente conservada no pantanal, sem qualquer prejuízo da exploração natural.

A gestão de um bioma tão complexo e sazonal como o pantanal, que envolve desenvolvimento local frente à possibilidade de exploração ecologicamente sustentável, não deve ser feita de maneira apressada e sem auxílio dos agentes locais, nem sem levantamentos de dados que possam impactar nas vertentes da sustentabilidade, deve abranger estudo de dados sobre a eficiência de sistemas gestores locais para instrumentalizar a gestão colaborativa.

Do ponto de vista ambiental é interessante o estudo da gestão do bioma pantaneiro sul-mato-grossense, desde que com aprovação de planos de manejo fundamentados em indicadores e dados locais, ou seja, trabalhar previamente tais números para não se deixar levar em questões conservacionistas ideológicas, inviabilizando atividades sociais, econômicas e ambientais já sustentáveis e enraizadas no local.

Também o direcionamento de recursos públicos já existentes em fundos específicos para educação ambiental, já que, é extremamente mais eficiente o trabalho de educação ambiental para manutenção de um bioma, ao contrário do excesso de regulamentação e punições.

Segundo levantamentos do Serviço Florestal Brasileiro em boletim especial de quatro anos do Cadastro Ambiental Rural[9], atualizado em 29

9. Serviço Florestal Brasileiro, disponível em <http://www.imasul.ms.gov.br/conservacao-ambiental/gestao-de-unidades-de-conservacao/>, acesso em 05 de julho de 2018.

de maio de 2018, o Mato Grosso do Sul possui 10.503.800 hectares de remanescente de vegetação nativa, representando 34,2% da área total declarada no CAR dos imóveis rurais do estado.

O mesmo boletim informativo declara 869.003 hectares de áreas de preservação permanente e 6.011.050 hectares de reserva legal, sendo, respectivamente 2,8% e 19,5% da área total declarada no CAR dos imóveis rurais do estado. O estado, soma, portanto, um ativo ambiental de 56,6% da área total declarada no CAR dos imóveis rurais do estado.

Com informações do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, há algumas divergências entre as informações sobre as unidades de conservação estaduais, em algumas fontes[10] apontando 10 (dez) unidades, noutras[11] 11 (onze) unidades, com gerência vinculada ao órgão ambiental estadual.

Ainda segundo o IMASUL[12], com atualização em 06 de outubro de 2015, em unidades de conservação de proteção integral, o estado possui 0,86% da área estadual, 040% em Reservas Particulares do Patrimônio Natural (RPPN), 13,64% em Áreas de Preservação Ambiental (APA), totalizando, no estado, 14,90% em área estadual voltadas a unidades de conservação.

Por sua vez, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – MMA responsável pelas unidades de conservação federais, não aponta unidades de conservação no pantanal sul-mato-grossense, mas apenas no estado vizinho do Mato Grosso, o qual possui três parques e outras RPPNs.

Por outra abordagem o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai[13], que inclui não apenas o pantanal, como toda a bacia hidrográfica que pertente, apresentado pela Agência Nacional de Águas em março de 2018, indica nas folhas 248-250 de seu relatório final, a existência de 01 (um) parque federal, 03 (três) parques municipais, 03 (três) parque estaduais, 06 (seis) monumentos naturais municipais,

10. Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, disponível em <http://www.imasul.ms.gov.br/setores/gerencias/unidades-de-conservacao/>, acesso em 05 de julho de 2018.
11. Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, disponível em < http://www.imasul.ms.gov.br/setores/gerencias/unidades-de-conservacao/>, acesso em 05 de julho de 2018.
12. Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, disponível em < http://www.imasul.ms.gov.br/conservacao-ambiental/gestao-de-unidades-de-conservacao/>, acesso em 05 de julho de 2018.
13. Agência Nacional de Águas - ANA, disponível em < http://arquivos.ana.gov.br/portal/RH-Paraguai/Plano.pdf>, acesso em 05 de julho de 2018.

02 (seis) monumentos naturais estaduais, 42 (quarenta e duas) reservas particulares do patrimônio natural e 18 (dezoito) áreas de preservação ambiental.

Em termos de recursos hídricos, a Agência Nacional de Águas – ANA, dentre as 12 (doze) regiões hidrográficas brasileiras, situa o pantanal dentro da região da Bacia Hidrográfica Paraguai, a qual totaliza ocupação de 4,3% do território brasileiro, abrangendo parte dos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, o que inclui a maior parte do Pantanal-mato-grossense, a maior área úmida contínua do planeta[14].

Com informações da Agência Nacional de Águas em análise conjunta com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[15], na Região Hidrográfica do Paraguai moram 2,16 milhões de pessoas, 87% em áreas urbanas, 74 (setenta e quatro) cidades com maior contingente populacional em Várzea Grande (MT), Rondonópolis (MT), Corumbá (MS), Cáceres (MT), Tangará da Serra (MT) e Aquidauana (MS).

Segundo o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai[16], a menor parcela de déficit de vegetação nativa em APPs e RLs na RH-Paraguai encontra-se no bioma pantanal, sendo 5% (cinco por cento), o percentual restante representa 65% de déficit no Cerrado e 30% de déficit na Amazônia. Deste percentual, seriam 73% déficit de vegetação nativa em APPs e RLs no Mato Grosso e 27% no Mato Grosso do Sul.

O mesmo relatório também aponta que a área da planície pantaneira apresenta baixa densidade demográfica na RHParaguai, com 6,10 hab/km², a segunda menor do país, cuja média brasileira seria de 22,4 hab./km², segundo IBGE 2010.

Ainda sob a ótica ambiental, a gestão do bioma poderá ser aprimorada com o pagamento por serviços ambientais sob a ótica do princípio do protetor-recebedor, também retomar discussões de inserção no mercado internacional de crédito de carbono diante do uso e ocupação do solo de maneira sustentável e os acordos de cooperação internacional.

Imaginando um bioma como este, devidamente certificado, neste sentido, serão concedidos os direitos a créditos de carbono, comerciáveis

14. Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, disponível em <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/as-12-regioes-hidrograficas-brasileiras/paraguai>, acesso em 05 de julho de 2018.

15. Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul, disponível em < http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/noticias/mato-grosso-do-sul-sedia-reunioes-para-discutir-plano-de-recursos-hidricos-da-regiao-hidrografica-do-paraguai>, acesso em 05 de julho de 2018.

16. Agência Nacional de Águas - ANA, disponível em < http://arquivos.ana.gov.br/portal/RH-Paraguai/Plano.pdf>, acesso em 05 de julho de 2018.

com os países que têm metas a cumprir, comercialização esta, no Brasil, feita por intermédio de leilões promovidos pela BM&FBOVESPA, a pedido de entidades públicas ou privadas.

Sob o ponto de vista econômico há ainda que se considerar a atividade pecuária bovina, já que é a principal fonte de renda e desenvolvimento da região, desenvolvida há mais de 270 (duzentos e setenta) anos cuja compatibilização é necessária para o desenvolvimento econômico e social do Pantanal, com a preservação, a melhoria e a estabilidade do meio ambiente, permanecendo as atividades já implantadas e/ou consolidadas.

O mesmo Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai[17], relata que "*A pecuária, mais especificamente a bovinocultura de corte, é uma das atividades mais tradicionais na RH-Paraguai, sendo desenvolvida tanto na região de planalto como na planície pantaneira, ocupando cerca de 31% da área total da região hidrográfica*".

Segundo o relatório acima, o rebanho bovino na RH-Paraguai oscila entre 7% e 9% do total, estabilizando em 2015 com aproximadamente 19,5 milhões de cabeças, conforme dados da Pesquisa Pecuária Municipal – PPM do IBGE.

Segundo estudos da EMBRAPA, "Não há dúvida de que a conservação dessas paisagens está atrelada ao manejo adequado dos recursos naturais realizado pelo homem pantaneiro. Ou seja, o modelo de pecuária bovina extensiva chegou a um "equilíbrio" entre o gado e a natureza" (Pecuária de corte no Pantanal – WWF-Brasil e EMBRAPA PANTANAL, pág.5).

A organização não-governamental WWF, por sua vez, em seu endereço eletrônico[18], ratifica que a pecuária bovina de corte faz parte da tradição pantaneira há mais de 200 anos, responsável por cerca de 65% da atividade econômica nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, destacando ainda o estabelecimento do padrão de ocupação do espaço geográfico, também fundamental para as ações de conservação no Pantanal, onde a "pecuária orgânica certificada" se mostra como uma alternativa sustentável para a região.

Esta organização sustentável das atividades econômicas pantaneiras já culminou em um processo de garantia de origem e rastreabilidade da

17. Agência Nacional de Águas - ANA, disponível em < http://arquivos.ana.gov.br/portal/RH-Paraguai/Plano.pdf>, acesso em 05 de julho de 2018.

18. WWF, disponível em <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/nossas_solucoes_no_pantanal/desenvolvimento_sustentavel_no_pantanal/pecuaria_sustentavel_no_pantanal/>, acesso em 05 de julho de 2018.

cadeia produtiva pecuária pantaneira desde 2003 com apoio da WWF Brasil e da Associação Brasileira de Produtores Orgânicos (ABPO), afirmando preservação de 82% da planície pantaneira e a certificação de mais de 180 mil hectares com pecuária sustentável, só no Mato Grosso do Sul, o "Protocolo de Carne Sustentável", lançado em outubro de 2017 como pioneiro no país.

Planejamento estratégico agropecuário se tornou fundamental, para que se possa tentar compreender essa dinâmica territorial, identificar as principais tendências em curso, antevendo no curto e médio prazo cenários diferenciados e futuros possíveis para a agropecuária nacional e para os agentes sociais, econômicos e políticos a ela associados (BUAINAIN, 2014).

> Já citado o Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai[19], apresentado pela Agência Nacional de Águas em março de 2018, por sua vez, relata em capítulo próprio as atividades econômicas que compõe de maneira geral a referida região hidrográfica, categórico ao afirmar:
>
> O setor agropecuário é de grande importância econômica para a RH-Paraguai: o Valor Agregado Bruto (VAB) Agropecuário registrado na RH em 2014 foi de cerca de R$ 7,5 milhões, representando 24% do VAB Agropecuário dos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e 3% do nacional (IBGE, 2016b).
>
> A agricultura ocupa cerca de 7% da área total da RH-Paraguai, sendo praticada majoritariamente no planalto; no Pantanal, tem pouca expressão como atividade econômica, devido ao alagamento sazonal das planícies e dos solos pobres das áreas mais elevadas.
>
> De acordo com a Pesquisa Produção Agrícola Municipal – PAM do IBGE (data-base 2015), o uso agrícola nos municípios com sede urbana inserida na RH-Paraguai totalizou aproximadamente 3,6 milhões de hectares plantados e 31,1 milhões de toneladas produzidas em 2015. Em comparação com o total nacional, o valor corresponde a cerca de 5% da área (76,8 milhões de hectares) e 3% da produção nacional (1,04 bi de toneladas). [...]

E na visão social há peculiaridades sobre a territorialidade do homem pantaneiro, idiossincrasia e utilização do território com a manutenção dos traços culturais.

19. Agência Nacional de Águas - ANA, disponível em <http://arquivos.ana.gov.br/portal/RH-Paraguai/Plano.pdf>, acesso em 05 de julho de 2018.

Por lei, também há o reconhecimento de "*Povos e Comunidades Tradicionais*", enquanto 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, o que se faz por meio do Decreto Federal nº. 6.040/2000.

O homem pantaneiro se harmoniza com o meio ambiente e por incrível que pareça com o pulso das inundações pantaneiras muitas vezes completamente ausente dos centros urbanos, retirando da natureza elementos para utilização medicinal, fonte de renda e de alimento.

O legislador brasileiro costumeiramente tem atuado de forma a proteger o meio ambiente penalizando infratores, na lógica de educação à base de multas, o que ocorre na maioria dos órgãos ambientais estaduais do nosso país, sendo exceção os que buscam educar ambientalmente antes de aplicar vultuosas multas pecuniárias.

Não por outro motivo o Código Florestal atual, Lei Federal nº 12.651/2012, garante em seu art. 41 que o Poder Executivo Federal deve instituir programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, sob um claro discurso de sustentabilidade ecológica tendo por linha de ação, "o pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais" (inciso I), integrando sistemas em âmbito nacional e estadual (§5º).

Independente das regulamentações, normativas e políticas públicas, o mercado e o consumidor têm ditado as regras quanto aos produtos ofertados pelo setor agropecuário em obediência à sustentabilidade e às certificações internacionais.

O Brasil é conhecido internacionalmente no comércio exterior, dentre outros fatores, graças aos avanços do agronegócio, setor este que tem sido responsável por resistir às crises institucionais em que passa o país, apresentando sempre saldo positivo, de maneira que, este aumento na atividade externa do agronegócio, historicamente se deve a uma série de fatores, principalmente oriundos de políticas públicas em diversos segmentos, como a pesquisa, assistência técnica, meio ambiente, produção, crédito e tecnologia.

Neves (2012, p. 13-16) lembra também que esta evolução ambiental é caracterizada por uma grande oportunidade aberta ao Brasil para liderar uma pauta de economia verde e do menor carbono, através das

referidas certificações e pagamentos por serviços ambientais, estimulando a produção de maior escala com menores áreas, reduzindo perdas, que, na maioria das vezes atribuídas à falta de gestão e conhecimento destes atuais instrumentos legais criados pelas políticas públicas ambientais.

Este desafio do crescimento econômico em compatibilidade com a preservação ambiental leva aos acordos internacionais entre estes grandes *players* do mercado externo, mantendo o equilíbrio competitivo e o cumprimento dos desafios da sustentabilidade sem extrapolar limites.

No estado de Mato Grosso do Sul, o governo estadual implementou, após publicação no Diário Oficial de 10 de Março de 2017, o Comitê Estadual da Reserva da Biosfera do Pantanal de Mato Grosso do Sul (CERBPan-MS), instituído pelo Decreto nº 14.675, de 9 de março de 2017, com objetivo de coordenar a implantação da Reserva da Biosfera do Pantanal (RBPan), em conformidade com as diretrizes do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera do Pantanal, da Comissão Brasileira para o Programa "O Homem e a Biosfera" (COMBRAMaB) e da Rede Brasileira de Reservas da Biosfera.

Também se destaca como competência do mesmo comitê, a promoção e integração dos municípios, comunidades locais, organizações não governamentais, centros de pesquisa e segmentos da iniciativa privada nas ações de implementação da Reserva da Biosfera do Pantanal (RBPan).

Ocorre que, para todas estas ferramentas ao regulamentar um bioma, na qualidade de uma política pública de gestão sustentável, somente passaria a fazer sentido a utilização de uma ou mais destas ferramentas quando apresentados indicadores com justificativa de base técnica e científica, aliados à interpretação jurídica, evitando gestão fragmentada e sem articulação com visão sistêmica de todo o bioma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Políticas públicas de regulamentação de biomas apresentarão bom desempenho, além de bom planejamento estratégico, se avaliadas as ações sob os pontos de vista ético, político, social, econômico e ambiental, materializando-se por meio da ação concreta dos próprios sujeitos sociais e de atividades institucionais.

Há necessidade da análise de indicadores que apontem a melhor regulamentação do bioma pantanal, tal como indicadores de capacidades-competências-habilidades territoriais sob o ponto de vista social, ambiental e econômico; indicadores de contribuição dos agentes internos e externos

na gestão e controle do bioma pantaneiro; a perspectiva de construção social para o desenvolvimento sustentável da região e os fatores históricos e culturais, dada a ocupação temporal antrópica preexistente.

Sugere-se trabalhar a convergência e a divergência das polícias públicas agroambientais existentes, observadas por indicadores de desenvolvimento local, para a regulamentação adequada e sustentável do bioma pantanal sul-mato-grossense.

Somente depois desta análise é que se deve caminhar para o estudo dos instrumentos jurídicos já existentes nas políticas públicas agroambientais brasileiras para determinar a regulamentação mais eficaz no território pantaneiro.

Há uma preocupação com a excessiva federalização do território brasileiro em áreas inviabilizadas por políticas públicas ambientais preservacionistas, ao mesmo tempo em que o pantanal, enquanto região hidrográfica, atravessa momento crucial no caminho rumo à sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

BUAINAIN, A. M.; ALVES, E.; SILVEIRA, J. M. da; NAVARRO, Z. (Org.). O mundo rural no Brasil do século 21: a formação de um novo padrão agrário e agrícola. Brasília, DF: Embrapa, 2014. 1182 p. Disponível em: https://www3.eco.unicamp.br/nea/images/arquivos/ O_MUNDO_RURAL_2014.pdf. Acesso em 01 jun 2017.

Censo 2006 do IBGE. Número de estabelecimentos e Área dos estabelecimentos agropecuários. Disponível em: http://www2.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/listabl.asp?z=t&o=11&i=P&c=1244

Grupo de Inteligência Territorial Estratégica – GITE. Disponível em: https://www.embrapa.br/gite/

GRAZIANO, Xico e NAVARRO, Zander. Novo Mundo Rural: a antiga questão agrária e os caminhos futuros da agropecuária no Brasil. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

HONDA, Neide. Educação no Pantanal: a atuação da Base de Estudos da UFMS na região do Passo do Lontra. Campo Grande/MS: UFMS, 1998.

MAURO, Rodney Arruda; SILVA, Marta Pereira da; SILVA, João dos Santos Vila da. Idiossincrasias ambientais da unidade de planejamento e

gerenciamento do Rio Negro, Pantanal, Mato Grosso do Sul. *In:* Anais... Revista GeoPantanal, Vol. 9, n. 16, 2014.

MATO GROSO DO SUL. Lei n. 328, de 25 de Fevereiro de 1982. Dispõe sobre a Proteção Ambiental do Pantanal Sul-Mato-Grossense. Diário Oficial [do] Estado de Mato Grosso do Sul. 26 fev., 1982. http://aacpdappls.net.ms.gov.br

MATO GROSO DO SUL. Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989. Diário Oficial [do] Estado de Mato Grosso do Sul. 05 out., 1989. http://aacpdappls.net.ms.gov.br

MATO GROSO DO SUL. Lei n. 2.256, de 09 de Julho de 2001. Dispõe sobre o Conselho Estadual de Controle Ambiental, e dá outras providências. Diário Oficial [do] Estado de Mato Grosso do Sul. 10 jul., 2000. http://aacpdappls.net.ms.gov.br

MIRANDA, C. S., PARANHO FILHO, A. C., POTT, A. Changes in vegetation cover of the Pantanal wetland detected by Vegetation Index: a strategy for conservation. Biota Neotropica. 18(1):e20160297. http://dx.doi.org/10.1590/1676-0611-BN-2016-0297. Acesso em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-06032018000100202>.

MIRANDA, Evaristo de. Gestão Territorial do Agronegócio: Uma Inovação Tecnológica. Disponível em: <http://www.evaristodemiranda.com.br/artigos-tecnicos/gestao-territorial-do-agronegocio-uma-inovacao-tecnologica>. Acesso em 09.11.2016.

MIRANDA, Evaristo de. Agricultura No Brasil do Século XXI. São Paulo, SP: Metalivros, 2013.

NEVES, Marcos Fava. Doutor Agro. São Paulo: Editora Gente, 2012.

Serviço Florestal Brasileiro - Números do Cadastro Ambiental Rural. Disponível em: http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car

SILVA, Mauro Henrique Soares. O Pantanal Sul Mato-Grossense um Meio Ambiente Territorializado. *In:* Anais... Fórum Ambiental da Alta Paulista, Vol. 9, n. 07, 2013.

CAPÍTULO 21

A TEORIA DO FATO CONSUMADO E AS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 613 DO STJ NO DIREITO AMBIENTAL

RICARDO CARNEIRO
CECÍLIA BICALHO FERNANDES

INTRODUÇÃO

O art. 225 da CR/1988, muito mais do que reconhecer um direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagra um dever imposto ao Poder Público e à coletividade em geral, no sentido de defender e preservar o equilíbrio ecológico essencial à sadia qualidade de vida.

Note-se, pois, que tanto o Poder Público quanto a generalidade dos indivíduos possuem a obrigação de promover a proteção do meio ambiente, de forma a assegurar que as futuras gerações não venham a ter a capacidade de satisfação de suas necessidades irremediavelmente prejudicada.

Disso resulta que o Estado — expressão da organização política da sociedade — deve estabelecer um conjunto de políticas direcionadas a promover a proteção do meio ambiente.

Por outro lado, a sociedade é também convocada a exercer nesse campo papel ativo, quer seja exigindo que o Poder Público atue no sentido de propiciar as bases concretas da sustentabilidade do desenvolvimento econômico, quer adequando as condutas individuais à necessidade de conservação dos recursos ambientais.

Na concretização desses deveres impostos constitucionalmente, ao Poder Público se impõe o encargo de legislar sobre a adequada tutela dos recursos ambientais, de modo a estabelecer normas primárias que deem concretude às cláusulas abertas e conceitos indeterminados consagrados pelo *Poder Constituinte Originário*, retirando-as do plano abstrato de enunciação principiológica, para densificar seu conteúdo material e conferir-lhes elementos objetivos de aplicabilidade.

Deve-se considerar, nesse propósito, que a orientação que deflui da matriz constitucional não consagra a regra da intocabilidade do meio ambiente, mas, ao contrário, a da utilização equilibrada e racional (ANTUNES, 2003, p. 282),[1] não sendo por outro motivo que o art. 170, inciso VI da Constituição da República estipula, como princípio da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Na legislação ordinária, essa regra se materializa no art. 4º, inciso I da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece como o primeiro dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a *compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*.

Dessa forma, se a defesa do meio ambiente e a garantia da sustentabilidade do desenvolvimento erigem-se ao *status* de preceitos fundamentais, é no nível da infraordenação constitucional que essas matérias encontram adequado ajustamento à realidade socioeconômica, cabendo precipuamente, portanto, ao legislador ordinário o papel de decidir sobre a forma e os instrumentos meio meio dos quais devam ser compreendidos e implementados os valores subjacentes à preservação ecossistêmica.

No Brasil, existem milhares de atos normativos que regulam a utilização dos recursos naturais, visando ao atendimento dos preceitos constitucionais e legais anteriormente expostos, sendo certo que a constante evolução deste complexo arcabouço normativo e as correlatas interpretações que dele decorrem, podem gerar situações de instabilidade e até mesmo de insegurança jurídica, causando, por certo, divergências em sua aplicação casuística.

O objetivo desse trabalho é, portanto, o de discorrer sobre as premissas básicas e fundamentais que correlacionam os institutos constitucionais do direito adquirido e da segurança jurídica com a Súmula

1. Cf. ANTUNES, 2003, p. 282.

nº 613 recém editada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual fica vedada, expressamente, a aplicação da *teoria do fato consumado* em sede de direito ambiental.

1 QUESTÕES PRELIMINARES: O DIREITO ADQUIRIDO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A doutrina atual ainda não logrou fixar com precisão os contornos conceituais do *direito adquirido*, disputando a preferência dos autores as teorias reconhecidas como subjetivistas — assentadas na incorporação do direito ao patrimônio individual —, e objetivistas — erguidas a partir das situações jurídicas concretamente criadas e inseridas na órbita de incidência da lei (SILVA, 2003, p. 104).[2]

Apesar da falta de uniformidade no entendimento da matéria, costumam os tratadistas reconhecer que a Lei de Introdução ao Código Civil tomou direção claramente *objetivista* (SILVA PEREIRA, 1989, p. 114),[3] considerando como adquiridos, os direitos que seu titular ou alguém por ele, possa fazer atuar, bem como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem.

Refere-se a Lei, portanto, aos direitos definitivamente titularizados pelo sujeito, sejam os que já foram por ele realizados, sejam os que dependam de um prazo determinado para fruição ou de cláusula condicional imodificável a critério de alguém.

Dessa forma, mesmo que o direito subjetivo não tenha sido exercido, converte-se ele em direito adquirido sob o pálio da lei nova, representando uma prerrogativa que poderia ter-se efetivado e que, por isso mesmo, remanesce sob o domínio da vontade do titular em face das normas ulteriormente editadas (SILVA, 2003, p. 134).[4]

Em síntese, o critério adotado pela lei brasileira considera como adquirido o direito apto a ser exercitado segundo a lei vigente ao tempo do fato que lhe deu origem, avultando, assim, em importância, os momentos ligados à formação, à constituição e à efetiva aquisição do direito subjetivo vindicado.

Transpondo esses subsídios para a matéria ambiental, poderíamos avaliar se seria possível, por exemplo, conferir compreensão ampliativa

2. SILVA, 2003, 104.
3. SILVA PEREIRA, 1989, p. 114.
4. SILVA, 2003, p. 134.

à Lei nº 9.985, de 08 de julho de 2000 — a qual regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC —, para que os empreendimentos que a ela antecederam possam desfrutar do direito adquirido a não sofrerem a incidência de compensações ambientais.

Numa abordagem superficial do problema, poder-se-ia compreender que a compensação seria exigível em estreita conformidade com o marco temporal da implantação da obra, que se acaso ocorrida antes da Lei do SNUC, neutralizaria a incidência desse encargo.

Por essa linhagem interpretativa, se a atividade fora instalada ao tempo em que as normas então vigentes desconheciam o instituto da compensação ambiental, seria descabida sua cobrança posterior, havendo, por parte do interessado, direito subjetivo de se licenciar em qualquer época, sem se submeter a tais injunções financeiras.

Não se podendo desconhecer que a obrigação licenciatória somente veio a se materializar em lei nos albores da década de 1980, impõe-se ressaltar que, se em tal circunstância, a proteção ao direito adquirido pudesse ser invocada com tamanho elastério e envergadura, não só da compensação, mas também do próprio licenciamento ambiental estaria imunizado o empreendedor, isentando-se de todas as exigências, padrões e condições a ele inerentes.

Com total razão Fernanda Viana de Carvalho, para quem:

> Admitir-se a existência de direito adquirido à não compensação por já ter sido ultrapassado o momento da implantação do empreendimento equivaleria a afirmar que o licenciamento corretivo de empreendimentos anteriores à Lei nº 6.938/81 seria inconstitucional.[5]

Na verdade, conforme de há muito pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em questões relacionadas a regras funcionais ou remuneratórias de servidor público, não há direito adquirido à manutenção de um determinado regime jurídico, sendo viável a extensão lógica desse entendimento às hipóteses em que inexistirem regras conformativas dos fatos da vida em sociedade.

Ou seja, respeitados eventuais direitos pré-constituídos, ninguém está a salvo das investidas do legislador sobre a realidade socioeconômica, não se desobrigando em relação às normas que venham a estabelecer uma disciplina regulamentar dantes inexistente (que passam a ter efeito imediato) ou imprimir alterações no sistema anteriormente adotado.

5. CARVALHO, 2004, p. 338.

No caso, porém, da compensação ancorada no art. 36 da Lei nº 9.985/2000, trata-se, de mecanismo integrativo do juízo de viabilidade ambiental, compondo o plexo de escolhas sociais e políticas encetadas no bojo do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e respectivo Relatório – RIMA, que configura procedimento administrativo impertinente à adequação licenciatória de atividades antigas, noutrora instaladas.

E nisso reside precisamente o direito adquirido de quem já se tenha implantado antes da Lei do SNUC: o de proceder à regularização de sua atividade ou à renovação de suas licenças ambientais, não se sujeitando ao exame de conveniência ambiental, nem tampouco, por conseguinte, a quaisquer exigências de caráter compensatório.

Importante observar que o direito adquirido aqui denunciado não se afirma em detrimento da medida compensatória em si mesma considerada, nem se levanta na busca da preservação do regime jurídico a ela precedente, referindo-se, antes sim, à necessidade de o interessado submeter-se a processo renovatório expungido da fase de viabilidade ambiental, em cuja essência e etiologia se insere esta cobrança pecuniária.

Ressalte-se que o perfil de ordem pública[6] subjacente às leis ambientais não é suficiente para contra ela obstruir a invocação do direito adquirido, tendo já o STF decidido que "*o disposto no art. 5°, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público ou lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva*"[7]. É essa também a lição magistral de Caio Mário da Silva Pereira:

> [...] cumpre assinalar que a idéia de direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não o pode ofender.[8]

De fato, ao cuidar de alterações que impactam direitos e interesses particulares e coletivos, a estabilidade do ordenamento jurídico reclama uma certa continuidade normativa, evitando, assim, o desrespeito a

6. Sobre a relação entre situações consolidadas e leis de ordem pública ver: SAMPAIO, 2005, p. 208-215.

7. Cf. ADI n° 493-0/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.1992. Ver também: RE n° 202.584, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.11.1996.

8. SILVA PEREIRA, 1989, p. 115.

situações protegidas em razão da confiança depositada por todos os partícipes de uma determinada relação jurídica.

Em matéria de direito público, ainda mais complexo, deve-se zelar para que eventual alteração de política, orientação ou entendimento, quando for o caso, ocorra de forma gradual e prudente, sob pena de violação da segurança jurídica. Humberto Ávila (2016, p. 619)[9] ensina que:

> Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos. Nesse sentido, a calculabilidade impede não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas. Quando há uma norma vigente que bruscamente é modificada por outra, que institui uma nova consequência normativa, bastante diversa e mais restritiva que aquela prevista pela norma anterior, há a perda de estabilidade para o ordenamento jurídico, visto que os cidadãos terminam surpreendidos pela modificação, pois, confiando na estabilidade temporal do ordenamento jurídico, têm enganada a sua expectativa de que a norma anterior iria continuar vigendo. Daí decorrer da exigência de continuidade normativa o dever de evitar mudanças abruptas, desconexas ou inconsistentes, temperando a mudança e atribuindo ao Direito um ritmo estável. Isso não quer dizer – reitera-se – que o Direito deva torna-se imutável; quer dizer, em vez disso, que a mudança deverá causar o menor trauma, a menor comoção, às relações jurídicas passadas. Isso significa, portanto, que o princípio da segurança jurídica exige – no dizer de Zimmer – uma gestão prudencial do tempo no Direito. Como lembra figurativamente Ost, assim como a Música e a Dança, o Direito é ritmo e medida. Essa obrigatoriedade de moderação na alteração traz grandes implicações práticas. No tocante às leis, é a própria segurança jurídica que exige a instituição de um prazo razoável entre a publicação da inovação e a sua eficácia e o estabelecimento de regras de transição entre o regime jurídico anterior e o novo.

O mesmo deve ocorrer em relação aos atos administrativos, os quais, ainda que estejam vinculados à lei, igualmente não devem surpreender os destinatários com mudanças de entendimento, no âmbito de competência da Administração Pública.

Sendo assim, também as mudanças administrativas, além de só poderem verter para fatos ocorridos após sua introdução, devem vir

9. ÁVILA, 2016, p. 619.

acompanhadas de prazos de adaptação e de regras de transição, ainda mais quando provocarem restrição a direitos fundamentais dos destinatários.[10]

Para Mendes e Branco (2018, p. 406):[11]

> A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica, tornando imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.
>
> Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave.
>
> Assim, ainda que seja possível invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer tabula rasa de determinadas situações jurídicas.

E não poderia ser diferente, já que o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República dispõe que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Para Celso Bastos (1994, p. 43):[12]

> [O direito adquirido] constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra."
>
> [O ato jurídico perfeito] É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. (...) Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

Conforme pode ser verificado, justamente por ter caráter imediato e geral que a lei nova "não pode atingir a situação jurídica definitivamente constituída sob a égide da lei anterior, sob pena de se comprometer a segurança jurídica do nosso sistema" (BRAGA, 2004, p. 86).[13]

10. ÁVILA, 2016, p. 620.
11. MENDES; BRANCO, 2018, p. 406.
12. BASTOS, 1994, p. 43.
13. BRAGA, 2004, p. 86.

Essa premissa parece clara, todavia, quando a discussão se restringe ao direito privado. Tratando-se, no entanto, da edição de leis e atos regulamentares de ordem pública, como aqueles atinentes à proteção do meio ambiente, acaba-se tornando ainda mais complexo o chamamento à aplicação do direito adquirido.

A propósito, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF:

> A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado — que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo — não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade. (RE 204.769/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 14/03/1997)

Por certo, em face da insuficiência do direito adquirido para proteger situações consolidadas no tempo, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma ideia menos precisa e, por isso mesmo, menos abrangente, que esbarra no princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito (MENDES; BRANCO, 2018).[14]

Por essa razão, vem mesmo se afirmando na doutrina e na jurisprudência do próprio STF, a partir da posição inicialmente exposta por Gilmar Mendes (2018), que "situações ou atitudes consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude".[15]

Certamente, se estamos diante de um fato jurídico que foi levado à consecução de acordo com a lei do tempo em que se formalizou ou produziu efeitos e, mais, que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo, não há como afastar a ocorrência do direito adquirido (BRAGA, 2004, p. 86).[16]

Nesse contexto, assume especial relevância o debate sobre a anulação de atos administrativos em decorrência de eventual ilicitude, bem assim a controvérsia sobre a legitimidade ou não da revogação de certos atos administrativos após decorrido determinado prazo.

14. MENDES, BRANCO, 2018, p. 407.
15. MENDES, BRANCO, 2018, p. 406.
16. BRAGA, 2004, p. 86.

Em geral, associam-se aqui elementos de variada ordem ligados à boa-fé da pessoa afetada pela medida, à confiança depositada na inalterabilidade da situação e ao decurso de tempo razoável (MENDES, BRANCO, 2018),[17] o que evoca a fórmula latina do nemo potest venire contra factum proprium (a ninguém se permite vir contra ato próprio).

Essa máxima proverbial traduz o exercício de uma posição jurídica em desacordo com o comportamento assumido anteriormente pelo agente, o que evoca a ideia de duas condutas de uma mesma pessoa, intrinsecamente opostas e muitas vezes excludentes.

Sob tal perspectiva, quatro pressupostos fundamentais predicam as características desse instituto: *a)* o *factum proprium*, isto é, a manifestação inicial de vontade; *b)* a legítima confiança despertada em outrem; *c)* a conduta sucessiva incoerente com a anterior; e *d)* a evidência de um prejuízo ou, no mínimo, a potencialidade lesiva oriunda do agir contraditório.[18]

O primeiro desses requisitos traduz uma conduta a princípio, e em si mesma, não-vinculativa, capaz de transcender a órbita subjetiva de quem a tenha praticado, para se repercutir inequivocamente sobre sujeito diverso.[19]

A segunda daquelas condições refere-se à confiança de que o núcleo essencial do factum proprium mantenha-se preservado, aderindo o agente ao significado objetivo do comportamento primário, o que pode se expressar através de múltiplos indícios, tais como: "...(i) *a efetivação de gastos e despesas [...], (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão, v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante*."[20]

É bom ressaltar, porém, acompanhando Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2005, p. 137), que não se deve:

> ...confundir a presença da legítima confiança com um estado romântico de crença absoluta e incontestável na atuação coerente de outrem. Sobretudo em relações de caráter patrimonial, há sempre um natural resguardo quanto à efetiva correção no comportamento da contraparte, mas isto não impede a objetiva adesão a este comportamento e a formação, diante das circunstâncias concretas, de uma legítima expectativa de não-contradição.[21]

17. MENDES, BRANCO, 2018, p. 407.
18. Cf. SCHREIBER, p. 124.
19. SCHREIBER. op. cit., p. 131.
20. SCHREIBER. op. cit., p. 134-5.
21. SCHREIBER, 2005, p.137

Terceiro pressuposto do *venire contra factum proprium* é a prática de um ato secundário e incoerente, capaz de defraudar a crença despertada pela ação anterior, inaugurando, por sorte, a quarta e última das sobreditas condicionalidades de referência, qual seja, a lesividade concreta ou meramente conjectural, que se pretende reparar ou, quando possível, até mesmo prevenir.

Observe-se que a contradição atentatória à confiança legítima pode tanto derivar de um comportamento comissivo, quanto de uma postura inativa, sobressaindo, neste último caso, a figura conhecida como *Verwirkung*, também denominada nos países latinos de *supressio*, pela qual a inadmissibilidade no exercício de uma faculdade jurídica deriva de conduta omissória ou retardia por parte de um determinado agente.

2 A TEORIA DO FATO CONSUMADO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

Aparentemente em linha com os princípios constitucionais da segurança jurídica e do direito adquirido, e consubstanciada na tese que defende a preservação da confiança em situações jurídicas que se consolidaram no tempo, encontra-se materializada a *teoria do fato consumado*, a qual densifica verdadeiro mecanismo interpretativo que prestigia a crença na juridicidade de determinada situação em detrimento do exato teor da lei.

Percebe-se, outrossim, que existe na referida teoria um conflito potencial intrínseco entre os próprios elementos da segurança jurídica, estando, de um lado, a necessidade de efetiva aplicação da norma jurídica e, de outro, a de preservação de situações que, não obstante estejam em descompasso com essa norma, trouxeram aos seus destinatários a expectativa de que eram válidas e perdurariam no tempo (SANTOS, 2013).[22]

Destarte, se por um lado é possível afirmar que não há segurança jurídica quando as leis não são aplicadas, por outro também não se pode negar que cabe ao Poder Judiciário sopesar a efetividade dessas normas jurídicas e a confiança em situações já consolidadas pelo tempo e que, obviamente, não afrontaram o ordenamento.

Lembre-se, neste propósito, aliás, que pertence aos domínios da Teoria Geral do Direito a abordagem classificatória das normas jurídicas

22. SANTOS, 2013.

sob três planos distintos de aplicabilidade, quais sejam a *validade, a vigência e a eficácia*.

Diz-se que uma norma tem *validade* quando integra o ordenamento jurídico posto, através de um processo legítimo de criação e em estreita conformidade com regra preceptiva anterior que estabeleça os parâmetros formais e materiais para sua gênese.

Por sua vez, a vigência é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, ou seja, que a faz exigível sob determinadas condições e a partir de um determinado momento, desde que regularmente promulgada e publicada (SILVA, 2000, p. 52-3.)[23]

Noutro giro, e sob uma exclusivamente perspectiva jurídica, a *eficácia* diz respeito à capacidade de a norma produzir seus efeitos esperados no que tange às situações, relações e comportamentos por ela regidos (SILVA, 2000, p. 66).[24]

Pelo que de logo se percebe, tais conceitos, conquanto estreitamente vinculados, não se confundem nem coexistem em quaisquer circunstâncias, podendo muito bem uma norma ser válida sem estar vigente — como quando em vacatio legis —, ou mesmo estar vigente sem ser válida — no caso de lei pendente de declaração de inconstitucionalidade (ASCENÇÃO, 2005, p. 200).[25]

Em igual medida, uma norma pode ser perfeitamente válida e estar em pleno vigor, mas não apresentar a necessária eficácia, hipótese em que, pela insubsistência de seu objeto, pela dependência de uma outra norma complementar ou suplementar (norma de eficácia limitada ou contida) ou pela incorporação de seu conteúdo em uma norma hierarquicamente superior, suas diretrizes finalísticas passam a ficar neutralizadas, sem a necessária concretude.

Em alguns casos o próprio legislador fez a escolha pela proteção da confiança em detrimento da irrestrita aplicação da lei. É o que se passa, por exemplo, com os institutos da prescrição e da decadência.

Noutros casos, como aqueles atinentes ao Direito Administrativo Sancionador, em observância ao princípio da legalidade e do *tempus regit actum*, deve-se considerar, para fins de apuração de eventual ato infracional, a norma vigente ao tempo em que o suposto fato ocorreu e se consumou,

23. SILVA, 2000, p. 52-3.

24. SILVA, 2000, p. 66.

25. ASCENÇÃO, 2005, p. 200.

não cabendo, de forma geral, a retroatividade de norma mais nova, a não ser quando mais benéfica e desde que haja previsão expressa nesse sentido.

Nesses termos manifestou-se Osório (2000, p. 276), ao tratar da teoria da aplicação da norma sancionadora:

> A irretroatividade das leis sancionadoras decorre, em realidade, dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional, mostrando-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica.
>
> Vale referir, com efeito, que o princípio da segurança jurídica, ao lado, por exemplo, do princípio da isonomia, constitui uma das diretrizes axiológicas fundamentais do direito. Por via de regra, o fato há de ser regido pela lei em vigor na data de sua ocorrência[26].

Tratou o autor, também, da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa, ratificando que aplicável é aquela vigente no momento em que se produzem os fatos puníveis, estando tal princípio relacionado ao da legalidade e, portanto, a uma expressa previsão legal. Nesse sentido, o autor pondera (OSÓRIO, 2000, p. 276):

> Na hipótese em que o ilícito administrativo se consuma inteiramente, na conduta e seus efeitos, em período anterior à legislação mais gravosa, efetivamente não há possibilidade de efeito imediato da legislação e muito menos retroatividade, não obstante inexista direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada em favor do agente infrator [27].

O fato é que a diversidade das situações concretas, o longo período de tramitação dos processos em geral e a constante alteração da jurisprudência são fatores que, dentre inúmeros outros, fazem emergir a constante necessidade de ponderação de valores para preservar a confiança naquilo que o Direito permitiu que se concretizasse, sem resistência, durante o tempo.

É nesse contexto que a *teoria do fato consumado* vem sendo objeto de divergência nos tribunais brasileiros, havendo casos em que é chamada à

26. OSÓRIO, 2000, p. 276.
27. OSÓRIO, 2000, p. 276.

aplicação[28] e outros em que foi expressamente afastada,[29] como no caso do Direito Ambiental.

Ainda que o tema demande um estudo mais aprofundado, já se observa que o Superior Tribunal de Justiça – STJ vem enfrentando a matéria e delimitando critérios e circunstâncias que devem ser considerados para sua aplicação.

Conforme pode ser verificado, segundo a jurisprudência do STJ, quando o decurso do tempo consolida situação de fato amparada por decisão judicial, é desaconselhável sua desconstituição. Não por outro motivo consolidou-se a ideia de que a *teoria do fato consumado* se aplica apenas em situações excepcionais, nas quais a inércia da Administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo devir temporal.

É o que se vê, por exemplo, em decisões relativas aos concursos públicos, as quais consideram que, decorridos mais de 5 (cinco) anos da sentença que garantiu afastamento de servidor do cargo, é de se reconhecer

28. DIREITO ADMINISTRATIVO. ENADE. OBRIGATORIEDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. O Exame Nacional do Desempenho dos Estudantes (Enade) é obrigatório a todos os estudantes convocados regularmente para a sua realização, sendo legal exigir o comparecimento ao referido exame como condição para a colação de grau e consequente obtenção do diploma de curso superior, salvo situações excepcionais nas quais se aplica a teoria do fato consumado. A jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de aplicar a teoria do fato consumado nos casos em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo. A teoria do fato consumado apoia-se na evidência empírica de que o tempo não retrocede - pelo contrário, foge irreparavelmente -, de sorte que é naturalmente impossível regressar a situações ultrapassadas para desconstituir relações que se consolidaram como fatos, pois a reversão desse quadro implicaria inexoravelmente danos desnecessários e irreparáveis. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.291.328-RS, DJe 9/5/2012; AgRg no REsp 1.049.131-MT, DJe 25/6/2009. REsp 1.346.893-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6/11/2012.

29. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. COMPETÊNCIA. FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVENÇÃO. A competência para apreciar pedido de recuperação judicial de grupo de empresas com sedes em comarcas distintas, caso existente pedido anterior de falência ajuizado em face de uma delas, é a do local em que se encontra o principal estabelecimento da empresa contra a qual foi ajuizada a falência, ainda que esse pedido tenha sido apresentado em local diverso. O foro competente para recuperação e decretação de falência é o do juízo do local do principal estabelecimento do devedor (art. 3º da Lei n. 11.101/2005), assim considerado o local mais importante da atividade empresária, o do maior volume de negócios. Nos termos do art. 6º, § 8º, da Lei n. 11.101/2005, a "distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor". Porém, ajuizada a ação de falência em juízo incompetente, não deve ser aplicada a teoria do fato consumado e tornar prevento o juízo inicial, considerando que a competência para processar e julgar falência é funcional e, portanto, absoluta. Precedente citado: CC 37.736-SP, DJ 16/8/2004. CC 116.743-MG, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/10/2012.

a aplicação da *teoria do fato consumado*, haja vista que o tempo consolida uma situação fática amparada por decisão judicial, não sendo conveniente sua derruição.

Por outro lado, considerando que a teoria visa a preservar interesses jurídicos, sociais e até mesmo ambientais já consolidados, não deve ser interpretada em favor de hipóteses contrárias à lei. É com base nesta exata premissa que ambas as Turmas do STF vêm adotando o entendimento no sentido de que o fato consumado não pode ser invocado para conceder direito inexistente sob a alegação de que a situação fática estaria consolidada.[30]

Destaca-se, nesse contexto, o julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob nº 609.748 AgR/RJ, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual foi sustentado que "a teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte".

3 A TEORIA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO AMBIENTAL: OS PRECEDENTES DA SÚMULA 613 DO STJ

Em matéria de Direto Ambiental, sempre se revelou conveniente uma certa cautela na aplicação da teoria em foco, ainda mais quando se considera ser "incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado".[31]

30. "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. A competência do IBAMA para fiscalizar eventuais infrações ambientais está disciplinada em lei infraconstitucional (Lei 9.605/98), eventual violação à Constituição é indireta, o que não desafia o apelo extremo. Precedentes: AI 662.168, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 23/11/2010, e o RE 567.681-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 08/05/2009. 2. In casu, o Tribunal de origem asseverou não ter a recorrente trazido prova pré-constituída da desnecessidade de licenciamento ambiental; para dissentir-se desse entendimento seria necessário o reexame fatos e provas, providência vedada nesta instância mercê o óbice da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário." 3. A teoria do fato consumado não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo. Esse é o entendimento consolidado por ambas as turmas desta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 02/02/01; e RMS 23.544-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 21.6.2002. 4 . Agravo regimental a que se nega provimento" (Primeira Turma, DJe de 13/9/11).

31. REsp 200302217860, Herman Benjamin, STJ – Segunda Turma, DJE data: 02.12.2009.

Nessa lógica, já vinha se consolidando no âmbito jurisprudencial o entendimento segundo o qual não deveria se aplicar, ao Direito Ambiental, a teoria do fato consumado, tendo o STJ entendido por bem editar, no dia 09 de maio de 2018, a Súmula 613, com o seguinte enunciado: "Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental".

Cite-se, abaixo, os precedentes que foram expressamente considerados pela Primeira Sessão na formulação do enunciado:

> [...] Cuida-se de ação civil pública na qual a parte ora recorrente foi condenada a demolir casa que edificou em área de preservação permanente correspondente a manguezal e a margem de curso d´água, a remover os escombros daí resultantes e a recuperar a vegetação nativa do local. 2.
>
> O imóvel em questão foi alienado. Entretanto, a alienação promovida em momento posterior à propositura da Ação Civil Pública pela empreendedora não tem o condão de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme disposto no art. 42, § 3º, do CPC, pois é dever do adquirente revestir-se das cautelas necessárias quanto às demandas existentes sobre o bem litigioso. Em razão do exposto, o não cumprimento da determinação contida no art. 167, I, 21, da Lei 6.015/73, o qual afirma a necessidade de averbação das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis não altera a conclusão do presente julgado. 3. Cumpre asseverar que a possibilidade do terceiro ter adquirido o imóvel de boa-fé não é capaz, por si só, de afastar a aplicação do art. 42, § 3º, do CPC; para que fosse afastada, seria necessário que, quando da alienação do imóvel, não houvesse sido interposta a presente ação civil pública. 4. Por fim, cumpre esclarecer que, em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. [...] (AgRg no REsp 1491027 PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015)
>
> [...] Na origem cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de 100m do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo. [...] 3. No caso concreto, as instâncias ordinárias constataram que há edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação

Permanente, com supressão quase total da vegetação local. 4. Constatada a degradação, deve-se proceder às medidas necessárias para recompor a área. As exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, não abrangendo a manutenção de casas de veraneio. [...] (AgRg no REsp 1494681 MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015)

[...] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. PROXIMIDADE A LEITO DE RIO. CONSTATAÇÃO DE ATIVIDADE CAUSADORA DE IMPACTO AMBIENTAL. CASAS DE VERANEIO. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE DIREITO DE POLUIR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. [...] (AgRg no REsp 1497346 MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015)

[...] OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. LEGALIDADE NO ATO DO ESTADO DE DISCIPLINAR A UTILIZAÇÃO DA ÁREA E ZELAR PARA QUE SUA DESTINAÇÃO SEJA PRESERVADA. A OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, FEITA DE MANEIRA IRREGULAR, NÃO GERA OS EFEITOS GARANTIDOS AO POSSUIDOR DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE FATO CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL [...] É firme o entendimento desta Corte de que a ocupação de área pública, feita de maneira irregular, não gera os efeitos garantidos ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil, configurando-se mera detenção. 6. Não prospera também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado, em razão de os moradores já ocuparem a área, com tolerância do Estado por anos, uma vez que tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental-APA, a situação não se consolida no tempo. Isso porque, a aceitação da teoria equivaleria a perpetuar o suposto direito de poluir, de degradar, indo de encontro ao postulado do meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à qualidade sadia de vida. [...] (AgRg no RMS 28220 DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

[...] Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados - as gerações futuras - carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. 3. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário

> ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. 4. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em conseqüência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir. 5. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ. 6. Descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação propter rem, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental in casu, se o atual proprietário ou os anteriores, ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. [...] (REsp 948921, SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJe 11/11/2009)

De fato, conforme se percebe da análise de cada um dos acórdãos, em se tratando de conduta contrária à lei, relacionada, por exemplo, a intervenções não autorizadas em área de preservação permanente ou reserva legal, já não restavam mesmo quaisquer dúvidas quanto à inaplicabilidade da teoria.

Cite-se, por exemplo, a hipótese do Agravo Regimental interposto pela Associação dos Moradores do Córrego das Antas – AMCA Lago Sul e outros, após negativa de provimento de Recurso Ordinário, em que teria havido ocupação irregular de área pública, a qual, portanto, não teria o condão de gerar os efeitos garantidos ao possuidor de boa-fé pelo Código Civil, configurando-se mera detenção.

Em hipótese como que tal, certamente, não deveria prosperar a aplicação da *teoria do fato consumado*, em razão de os moradores já ocuparem a área e com tolerância do Estado por vários anos, uma vez que, tratando-se de construção irregular em Área de Proteção Ambiental – APA, a situação não se consolida no tempo.

Todavia, trouxe a súmula um enunciado genérico, que pode levar a interpretações totalmente indiscriminadas em relação a fatos que não necessariamente representariam a consolidação, no tempo, de uma situação contrária à lei.

É o que pode acontecer, por exemplo, com ocupações em área rural consolidada — as quais são assim consideradas por conter edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris preexistentes a 22 de julho

de 2008 — ou com intervenções que foram devidamente autorizadas pelo órgão competente, mas que, por algum motivo, venham a ser questionadas.

Torna-se totalmente válido, portanto, um debate acerca dos contornos e limites da aplicação da Teoria objeto da Súmula 613, a qual não deve ser interpretada de maneira estática, mormente em se tratando de uma realidade essencialmente dinâmica.

4 AS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO A PARTIR DA EDIÇÃO DA SÚMULA 613 DO STJ

De se registrar que, em matéria ambiental, não se deve conferir à teoria do fato consumado um caráter absoluto de inaplicabilidade, ainda mais quando se verifica que o arcabouço jurídico-ambiental está em constante mudança e que diversas situações podem ter se consolidado na vigência de uma regra menos ou mais conservacionista.

Situações como estas, em que haja aumento do patamar de tutela legal do meio ambiente ou mesmo "*desregulamentação*" em matéria ambiental, reclamam atenção com a aplicação da Súmula do STJ.

Isso porque, quando uma lei entra em vigor, sua aplicação, de regra, se dirige para o momento presente e para o futuro, não sendo em princípio razoável que o legislador, criando novos institutos ou modificando a disciplina de determinados aspectos da vida social, se volte para o tempo já decorrido (PEREIRA, 1989, p. 96),[32] atribuindo consequências jurídicas para fatos realizados no passado (RÉGIS, 2004, p. 16).[33]

Não se nega, como bem adverte Caio Mário da Silva Pereira (1989, p. 97), que justamente para se acomodar às vicissitudes e necessidades humanas, bem como para atender ao reclamo inexorável do progresso das instituições sociopolíticas, o direito formula conceitos e regras em constante devir, sendo presumível acreditar que a lei nova enseja melhor regência dos valores incorporados à sociedade[34].

Nem por isso, entretanto, se pode admitir que as circunstâncias pretéritas venham, sem qualquer critério, a sucumbir diante das diretrizes que lei posterior pretenda imprimir ao ordenamento jurídico, sob pena de maltrato a princípios dos mais caros ao Estado Democrático de Direito, tais aqueles afetos à segurança, à previsibilidade e à proteção da confiança,

32. PEREIRA, 1989, p. 96-7.

33. DELGADO, 2004, p. 16.

34. PEREIRA, 1989, p. 97.

que militam em favor da certeza de que as relações produzidas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando o regramento seja substituído por outro (SILVA, 2003, p. 431)[35].

Como obtempera José de Oliveira Ascenção (2005, p. 536), se o passado pudesse ser a qualquer tempo revolvido e posto em causa, ninguém estaria seguro do destino dos atos praticados, gerando grande instabilidade social,[36] por subtrair dos cidadãos e agentes econômicos em geral a capacidade de avaliar corretamente os reflexos e os custos envolvidos em suas decisões.

Segundo Canotilho (2000, p. 256):[37]

> O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. [...] Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.

Dentro desse universo, o princípio da irretroatividade das leis sempre desfrutou, ao menos no campo doutrinário ou no terreno da abstração filosófica, de um elevado patamar de aceitabilidade, rejeitando-se em vários sistemas jurídicos a retroprojeção normativa, entendida como prejudicial à estabilidade dos direitos e ao planejamento das relações intersubjetivas.[38]

Transposta a ideia, porém, para o plano do direito positivo, a repugnância à retroatividade vem se convertendo em uma mera diretriz de política legislativa,[39] não mais apresentando a tese da irretroatividade o status de preceito absoluto,[40] por impedir que o Estado realize as novas

35. SILVA, 2003, p. 431.
36. ASCENÇÃO, 2005, p. 536.
37. CANOTILHO, 2000, p. 256.
38. SILVA PEREIRA, 1989, p. 100.
39. SILVA PEREIRA, 1989, p. 101.
40. ASCENÇÃO, 2005, p. 536.

exigências de justiça ou concretize as garantias fundamentais plasmadas no texto constitucional.[41]

No direito brasileiro, em que pesem as abalizadas opiniões em contrário, somente as Cartas do Império, de 1824, e da Primeira República, datada de 1891, impuseram vedação à retroatividade das leis.

As demais Constituições — excetuada a de 1937, que foi nesse ponto omissa —, implicitamente aceitaram as inflexões normativas sobre o passado, desde que não sacrificados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, regra desde há muito acolhida pelo art. 6° do Decreto-Lei n 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Respeitados, portanto, esses limites — elevados pela Constituição de 1988 à estatura de cláusula pétrea (art. 5º, inciso XXXVI c/c art. 60, § 4º, inciso IV) —, o legislador pode perfeitamente prescrever eficácia retroativa às leis, desde que a tanto se refira de maneira expressa e inequívoca.

É essa a lição atual de José Afonso da Silva, para quem:

> [...] a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade da lei não é de direito constitucional, mas princípio geral de Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam (o que é vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas, evidentemente.[42]

No caso específico da Lei nº 9.985/2000, por exemplo, já citada anteriormente, é fácil verificar a total inexistência de qualquer previsão de retrooperância da medida compensatória nela prevista para abranger situações consolidadas anteriormente à data do início de vigência desse diploma legal.

Apesar disso, poder-se-ia argumentar que a aplicabilidade da medida compensatória a empreendimentos anteriores à Lei do SNUC seria não bem uma incidência retroativa do encargo, mas uma simples manifestação do efeito imediato do art. 36, de resto servindo a compensar não as consequências já impostas ao meio ambiente, e sim os impactos ambientais futuros a serem paulatinamente causados.

41. CANOTILHO, 200, p. 260.

42. SILVA. op. cit., p. 134.

É certo, porém, que, conquanto assentada no princípio do usuário-pagador, a compensação não se justifica pelas alterações que qualquer atividade — pelo uso contínuo de recursos ambientais —, gera ao longo de todo o ciclo de vida útil de suas operações.

Antes pelo contrário, a exação compensatória é cobrada uma única vez, não sendo permitido exigi-la nas revalidações sucessivas da licença (cf. arts. 7º e 14 da Resolução CONAMA nº 371/2006), apresentando-se esse encargo, de resto, como contrapartida subjacente ao juízo de viabilidade ambiental, cuja aferição, no caso concreto, pode conduzir a valores mais ou menos expressivos, em conformidade com o grau de impacto verificado.

Ocorre que os estabelecimentos preexistentes à legislação ambiental, exatamente por já se encontrarem de há muito instalados, configurando uma realidade consolidada no tempo, não se submetem a esse exame analítico de viabilidade no bojo do correspondente procedimento licenciatório. Exigi-lo, permitiria lançar sobre o passado os olhares críticos do presente, sem que desse expediente — tal a força indevassável do fato consumado —, se pudesse extrair qualquer resultado útil a ser atingido.

Como defende Sidou (2003, p. 124)[43], a regra é que "a lei deve se aplicar imediatamente e genericamente a todas as situações dispostas em seu campo aplicativo, independentemente do tempo". Todavia, "o que não pode prevalecer é o efeito que venha a desestabilizar o interesse individual, visto como os interesses social e individual se complementam".

Dentro desse universo devem ser verificados os limites da vedação imposta na Súmula nº 613 quanto à aplicação da *teoria do fato consumado*. Mesmo porque existem diversos marcos que a própria legislação ambiental colocou para tutelar situações que se consolidaram sob a égide de uma lei anterior e que não podem ser simplesmente desconsiderados.

É o que acontece, por exemplo, com os artigos 61-A, 63 e 68 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõem sobre a proteção da vegetação nativa:

> Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.
>
> Art. 63. Nas áreas rurais consolidadas nos locais de que tratam os incisos V, VIII, IX e X do art. 4º, será admitida a manutenção de atividades florestais, culturas de espécies lenhosas, perenes ou de ciclo longo, bem como da infraestrutura física associada ao desenvolvimento de

43. SIDOU (2003, p. 124)

> atividades agrossilvipastoris, vedada a conversão de novas áreas para uso alternativo do solo.
>
> Art. 68. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

Em se tratando da lei florestal, portanto, a Súmula apenas se aplica às hipóteses não abarcadas pelo marco temporal definido, sob pena de ganhar vida própria, em total desconexão com a realidade que a criou.

Quanto às situações consolidadas a partir da emissão de um ato autorizativo ou licença ambiental que teve a legalidade posteriormente questionada, por óbvio que, se a Administração Pública reconhecer a prática de ato contrário ao direito vigente cumpre-lhe anulá-lo o quanto antes, alicerçando-se no princípio da *autotutela* sobre os próprios atos e de acordo com entendimentos já sedimentados pelo Supremo Tribunal Federal.

Cite-se, nesse contexto, não apenas a Súmula 346, nos termos da qual "A Administração Pública pode anular seus próprios atos", mas a Súmula 473, em cujo enunciado se verifica que:

> A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

De fato, a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal pode ser feita pela própria Administração, com base no poder de autotutela (ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA), ou pelo Poder Judiciário, mediante iniciativa da parte interessada ou prejudicada, que pode utilizar-se quer das ações ordinárias, quer dos remédios constitucionais de controle (mandado de segurança, por exemplo) (ATUAÇÃO JUDICIAL).

É assim, por conseguinte, que a Lei nº 6.938/1981 elenca, dentre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, inciso IV), inserindo tal preceito no mesmo inciso que trata do licenciamento ambiental, revelando claramente que este mecanismo é cíclico, continuado e essencialmente dinâmico e adaptável, conforme o controle dos impactos resultantes da obra ou atividade.

Para Thiago Serpa Erthal, a "revisão das licenças ambientais é o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente através do qual o órgão competente exerce constante juízo de ponderação dos interesses atinentes a determinados empreendimentos licenciados" (2015, 118)[44]

Esta a linha adotada no Parecer 83/2015/COJUD/PFE-IBAMA-SEDE/PGF/AGU, elaborado pela Advocacia Geral da União com amparo no acórdão nº 2.212/09 do Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, no âmbito da Tomada de Contas nº 009.362/2009-4, sob relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, ao tratar do atendimento de condicionantes ambientais:

> LICENCIAMENTO AMBIENTAL. RITO TRIFÁSICO. CONDICIONANTES. PREVISÃO NA LICENÇA PRÉVIA. CUMPRIMENTO ATRELADO AO IMPACTO QUE SE ALMEJA MITIGAR. DESVINCULAÇÃO COM A LICENÇA DE INSTALAÇÃO OU OPERAÇÃO. GERENCIAMENTO PELO ÓRGÃO LICENCIADOR. DINAMICIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE CALIBRAR O CRONOGRAMA DE CUMPRIMENTO DAS CONDICIONANTES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL, BEM COMO DE ESTIPULAR NOVA CONDICIONANTE, REFORMAR, REVOGAR OU ANULAR O EXISTENTE. ATO QUE DEVE SER MOTIVADO E QUE NÃO SE CONFUNDE COM ATOS INTERMEDIÁRIOS PREPARATÓRIOS.
>
> I – As condicionantes têm a função de mitigar ou compensar os impactos ambientais do projeto, independentemente da fase, incorporando-se à dinâmica que caracteriza o processo administrativo de licenciamento ambiental, elas são cumpridas de acordo com os impactos adversos que elas visam mitigar, não com a fase tripartite do licenciamento ambiental.
>
> II – As condicionantes previstas na licença prévia são para serem atendidas nas próximas fases de implementação do empreendimento (Dec. 99.274/90, art. 19, I; Res. Conama 237/97, art. 8º), o que inclui até o descomissionamento do empreendimento ou atividade.
>
> III – Possibilidade de o órgão licenciador alterar o cronograma das condicionantes previstas na licença ambiental, bem como de estipular nova condicionante, reformar, revogar ou anular o existente.

Não se nega, portanto, a dinamicidade da licença e do próprio licenciamento ambiental.

44. ERTHAL, 2015, p. 118.

Todavia, é preciso ter cautela se, ao exercer as prerrogativas de controle, não estaria sendo sacrificados os imperativos de lealdade e de boa-fé objetiva referenciados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Podem ser citados, nesse contexto, o dever do favor acti, relacionado à conservação dos atos administrativos e à exigência de se explorar, ao máximo, a convalidação, bem como a lealdade no fator tempo, como forma de proibir o exercício prematuro do direito ou dever e de coibir o retardamento desleal do ato e a fixação de prazos inadequados (MOREIRA, 2007, p. 75).[45]

Não por outra razão defende Braga que (2004, p. 91):

> Guardadas as devidas proporções, pensamos que a situação ventilada pelos acórdãos citados poderia ser perfeitamente aproveitada ao caso em que, licenciada a atividade e estando ela em plena operação, tendo o empreendedor realizado vultosos investimentos, tais como a realização de obras de infra-estrutura, construção de prédios e equipamentos de grande porte, não pode mais a Administração Pública revogar a licença concedida, desde que vigentes e respeitadas as condicionantes propostas, pois isto equivaleria não só a uma afronta ao direito adquirido, mas ao conteúdo do direito de propriedade. Caso o zoneamento e as condições de uso do solo tenham sido alterados por lei superveniente, determinar a Administração a retirada da licença durante o seu prazo de vigência e remeter o interessado às vias ordinárias para postular indenização, ao argumento de que atende a conveniência e oportunidade, seria, sem embargo de doutas opiniões em contrário, desqualificar, sobretudo, o direito de propriedade, com assento constitucional (CF, art. 5.º, XXII), tisnando uma das garantias fundamentais do indivíduo, erigida a condição de cláusula pétrea e disseminando a desapropriação indireta[46].

É nessa exata vertente que a aplicação da Súmula em análise deve ocorrer de maneira a respeitar a crença que foi despertada naquele que obteve uma determinada autorização ou licença, no sentido de que estaria sob o pálio do poder conformativo a cargo do Poder Executivo, sob pena de eventuais anulações ou revogações de determinados atos assumirem a marca inequívoca da ilegalidade e abusividade, lembrando que, não só a revisão de atos administrativos, como também a mudança de entendimento jurisprudencial pode causar ofensa à segurança jurídica se não acompanhada de providências adequadas.

45. MOREIRA, 2007, p. 75

46. BRAGA, 2004, p. 86.

CONCLUSÃO

De fato, conforme se verificou, a estabilidade do ordenamento jurídico deveria requerer certa continuidade normativa, evitando o desrespeito a situações protegidas em razão da confiança depositada por todos os partícipes de uma determinada relação jurídica. Essa premissa deve ter ainda mais acolhida quando se tratar de matérias afetas ao direito público, em relação às quais impõe-se zelar para que eventual alteração de política, orientação ou entendimento, quando for o caso, ocorra de forma gradual e prudente.

Não obstante, como forma de eventualmente mitigarem-se as bruscas alterações legais e normativas, encontra-se materializada no direito a *teoria do fato consumado*, a qual, aparentemente em linha com os princípios constitucionais da segurança jurídica e do direto adquirido, configura mecanismo interpretativo que prestigia a crença na juridicidade de determinada situação em detrimento do exato teor da lei.

Certamente, a teoria em análise vem sendo objeto de divergência nos tribunais brasileiros, havendo casos em que é chamada à aplicação e outros em que foi expressamente afastada.

No Direito Ambiental, já vinha se consolidando no âmbito jurisprudencial o entendimento segundo o qual não se deveria aplicar a *teoria do fato consumado*, tendo o STJ entendido por bem editar a Súmula 613, objeto do presente trabalho.

Todavia, conforme se verificou, trouxe a súmula um enunciado genérico, que pode levar a interpretações totalmente indiscriminadas em relação a fatos que não necessariamente representariam a consolidação, no tempo, de uma situação contraria à lei.

Dentro desse universo foram verificados os limites da vedação imposta na Súmula nº 613 quanto à aplicação da teoria do fato consumado, sendo certo existirem diversos marcos que a própria legislação ambiental colocou para tutelar situações que se consolidaram sob a égide de uma lei anterior e que não podem ser simplesmente desconsiderados.

Destarte, é preciso enorme cautela na aplicação do enunciado, o qual, pela própria generalidade, não deve ser considerado expressão final de uma demanda analisada superficialmente, ainda mais mediante difusão da tese, também generalista, de que inexiste direito adquirido em matéria ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Introdução à ciência do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BASTOS, Celso. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Considerações sobre o direito adquirido em matéria ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: RT, n. 35, p. 88, 2004.

BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2015.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Fernanda Viana de. Compensação Ambiental: considerações sobre a experiência de Minas Gerais na implementação da Lei do SNUC. Congresso Internacional de Direito Ambiental, Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais. BENJAMIN, Antonio Hermann (org). Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2004, pp. 333-341;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª.ed., São Paulo: Atlas, 2015.

ERTHAL, Thiago Serpa. Revisibilidade das licenças ambientais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 3 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2002. (rev., atu. e amp.).

LOPES, Miguel de Serpa Lopes. Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. 577 p. (rev. e atua.).

MENDES, Gilmar Pereira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direto Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: DelRey, 2005. 990 p.

RAO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1040 p. (Atual. com o no Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval).

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Problemas de direito intertemporal no código civil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito adquirido e expectativa de direito. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. A segurança jurídica como vetor constitucional para a interpretação das leis: teoria do fato consumado. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/BrunoSantos.html>Acesso em: 25 jun. 2018.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005,

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direto Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUDOU, J. M. Othon. Fundamentos do direito aplicado. Forense Universitária, 2003.

CAPÍTULO 22

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E VINCULAÇÃO NA PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

RITA MARIA BORGES FRANCO

INTRODUÇÃO

Cunhado na doutrina clássica e dele diferido a partir da cisão básica de ato administrativo vinculado e discricionário, o senso comum sempre induziu ao convencimento de que não havia como se excluir do ato administrativo ambiental a noção de discricionariedade técnica, tida como a margem de liberdade conferida ao agente integrante do órgão ambiental competente para, no âmbito da tutela administrativa preventiva ou repressiva, decidir, ante determinado caso concreto, qual a solução que endereça adequadamente a questão que lhe foi posta.

Não obstante, fato é que sempre nos causou espécie a utilização performática, especialmente em matéria de Direito Ambiental, de conceitos imanentes ao ato administrativo discricionário, como que resultado da utilização de critério de conveniência e oportunidade próprios da autonomia conferida aos agentes públicos, desde que não desbordasse da moldura que o regramento vigente tivesse estabelecido.

De outro lado, face aos desafios, a noção de presunção de legitimidade dos atos administrativos foi utilizada pela doutrina e jurisprudência, no intuito de buscar um caminho para sustentar a legitimidade do ato administrativo ambiental que não tivesse ilegalidade aparente – porque praticado por autoridade competente, de acordo com critérios técnicos

ou a partir de conceitos legais indeterminados[1] –, e com objetivo de salvaguardar um mínimo da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, donde não seria autorizado ao Poder Judiciário entrar no mérito do ato administrativo ambiental, a não ser quando identificada e comprovada ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Assim, não obstante a doutrina ter evoluído quanto à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, entendia-se que tal controle demandaria cuidados redobrados por parte do julgador, justamente em razão do atributo da presunção *iuris tantum* de legitimidade dos atos administrativos. Corrobora esse entendimento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a não observância do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos significaria tolher a atividade da administração pública, mormente se considerado que essa atua em conformidade com o princípio da legalidade.

Fato é que a análise detida da jurisprudência, à mingua de maior reflexão na doutrina acerca do tema, revela não raras vezes o dissenso acerca da adequação ambiental de licenças, autorizações e penalidades de multa, fundamentalmente, em razão de compreensão elástica da discricionariedade técnica como resultado de critério conveniência e oportunidade, ora para impugnar atos autorizativos, ora para justificar penalidades altíssimas, tangenciando invariavelmente arbitrariedades.

Com essa preocupação em mente é que o presente artigo se propõe a refletir sobre a discricionariedade técnica em matéria ambiental, no

1. O raciocínio partia do seguinte: o processo administrativo nada mais é do que uma sequência de atos sucessivos no tempo, dirigidos à produção de um ato final, que ganham legitimidade exatamente a partir das formalidades legais que foram observadas na prática dos atos que o antecederam. Daí é que se presumem legítimos os atos produzidos pela administração pública que não contenham ilegalidades. Trata-se, portanto, da presunção de legitimidade, princípio do Direito Administrativo, conforme ensina Hely Lopes Meirelles:
"Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução." MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 182.
"Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção 'juris tantum' de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 391 e seguintes.

intuito de tentar contribuir para a construção de um caminho que resulte em compreensão adequada do ato administrativo ambiental.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

A noção jurídica de discricionariedade, que tem no seu âmago a definição de balizas contra o excesso de poder, remonta, pelo menos, 800 anos. Passa, portanto e a título de exemplo, por João Sem-Terra, pelos Estados absolutistas da Idade Média, pela Revolução Francesa e pela modernidade, pela segunda guerra e a constitucionalização de direitos fundamentais. Passa também pela discussão quanto à possibilidade de judicialização do ato administrativo, praticado com base na prerrogativa de que o ato que não contraria o texto expresso da lei, que exercido dentro da moldura fixada e que observa critérios de conveniência e oportunidade na satisfação do interesse público, não estaria sujeito ao controle jurisdicional. Atualmente, a doutrina e a jurisprudência já evoluíram a esse respeito, prevendo a possibilidade de revisão e controle quando identificada e comprovada ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Com efeito, o conceito de discricionariedade, em oposição ao de vinculação[2], encontra-se bem talhado na doutrina administrativista. Segundo Hely Lopes Meirelles[3],

2. "O Estado, ou quem faça as suas vezes, na prática de atos administrativos, pode se encontrar em duas posições antagônicas: ora deve se cingir a estritas determinações legais, a obedecer ao comando da norma, verificando-se as condições de fato por ela prescritas, no caso particular considerado; ora pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira. No primeiro caso diz-se que a Administração Pública, a respeito dessa matéria, tem poderes vinculados ou legais, e, assim, o ato administrativo é de caráter vinculado ou legal. Sirva de exemplo o ato administrativo de licença de construção, pelo qual faculta a particular a construção em imóvel da sua propriedade, aprovando a planta, que está obrigado a fazer, verificando que esta obedece a todas as exigências legais. Sua atividade reduz-se à apreciação da legitimidade do ato que terceiro pretende efetivar e, previamente, depende dessa verificação dos órgãos administrativos competentes. [...]
[...] Diz-se que a Administração Pública, a respeito da prerrogativa de emanar o ato, ou seu conteúdo tem poderes discricionários ou políticos, e, assim, o ato administrativo é de caráter discricionário ou político. Sirva de exemplo o ato administrativo de autorização de porte de arma, pelo qual faculta a particular trazer consigo arma, que sem ela envolveria a prática de ato legalmente proibido. Tem a prerrogativa de verificar, ante as condições de fato alegadas pelo particular, a conveniência ou oportunidade de deferir ou indeferir o pedido, em atenção aos elementos considerados, segundo seu alto critério". BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo: Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, volume I, 2007. p. 484.

3. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 191.

> os *atos vinculados* seriam aqueles em que há prévia e objetiva tipificação legal de todos os seus pressupostos e elementos, inclusive o conteúdo, de modo que da Administração espera-se um único possível comportamento. Afora esse comportamento, não há outro possível que possa ser adotado por ela sem que haja violação da norma legal.

Os atos vinculados ou regrados, para Hely Lopes Meirelles, são "aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições e sua realização", de modo que "nessa categoria de atos, as prescrições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa."[4]

Já os atos discricionários são aqueles produzidos pela Administração com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão de acordo com critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela, ainda que adstrita à lei reguladora de expedição deles. Atos discricionários, segundo Hely Lopes Meirelles, "são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização."[5]

Marçal Justen Filho[6] anota que "discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico".[7] E continua:

> A vinculação normativa quanto às finalidades restringe-se a determinar que nenhum fim privado ou alheio ao bem da coletividade pode ser perseguido por meio das competências estatais. Mas as finalidades das competências estatais envolvem inúmeros fins dotados de maior ou menor concreção. Tal como promover direitos fundamentais, reduzir a pobreza e as desigualdades regionais, eliminar a fome e assim por diante. [...] Por mais chocante que pareça, a maior margem de autonomia do agente estatal, quando exercita a atividade administrativa, reside na sua concepção quanto às finalidades dos atos administrativos. Essa autonomia é ocultada debaixo da invocação de realização

4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 191.
5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 191.
6. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 412.
7. USTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 241.

> do bem comum, que usualmente não acompanha da explicação do significado específico da expressão no caso concreto.

Celso Antonio Bandeira de Mello, a esse respeito, anota:

> Atos ditos *discricionários* e que melhor se denominariam atos praticados no exercício de competência *discricionária* – os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma. Atos *vinculados* – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos. Exemplo: licença para edificar, aposentadoria, a pedido, por completar-se o tempo de contribuição do requerente.[8]

A defesa da discricionariedade via de regra perpassa sempre pela noção de incompletude do direito, na perspectiva positivista de que as lacunas devem ser supridas pelo ordenamento jurídico e que a tessitura do sistema permite e autoriza, desde que a persecução última do interesse público se faça presente, a prática do ato administrativo discricionário. Marçal Justen Filho, objetivamente, afirma:

> A eliminação da autonomia de escolha do agente quanto aos meios reduz drasticamente a autonomia de selecionar um fim. Por isso, a ampliação da disciplina vinculada restringe a possibilidade de escolha quanto aos fins. Se uma norma estabelecer disciplina estritamente vinculada no tocante à hipótese de incidência e ao mandamento, não haverá margem de escolha quanto ao fim. Um exemplo típico é o da arrecadação tributária. Quando promove a cobrança de um tributo, o agente administrativo não formula qualquer ponderação quanto à finalidade a ser realizada. Aliás, ele até pode reputar que aquela carga tributária será maléfica para Nação ou para certa categoria de contribuintes. Isso é irrelevante, pois permanecerá como avaliação puramente subjetiva, que não ingressa no mundo do direito. A autonomia no tocante aos fins surge à medida que se outorga autonomia quanto aos meios, especialmente se as finalidades concretas de certa providência administrativa não estiverem indicadas normalmente. O agente estatal que dispõe de autonomia para escolher a oportunidade e a conveniência de determinado ato disporá, usualmente, de autonomia também quanto à finalidade a ser buscada – exceto quando a norma explicitamente indicar a finalidade

8. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 438.

concreta a ser buscada, o que raramente ocorre.[9]

Assim, em crítica que marca sua oposição à tese de inexistência de discricionariedade, registra que:

> Afirmar que o aplicador da norma está vinculado a realizar o interesse público configura uma simplificação. É evidente que o exercente de função pública tem o dever de dispor das competências públicas para satisfazer fins a ele alheios, mas isso não significa a ausência de atribuição de competência para promover a ponderação desses fins. Mais ainda, a situação concreta propicia, na esmagadora maioria dos casos, a existência de uma pluralidade de *interesses públicos*. Assim colocada a questão é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de promoção de diferentes *fins de interesse público*. Essa ponderação decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade e traduz uma competência que não é disciplinada de modo exaustivo pelo direito. Existem limites à decisão do administrador. Assim, não se admite a eleição de um fim de interesse pessoal, ou que seja realizado um valor sem relevância coletiva, ou que se implementem valores reprováveis. Em todos esses casos, as decisões serão reprováveis e incompatíveis com a ordem jurídica. Mas, respeitados esses limites, o administrador realiza um processo de seleção entre os diversos fins que sejam compatíveis. Portanto, há uma decisão de cunho discricionário, o que significa, inclusive, afirmar que o direito reconheceu intencionalmente a autonomia do administrador para tanto.[10]

A despeito de adotar o critério básico de diferenciação entre ato administrativo vinculado e discricionário, Lucia Vale Figueiredo sempre asseverou que "Não há distinção entre atos vinculados e discricionários na estática da norma. Atos administrativos são, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, atos legais, portanto, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por esta traçadas".[11] Assim, "[...] mesmo os atos chamados de 'vinculados' têm necessidade de interpretação, e muitas vezes faz-se necessária avaliação técnica para aferir estarmos ou não diante da hipótese descrita pela norma."[12]

9. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 413.
10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 259.
11. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 215.
12. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 220.

Afonso Rodrigues Queiró, a seu turno, registra que

> O fenômeno discricionário é, de certo modo, um fenômeno de todos os tempos, conatural, em maior ou menor medida, a todos os sistemas jurídicos; mas, para nós, só oferece interesse quando encarado nos sistemas jurídicos em que as autoridades administrativas devam obediência às regras formuladas pelos órgãos legislativos e se institua uma apreciação, pelo menos materialmente jurisdicional, dos seus actos: o ponto-de-partida histórica da questão do poder discricionário é a instauração do sistema da divisão de poderes. Quer dizer, por conseguinte, que historicamente o problema só verdadeiramente passou a ser visto com os olhos com que hoje o vemos, a partir da instauração do Estado de Direito. A universalidade do problema restringe-se, pois, aos sistemas jurídicos modelados na categoria, digamos, no arquétipo Estado de Direito, no qual a Administração (como aliás também a Justiça ou Jurisdição) está de qualquer modo submetida à lei – rechtstaatliche Verwaltung. A sua história é, assim, medida pelo decurso de pouco mais de um século. O assento sociológico, político e filosófico dos sistemas jurídicos que sucessivamente encorporaram aquele arquétipo, variou, porém, várias vezes. O Estado de Direito e, portanto, a rechtststaatliche Verwaltung forma, nesse espaço de tempo, realidades diversas, sistemas diversos. O que quer dizer que o poder discricionário, embora forma universal por serem durante esse século permanentes as razões que o determinam, foi com o tempo apresentando diverso regime, o qual, portanto, foi sucessivamente expressão de realidades mudáveis. Mudou, pois, o regime do poder discricionário, mudaram as soluções. Mudaram também, por consequência, os próprios conceitos com ajuda dos quais se foi exprimido sinteticamente, dogmaticamente, o regime da discricionariedade. Deixaram num momento de poder fazer-se aproximações e generalizações que noutro momento eram perfeitamente legítimas. As construções úteis foram agora umas, logo outras. E aqui está como o variar do condicionalismo histórico-filosófico-político-sociológico, determinando alterações de regime e de soluções, vem afinal também a provocar a modificação das construções adequadas para as exprimirem. Os conceitos de ordem, as construções, têm o seu ciclo de vida determinado especialmente pela variação do condicionalismo sociológico. Há uma sociologia dos conceitos jurídicos (Carl Schmitt)

Michel Satssinopoulos já tinha dito algo nesse sentido quando se afirmou que: "On peut donc conclure qu'il n'existe pas d'acte administratif qui ne soit pas lié à une règle de droit préexistante. Or la loi n'est pas seulement la limite de l'acte administratif, mais sa condition et sa base. Dans un État de droit, l'administration ne se trouve pas seulement dans l'impossibilité d'agir *contra legem ou praeter legem*, mais elle est obligée d'agir toujours secundum legem". STASSINOPOULOS, Michel. Traité des Actes Administratifs. 1 ed. Athènes: Collection de L'Institut Français D'Athènes, 1954. p. 69.

> que impõe a relatividade dos dogmas jurídicos a certa época e a certo ou certos países.[13]

No momento em que a discricionariedade acarreta a prática de decisionismo, acobertada pela fala autorizadora do critério da conveniência e oportunidade – que em nosso país resolve tanto os casos difíceis, como os casos fáceis –, tal conceito mostra-se absolutamente insuficiente para a salvaguarda do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trazido pelo art. 225 da Constituição Federal. Daí porque é relevante a construção desenvolvida por Ronald Dworkin[14] que, a partir da compreensão do direito como integridade, desautoriza o decisionismo e a discricionariedade, especialmente quando caracterizam arbitrariedade, como método de solução de qualquer conflito.[15]

---

13. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948. p. 73.

14. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305 e seguintes. Confira-se a síntese feita por Georges Abboud: "Ronald Dworkin ensina que partir da perspectiva do direito como integridade implica que toda interpretação judicial tenha por finalidade uma descrição coerente da ordem jurídica em seu conjunto. Isso ocorre porque, em uma democracia, toda interpretação do direito constitucional deve considerar a própria democracia. Assim, por exemplo, as decisões que interpretam o devido processo legal e a isonomia devem necessariamente, ao serem concretizadas, levar em conta todo o restante da principiologia constitucional" ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014. p. 220.

15. A esse respeito, confira-se ainda:
"Os discursos positivistas apostam no poder da discricionariedade do intérprete do Direito. Dworkin rejeita essa tese, considerando-a totalmente inadequada, pois o intérprete sempre tem a obrigação de 'descobrir quais são os direitos das partes, não de inventar novos direitos retroativamente'. Streck é ainda mais contundente denunciando a multiplicação dos discursos positivistas amparados no poder do decisionismo. Tanto a discricionariedade como o decisionismo devem ser afastados no contexto de um Estado Democrático. Por isso, este tema deve ser tratado na perspectiva do Direito Ambiental com muita determinação. O Direito Ambiental não tolera para sua concretização a ideia de completude e certeza, ou seja, que é possível precisar o conteúdo do Direito Ambiental na sociedade de risco global como um sistema autônomo de regras jurídicas formais, apoiado em ideias jurídicas de como o Direito deve ser. [...]
Dworkin é um dos maiores críticos de Hart sobre a admissão da discricionariedade judicial em casos difíceis, pois não é possível justificá-la dentro do contexto de um Estado Constitucional Ambiental. Dworkin traz de volta os princípios e o Direito como integridade para superar o decisionismo. Outra constatação é que os decisionismos e a discricionariedade do intérprete constitucional excluem as diretrizes e os princípios que propiciam uma atitude interpretativa e autorreflexiva sobre o que é Direito Ambiental. Pelo império da lei, o Direito afastou-se da realidade, do mundo da vida. Dworkin retoma a necessidade de o jurista ter uma atitude interpretativa e de compreensão mais alargada. Em sua concretude o Direito Ambiental é essencialmente interpretativo e apoia-se em princípios e diretrizes. Em Dworkin, sempre que um juiz se vê confrontado com um hard case deveria encontrar a 'única resposta correta' ou a resposta 'mais razoável' para cada caso concreto baseando seus argumentos em princípios e diretrizes. Ele abomina a utilização do recurso de uma decisão arbitrária ou baseada no poder discricionário do juiz. Por isso para Dworkin há sempre uma resposta certa e elas encontram seus fundamentos nos princípios. Além da tese de Dworkin, revela-se importante o paradigma da hermenêutica filosófica que protege contra o reducionismo das teorias de Kelsen e Hart.

Em nosso sentir, é preciso acreditar na existência de um dever, enquanto compromisso intergeracional constitucional, de se produzir a resposta correta para as questões ambientais concretamente consideradas, cumprindo papel essencial a motivação de atos administrativos conformes ao mandamento constitucional, que exige a salvaguarda do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E nesse contexto que se afirma a existência e o dever de se construir, para cada caso, a resposta correta, qual seja, aquela constitucionalmente adequada ao caso concreto, também em matéria de direito ambiental. Partilhamos desse entendimento, exatamente porque, em se trabalhando com o direito ambiental e em vista do compromisso constitucional assumido com a garantia do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações, qualquer outra opção teórica revela-se insubsistente, senão equivocada e, bem por isso, deflagradora de injustiça.

De fato, a velocidade das relações sociais, os avanços da tecnologia e do conhecimento humano, a globalização, os tempos pós-modernos[16],

A hermenêutica jurídica é fecunda para explicitar qualquer forma de compreensão. Gadamer integra o sentido da aplicação presente no direito como a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A hermenêutica trabalha sobre os problemas e indica que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação. Dworkin ao apostar na força dos princípios e diretrizes para resolver hard cases reafirma que há uma resposta correta para cada caso concreto. Daí a importância da interpretação dos princípios ambientais que será na perspectiva de Gadamer sempre uma tarefa criativa. O problema da interpretação compreensiva está indissoluvelmente ligado ao problema da aplicação. Integrar interpretação, compreensão e aplicação dos princípios ambientais para enfrentar a complexidade das questões ambientais pode ser uma garantia contra os decisionismos, ativismos e o poder discricionário do intérprete. Assim, acompanhando o pensamento de Streck, o que se busca mostrar é que os princípios constitucionais ambientais favorecem a construção de respostas hermeneuticamente adequadas.“ SANTANNA, Gustavo da Silva; HUPFEER, Haide Maria. Da Impossibilidade do Poder Discricionário do Intérprete para os Hard Cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, Vol 64. P. 117. Out/2011DTR\2011\4994. p. 11.

16. “Em nossos tempos, o ceticismo contrafundacional pós-moderno – em muito devedor do movimento norte-americano do *Critical Legal Studies* e respondendo a fortes influências do niilismo de Nietzsche, da filosofia de Heidegger e do desconstrucionismo de Jacques Derrida – teve importante alçada com o niilismo italiano, que aqui se considerará a título exemplificativo e em que desponta o pensamento de Natalino Irti, professor da Universidade de Roma La Sapienza e autor de vários instigantes livros – assim, entre outros, Nichilismo giuridico (2004), Il salvagente della forma (2007) e Diritto senza verità (2010) -, nos quais se avista e consagra uma extrema oposição ao pensamento jurídico tradicional. Essa, de resto, é uma clave possível para a compreensão da obra de Irti no plexo das correntes pós-modernas que se apresentam a si próprias, observa Gary Minda, ‘contra as aspirações tradicionalistas de descobrir um conceito essencial e universal de direito’ – against the traditionalists’ aspiration to uncover essential and universal concepts of Law (Postmodern legal movements: Law and jurisprudence at century’s end. Nova York: New York University Press, 1995 p.191).” DIP, Ricardo. Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismos antigos. *In:* Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. p. 550).

não podem ser formatados numa compreensão pré-concebida e rígida. Por certo, na atual compreensão de Estado Constitucional,

> [...] não se deve distinguir Estado e sociedade, porquanto esse Verfassungsstaat não se caracteriza, apenas, pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial, que vincula o funcionamento desses mesmos poderes à garantia dos direitos fundamentais (CF 5º) e da dignidade da pessoa humana (CF 1º III).[17]

Com efeito, a interpretação do direito, enquanto fenômeno que tem como resultado a estratificação do momento social, está diretamente relacionada à realidade que lhe é subjacente e, portanto, está condicionada pelo momento histórico. Como a norma jurídica é resultado da interpretação de cada caso, em cada caso se fará necessária a produção de nova norma.

Noutras palavras, o Estado Constitucional não se caracteriza apenas pela observância da legalidade formal, enquanto regra que subordina o Poder Público à mera observância da lei. Deve-se respeitar também aquilo que se compreende por legalidade substancial, ou seja, a noção que vincula a prática de atos à salvaguarda dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

É certo que os atos administrativos devem fundar-se em lei material (lei formal, regulamento administrativo, ordenações etc.) e este também é um dos sentidos possíveis do art. 5°, inciso II, da Constituição Federal, quando estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Contudo, no contexto presente, na acepção vigente de Estado de Direito, impõe-se a compreensão de um novo paradigma de vinculação à lei. Hodiernamente, como averbam juristas do porte de Paulo Otero, existe uma vinculação indissociável do ato administrativo não apenas à lei, mas também, especialmente, à Constituição, posto tratar-se do fundamento direto e imediato do ato administrativo.[18]

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery averbam o seguinte a respeito do princípio da legalidade, no contexto do Estado Constitucional:

> No estado Constitucional, o princípio da legalidade sofre releitura de modo que a atividade da administração Pública passa a vincular-se ao texto constitucional. Essa nova vinculação ocorre em virtude de substituição da lei

17. NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 216.

18. OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade,* Coimbra: Almedina, 2011. p. 733 e seguintes.

> pela Constituição como fundamento direto e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias. Portanto, no Estado Constitucional, configurou-se substituição da reserva vertical da lei por reserva vertical da própria Constituição. Essa substituição permitiu que a Constituição passasse a ser o fundamento direto do agir administrativo, o que lhe permite a realização do controle de constitucionalidade em certa medida.[19]

Georges Abboud apreendeu bem o significado dessa compreensão da legalidade e observou, com apoio também em Paulo Otero,[20] que

> no Estado Constitucional, configurou-se uma substituição da reserva vertical da lei por uma reserva vertical da própria Constituição. Essa substituição permitiu que a Constituição passasse a ser o fundamento direto do agir administrativo, tendo reflexo imediato em duas áreas de incidência: (i) a Constituição torna-se norma direta e imediatamente habilitadora da competência administrativa; (ii) a Constituição passa a ser critério imediato da decisão administrativa.[21]

Ainda a esse respeito, Gustavo Binenbojm registra que:

---

19. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 218.
Os autores distinguem o princípio da legalidade constitucional, conforme transcrito acima, e o princípio da legalidade administrativa. A respeito deste último, anota o seguinte:
"*O princípio da legalidade administrativa (ou princípio da juridicidade administrativa* – Antunes Rocha. Princípios, p. 81 et seq.), manifestação essencial do Estado Democrático de Direito (CF 1º), significa a submissão da administração à constituição e às Leis. A administração pública só pode praticar atos típicos, quer dizer, atos cuja previsão para que sejam praticados encontra-se expressa na lei. Cabe-lhe agir apenas e tão somente Secundum legem, sendo-lhe vedado agir contra ou praeter legem (Stassinopoulos. Traité, pp. 18/19 e § 10, I, p. 69; Fleiner. Verwaltungsrecht8, § 10, p. 141 et seq.), razão pela qual não lhe é autorizado praticar atos nem criar negócios jurídicos administrativos atípicos, isto é, sem que estejam prévia e expressamente previstos em lei. O princípio da legalidade vincula a administração às leis existentes, vinculação essa que realiza tanto do ponto de vista positivo quanto do negativo. A vinculação positiva indica que a administração deve agir segundo a lei e a vinculação negativa significa que a administração é vedado praticar atos que contrariem a lei (Maurer. Allg. Verwaltungsrecht14, § 6.º, I,2, p.112). No conceito aqui expressado estão abarcados o que a doutrina denomina de: a) princípio da primazia da lei (vinculação da administração à CF e à lei); b) princípio da reserva legal (praticar atos que estejam autorizados por lei); c) princípio da reserva de Parlamento (decisão do Congresso Nacional exteriorizada em forma de lei, mas que não precisava sê-lo); d) princípio da reserva de preceito jurídico (exteriorizações não apenas por atos administrativos mas por outras formas). Sobre o tema, v. Maurer. Allg. *Verwaltungsrencht*14, § 6.º , II, 2, 8, p. 114; José Afonso. Curso31, pp. Vista objetivo, como concebido tradicionalmente, tem sido combatido pela doutrina moderna, que apresenta as doutrinas da simetria e da essencialidade como fatores de mitigação da legalidade administrativa." NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 218.

20. OTERO, Paulo. *Legalidade e Adminsitração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Coimbra: Almedina, 2011. p. 735.

21. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: RT, 2014. p. 191.

> a legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas à lei.[22]

Uma das consequências dessa compreensão é aquela refletida por Eduardo García de Enterría e Ramón-Tomás Fernández[23], quando afirmam que a vinculação da Administração Pública ao direito – e não a mero cumprimento de aspecto formal contido na lei – faz com que não exista nenhum espaço livre para a administração agir com espécie de poder ajurídico. Significa dizer que o direito não cria para a administração pública um espaço no qual ela pode agir com total liberdade – a ideia de moldura da norma, que sustenta e justifica a existência do poder discricionário. De fato, o direito, a partir especialmente do que dispõe a Constituição Federal, condiciona e determina de forma positiva a prática do ato administrativo, sendo certo que a inobservância dos seus termos implica reconhecimento indelével de sua nulidade, posto que não há que se admitir atos desconformes ao Direito.

A ideia pela qual, portanto, se deve tomar por legalidade é a que pressupõe que a atuação da Administração Pública está vinculada não apenas ao texto da lei, mas ao próprio direito e, portanto, à própria Constituição. Ou, nas palavras de Georges Abboud: "A vinculação da Administração não é mais apenas em relação à legalidade, mas, sim, a um bloco de legalidade dentro do qual possui especial destaque o texto constitucional"[24].

Refletindo também sobre o tema, o mesmo Georges Abboud, com apoio nos administrativistas alemães Hans Wolff, Otto Bachof e Rolf Strober[25], registra que "a atividade administrativa, antes de ser vinculada à legalidade, é vinculada à própria Constituição; a administração deve ser sempre conforme à Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais."[26] Disso afirma existir um princípio

22. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 9ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 497-499

24. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 191.

25. WOLFF, Hans, BACHOF, Otto, STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 434.

26. ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2012. p. 150.

da constitucionalidade que determina a vinculação do Poder Público à Constituição Federal.[27]

Dito isso, importa refletir que, conforme aponta Friedrich Müller, uma vez positivados na Constituição Federal, os direitos fundamentais passam a ser considerados direito vigente, adquirindo caráter estatal-normativo, de sorte que a sua obediência significa respeitar o próprio direito positivo[28]. São os direitos fundamentais que estabilizam as relações e as liberdades do homem, de sorte que não haja aniquilação de direitos, e que delimitam os níveis de intervenção do Estado na esfera individual de interesses do cidadão, estabelecendo em que medida a sua força é oponível face ao particular. [29]

27. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: RT, 2014. p. 197. Em complemento, confira-se:
"La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativo o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (Sentencia Constitucional de 15 de febrero de 1990). Especialmente relevante resulta así la obligación judicial de interpretar las leyes en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (sentencias del Tribunal Constitucional, de 6 de mayo de 1983, 9 de febrero y 20 de abril de 1985, 25 de mayo de 1987, 9 de mayo de 1988, 15 de febrero de 1990, 28 de febrero y 8 de abril de 1991). – Las normas constitucionales son, pues, normas dominantes frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento." ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo I*. 9 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 104.

28. MÜLLER, Friedrich. *Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais* – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. *In:* CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang, PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

29. "Do ponto de vista da teoria normativa, os direitos fundamentais constituem normas no sentido amplo, ainda que sua concretização possa trazer consigo dificuldades peculiares. Entre outras coisas, essas dificuldades decorrem do fato de que âmbitos normativos que abrangem dados reais e que são fortemente marcados pela singularidade, e (em parte) não especialmente produzidos pelo direito, como crença religiosa, consciência e culto, arte e ciência, casamento, família, associação e ordenamento de propriedade, bem como a inclusão em um texto normativo dos programas normativos que asseguram e reconhecem tais âmbitos, só podem ser captados de forma imprecisa e por meio de palavras-chave. O baixo grau de concretização sobretudo do âmbito normativo no texto de norma dos direitos fundamentais, junto com a inconsciente equiparação de norma e texto normativo, poderiam constituir a principal razão para o fato de os direitos fundamentais serem erroneamente entendidos como cláusulas gerais. Essa pré-compreensão tradicionalmente questionável ainda não resiste à estruturação fundamental da norma em programa normativo e âmbito normativo. Também os direitos fundamentais, assim como as cláusulas gerais, no que diz respeito ao aspecto material, referem-se a princípios jurídicos éticos, no entanto sua relação (a ser metodicamente elaborada) com a real totalidade da constituição política global não apenas se baseia nessas referências, mas sobretudo no caráter material de seus âmbitos normativos. Como normas que gradativamente se ligam aos dados reais, os direitos fundamentais impelem à crescente individualização de seu teor material no caso particular e, assim, tornam necessária a inserção de meios-termos metódicos que podem ser obtidos a partir da análise estrutural de seus âmbitos normativos,

De fato, a salvaguarda dos direitos fundamentais constitui um dos principais objetivos da evolução do constitucionalismo, na medida em que aqueles constituem indisputáveis direitos subjetivos do cidadão, que pode lhes exigir frente o Poder Público e a própria sociedade. A definição clara de direitos fundamentais é encontrada em Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que averbam:

> Os direitos fundamentais (Grundrechte) constituem, na atualidade, conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos garantidos pela Constituição, contra os abusos que possam ser cometidos pelo Estado ou pelos particulares. Ambas as classes de direitos são ainda que com intensidade diferente, parte integrante necessária da cultura jurídica de todo Estado constitucional (...). Os direitos e garantias fundamentais, dada sua magnitude universal, têm natureza constitucional e prevalecem sobre os interesses público e particular e os interesses do Estado.[30]

Os direitos fundamentais e humanos são institutos indispensáveis para a democracia, ou seja, são normas fundantes do Estado Democrático e sua violação descaracteriza o próprio regime democrático. Aquele que estiver interessado em correção e legitimidade deve estar interessado também em democracia e, necessariamente, em direitos fundamentais e humanos. O verdadeiro significado e importância desse argumento está em que se dirige, precipuamente, aos direitos fundamentais e humanos como realizadores dos procedimentos e instituições da democracia e faz com que reste patente a ideia de que esse discurso só pode realizar-se num Estado Constitucional Democrático, no qual os direitos fundamentais e democracia, apesar de todas as tensões, entram em uma inseparável associação.

Em sendo consabido, inclusive porque já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, tal como insculpido no art. 225 da Constituição Federal, é direito

---

a saber, culto, ciência, vida associativa, muito mais marcadamente do que nas cláusulas gerais genuínas. Nesse sentido, as normas de direitos fundamentais não constituem exceções no direito de Estado e no direito constitucional. Por causa da forte ligação material de suas disposições, suas estruturas de problemas se deixam apreender por meio de teorias parciais da tipologia material, pautadas em grupos de casos ou de normas de um modo mais adequado do que por meio de um consistente denominador teórico necessária e abstratamente generalizante ou que sirva de avaliação indistinta de conteúdos". MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261.

30. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 216.

fundamental[31], importa refletir sobre o seu potencial significado. A esse respeito, Édis Milaré, com a clareza de sempre, averba:

> a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no título de abertura da Constituição, acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito humano fundamental, direcionado ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, 'ecologicamente equilibrado'. É o que denominamos princípio do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana. É, sem dúvida, o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico-ambiental, ostentando, a nosso ver, o status de verdadeira cláusula pétrea. Emerge, assim, a questão: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao mesmo tempo em que se configura como um interesse difuso que se espraia pela sociedade e como um direito humano fundamental, pode caracterizar-se como um direito personalíssimo, de que é titular cada indivíduo, na busca pela realização física e psíquica da personalidade humana em sua inteireza? A pergunta é relevante, em razão dos atributos intrínsecos a essa modalidade de direito, umbilicalmente ligado à pessoa humana, quais sejam: i) originários: adquirem-se com o nascimento, independentemente de qualquer manifestação ou ato de vontade; ii) perenes: perduram por toda vida e, por vezes, transcendem-na, refletindo-se mesmo após a morte do titular; iii) inalienáveis: em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; e mais: não podem ser subtraídos das pessoas que legitimamente

31. Vide ementa, com o destaque para o que importa ao presente texto:
"EMENTA: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS [...] COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – [...]. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. [...]" (STF – ADI 3540 MC / DF – Tribunal Pleno – Ministro Celso de Mello – DJ 03.02.2006).

> os detêm; iv) indisponíveis: salvo exceção legal, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária; v) absolutos: são oponíveis erga omnes; e vi) imprescritíveis: não estão sujeitos às regras de direito material que disciplinam o instituto da prescrição.[32]

Outro tanto, Nelson Nery Junior faz um paralelo – que também se identifica em parte na obra de Juarez Freitas[33] – entre o princípio da legalidade e o da boa-fé: "A boa-fé é mecanismo que norteia a aplicação do direito em todas as suas dimensões, sendo preceito que atua tanto no direito público como no direito privado". E continua:

> A boa-fé subjetiva caracteriza-se pela intenção da administração de não prejudicar o administrado ou terceiro. A boa-fé objetiva, ao contrário, se consubstancia na conduta que se espera da administração, independentemente de sua manifestação de vontade, de sua intenção em praticar o ato ou de celebrar o negócio jurídico administrativo.[34]

Para o estimado professor,

> A conduta que se espera do poder público é a de que obedeça e esteja de acordo com a letra e o espírito da Constituição, das leis e do direito. A boa-fé objetiva é, pois, regra de conduta, de conteúdo e eficácia jurígena, vale dizer, é fonte criadora de direitos e de obrigações, tal como a lei em sentido formal (...). Isto significa que o poder público deve ser coerente em suas condutas e, se propiciou ao administrado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta porque, ao ver do Estado, estaria correta, não pode, de modo abrupto e incoerente com sua conduta anterior, modificar seu entendimento em detrimento do administrado (...). A boa-fé com que a Administração deve agir, independe da aferição da conduta do administrado (...), que é relevante, todavia, para aferir-se a incidência do princípio da confiança legítima (...), segundo o qual deve ser, também, averiguada a conduta do administrado para saber se confiou na Administração para agir de determinada forma, circunstância aferível em qualquer fase do processo administrativo.[35]

Por certo, todo e qualquer ato administrativo ambiental deverá estar de acordo com aquilo que estiver disposto em lei e na Constituição,

32. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 123.

33. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

34. NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 449.

35. NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 449.

sob pena de vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, com eventual responsabilização pessoal dos agentes públicos envolvidos e do administrado, inclusive pelos danos que dele vierem a decorrer para o meio ambiente e para o patrimônio público.

De fato, por força do que se compreende hodiernamente pelo princípio da legalidade (como regra que baliza o agir da Administração Pública, que tem como fundamento último da Constituição) e também pelo que se compreende por princípio da constitucionalidade (como aspecto estruturante do Estado Constitucional), não há espaços para a produção de atos como hipótese de mera subsunção, alijada do dever de interpretação do intérprete. Vontade da lei ou do legislador, silogismos, também não têm melhor lugar. De outra banda, também não tem lugar a teoria da moldura da norma, a persecução última do interesse público e tantos outros aspectos fundantes da defesa da discricionariedade, justificadas também pela compreensão de que é impossível retirar do ordenamento jurídico o elemento volitivo do agir administrativo.

Desmitificando a noção de que a presença do elemento volitivo é indispensável para a produção do ato administrativo, remontando que a Teoria Estruturante do Direito não alija do processo de interpretação a bagagem do intérprete, que lhe forma a pré-compreensão, Lenio Luiz Streck esclarece que "a tarefa assim colocada da fundamentação da pré-compreensão é, sobremodo, uma tarefa da teoria constitucional que, por sua vez, não é discricional se ela é obtida com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto"[36].

Do que se expendeu até aqui é possível concluir que as concepções usuais de discricionariedade que pretendem sustentar a prática de atos desvinculados ou a existência de uma multiplicidade de respostas dentro da moldura da norma – e assim uma potencialidade contida do agir administrativo – não subsistem no Estado Constitucional, posto que não se prestam a tutela efetiva da garantia constitucional insculpida no art. 225, caput, da própria Constituição Federal.

Por força disso é que se afirma inexistir discricionariedade. Em tempos de obscurantismo, porque eles vêm e vão, posicionar-se contra a ideia de discricionariedade é assumir uma postura pró-Constituição, enquanto veículo garantidor dos direitos fundamentais, no que é pertinente ao objeto deste estudo, isto é, do direito ao meio ambiente ecologicamente

36. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 276.

equilibrado. De fato, os direitos fundamentais devem ser preservados – e até por isso constam da Constituição – porque resultam de conquistas históricas da formação política e jurídica da sociedade desenvolvida em Estados democráticos, cujo dever de observância é indisputavelmente obrigatório para o Poder Público e pelos particulares.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Com a noção supra, cumpre examinar precisamente no que consiste a discricionariedade técnica. Com efeito, trata-se da "atribuição à Administração, pela norma jurídica, de poder para atuar com fundamento em critérios fornecidos por saberes especializados, sejam esses saberes derivados de ciências puras ou aplicadas"[37], sendo essa, exatamente, a hipótese do ato administrativo ambiental, quer seja aquele praticado de forma preventiva ou repressiva na tutela do meio ambiente.

O conhecimento técnico-científico, como se pode alcançar até aqui, informa e é condição para a produção (i) da licença ambiental, cuja emissão pressupõe a avaliação, compreensão e caracterização da significância do impacto ambiental, (ii) da autorização de supressão de vegetação, que é deferida após a verificação das características do estágio sucessional da vegetação objeto do pedido de supressão, (iii) do parecer técnico que caracteriza de leve a gravíssima a ocorrência de episódio de poluição do ar, do solo ou das águas, (iv) do termo que declara reabilitada uma área para o uso pretendido etc.

Importa saber se esse procedimento é atribuído a resultado de ato discricionário[38]. A nossa proposta, a partir do que se afirmou acerca da inexistência de discricionariedade, é sustentar que não: o fundamento técnico que informa a produção do ato administrativo ambiental, que perfaz a sua necessária motivação (art. 93, inciso X, da Constituição

37. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 150.

38. "No âmbito da proteção do meio ambiente, padrões originalmente extrajurídicos como medidas preventivas contra danos que atendem ao estado da ciência e técnica, a sustentabilidade ambiental ou a beleza da paisagem se tornaram pressupostos legais da atuação dos órgãos públicos, a exemplo da concessão de licenças. Entretanto, a simples legalização desses padrões – cuja intensidade, técnicas e efeitos podem variar bastante – não fez com que eles pudessem ser aplicados como se fossem genuínos (autóctones) padrões jurídicos. Normalmente, sua adequada interpretação envolve maiores dificuldades e o seu regime de sanções e controle possui diversas gradações." KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77.

Federal e art. 2° da Lei Federal 9.784/1999), acaba por constituir substrato de ato vinculado e não discricionário.

Com efeito, a doutrina administrativista tem se debatido há anos a respeito da discricionariedade técnica, com alguma variação. Allan Brewer-Carías, professor venezuelano de produção acadêmica profícua, averba que discricionariedade técnica não se enquadra na noção geral de discricionariedade[39]. Juan Carlos Cassagne[40], também examinando o assunto, registra que a locução discricionariedade técnica é confusa e contraditória, sugerindo inclusive, por invocar noção ultrapassada de

39. "La discrétionnalité administrative a été définie comme une faculté de choisir entre des comportements juridiques licites pour la satisfaction de l'intérêt public et pour l'obtention d'une fin qui corresponde à la cause du pouvoir exercé; en revanche, dans la discrétionnalité technique, il n'existe pas de choix. Comme l'a souligné M. Sandulli, dans la discrétionnalité technique, le choix du comportement à suivre, en prenant comte les intérêts publics a été réalisé a priori (une fois et pour toutes) de manière contraignante par le législateur, c'est pourquoi il appartient seulement à l'Administration de procéder à une évaluation sur la base des connaissances (et donc des règles) techniques, comme celles de la médecine, de la diététique, de l'économie… ; tel est le cas par exemple, de la valeur économique d'un bien. La discrétionnalité technique n'est donc pas discrétionnalité, cette dénomination étant issue d'une erreur historique de la doctrine, comme l'a mis en évidence Massimo Severo Giannini. Pour cette raison, par exemple, la Loi Générale relative à l'Administration publique du Costa Rica insiste fortement sur le fait qu'en aucun cas ne pourront être édictés des actes contraires à des règles univoques de la science ou de la technique et autorise le juge à contrôler la conformité avec ces règles non juridiques des éléments discrétionnaires de l'acte, exerçant ainsi son rôle de contrôleur de légalité (art. 16). En France, le processus d'élargissement du contrôle juridictionnel de l'Administration et de réduction de la discrétionnalité s'est également manifesté dans le domaine de ce que la doctrine et la jurisprudence allemande, espagnole et latino-américaine dénomment des concepts juridiques indéterminés, par le développement du contrôle juridictionnel de la qualification des faits et de l'appréciation des motifs des actes administratifs, mais sans cesses de considérer qu'il s'agit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire." BREWER-CARIAS, Allan R. *Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse*. Paris: Editora Ecônomica, 1972. p. 38.

40. "[...] un intento similar al perseguido por la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para reducir el ámbito de lo discrecional fue el surgimiento, en Italia, de la llamada discrecionalidad técnica, que se configura cuando la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la Administración. El concepto de discrecionalidad técnica es empleado con gran amplitud por la doctrina italiana y comprende tanto las cuestiones relativas a las ciencias exactas (medicina, ingeniería civil, agronomía, etc.) como aquellas donde la norma exige aplicar cánones provenientes de ciencias no exactas (economía, sociología, etc.). En todos los casos se trata siempre de juicios técnicos jurídicamente distintos de los juicios sobre la oportunidad y de la misma elección que realiza el órgano administrativo en el momento de adoptar una decisión. En rigor, habida cuenta de que la causa por la que se emplea el concepto de discrecionalidad técnica deriva de un error histórico y que ella no comporta una verdadera discrecionalidad sino más bien su negación por cuanto como se ha dicho, a lo sumo, la técnica sólo puede subordinarse a la elección de un método, sistema o procedimiento científico (ya que el juicio técnico no traduce discrecionalidad) creemos que asiste razón a quienes sostienen que no existe tal discrecionalidad técnica. Por los demás, si la locución discrecionalidad técnica resulta contradictoria y confusa pues evoca la aplicación de la antigua concepción de la discrecionalidad como ámbito exento de la revisión y si esto es precisamente lo que esta teoría pretende superar, creemos que resulta mucho más útil entre nosotros utilizar, en su lugar, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados." CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 123.

discricionariedade, chega até a sugerir que deva ela ser substituída pela doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados[41].

Examinando a questão na perspectiva do Direito Ambiental da comunidade europeia, Andreas Joachim Krell destaca que:

> A Diretiva 84/360 da União Européia, que versa sobre o Combate à Poluição do Ar por Plantas Industriais e serviu de parâmetro para muitas legislações nacionais, exige o emprego da melhor tecnologia disponível no mercado, enquanto a realização da medida não cause custos desproporcionais. Em muitos casos, existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área da proteção do meio ambiente, os atos administrativos costumam ser fundamentados mediante conhecimentos ou perícias técnicas que se presumem próprios da Administração e alheios à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão.[42]

Conforme anota Georges Abboud:

> a discricionariedade técnica, em algumas hipóteses, chega a se chocar com a discricionariedade optativa, pautada na conveniência e oportunidade. Eles não afirmam que a discricionariedade modifique sua essência, o confronto ocorre porque a discricionariedade técnica assenta-se em conhecimento que, em regra, é derivado de alguma ciência exata, enquanto que a discricionariedade clássica fica no critério de conveniência e oportunidade[43]

Outro tanto, averba que a doutrina hispânica, representada, por um lado, por Julio Rodolfo Comadira, Héctor Jorge Escola e Julio Pablo Comadira[44], e, por outro, por Miguel Santiago Marienhoff[45],

41. Os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com discricionariedade técnica e, a sua presença, no ordenamento jurídico, não autoriza concluir pela existência de ato discricionário, de qualquer ordem. Lembre-se, outro tanto, que "a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das suas aplicações, as quais apenas permitem uma 'unidade de solução justa' em cada caso, a que se chega mediante uma atividade de cognição, objetivável, portanto, e não de volição" ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: RT, 2014. p. 207.

42. KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76/67.

43. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: RT, 2014. p. 150.

44. COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo. *Curso de Derecho Adminsitrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.]. p. 115.

45. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. II. 5ª Ed. Bienos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 345. Confira-se a síntese da crítica à discricionariedade técnica feita, a partir de Miguel Santiago Marienhoff, por Georges Abboud: "MARIENHOFF elabora uma das mais contundentes críticas à discricionariedade técnica, elencando três pontos que impediriam sua

divergiu um pouco disso. Enquanto o último afirmava a inexistência da discricionariedade técnica, exatamente porque o ato administrativo fundamentado em informações científicas ou técnicas é vinculado, na medida em que essas informações devem orientar a produção do ato, os três primeiros sustentavam que, no domínio da discricionariedade técnica, existem válidas soluções técnicas igualmente aceitáveis, cabendo à Administração escolher um.

Com essas balizas teóricas, conclui-se também pela inexistência de discricionariedade técnica em matéria de ato administrativo ambiental. Nos casos em que há um substrato técnico, proveniente das mais diversas áreas da ciência, e em sendo consabido que este substrato irá informar a produção do ato administrativo, estar-se-á sempre frente a ato vinculado.

Não se ignora que o direito, enquanto ciência social, está sempre a reboque dos fatos, tendo que, irremediavelmente, se conformar não raras vezes com um papel subsidiário na tutela jurídica do meio ambiente, como mecanismo voltado à tutela de danos, sendo que, enquanto instrumento, deve buscar, na fluidez da sociedade pós-moderna, conferir estabilidade às relações jurídicas e a manutenção do equilíbrio ecológico.

A utilização de critério de conveniência e oportunidade, desatada da noção de vinculação à Constituição Federal, por autorizar a produção de qualquer ato administrativo, ao sabor do vento, volátil e também estéril, porque esvaziado de conteúdo jurídico, não é adequada para regulação das mais diversas relações humanas na concepção atual do Estado de Direito. É preciso que se busque retratar, da forma mais fidedigna possível, em que medida os desafios da pós-modernidade são assimilados e internalizados pelo direito do ambiente, sempre com foco na salvaguarda do equilíbrio ecológico.

CONCLUSÃO: DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E VINCULAÇÃO NA PRODUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

Em vista do que se expendeu, tem-se que por indisputável que os critérios fornecidos por saberes especializados, sejam esses saberes

aceitação: (1) a regra técnica deriva de critérios científicos não podendo ser relacionada com a discricionariedade; (2) em regra a questão técnica é obtida a partir de um único critério científico; (3) na aferição da questão técnica o elemento interesse público é totalmente irrelevante. Sendo assim, não há discricionariedade técnica quando a resolução da questão administrativa reclama um ditame técnico." ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014. p. 150.

derivados de ciências puras ou aplicadas, informam a produção do ato administrativo ambiental, perfazendo a sua necessária motivação (art. 93, inciso X, da Constituição Federal e art. 2° da Lei Federal 9.784/1999). Essa circunstância, por força do dever de a administração pública agir conforme a lei e também a Constituição (princípio da legalidade no Estado Constitucional), acaba por constituir substrato de ato vinculado e não discricionário, posto que não se pode admitir, nessa quadra da história, a utilização de critério de conveniência e oportunidade que autorize outra escolha que não seja a adequada à lei e à Constituição.

Assim, tem-se por indisputável que a defesa de concepção de discricionariedade que importe a prática de atos desvinculados do mandamento constitucional ou na escolha de uma dentre uma multiplicidade de respostas possíveis identificáveis dentro da moldura da norma – e assim uma potencialidade contida do agir administrativo – não subsiste no Estado Constitucional.

Isso porque, no contexto do direito ambiental, exatamente por demandar a utilização saberes derivados de ciências, acredita-se não haver outro caminho senão o aqui defendido, que exige, para cada caso concreto, a resposta adequada, e não qualquer outra que venha a ser escolhida a partir de critério de conveniência e oportunidade, precisamente porque, invariavelmente, a utilização desse critério terá como resultado arbitrariedade e decisionismo.

Nesses termos, a produção de licenças e autorizações e a fixação de penalidades por pelo cometimento de infração ambiental não é resultado de discricionariedade técnica, em que se retira, das soluções possíveis, aquela que melhor se adequa ao caso posto em análise. Ao revés, o ato administrativo ambiental é vinculado, sendo certo que a motivação nele expendida é aquela que garante o cumprimento do mandamento constitucional insculpido no art. 225.

Essas provocações tem um sentido e não importa repetir: em tempos de obscurantismo, porque eles vêm e vão, posicionar-se contra a ideia de discricionariedade é assumir uma postura pró-Constituição, enquanto veículo garantidor da salvaguarda do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, consequentemente, da segurança jurídica, tão cara ao administrado, enquanto postulado da estabilidade das relações humanas e da garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo: Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, volume I, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BREWER-CARIAS, Allan R. Les Principes de la Procédure Administrative non Contentieuse. Paris: Editora Ecônomica, 1972.

CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2012.

COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo. Curso de Derecho Adminsitrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.]. p. 115.

DIP, Ricardo. Ativismo e garantismo: novos nomes de positivismos antigos. *In:* Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 215.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 9ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 497-499

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 412.

KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76/67.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. t. II. 5ª Ed. Bienos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 345.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 182.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 123.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. *In:* CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang, PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (orgs.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2011.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948.

SANTANNA, Gustavo da Silva; HUPFEER, Haide Maria. Da Impossibilidade do Poder Discricionário do Intérprete para os Hard Cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Vol. 64, p. 117, Out/2011, DTR 2011/4994.

STASSINOPOULOS, Michel. Traité des Actes Administratifs. 1 ed. Athènes: Collection de L'Institut Français D'Athènes, 1954.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WOLFF, Hans, BACHOF, Otto, STOBER, Rolf. Direito Administrativo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

CAPÍTULO 23

A COMPENSAÇÃO FLORESTAL DE EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ROMEU THOMÉ
JHENNE CELLY PIMENTEL DE BRITO

INTRODUÇÃO

O crescimento econômico dos países da América Latina sempre esteve atrelado à exploração de suas riquezas minerais. Mesmo antes da colonização pelos países europeus, o subsolo já era explorado pelos povos pré-colombianos, como os astecas, os maias e os incas. Com a chegada dos europeus, foi intensificada a busca pelos bens minerais, especialmente o ouro e a prata. O esgotamento das minas motivou a busca por outros recursos minerais, também abundantes, como o cobre, o carvão, o estanho e o minério de ferro. Desde então, a atividade de mineração permanece essencial para a manutenção da vitalidade econômica de diversos países latinoamericanos.

O Brasil é um dos principais exportadores de minério de ferro, enquanto o Chile é o maior exportador de cobre do mundo. O estanho é abundante na Bolívia, Suriname e Guiana. No Peru, Chile e Argentina encontra-se ouro em inúmeras jazidas. É inegável a vocação mineral da América Latina.

A vocação mineral brasileira descortinou-se a partir do final do século XVII, quando grandes quantidades de ouro foram extraídas dos

córregos e ribeirões de Minas Gerais. A expansão da atividade minerária se deu no século seguinte, e foi responsável pela transição de uma economia com base na produção de açúcar para uma economia impulsionada pela produção mineral. A mineração continua a exercer papel fundamental no crescimento econômico nacional.

Não obstante a relevância econômica da exploração mineral, trata-se de atividade inerentemente impactante do meio ambiente. Os impactos negativos decorrentes da busca pelos minerais estão relacionados à movimentação de consideráveis volumes de terra, à modificação da topografia, ao afugentamento de espécies animais, à contaminação das águas, dentre outros. Interessa-nos, na presente pesquisa, a análise de um impacto específico da atividade minerária sobre o meio ambiente: a supressão de vegetação.

É legalmente possível a supressão de vegetação para a exploração de atividade mineral no Brasil e, especificamente, em Minas Gerais, um dos estados que mais exploram recursos minerais no País? Em caso afirmativo, quais os instrumentos previstos nas normas ambientais vigentes para compensar os impactos negativos não mitigáveis dessa atividade sobre o meio ambiente? A presente pesquisa tem como intuito apresentar respostas jurídicas adequadas para tais indagações.

O objetivo do trabalho é, portanto, analisar a eficácia das medidas compensatórias previstas no ordenamento jurídico pátrio para os casos de supressão de vegetação para exploração de atividade minerária, sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável.

Nota-se, atualmente, uma nítida dificuldade de interpretação dos diversos instrumentos compensatórios previstos nas normas ambientais nacionais, tanto pelos órgãos da Administração Pública responsáveis pela gestão do patrimônio ambiental, quanto pela própria doutrina, que vacila ao abordá-los, não raras vezes confundindo seus objetivos e características nucleares. Tal constatação justifica a pesquisa sobre a compensação florestal de empreendimentos minerários, sobretudo no Estado de Minas Gerais, grande produtor de minério de ferro do País.

Para tanto, as linhas metodológicas utilizadas foram a crítico-metodológica e a jurídico-propositiva, pois a partir do olhar sobre a realidade buscou-se realizar uma análise crítica capaz de orientar a propositura de critérios mais eficientes à compensação florestal de empreendimentos minerários em Minas Gerais, que poderão ser utilizados para o aperfeiçoamento das normas ambientais de outros estados da Federação e de países da América Latina, no sentido da implementação de

um desenvolvimento que contemple não apenas o crescimento econômico, mas também a preservação ambiental e a equidade social.

1 A DEFINIÇÃO DE IMPACTOS E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS NO ÂMBITO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Sob uma perspectiva antropocêntrica protecionista, adotada no presente trabalho, as normas de Direito Ambiental tem, dentre outros, o escopo de apresentar e fomentar a implementação de instrumentos jurídicos capazes de conciliar a utilização dos recursos naturais, tão necessários à manutenção da qualidade de vida do ser humano, à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável à vida no planeta.

Observam Ribeiro e Mendes[1] que

> [...] a mineração também pode ser considerada uma atividade propulsora do desenvolvimento, de interesse nacional, de utilidade pública e que pode, inclusive, desempenhar importante função ambiental. Por esse motivo, se faz necessário regular essa atividade econômica, no sentido de possibilitar conciliar o desenvolvimento com a proteção ambiental.

Não se pode olvidar que o desenvolvimento, atualmente, está atrelado á preservação do meio ambiente, e que desenvolvimento não é sinônimo de crescimento econômico. Segundo o economista Marcus Eduardo de Oliveira,[2] crescimento significa aumentar a quantidade dos bens de produção, expandir a base física da atividade produtiva. Mas o "crescimento econômico só faz sentido se promover o desenvolvimento social e humano, sem agressão [sócio] ambiental". O crescimento está associado, portanto, à quantidade, enquanto o desenvolvimento, à qualidade. Para Oliveira,[3]

> [...] desenvolvimento econômico implica, ademais, mudanças estruturais, culturais e institucionais e visa indubitavelmente proporcionar bem-estar. Assim, o desenvolvimento social e humano tem o crescimento econômico como meio e a melhoria do padrão médio de vida das pessoas como fim. Desenvolver uma economia, nesse sentido, é criar e possibilitar mais qualidade às pessoas.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, prevê a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica

1. RIBEIRO; MENDES, 2013, p. 27.
2. OLIVEIRA, 2013.
3. OLIVEIRA, 2013.

e financeira, estabelecendo claramente uma das balizas ao crescimento econômico (art. 170, VI da CRFB 1988), no sentido da implementação do desenvolvimento sustentável. No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540, se manifestou pela necessidade "de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia". O Poder Executivo, por sua vez, tem à sua disposição inúmeros instrumentos para a efetiva implementação dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e do desenvolvimento sustentável, como o licenciamento ambiental, essencial para proporcionar o crescimento econômico em harmonia com a preservação do meio ambiente.

O licenciamento ambiental teve como marco inicial, em 1970, a publicação da *National Environmental Protection Act – NEPA* (Lei Nacional de Proteção Ambiental) nos Estados Unidos, inaugurando a concepção de instrumentos de avaliação de impacto ambiental — o que foi chamado de *Environmental Impact Statement* — e de autorizações para instalação e operação das atividades potencialmente poluidoras.

Sequencialmente, diversos países estabeleceram suas políticas de proteção do meio ambiente, como fez o Brasil ao publicar a Lei 6.938, de 31.08.1981, incluindo o licenciamento ambiental como instrumento de gestão pública, o qual pode ser definido como um processo administrativo multifásico, destinado a subordinar as atividades capazes de alterar substancialmente os ecossistemas a um regime de controle apriorístico, configurando a licença, destarte, um assentimento da autoridade competente, concedido após a verificação de que as diversas fases de um determinado projeto atenderam às diretrizes técnicas pertinentes e às demais obrigações veiculadas pelas disposições legais aplicáveis.

No direito brasileiro, desenvolveu-se um formato trifásico de regularização licenciatória, dividido em etapas distintas e sequenciais — a Licença Prévia (LP), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO) —, assim delineadas no artigo 19 do Decreto 99.274, de 06.06.1990, e no artigo 8° da Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997, conforme a seguir detalhado:

> a) Licença Prévia (LP) — concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
>
> b) Licença de Instalação (LI) — autorizando a instalação

> do empreendimento ou atividade, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes;
>
> c) Licença de Operação (LO) — autorizando a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento das condicionantes previstas para as licenças anteriores e das medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a fase de operação.

No tocante à etapa prévia do licenciamento, trata-se de avaliação do juízo de viabilidade ambiental, vinculado aos estudos ambientais apresentados, cujo objetivo é levantar, descrever e prevenir seus possíveis reflexos adversos do empreendimento, permitindo à sociedade conhecer suas características técnicas e locacionais, além de sua concepção e área de influência do projeto.

Importante destacar que, primordialmente, nessa fase está a apresentação dos estudos ambientais, os quais possibilitarão a avaliação do órgão ambiental competente pelo licenciamento acerca dos impactos decorrentes da atividade, incidindo a compensação para aqueles efeitos adversos não mitigáveis.

Quando da instalação, será avaliado o cumprimento de condicionantes apostas à licença prévia, para que se possa dar continuidade ao projeto e implantação do empreendimento.

Do mesmo modo, far-se-á com a etapa de operação, após apreciado o cumprimento dos requisitos vinculados à licença de instalação, autorizando-se o início das atividades licenciadas.

1.1 DEFINIÇÃO DE IMPACTOS

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma série de princípios destinados à promoção dos direitos ao meio ambiente equilibrado, no artigo 225, que assim dispõe:

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

Dentre eles, o princípio da prevenção, previsto na parte final do caput do artigo 225, pressupõe a adoção de medidas mitigadoras dos eventuais impactos ambientais já conhecidos e mapeados, de forma a evitar possíveis danos ambientais.

Antunes[4] esclarece que o princípio da prevenção é aplicado em relação aos impactos ambientais conhecidos e dos quais se possa estabelecer as medidas necessárias para prevenir e evitar os danos ambientais.

A determinação constitucional orienta a ação preventiva e a utilização de instrumentos que possam valorar e reduzir a possibilidade de ocorrência de danos ambientais, por meio do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e do regular licenciamento ambiental.

Dessa forma, Oliveira[5] delimita a avaliação de impactos ambientais como o conjunto de técnicas e métodos que se propõem a identificar e descrever a influência que uma determinada atividade poderá exercer sobre o ambiente biogeofísico, econômico e social.

Além disso, o referido autor destaca que é por meio da Avaliação de Impacto Ambiental - AIA que os impactos ambientais de uma determinada atividade são enumerados, de maneira a se analisar a viabilidade ambiental da atividade, visando a aumentar seus impactos positivos e a diminuir os impactos negativos.

Em resumo, Milaré [6] define AIA como:

> Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles considerados. Além disso, os procedimentos devem garantir a adoção das medidas de proteção do meio ambiente determinadas, no caso de decisão sobre implantação do projeto.

O entendimento de Milaré[7] é no sentido de que a AIA é "uma avaliação técnica prévia (vale dizer, a *priori* e não a *posteriori*) dos riscos e danos potenciais que determinado empreendimento ou ação pode causar às características essenciais do meio, seus recursos e seu equilíbrio ecológico".

De se esclarecer, conforme entendimento de Milaré[8] que a AIA pode ser entendida como gênero, da qual os seguintes estudos ambientais

4. ANTUNES, 2005.
5. OLIVEIRA, 2005.
6. MILARÉ, 2014, p. 753.
7. MILARÉ, 2014, p. 752.
8. MILARÉ, 2014, p. 752.

são espécie: Estudo de Impacto Ambiental – EIA, Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, Relatório Ambiental Preliminar – RAP, dentre outros.

Seja como for, é comum o entendimento dos autores de que a avaliação de impacto "que se realiza por meio do EIA é um dos principais instrumentos da PNMA".[9]

Como bem pontua Sánchez[10], pode-se definir processo de avaliação de impacto ambiental como um conjunto de procedimentos concatenados de maneira lógica, com a finalidade de analisar a viabilidade ambiental de projetos e fundamentar uma decisão a respeito.

Nessa linha de raciocínio, fundamenta Bim[11]:

> Estudos ambientais ou avaliações de impacto ambiental (AIA) são instrumentos para mensurar o impacto ambiental, servindo de subsídio ao processo decisório ambiental, seja em qual espécie for. Mensurar os impactos é um meio — não uma finalidade — para o estudo ambiental. Sua finalidade é analisar a viabilidade ambiental e mitigar os impactos adversos.

Assim, deve-se considerar que impacto ambiental é a alteração dos elementos do meio ambiente (bióticos, físicos e antrópicos), seja de forma positiva ou negativa, previstos nos estudos ambientais e autorizados — ou não — no âmbito do licenciamento ambiental.

O conceito legal de impacto ambiental é definido pelo artigo 1º da Resolução CONAMA 01/1986 do seguinte modo:

> Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:
>
> I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> II - as atividades sociais e econômicas;
>
> III - a biota;
>
> IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
>
> V - a qualidade dos recursos ambientais.

Sánchez[12] ensina que

> Impacto ambiental é, claramente, o resultado de uma ação humana, que é a sua causa. Não se deve, portanto,

9. MIRRA, 2008, p.3.
10. SÁNCHEZ, 2013.
11. BIM, 2015, p. 137.
12. SÁNCHEZ, 2013.

> confundir a causa com a consequência. Uma rodovia não é um impacto ambiental; uma rodovia causa impactos ambientais. Da mesma forma, um reflorestamento com espécies nativas não é um impacto ambiental benéfico, mas uma ação (humana) que tem o propósito de atingir certos objetivos ambientais, como a proteção do solo e dos recursos hídricos ou a recriação do hábitat da vida selvagem.

Na dinâmica do licenciamento ambiental, a AIA deve ser utilizada como instrumento avaliador prévio, sendo por meio do Estudo de Impacto Ambiental a conclusão acerca do prosseguimento ou não do projeto — por meio da análise de impactos positivos, negativos e de não fazer —, podendo-se identificar se há viabilidade ambiental para o empreendimento.

Nessa linha, o Estudo de Impacto Ambiental — o mais complexo estudo previsto na legislação, inspirado no *Environmental Impact Statement* – EIS norte-americano — se presta a apresentar "informações, análises e propostas destinadas a nortear a decisão da autoridade competente sobre a concordância ou não do Poder Público com a atividade que se pretende desenvolver ou empreendimento que se busca implantar".[13]

A Resolução CONAMA 001/86 e a Constituição Federal de 1988 estabeleceram a obrigatoriedade de apresentação do estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA para aqueles empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental.

Cumpre esclarecer que o RIMA é uma síntese do EIA, com conteúdo menos técnico, elaborado para propiciar a compreensão de todos que tenham interesse naquele projeto, por meio da simplificação dos resultados verificados após o estudo, em efetivação aos princípios da participação e informação.

Além disso, a Resolução também cuidou de traçar diretrizes gerais para o EIA/RIMA, delimitando o conteúdo mínimo necessário para a avaliação de impactos do empreendimento, na hipótese de ser ou não implantado, conforme incisos do art. 5º, *in verbis*:

> Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:
>
> I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;
>
> II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos

13. TRENNEPOHL, 2007, p. 18.

> ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;
>
> III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;
>
> lV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Para que se alcance a verificação de todos os impactos envolvidos no âmbito do EIA, o estudo "será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados" (art. 7º, Resolução CONAMA 001/86).

Desse modo, tanto a equipe, como todos os custos decorrentes da análise e elaboração do documento, são custeados pelo empreendedor interessado.

Nesse contexto, o EIA cuidará de propiciar o levantamento de todos os impactos daquele empreendimento, de modo a se verificar se a intervenção é permitida pela legislação, em que medida, e — para os impactos negativos — quais as formas de mitigação ou compensação.

1.2 MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Considerando tais apontamentos iniciais, destaca-se que, após a caracterização daqueles impactos que não podem ser mitigados, e havendo viabilidade ambiental do empreendimento, o órgão licenciador traçará as medidas compensatórias que deverão ser cumpridas, observando a legislação incidente no âmbito federal, estadual e municipal.

Segundo Fernandes e Carneiro[14],

> Ao longo dos últimos anos tem se tornado cada vez mais usual na legislação brasileira a exigência de compensações ambientais, com isso expressando-se diferentes objetivos relacionados a estruturação de políticas públicas de meio ambiente, em particular a obtenção de recursos financeiros para o incremento quantitativo e qualitativo das áreas especialmente protegidas, bem assim a adequada formação do juízo de viabilidade de obras e atividades sujeitas a licenciamento ambiental.

14. FERNANDES; CARNEIRO, 2015, p.77.

De se pontuar que a compensação deverá primar, sempre que possível, pela restauração das condições ecológicas, ainda que em local diverso da intervenção, possibilitando o reequilíbrio ecológico do bem ambiental afetado. Nessa linha, como bem observa Erika Bechara,[15]

> [...] a compensação tem por finalidade primordial fazer com que uma atividade degradadora ou poluidora que afete negativamente o equilíbrio ambiental, por agredir algum de seus elementos corpóreos ou incorpóreos, ofereça uma contribuição para afetá-lo positivamente, melhorando a situação de outros elementos corpóreos ou incorpóreos não afetados.

Sendo assim, cabe ao órgão ambiental verificar se aquela condição adversa possui compensação específica prevista em lei, como ocorre com aquelas incidentes quando da supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica, prevista na Lei 11.428, de 22.12.2006, ou nas hipóteses permitidas no Decreto 99.556, de 01.10.1990, alterado pelo Decreto 6.640, de 07.11.2008, para a supressão de cavidades naturais subterrâneas.

Já para aqueles impactos não mitigáveis em que não houver compensação específica, caberá a compensação do SNUC, prevista no artigo 36 da Lei 9.985/2000, determinando que nos casos de licenciamento de obras capazes de gerar impactos ambientais significativos, assim considerados pelo órgão competente, com fundamento no EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e a manutenção de determinadas categorias de espaços protegidos.

Tal diferenciação possui extrema relevância para assegurar a não ocorrência de dupla compensação pelo mesmo impacto ambiental, caso ele tenha sido calculado na compensação do SNUC e requerido como forma específica prevista em Lei.

2 A PREVISÃO DA LEI 20.922, DE 16.10.2013, DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, importante frisar que os Estados-membro tem competência para legislar, concorrentemente com a União e o Distrito Federal, sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Trata-se de determinação expressa no inciso VI do artigo 24 da Constituição de 1988. A competência legislativa concorrente

15. BECHARA, 2009, p. 136.

tem como característica a atribuição de uma mesma matéria a mais de um ente federativo, sendo que a União estabelecerá normas gerais.

O Estado de Minas Gerais, exercendo a competência legislativa a ele constitucionalmente atribuída, fez prever, em lei estadual, hipótese específica de compensação ambiental florestal.

Sem prejuízo de outras compensações incidentes quando do licenciamento da atividade minerária, a Lei 20.922, de 16.10.2013, que dispõe sobre a política florestal e de proteção à biodiversidade no Estado, definiu, no artigo 75, a compensação florestal para a atividade minerária, nos seguintes termos:

> Art. 75. O empreendimento minerário que dependa de supressão de vegetação nativa fica condicionado à adoção, pelo empreendedor, de medida compensatória florestal que inclua a regularização fundiária e a implantação de Unidade de Conservação de Proteção Integral, independentemente das demais compensações previstas em lei.
>
> § 1º A área utilizada como medida compensatória nos termos do caput não será inferior àquela que tiver vegetação nativa suprimida pelo empreendimento para extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades.
>
> § 2º O empreendimento minerário em processo de regularização ambiental ou já regularizado que ainda não tenha cumprido, até a data de publicação desta Lei, a medida compensatória instituída pelo art. 36 da Lei nº 14.309, de 19 de junho de 2002, continuará sujeito ao cumprimento das obrigações estabelecidas no artigo citado.

De se observar que a medida possui conexão com a antiga Lei Florestal do Estado de Minas Gerais (Lei 14.309, de 19.06.2002), que previa, de modo semelhante — com maior abrangência de impactos — a obrigação de compensar quando da intervenção por empreendimentos minerários, nos termos do já revogado artigo 36, *in verbis*:

> Art. 36 – O licenciamento de empreendimentos minerários causadores de significativos impactos ambientais, como supressão de vegetação nativa, deslocamento de populações, utilização de áreas de preservação permanente, cavidades subterrâneas e outros, fica condicionado à adoção, pelo empreendedor de estabelecimento de medida compensatória que inclua a criação, implantação ou manutenção de unidades de conservação de proteção integral.
>
> § 1° – A área utilizada para compensação, nos termos do "caput" deste artigo, não poderá ser inferior àquela

> utilizada pelo empreendimento para extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades.
>
> § 2° – A compensação de que trata este artigo será feita, obrigatoriamente, na bacia hidrográfica e, preferencialmente, no município onde está instalado o empreendimento.

Importante ressaltar que a medida compensatória contemplada na lei estadual não se confunde com aquela relativa ao Bioma Mata Atlântica, prevista na Lei 11.428, de 22.12.2006, regulamentada pelo Decreto 6.660, de 22.11.2008.

Segundo Fernandes e Carneiro,[16]

> A Lei da Mata Atlântica reservou - para os empreendimentos em geral, e especificamente para as atividades minerárias —, a incumbência de preservarem gleba equivalente à desmatada neste Bioma ou mesmo de proceder à reposição florestal, mediante o plantio de espécies nativas em áreas dotadas das mesmas características ecológicas e locacionais (art. 17 e § 1º c/c art. 32, inciso II).

Deve-se, portanto, quando da avaliação da compensação florestal minerária em âmbito estadual, excluir da análise aqueles indivíduos próprios do Bioma Mata Atlântica, para os quais será dedicado sistema específico de compensação.

1.1 MODALIDADES DE CUMPRIMENTO DA COMPENSAÇÃO FLORESTAL DA ATIVIDADE MINERÁRIA

A referida Lei estadual 20.922/2013 possibilitou ao empreendedor minerário a efetivação da medida compensatória por meio de "regularização fundiária e a implantação de Unidade de Conservação de Proteção Integral".

Para tanto, delimitou para o cálculo que a área utilizada como medida compensatória não pode ser inferior àquela que tiver vegetação nativa suprimida pelo empreendimento, seja para extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades.

Isso significa dizer que a área a ser dada em compensação corresponde à soma da área suprimida para a instalação do complexo minerário, considerando estruturas, estradas, unidades de beneficiamento e a cava.

16. FERNANDES; CARNEIRO, 2015, p.77.

Para dar efetividade à disposição legal, foi publicada a Portaria nº 90/2014 do Instituto Estadual de Florestas – IEF/MG, que "estabelece procedimentos para o cumprimento da medida compensatória a que se refere o artigo 75 da Lei Estadual 20.922/2013 e dá outras providências", fazendo prever as seguintes possibilidades de cumprimento:

> Art. 2º - A compensação florestal a que se refere o art. 75 da Lei Estadual nº 20.922/2013 implica na adoção das seguintes medidas por parte do empreendedor:
>
> I - Destinação, mediante doação ao Poder Público, de área no mínimo equivalente à extensão da área de vegetação nativa suprimida para a implantação do empreendimento, extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades, desde que localizada no interior de Unidade de Conservação de Proteção Integral pendente de regularização fundiária;
>
> II - Destinação, mediante doação ao Poder Público, de área no mínimo equivalente à extensão da área de vegetação nativa suprimida para a implantação do empreendimento, extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades, desde que considerada de relevante interesse ambiental para a criação de Unidade de Conservação de proteção integral pelo Estado de Minas Gerais;
>
> III - Destinação, mediante doação ao Poder Público, de área no mínimo equivalente à extensão da área de vegetação nativa suprimida para a implantação do empreendimento, extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento ou estocagem, embarque e outras finalidades, desde que contígua à Unidade de Conservação de proteção integral já existente e desde que considerada como de relevante interesse ambiental para a ampliação da Unidade de Conservação pelo Estado de Minas Gerais.

Em leitura sistemática do dispositivo, é possível compreender que a intenção foi a de priorizar, em ordem de relevância, a doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de Proteção Integral pendente de regularização fundiária.

Em um segundo momento, considerou-se a doação de área considerada de relevante interesse ambiental para a criação de Unidade de Conservação de proteção integral pelo Estado de Minas Gerais.

Para a implementação dessa hipótese, o § 2º do artigo 2º determina que o empreendedor, além da aquisição da área e consequente doação para o Estado, assegure a implantação de "estrutura mínima necessária

à gestão da Unidade de Conservação a ser criada, assim entendida como construção de portaria de acesso e sede administrativa".

Por fim, não sendo possível efetivar as hipóteses anteriores, determinou o ato normativo a doação ao Poder Público de área contígua à Unidade de Conservação de proteção integral já existente e desde que considerada como de relevante interesse ambiental para a ampliação da Unidade de Conservação pelo Estado de Minas Gerais.

Sem prejuízo, tendo em vista a extensão de área de um complexo minerário pode alcançar — considerando apenas aquela que sofra supressão de vegetação nativa— o § 3º do artigo 2º possibilitou "a associação [soma] de diferentes condicionantes de compensação florestal relacionadas ao artigo 75 e, consequentemente, de diferentes porções de áreas a serem compensadas para fins de cumprimento do disposto nos incisos I; II e III".

3 COMPENSAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO ASSOCIADA DO PLANEJAMENTO SUSTENTÁVEL EM MATÉRIA AMBIENTAL

Tendo em vista que unidade de conservação – UC é composta pelo espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, I, da Lei nº 9.985/2000), não se discute a relevância ambiental da instituição e da manutenção desses espaços especialmente protegidos.

Não se pode olvidar que aquelas unidades de conservação consideradas como de proteção integral recebem condição especial de "manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais" (art. 2º, VI da Lei 9.985/2000).

Desse modo, a compensação florestal minerária destinada à promoção desses ambientes, dá efetividade à atribuição original da administração pública de manutenção e preservação das UCs.

Cumpre observar que a falta de recursos financeiros e tecnológicos do poder público vem constituindo-se em significativo entrave a ser superado. (LIMA, 2011). Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009) observa que a situação é de crise, especialmente financeira, o que leva à constatação

de que "a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento". Verifica-se, assim, uma procura intensa por soluções: "busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos".

Uma dessas possíveis soluções é a instituição de uma verdadeira gestão associada, com a participação do poder público e da iniciativa privada, que já vem sendo implementada por alguns Estados e Municípios para a administração ambientalmente correta dos recursos naturais.

No caso da compensação florestal de empreendimentos minerários, ao atribuir a tarefa de aquisição do imóvel ao empreendedor, transfere-se ao ente privado a responsabilidade de regularização fundiária, própria do ente público. A obrigação de compensar resta cumprida apenas após averbação de doação ao poder público junto à matrícula imobiliária.

Não obstante o objetivo de impactar positivamente o meio ambiente afetado pelos empreendimentos minerários, a compensação ambiental instituída pelo Estado de Minas Gerais vem apresentando alguns percalços de ordem prática. Após a publicação da Lei Florestal estadual e a implementação efetiva da cobrança da medida compensatória, constatou-se uma alteração significativa do valor de mercado dos imóveis localizados no interior de unidades de conservação de proteção integral, haja vista que a negociação não se dá mais entre particular e ente público, mas sim entre particular e particular, tornando praticamente inviável a aquisição dos imóveis pelos empreendedores.

Para evitar tal efeito nefasto sobre o sistema compensatório, há quem defenda a ideia da adoção, em âmbito estadual, de mecanismo semelhante ao previsto na Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), qual seja, de pagamento pelo empreendedor, ao órgão ambiental licenciador, de valor proporcional ao grau de impacto da atividade minerária a título de compensação ambiental.

Outra corrente defende que a compensação "in natura", ou específica, possui maior efetividade, certa de que o pagamento em dinheiro pode não ser destinado à preservação do meio ambiente, o que frustraria os objetivos do mecanismo compensatório.

Seja como for, se transpostas as dificuldades ora apresentadas, os mecanismos de gestão associada, como a compensação florestal, possuem potencial para se concretizarem como instrumentos efetivos de preservação do meio ambiente no Estado de Minas Gerais, viabilizando o desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto, conclui-se que é possível o desenvolvimento de atividades minerárias que resultem em impactos negativos em florestas nativas no Estado de Minas Gerais, desde que seja cumprida a obrigação compensatória prevista da Lei Estadual 20.922/2013, importante instrumento de implementação do princípio do desenvolvimento sustentável.

A efetivação da medida compensatória se dá por meio da doação ao Poder Público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de Proteção Integral pendente de regularização fundiária ou doação de área considerada de relevante interesse ambiental para a criação de nova Unidade de Conservação de proteção integral pelo Estado de Minas Gerais.

Demais disso, ainda é possível seu cumprimento por meio da doação ao Poder Público de área contígua à Unidade de Conservação de proteção integral já existente e desde que considerada como de relevante interesse ambiental para a ampliação da Unidade de Conservação pelo Estado de Minas Gerais.

Em que pese a dificuldade enfrentada pelos empreendedores para a negociação e aquisição dessas propriedades, se trabalhado de forma alinhada, a medida compensatória materializa o conceito de gestão associada do bem ambiental, bem como cumpre o disposto na Constituição Federal no sentido de cabe a todos, poder público e sociedade, a proteção do meio ambiente.[17]

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECHARA, Erika. Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC). São Paulo: Atlas, 2009.

BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2015.

17. Artigo publicado no V Encontro Internacional do CONPEDI, 2016, Montevidéu. Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina. Florianópolis: CONPEDI, 2016. v. 1. p. 21-37.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28.ed., São Paulo: Atlas, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. National Environmental Policy Act. Disponível em: <http://www.epw.senate.gov/nepa69.pdf>. Acesso em: 22.11.2015.

FERNANDES, Cecília Bicalho. CARNEIRO, Ricardo. Mata atlântica: Regime supressivo e medidas compensatórias. *In:* FILHO, Edson de Oliveira Braga (Org). Sustentabilidade: uma nova ordem mundial. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015.

LIMA, Tereza Cristina Ribeiro. A parceria público-privada na gestão dos resíduos sólidos urbanos à luz do projeto Natureza Limpa. Dissertação (mestrado em direito) — Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2011.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Impacto Ambiental: Aspectos da Legislação Brasileira. 4 ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2008.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Marcos Eduardo de. O desenvolvimento não tem limites, mas o crescimento, sim. Revista eletrônica Domtotal.com. Disponível em: <http://www.domtotal.com/noticias/586303> Acesso em 21 de março de 2013.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira; MENDES, Samuel. A participação no fechamento de mina no direito comparado. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v.10, n.20, p.23-54, Julho/Dezembro de 2013.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. Licenciamento Ambiental. Niterói: Impetus, 2007.

CAPÍTULO 24

PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO EM RISCO

TALDEN FARIAS
ANNY VIANA FALCÃO

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta a construção do conceito de patrimônio cultural ao decorrer dos eventos de conflitos armados ocorridos, principalmente na Europa e seus países enquanto protagonistas das medidas de preservação do patrimônio cultural a nível mundial.

A importância da apresentação de recorte temporal da temática evidencia o teor preservacionista que foi suplantado em situações de riscos que apresentaram a finitude de que são compostos os bens materiais de valor cultural, quais sejam, as edificações. Pois, ao mesmo tempo em que se pretende preservá-los, busca-se resguardar o caráter transgeracional na manutenção desses bens enquanto representativos de identidade.

Apresentaremos como, paulatinamente, o tratamento dado às edificações perpassou de uma perspectiva de proteção enquanto propriedade cultural (privada) à noção de patrimônio cultural da humanidade (coletivo), e a relevante produção de documentos internacionais de orientação de proteção do patrimônio cultural em situações de risco.

Dividimos em dois tópicos: o primeiro trabalha como as edificações forem erguidas à condição de valor cultural enquanto monumentos e o segundo retrata como os conflitos armados contribuíram para disposições legais internacionais atentar para a proteção desses bens culturais.

1 UM CONCEITO EM FORMAÇÃO: PATRIMÔNIO CULTURAL EDIFICADO

A sociedade surgida após as revoluções burguesas demonstra uma característica semelhante em todas as suas manifestações nos lugares quais os ditames buscados por essas revoluções conseguiram atingir: a valorização da autonomia de um povo que se reflete na proteção dos bens de determinada nação. O contexto partiu da premissa de proteção do patrimônio individual,[1] em razão do sentimento patriótico ligado aos indivíduos e suas famílias. Essa noção, surgida na Itália por volta do século XV, foi uma das pioneiras. Bem verdade que o teor preservacionista ganhou forças na França, principalmente após a Revolução Francesa e a destruição de algumas edificações, através da concepção de preservar monumentos históricos, enquanto símbolos memoriais, ligados às categorias que representassem dados de determinada época – construções remanescentes da Antiguidade, edifícios religiosos e alguns castelos. Posteriormente, o domínio preservacionista ultrapassa a noção concentrada em períodos ou edifícios individuais e passa a compreender áreas e regiões.

É a partir da preservação dos monumentos nacionais franceses que a noção de salvaguarda quanto à matéria desses vai se estabelecendo através da exigência incondicional de assegurar a existência material dos monumentos históricos. Ao passo que a França aprendesse a lidar com resquícios das edificações, que foram dilapidadas pela ação do tempo, pelas guerras ou pelo próprio povo. São nas lições de mestres da arquitetura daquela época que ainda se é pautado o estudo da preservação das edificações, principalmente nos cursos de arquitetura. No ideal francês, a importância de não somente tombar monumentos, mas também conservá-los é brilhantemente discutida entre dois arquitetos: Viollet-Le-Duc e Ruskin. Viollet-Le-Duc adotava uma postura chamada pelos estudiosos de intervencionista. Conforme enfatizado por Ana Carolina Pellegrini2 "Nas restaurações sob sua responsabilidade, ele dava asas ao gênio arquitetônico e procurava intervir de forma harmoniosa na edificação pré-existente [...]" Ele apresentava, assim, o conceito de restauração que restabelecia um novo estado ao monumento, sem levar em conta a autenticidade do objeto.

1. RIEGL, Alois. *Monumentos: valores atribuídos a sua evolução histórica.* Revista de Museologia. São Paulo: Instituto de Museologia de São Paulo/FESP, 1989, v. 1, n. 1.p. 25
2. PELLEGRINI, Ana Carolina Santos. *Quando o projeto é patrimônio*: a modernidade posta em questão. Dissertação (doutorado). Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. P. 46

Em contrapartida a essa visão, Ruskin defendia a chamada visão anti-intervencionista, que se manifestava na inércia em restaurar os monumentos, visto que o estado qual se encontravam era considerado de caráter sagrado. Ruskin, afirmando seu caráter intocável frente ao resultado do passado, via nas ruínas das edificações apenas uma oportunidade de mantê-las como são e não restaurá-las a fim de não destruí-las em sentido. Da mesma ideia partilhava Morris, arquiteto inglês, o qual seus ideais influenciaram a Carta de Atenas, importante documento internacional de orientação de gestão urbana do século XX.

O reconhecimento do monumento como símbolo histórico dotado de fácil apreciação e disponibilidade é o ponto central por constituir elemento revelador de um passado presente na história de uma sociedade. Para a especialista Françoise Choay[3]. o monumento por ser dotado de apreciação visual está presente em todas as sociedades, dotadas ou não de escrita. É nessa esteira que ela também defende a noção de valor ao patrimônio de cada sociedade de acordo com suas convicções e não por seguir um modelo mundial, particularmente o do mundo ocidental.
Assim, o monumento acaba por encerrar em si uma gama de valores que são facilmente cognoscíveis enquanto visualmente apreciáveis. Ele pode apresentar valor histórico, estético, artístico, esses que podem estar presentes em um só exemplar. O monumento pode se apresentar, na lição de Alois Riegl[4] na manifestação de seu valor histórico-enquanto apresentar reverência a um tempo passado, atestando sua função memorial, ou valor artístico quando representar um estágio de evolução dos movimentos artísticos e arquitetônicos. O monumento enquanto instrumento representativo de uma determinada época, pode inicialmente ser dotado de significância artística, mas, por ter sofrido as marcas do tempo, inflamar ainda mais essa valorização. O patrimônio cultural representado pelas conceituações de monumentos apresentadas é o patrimônio cultural edificado, representado pelas edificações ou espaços urbanos compostos pelo conjunto dessas.

É o que transcende o imóvel em sua materialidade e que traz significação a uma coletividade[5] que é buscado a se preservar. A exemplo, não se trata de conservar apenas a fachada de uma edificação, mas o que

3. CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. 3 ed. São Paulo: Estação Liberdade, UNESP, 2006. P.46

4. RIEGL, Alois. Op.cit..p. 26

5. PAOLI, Maria Célia. Memória, História e Cidadania: O Direito ao Passado. *In: O Direito à Memória: Patrimônio Histórico e Cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura. Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 23

essa fachada representa à população local e qual sua importância quanto à história do local. É o que se pretende discutir neste artigo através da contribuição dos eventos de destruição aos movimentos de preservação do patrimônio cultural a nível internacional.

2 O CONSTRUTO INTERNACIONAL DE DISPOSIÇÕES PRESERVACIONISTAS EM VIRTUDE DOS CONFLITOS ARMADOS

As dificuldades atinentes à sedimentação do conceito de patrimônio cultural já discutidas nos tópicos anteriores refletem no desafio para a delimitação do que é preservado e para que preservar, muito em virtude das questões de diversidade cultural e do próprio etnocentrismo enquanto modelo de classificação do que é bem cultural.

São desafios decorrentes do fenômeno de globalização, que a maneira que pretende encurtar distâncias entre culturas, torna homogêneos os fatores de produção cultural, lesionando a identidade cultural e sua diversidade enquanto substratos fundamentais de produção de um patrimônio cultural e de distinção de um povo.[6]

É na diversidade cultural e no simbolismo dos bens culturais advindos que encontramos a vulnerabilidade psicológica de um povo. E essa vulnerabilidade que é alvo de enfraquecimento nas ocorrências de conflitos armados ao serem atacados bens culturais de maneira intencional e não como aspecto colateral do conflito, o que também pode ser explicado através da noção de patrimônio e propriedade que explicam a questão de representatividade a ser explanado mais adiante. Através de uma perspectiva cronológica dos bens culturais edificados em conflitos armados, já na Antiguidade, o valor simbólico de representatividade é observado nos conflitos entre os imperadores romanos e os judeus no episódio em que os romanos derrubaram o Templo de Jerusalém em setenta depois de Cristo e a aquisição forçada de mobiliário do tabernáculo judeu, ato de intenção humilhante e que reforça o status dos vencedores do conflito.

Além da intenção simbólica de se atingir bens culturais de representatividade, a noção de proteção do que se consideraria hodiernamente patrimônio cultural pode ser também exemplificada na Antiguidade Clássica, quando em épocas de conflitos os santuários pan-

6. VELASCO, Honorio. Los usos de la diversidad cultural. *In:La diversidad cultural: analisis e sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO*. PEDRO, Jesus P.; VELASCO, Honorio. (eds.) Madrid: Ed. Trotta, 2016. p. 10

helênicos de Delfos, atual Templo de Apolo, e Olimpia apresentavam-se invioláveis diante das destruições em épocas de conflitos e até mesmo permitia amparar os vencidos.[7]

No século XVII o Tratado de Westfália trazia a concepção de proteção do patrimônio cultural em áreas de conflito pela preservação da beleza estética e importância cientifica, além de condenar a aquisição forçada de objetos de arte de outras culturas.[8]

Na literatura sobre os conflitos armados e a proteção do patrimônio cultural, a influência dos Estados Unidos na elaboração de vários documentos reguladores de guerra que apresentam a preocupação com a proteção de bens culturais vulneráveis nos casos de conflitos armados, é demonstrado no século XIX na elaboração do Lieber Instructions formulado pelo exército dos Estados Unidos em 1863, o primeiro a utilizar o termo propriedade cultural.9

Já O'Keef também destaca o papel dos Países Baixos pelo reclame de Sociedade de Arqueólogos Holandesa que refletiu diretamente na elaboração do projeto em 1923 das normas de guerra aérea de Haia e depois em 1938 no esboço do que seria a Convenção Internacional para a Proteção de edificações históricas e trabalhos artísticos em tempos de guerra de 1977. [10]

---

7. ACUÑA, Daniel Gonzalez; TEMÑO, Ignacio Rodríguez. La protección del patrimonio cultural en conflictos armados. De las lecciones apreendidas al diseño estratégico. *In:* Documento marco. 15/2003 ,Instituto Español de Estudios Estratégicos, 7 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2013/DIEEEM152013_ProteccionPatrimonioCulturasConflictosArmados_IRguez.pdf

8. VRDOLJAK, Ana Filipa. Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law (May 8, 2009). *International human rights and humanitarian law*, pp.250-302, O. Ben-Naftali, ed., Oxford University Press, 2011. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=1401231

9. O que seria propriedade do inimigo de valor artístico, religioso e portanto, cultural, seria tratado como atentado à propriedade privada, punível com pena de morte, vide excerto do Lieber Instructions: 35.Classical works of art, libraries, scientific collections, or precise instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded. 36. If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government can be removed without injury, the ruler of the conquered state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace. In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured. (Wright, Q., 1971. *Apud* BOYLAN, P.J. *The concept of cultural protection in times of armed conflict: from the crusades to the new millennium*, in BRODIE, Neil y TUBB, Kathryn W. (eds.). *Illicit Antiquities.* The theft of culture and the extinction of Archaeology, Londres: One World Archaeology, 2002, pp. 43-76)

10. O'KEEF, Roger. The protection of cultural property in arned conflict. *In: Amicus Curia*, .Issue 71, Autumm 2007. Disponível em: <http://sas-space.sas.ac.uk/1711/1/Amicus_Curiae_2007_Issue_71,_3-7.pdf> Acesso em 28 de novembro de 2017.

Em 1899, a Conferência da Paz de Haia das quais medidas ainda permanecem em vigor, ainda que com status de direito consuetudinário internacional, são obrigatórias para todos os Estados, signatários formais ou não da referida conferência. Primeiro tratado internacional que trouxe de maneira formal, a proteção de bens culturais edificados em caso de conflitos armados, elencou a proibição de bombardeio naval sobre igrejas e outros monumentos, incluindo a disposição para marcar esses edifícios com bandeira distintiva como sinalização de proteção, fator disposto no artigo 27 desse tratado[11]. Alguns anos após, outra convenção realizada também em Haia em 1907, a chamada Quarta Convenção de Haia apresentou regulamento que reforçava a proteção do patrimônio edificado em caso de conflito armado. Esse regulamento da convenção dispõe da proteção das edificações de valor cultural de propriedade pública ou privada. Aqui já resta evidenciado o caráter coletivo a ser buscado pela inviolabilidade desses bens culturais, pois assim que atingidos pelos conflitos armados, o tratamento perante a Corte seria de propriedade privada, ainda que fossem de propriedade pública, para conferir maior espectro de proteção; como também reforçava a obrigação de uso de sinais distintivos que deveriam ser previamente notificados aos inimigos. Entretanto, todo o construto de proteção desse patrimônio cultural edificado nos regulamentos internacionais em casos de conflito armado mostrou-se insuficiente na ocorrência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). A devastação herdada desse conflito demonstrou a insuficiência reclamada pela "necessidade militar" de se utilizar dos bens sinalizados cautelarmente pelas forças defensoras, os quais se tornaram alvo de destruição pela possibilidade de se subverter a proteção dessas edificações em estratégia de ponto de observação para dirigir ataques.

Destruição é algo inerente aos conflitos armados, mas medidas de reparação são utilizadas para restabelecer um estado aproximado do que antes existia e isso ocorreu no Tratado de Versalhes em 1919.

Conforme explanado por P.Boylan[12] sobre no Tratado de Versalhes, a Alemanha foi encarregada de reparar edificações, a exemplo da Biblioteca de Lovaina, na Bélgica, a qual resguardava um rico acervo histórico e arquitetura de rigor exemplar. Ao mesmo tempo, o uso de gases de veneno também apresentou-se como uma arma danosa às edificações o qual foi proibido pelo Protocolo de Genebra em 1925, resultado das

11. BOYLAN, P.J. The concept of cultural protection in times of armed conflict: from the crusades to the new millennium, *in* BRODIE, Neil y TUBB, Kathryn W. (eds.). *Illicit Antiquities*. The theft of culture and the extinction of Archaeology, Londres: One World Archaeology, 2002, pp. 43-76. P. 50

12. *Ibidem*, p. 55

devastações ocasionadas pelo conflito da Primeira Guerra Mundial. Além de que o bombardeamento aéreo ainda constava como principal fator de destruição das edificações no evento de 1914 a 1918, uma proposta de desenvolver regras de proteção em caso de bombardeamento aéreo ressoou para uma próxima Convenção de Haia a qual não vingou e que trazia artigos específicos de proteção de edificações de valor cultural, pregando a sinalização desses bens. 13

Próximo ao advento da Segunda Guerra Mundial, a fragilidade das regulamentações internacionais, principalmente da Convenção de Haia de 1907 foi exposta. A Guerra Civil Espanhola e o uso de bombardeamento tendo como alvo edificações religiosas foi um evento base utilizado pelo Conselho Internacional de Museus (Icom) na elaboração de recomendações que não foram ratificadas, mas que posteriormente, serviram de inspiração para a Convenção de Haia de 1954. A Segunda Grande Guerra também apresentou por parte dos aliados (Estados Unidos, Reino Unido e França) a formação de um comando militar de Monumentos, Finanças e Arquivos (MFAA) destinado a previamente inventariar edificações de valor cultural por oficiais militares, com o papel de minimizar os danos, supervisionar e, após o conflito, promover a recuperação e restituição de bens culturais irregularmente tomados pelas forças de ataque, o que demonstra a importância das forças militares no direcionamento de seus ataques e na defesa de bens culturais em ocasiões de conflito.

O resultado de devastação ocasionado pela Segunda Guerra requereu medidas que se tornaram cruciais no papel do direito internacional humanitário. A recuperação de um mundo pós-guerra gerou o Tratado de São Francisco em 1945, a chamada Carta das Nações Unidas, que continha, entre os fatores relacionados aos bens culturais a criação de órgãos intergovernamentais adicionais como a UNESCO (Organização das

13. Aqui as disposições da pretensa convenção e sua proteção sobre os bens culturais em caso de bombardeamento aéreo: Art. 25. *In* bombardment by aircraft, all necessary steps must be taken by the commander to spare as far as possible buildings dedicated to public worship, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospital ships, hospitals and other places where the sick and wounded are collected, provided such buildings, objects or places are not at the time used for military purposes. Such buildings, objects and places must by day be indicated by marks visible to aircraft. The use of marks to indicate other buildings, objects, or places than those specified above is to be deemed an act of perfidy. The marks used as aforesaid shall be the case of buildings protected under the Geneva Convention the red cross on a white ground, and in the case of other protected buildings a large rectangular panel divided diagonally into two pointed triangular portions, one black and the other white. A belligerent who desires to secure by night the protection for the hospitals and other privileged buildings above mentioned must take the necessary measures to render the special signs referred to sufficiently visible. (International Committee of the Red Cross 1989. International Law concerning the Conduct of Hostilities. Collection of Hague Conventions and some other Treaties. Geneva: ICRC Publications.)

Nações Unidas para a Ciência e a Cultura). O resultado dos regulamentos internacionais criados até meados de 1950 e a criação da UNESCO culminaram na elaboração de um convenção voltada exclusivamente para a proteção dos bens culturais em situações de conflitos armados. Ao falarmos sobre a convenção de 1954, o papel do Conselho Internacional de Museus (Icom) na elaboração do documento internacional não ratificado falado anteriormente foi o maior contributo, o que se consta nas medidas elencadas pela convenção de 1954.

A Convenção de Haia de 1954 foi o primeiro documento internacional de caráter cultural voltado para a proteção em casos de conflitos armados internacionais e não-internacionais. Com a participação inicial de cerca de quarenta e cinco países recebeu protocolos adicionais e ainda permanece em vigor nos dias atuais, ainda que não ratificada por alguns países, é observada enquanto direito consuetudinário internacional. Ao analisarmos sucintamente a Convenção de 1954, ratificada pelo Brasil e que trouxe a importante incorporação, pelo Decreto nº 44.851/1958, do conceito de bens culturais ao ordenamento jurídico brasileiro carente de disposições específicas sobre os bens culturais, a Convenção amplia a perspectiva de considerar o que é propriedade cultural, bem como inova ao trabalhar com o conceito de patrimônio da humanidade, pela atuação em conjunto com a UNESCO e os países participantes na elaboração de uma lista de patrimônio da humanidade. A noção de propriedade, e tratamento como privada para dar espectro de proteção dá lugar à noção de patrimônio, enquanto o bem cultural pertencente a um conjunto de bens de valor cultural e de roupagem de direito coletivo.

A definição de bem cultural não pode estar alheia ao conceito de patrimônio por ser elemento integrante dessa universalidade. A primeira definição jurídica ocorreu na Convenção de Haia de 1952, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 44.851/58 que dispõe:

> Art. 1 Para os fins da presente Convenção são considerados bens culturais seja qual for a sua origem e proprietário:
>
> os bens, móveis ou imóveis, que tenham uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte, ou de história , religiosos ou seculares, os lugares que oferecem interesse arqueológico, os grupos de edificações que, em vista de seu conjunto, apresentem um elevado interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse histórico, artístico ou arqueológico , bem como as coleções científicas e as coleções importantes de livros, de arquivos ou de reproduções dos bens acima definidos;

> os edifícios cuja finalidade principal e real seja a de conservar e expor os bens culturais móveis definidos na alínea a, tais como os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos, bem como os abrigos destinados a proteger, em caso de conflito armado, os bens culturais móveis definidos na alínea (a); os centros que contenham um número considerável de bens culturais definidos nas alíneas (a) e (b), os quais serão denominados de "centros que contem monumentos".

Definição a qual se percebe a preocupação com os bens tangíveis por exprimirem através da interpretação de sua materialidade o conceito de valor a um determinado povo. Outro fator importante desta definição é perceber que o valor que o bem transporta em sua composição independe de quem detém a propriedade do bem, justamente por seu valor ser de posse de uma coletividade.

A primazia da proteção quanto aos bens tangíveis, também é explicada por sua existência se refletir na imposição de regras de preservação por demandar obrigação de não fazer, de conservar, de oferecer ao Estado o direito de preempção em caso de alienação.[14]

Como podemos perceber o contributo da Convenção de Haia de 1954 à proteção internacional do patrimônio cultural edificado? Conforme explicado por Hirad Abtahi[15], a Convenção realizada em 1954 trouxe a identificação do bem cultural desde que fosse importante para um patrimônio cultural de um povo e no Protocolo Adicional I realizado no mesmo ano, a adoção dos termos "que constitua patrimônio cultural ou espiritual" acrescenta a noção de representatividade enquanto constituição da identidade e memória de um povo. Um dos instrumentos trazidos pela convenção de 1954, importante na ocorrência de conflitos armados é a sinalização de proteção do valor cultural que suportam através de um emblema, apto a figurar diante da edificação desde que o bem esteja registrado no Registro Internacional de bens culturais sob proteção especial a ser requerida respectiva inclusão na lista pelo Estado detentor do bem. Aqui o papel dos Estados-parte da convenção apresenta fundamental importância na inventariação de seu acervo cultural para serem acobertados pelo emblema de sinalização protetiva em caso de conflitos armados.
Apesar dos progressos apresentados pela Convenção de 1954, os conflitos

14. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Patrimônio cultural*: a propriedade de bens culturais no estado democrático de direito. Fortaleza: UNIFOR, 2008. P. 88

15. ABTAHI, Hirad. *The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict*: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 14 Harvard Human Rights. Journal. 1. Vol. 14 (Spring 2001) Disponível em: https://www.law.upenn.edu/live/files/6418-abtahi-hirad-2001-protection-of-cultural-property

ocorridos desde a década de 90 aos dias atuais, apresentam a característica de que a moderada eficácia desses documentos internacionais também é devido ao fato de que as políticas de proteção do patrimônio cultural em casos de conflitos armados devem incluir a proteção do patrimônio cultural enquanto medida de treinamento das forças militares, pois são os atores principais nas zonas de conflitos. 16 Interessante destacar que, a exemplo do conflito da década de 90 ocorrido na antigo Iugoslávia, a destruição de bens culturais do povo bósnio ocorreu diversas vezes com a intenção de lesar e desestabilizar os sentimentos de pertencimento da geração atual e futura, como também para apagar símbolos de um povo e contornar acontecimentos históricos representados nesses símbolos e impactar diretamente os que se sentem representados.

É nesse aspecto de atingir diretamente o bem cultural símbolo e indiretamente quem se sente representado que se denota a roupagem não exclusivamente patrimonial da proteção dos bens culturais em conflitos armados, mas sim de roupagem como proteção aos direitos humanos numa perspectiva cultural. Um caso elucidativo de atingir bens culturais de impacto humanitário é o da antiga Iugoslávia. O conflito nos exemplificou o objetivo intencional de se atacar bens representativos da cultura bósnia pelos croatas, a exemplo da Antiga Ponte de Mostar, símbolo de reconciliação entre as religiões cristãs e muçulmanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A herança de um passado que transita pelo presente lhe dando significado reclama medidas de proteção para continuar a exercer o papel de identidade dos povos que se sentem representados. Quando em situações de exposição à destruição intencional ou colateral, a finitude do bem cultural se torna realidade e as medidas de urgência para a sua manutenção provocam elaboração de regulamentos que protejam a materialidade desses bens.

Essa vulnerabilidade existente nos bens culturais em casos de conflitos armados apresentou-se como questão bifacetada: a destruição provocou a não destruição. Pois, ao mesmo tempo em que os exemplos deixados pelos conflitos acabaram parte da representatividade desses bens, serviram de base para a proteção dos que restaram e dos que vão

16. ACUÑA, Daniel Gonzalez; TEMÑO, Ignacio Rodríguez. *La protección del patrimonio cultural en conflictos armados*. De las lecciones apreendidas al diseño estratégico. *In:* Documento marco. 15/2003 ,Instituto Español de Estudios Estratégicos, 7 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2013/DIEEEM152013_ProteccionPatrimonioCulturasConflictosArmados_IRguez.pdf

ser construídos, visto que os bens culturais são perenemente produzidos enquanto resultado da relação antrópica com o meio em que vive.

Assim, a influência dos conflitos armados diretamente na criação das medidas de proteção do patrimônio cultural edificado, ainda que frágeis em eficácia, foi a melhor herança que os períodos de conflito puderam deixar aos direitos internos de cada país e, genericamente, ao direito internacional humanitário.

REFERÊNCIAS

ABTAHI, Hirad. The Protection of Cultural Property *in* Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *Harvard Human Rights*. Journal. 1. Vol. 14 (Spring 2001) Disponível em:< https://www.law.upenn.edu/live/files/6418-abtahi-hirad-2001-protection-of-cultural-property> Acesso em 25 de novembro de 2017.

ACUÑA, Daniel Gonzalez; TEMÑO, Ignacio Rodríguez. La protección del patrimonio cultural en conflictos armados. De las lecciones apreendidas al diseño estratégico. *In: Documento marc*o. 15/2003 ,Instituto Español de Estudios Estratégicos, 7 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2013/DIEEEM152013_ProteccionPatrimonioCulturasConflictosArmados_IRguez.pdf> Acesso em 25 de novembro de 2017.

BOYLAN, P.J. The concept of cultural protection *in* times of armed conflict: from the crusades to the new millennium, in BRODIE, Neil y TUBB, Kathryn W. (eds.). *Illicit Antiquities*. The theft of culture and the extinction of Archaeology, Londres: One World Archaeology, 2002, pp. 43-76

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. 3 ed. São Paulo: Estação Liberdade, UNESP, 2006.

International Committee of the Red Cross 1989. International Law concerning the Conduct of Hostilities. *Collection of Hague Conventions and some other Treaties*. Geneva: ICRC Publications.

O'KEEF, Roger. The protection of cultural property in arned conflict. *In: Amicus Curia*e, .Issue 71, (Autumm 2007). Disponível em: <http://sas-space.sas.ac.uk/1711/1/Amicus_Curiae_2007_Issue_71,_3-7.pdf> Acesso em 28 de novembro de 2017

PAOLI, Maria Célia. Memória, História e Cidadania: O Direito ao Passado. *In: O Direito à Memória: Patrimônio Histórico e Cidadania*. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura. Departamento do Patrimônio Histórico, 1992.

PELLEGRINI, Ana Carolina Santos. *Quando o projeto é patrimônio*: a modernidade posta em questão. Dissertação (doutorado). Programa de Pesquisa e Pós-Graduação em Arquitetura. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011

RIEGL, Alois. Monumentos: valores atribuídos e sua evolução histórica. *Revista de Museologia*. São Paulo: Instituto de Museologia de São Paulo/ FESP, 1989, v. 1, n. 1.

VELASCO, Honorio. Los usos de la diversidad cultural. *In:La diversidad cultural:* analisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO. PEDRO, Jesus P.; VELASCO, Honorio. (eds.) Madrid: Ed. Trotta, 2016.

VRDOLJAK, Ana Filipa. Cultural Heritage in Human Rights and Humanitarian Law (May 8, 2009). *International human rights and humanitarian law*, pp.250-302, O. Ben-Naftali, ed., Oxford University Press, 2011. Disponível em: < https://ssrn.com/abstract=1401231> Acesso em 28 de novembro de 2017.

CAPÍTULO 25

A ABRANGÊNCIA DA LEI DA MATA ATLÂNTICA, APLICAÇÃO DE SUA COMPENSAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO

THIAGO RODRIGUES CAVALCANTI
ADRIANO NASCIMENTO MANETTA

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. O referido diploma legal tem sido objeto de diversas discussões a respeito de sua aplicação pela União e pelos Estados. O presente artigo pretende abordar e propor interpretações sobre 03 (três) pontos que são objeto de vários questionamentos pelo setor produtivo, quais sejam:

A abrangência da Lei da Mata Atlântica prevista em seu artigo 2º e no artigo 1º de seu Decreto Regulamentador;

As regras de competência para autorização da supressão de vegetação no Bioma Mata Atlântica;

A compensação prevista nos artigos 17, 30, 31 e 32 e legislações dos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

1 A ABRANGÊNCIA DA LEI DA MATA ATLÂNTICA

A Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, estabelece sua abrangência em seu artigo 2º. *In verbis*:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes

> do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste. (Vide Decreto nº 6.660, de 2008)
>
> Parágrafo único. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei.[1]

O Decreto nº 6.660, de 21 de novembro de 2008, igualmente trata da abrangência da Lei da Mata Atlântica:

> Art. 1º O mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, previsto no art. 2o da Lei no 11.428, de 22 de dezembro de 2006, contempla a configuração original das seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; Floresta Estacional Decidual; campos de altitude; áreas das formações pioneiras, conhecidas como manguezais, restingas, campos salinos e áreas aluviais; refúgios vegetacionais; áreas de tensão ecológica; brejos interioranos e encraves florestais, representados por disjunções de Floresta Ombrófila Densa, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual e Floresta Estacional Decidual; áreas de estepe, savana e savana-estépica; e vegetação nativa das ilhas costeiras e oceânicas.
>
> § 1º Somente os remanescentes de vegetação nativa primária e vegetação nativa secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência do mapa definida no caput terão seu uso e conservação regulados por este Decreto, não interferindo em áreas já ocupadas com agricultura, cidades, pastagens e florestas plantadas ou outras áreas desprovidas de vegetação nativa.
>
> § 2º Aplica-se a todos os tipos de vegetação nativa delimitados no mapa referido no caput o regime jurídico de conservação, proteção, regeneração e utilização estabelecido na Lei nº 11.428, de 2006, e neste Decreto,

1. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> bem como a legislação ambiental vigente, em especial a Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965.
>
> § 3º O mapa do IBGE referido no caput e no art. 2º da Lei nº 11.428, de 2006, denominado Mapa da Área de Aplicação da Lei no 11.428, de 2006, será disponibilizado nos sítios eletrônicos do Ministério do Meio Ambiente e do IBGE e de forma impressa.2

Diante do que dispõem os artigos acima transcritos, verifica-se que as restrições previstas na Lei nº 11.428/2006 não podem ser aplicadas na vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, mas somente na vegetação primária ou secundária em estágio médio ou avançado de regeneração.

Além disso, não se pode aplicar a Lei da Mata Atlântica em áreas localizadas fora do mapa do IBGE nem em fitofisionomias diversas das formações florestais e ecossistemas associados citados no artigo 2º da Lei nº 11.428/2006 e no artigo 1º de seu Decreto Regulamentador.

Sobre a abrangência da Lei da Mata Atlântica, concordamos com o exposto no artigo "Medidas compensatórias ambientais e florestais aplicáveis às atividades minerárias" que transcrevemos abaixo:

> Em seguida, é importante verificar que existem três requisitos cumulativos para que uma vegetação seja protegida pela Lei nº 11.428/06, quais sejam:
>
> a) localizar-se na área de abrangência do Mapa do IBGE, previsto no artigo 2º da Lei;
>
> b) ser uma formação florestal ou ecossistema associado previstos no artigo 2º da Lei; e
>
> c) ser vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração.
>
> Portanto, para que haja a aplicação da Lei da Mata Atlântica, é necessário que a vegetação possua as três características citadas acima.[3]

Este assunto é, igualmente, tratado pelo Parecer nº 33/2012 AGU/PGF/PFE-ICMBio/CR11-Lagoa Santa-CR11, elaborado pelo Procurador Federal Dr. Vinícius Vieira de Souza, que conclui da seguinte forma:

> No que tange aos limites de aplicação da norma, objeto da presente consulta, foram insculpidos em art.2 caput e §

2. BRASIL. Decreto nº 6.660/2008, art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6660.htm. Acesso em: 29/06/2018.

3. AGUIAR, Paula Meireles; CAVALCANTI, Thiago Rodrigues. *Medidas Compensatórias Ambientais e Florestais aplicáveis às atividades minerárias*. *In:* AZEVEDO, Marcelo; HONÓRIO, Paulo; MATTOS, Tiago de; FREIRE, William [Coords.]. Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 380.

> único dois critérios que conjuntamente devem ser somados para definição das áreas a merecer a proteção especial da norma, introduzindo, assim, conceito não somente biológico, mas jurídico-ambiental do Bioma. (grifo nosso)
>
> O Primeiro deles, atinente à delimitação espacial da lei – previsto no caput – diz que "consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste."
>
> Definidas, assim, as formações florestais nativas e ecossistemas associados a compor o Bioma, conferiu a norma ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE a incumbência de, ao final, de forma vinculada, traçar o mapa do Bioma Mata Atlântica.
>
> (...)
>
> Não pretendeu com isso a norma conferir ao IBGE discricionariedade para definição do Bioma, devendo nele estar inseridas todas as áreas com as características trazidas pela Lei. Não se autoriza, de outra parte, interpretação no sentido de que outros órgãos possam estender a aplicação da Lei a propriedades fora daquela delimitação, sempre que entenderem estar diante de formações vegetais com as características a Mata Atlântica.
>
> (...)
>
> Ante todo o exposto, em resposta à consulta formulada, concluímos pela inaplicabilidade da Lei da Mata Atlântica às áreas situadas fora do Mapa do Bioma elaborado pelo IBGE, tendo em vista ser este um dos critérios de aplicação da norma.4

Neste sentido também a recente decisão da dra. Cláudia Costa Cruz Teixeira Fontes, juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, no mandado de segurança nº 5081983-31.2017.8.13.0024 movido contra o Presidente da Unidade Regional Colegiada Rio das Velhas, do COPAM de Minas Gerais, que conclui:

> POSTO ISTO, defiro a liminar (...) para sanar a omissão/morosidade da Autoridade Coatora e determinar que o

4. BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. DE SOUZA, Vinícius Vieira. Parecer nº 33/2012 AGU/PGF/PFE-ICMBio/CR11-Lagoa Santa-CR11. p. 3 e 9.

> órgão ambiental elabore Parecer Único, no prazo de 15 (quinze) dias, e que o Parecer Único se atenha unicamente aos limites territoriais delineados no Mapa de Aplicação do IBGE, previsto no art. 2º da Lei 11.428/2006, bem como a determinação de inclusão do processo administrativo nº 09010000371/2013 na pauta da próxima reunião do Conselho da URC Rio das Velhas.[5](grifo nosso)

Portanto, podemos verificar que tanto o Parecer quanto a legislação e a recente jurisprudência são claros em não admitir a aplicação da Lei nº 11.428/2006 para vegetações situadas fora dos limites do Bioma Mata Atlântica definidos pelo IBGE.

2 AS REGRAS DE COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO DA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO NO BIOMA MATA ATLÂNTICA

Para interpretar corretamente a Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, é fundamental compreender a sistemática com que a Lei é construída: O título I contém linhas gerais, o título II contém o regime jurídico geral e o título III contém vários regimes jurídicos especiais, subdivididos em capítulos6. Os demais títulos, IV, V e VI tratam de incentivos econômicos, penalidades e disposições gerais.

Esta estrutura demanda uma interpretação sistemática da norma, com seguidas aplicações do princípio da especialidade, que enuncia que norma específica tem prevalência sobre norma geral. É importante ressaltar que neste contexto, os nomes dos títulos e capítulos também integram a Lei, e são decisivos para a sua correta compreensão.

Uma questão inicial a se considerar remete à aplicabilidade da Lei nº 11.428/06. A Lei da Mata Atlântica foi publicada quando ainda não havia sido atendido, para a matéria ambiental, o comando constitucional do Parágrafo Único do Artigo 23, CF/88, que determina a edição de Leis Complementares para a delimitação das competências comuns entre União, Estados e Municípios.[7]

---

5. 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte: Mandado de Segurança 5081983-31.2017.8.13.0024. Juíza Cláudia Costa Cruz Teixeira Fontes.

6. Título I – Das Definições, Objetivos e Princípios do Regime Jurídico do Bioma Mata Atlântica
Título II – Do Regime Jurídico Geral do Bioma Mata Atlântica
Título III – Do Regime Jurídico Especial do Bioma Mata Atlântica

7. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
(...)
Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio

Em razão disso, a Lei nº 11.428/06 estabeleceu competências para autorizações de supressão de vegetação, que posteriormente se mostraram divergentes com as competências estabelecidas na Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que regulamentou as competências administrativas comuns em matéria ambiental, dado que esta última estabeleceu que a supressão de vegetação deve ser autorizada pelo mesmo ente que promover o licenciamento ambiental da atividade principal.

Neste caso, o entendimento predominante é no sentido de que a Lei Complementar nº 140 é norma geral e a Lei da Mata Atlântica é norma específica, e por isso, na área de abrangência da Lei da Mata Atlântica, devem prevalecer as competências estabelecidas na Lei nº 11.428/06, em detrimento daquelas constantes da Lei Complementar 140/11.

Trata-se, portanto, de aplicação do princípio da especialidade. Nesta linha, as competências estabelecidas na Lei da Mata Atlântica somente prevalecem sobre aquelas constantes da Lei Complementar nº 140/11 em razão da aplicação do princípio da especialidade, razão pela qual não se pode negar a aplicabilidade desse mesmo princípio na solução dos conflitos normativos internos à Lei nº 11.428/06.

Feita esta consideração inicial, cabe analisar as competências para supressão de vegetação no âmbito da Lei nº 11.428/06. Como já exposto, o Título II traz o Regime Jurídico Geral do Bioma Mata Atlântica. Em matéria de competência para fins de supressão de vegetação secundária em estágio inicial, médio e avançado de regeneração, importa transcrever o artigo 14, que traz as normas gerais de competência para supressão:

> Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1º e 2º do art. 31 desta Lei. (grifo nosso)
>
> § 1º A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. (grifo nosso)

do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

> § 2º A supressão de vegetação no estágio médio de regeneração situada em área urbana dependerá de autorização do órgão ambiental municipal competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente, com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.[8] (grifo nosso)

Da leitura do artigo decorre que a Lei estabelece como regra geral a autorização do órgão ambiental estadual tanto para vegetação primária quanto vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração, com uma ressalva explícita para a competência de supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração situada em área urbana (hipótese do capítulo VI, do Título III, artigos 30 e 31 da Lei), que deve ser autorizada pelo órgão ambiental municipal competente, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual, condicionada à existência de conselho de meio ambiente municipal com caráter deliberativo e plano diretor.

Quanto à vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, a Lei nº 11.428/06 não trouxe no Título II nenhuma menção a este tipo de vegetação. Apenas no título I, o Parágrafo Único do artigo 1º determina que "somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei"[9], sem nenhum detalhamento adicional. Esta omissão no Título II, que constitui um silêncio eloquente da Lei, implica que o regime jurídico geral da Lei da Mata Atlântica não contém qualquer proteção especial à vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, valendo para esta forma de vegetação o regime geral de proteção da Lei nº 12.651/2012 e o regime geral de competências estabelecido na Lei Complementar nº 140/2011. Trata-se aqui, evidentemente, de regime jurídico geral que admitirá exceções próprias dos regimes jurídicos especiais, contidos no Título III.

Passa-se a seguir ao estudo dos regimes especiais, contidos no Título III, que se subdivide em sete capítulos[10]. Cada um desses sete capítulos

8. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

9. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

10. O Título III, denominado "Do Regime Jurídico Especial do Bioma Mata Atlântica" subdivide-se nos seguintes capítulos: Capítulo I – Da Proteção da Vegetação Primária
Capítulo II – Da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Avançado de Regeneração
Capítulo III - Da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Médio de Regeneração

contém um regime jurídico especial próprio, delimitado conforme seu próprio nome. Para a correta interpretação dos dispositivos contidos neste título é fundamental perceber que cada um dos capítulos contém um regime especial próprio, com existência independente dos demais capítulos do título III, e que cada um desses regimes especiais produz exceções às regras gerais estabelecidas no título II.

Não é demais ressaltar que nenhum dos capítulos do Título III contém regra geral, e, por isso, nenhum deles pode ser tratado como regra geral em relação a dispositivos contidos em outros capítulos do mesmo Título, tampouco qualquer uma dessas regras especiais poderia ter o condão de anular alguma das regras gerais estabelecidas no Título II. Essas regras especiais devem ser capazes funcionar dentro dos seus recortes específicos, independentemente de quaisquer outras.

O Capítulo I, que trata da Proteção da Vegetação Primária, contém apenas o artigo 20 e reforça expressamente a aplicabilidade das normas e competências previstas no artigo 14, e inclui para estes casos a exigência de EIA/RIMA. *In verbis*:

> Art. 20. O corte e a supressão da vegetação primária do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas.
>
> Parágrafo único. O corte e a supressão de vegetação, no caso de utilidade pública, obedecerão ao disposto no art. 14 desta Lei, além da realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA.[11] (grifo nosso)

O Capítulo II, que trata da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Avançado de Regeneração contém os artigos 21 e 22, reitera a aplicabilidade das normas e competências previstas no artigo 14. Apenas para os casos previstos no inciso I do artigo 21, com inserção da exigência de EIA/RIMA. Traz uma hipótese adicional de supressão vinculada ao artigo 19, e também uma exceção explícita aos casos do artigo 30, das áreas urbanas e metropolitanas, conforme transcrito a seguir:

Capítulo IV - Da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Inicial de Regeneração
Capítulo V - Da Exploração Seletiva da Vegetação Secundária em Estágio Avançado, Médio e Inicial de Regeneração
Capítulo VI - Da Proteção do Bioma Mata Atlântica nas Áreas Urbanas e Regiões Metropolitanas
Capítulo VII – Das Atividades Minerárias em Áreas de Vegetação Secundária em Estágio Avançado e Médio de Regeneração.

11. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 20. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> Art. 21. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados: I - em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e práticas preservacionistas;
>
> II - (VETADO)
>
> III - nos casos previstos no inciso I do art. 30 desta Lei. (grifo nosso)
>
> Art. 22. O corte e a supressão previstos no inciso I do art. 21 desta Lei no caso de utilidade pública serão realizados na forma do art. 14 desta Lei, além da realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, bem como na forma do art. 19 desta Lei para os casos de práticas preservacionistas e pesquisas científicas. [12] (grifo nosso)

Observe-se que não se apresentam nesse momento as competências para a supressão de vegetação na hipótese de áreas urbanas e regiões metropolitanas, previstas no artigo 30, nem incidem nesses casos as exigências do artigo 14 ou a necessidade de elaboração de EIA/RIMA.

O Capítulo III, que trata da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Médio de Regeneração, contém os artigos 23 e 24, que reforçam a aplicabilidade das normas e competências previstas no artigo 14 apenas para os casos previstos no inciso I do artigo 23. Nesse caso, contudo, não se inseriu a exigência de EIA/RIMA. Foi criada uma modalidade excepcional de autorização, cujo procedimento especial é estabelecido no Parágrafo Único do Artigo 24. Neste capítulo também se excepcionam explicitamente as áreas urbanas e metropolitanas, nos casos do artigo 31. *In verbis:*

> Art. 23. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados:
>
> I - em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública ou de interesse social, pesquisa científica e práticas preservacionistas;
>
> II - (VETADO)
>
> III - quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após

12. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 21. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> averbação da reserva legal, nos termos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965;
>
> IV - nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 31 desta Lei. (grifo nosso)
>
> Art. 24. O corte e a supressão da vegetação em estágio médio de regeneração, de que trata o inciso I do art. 23 desta Lei, nos casos de utilidade pública ou interesse social, obedecerão ao disposto no art. 14 desta Lei. (grifo nosso)
>
> Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do art. 23 desta Lei, a autorização é de competência do órgão estadual competente, informando-se ao Ibama, na forma da regulamentação desta Lei."[13]

Neste ponto já é possível inferir que o principal objetivo da Lei ao incluir esses três regimes jurídicos especiais, apesar de o seu texto quase sempre redundar o conteúdo do regime jurídico geral dos artigos 14 e 19, foi diferenciar a exigência de EIA/RIMA, que é exigível para a supressão de vegetação primária e vegetação secundária em estágio avançado de regeneração, e não é exigível para a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração.

Além disso, os regimes especiais permitiram criar a hipótese excepcional de intervenção em vegetação secundária em estágio médio de regeneração para as populações tradicionais. A exceção explícita feita para os artigos 30 e 31 é redundante, dado que já é feita de maneira explícita no artigo 14.

O Capítulo IV trata da Proteção da Vegetação Secundária em Estágio Inicial de Regeneração, e contém os artigos 25 e 26. Este deve ter uma análise mais cuidadosa que os capítulos anteriores, dado que a Lei da Mata Atlântica não criou um regime jurídico geral próprio aplicável à vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, mas estabeleceu um regime jurídico especial para este tipo de vegetação.

Assim, o capítulo estabelece a competência para autorização para supressão de vegetação secundária no estágio inicial pelo órgão ambiental estadual competente, cria uma regra pela qual excepcionalmente a vegetação secundária em estágio inicial terá o mesmo tratamento do estágio médio e admite explicitamente a prática do pousio neste tipo de vegetação. Por fim, novamente se faz ressalva expressa às áreas urbanas e regiões metropolitanas, conforme reproduzido adiante:

> Art. 25. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio inicial de regeneração do Bioma

13. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 23. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> Mata Atlântica serão autorizados pelo órgão estadual competente. (grifo nosso)
>
> Parágrafo único. O corte, a supressão e a exploração de que trata este artigo, nos Estados em que a vegetação primária e secundária remanescente do Bioma Mata Atlântica for inferior a 5% (cinco por cento) da área original, submeter-se-ão ao regime jurídico aplicável à vegetação secundária em estágio médio de regeneração, ressalvadas as áreas urbanas e regiões metropolitanas. (grifo nosso)
>
> Art. 26. Será admitida a prática agrícola do pousio nos Estados da Federação onde tal procedimento é utilizado tradicionalmente.[14]

Da análise dos dispositivos decorre que o estágio inicial de regeneração permanece desprovido de regramento material próprio, pelo que prevalecerá a regra geral, qual seja, a Lei nº 12.651/2012, mas foi estabelecida competência especial para a autorização da supressão, com o que, nos casos contemplados no Capítulo IV não incidirão as competências previstas na Lei Complementar nº 140/11, mas a autorização sempre pelo órgão estadual.

Cabe então, uma questão relevante: O disposto no capítulo IV da Lei da Mata Atlântica se aplica a todos os casos de supressão de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração do Bioma Mata Atlântica? Se a resposta for afirmativa haverá uma grave incoerência da Lei, pois os artigos 25 e 26 constituirão verdadeira norma geral, que terá sido tratada na Lei da Mata Atlântica como norma especial. Se for esta a leitura, os artigos 25 e 26 deveriam estar no Título II, não no Título III, como constou.

A resposta para esta questão está no parágrafo único do artigo 25. A redação não é tão boa quanto nos capítulos anteriores, mas é suficientemente clara a intenção do legislador de afastar destas regras do capítulo IV as áreas urbanas e regiões metropolitanas. Ademais, deve-se recordar que cada um dos capítulos do título III contém seu próprio recorte de especialidade, de tal maneira que cada um deles funciona de forma independente dos demais.

Portanto, como será detalhado na análise do Capítulo VI, as normas do capítulo IV não se aplicam às hipóteses previstas no Capítulo VI, que contém os artigos 30 e 31, e trata da Proteção do Bioma Mata Atlântica nas Áreas Urbanas e Regiões Metropolitanas, ao qual se aplica um regime especial inteiramente próprio e completo, abrangendo os pedidos de supressão para todas as formas de vegetação primária e secundária.

14. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 25. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

Esta diferenciação demonstra que os artigos 25 e 26 não abrangem a totalidade dos casos de supressão de vegetação secundária em estágio inicial de regeneração, e com isso não são regramento geral, constituindo verdadeiro regramento especial da Lei da Mata Atlântica. Correta e coerente, portanto, a estrutura da Lei, como não poderia deixar de ser.

O Capítulo V que trata de Exploração Seletiva de Vegetação Secundária em Estágio Avançado e Médio de Regeneração não será analisado, dado que foi quase inteiramente vetado, e hoje contém apenas uma pequena exceção material para supressão de espécies arbóreas pioneiras.

O Capítulo VI traz um regime especial completo para a Proteção do Bioma Mata Atlântica nas Áreas Urbanas e Regiões Metropolitanas, e o capítulo VII trata das atividades minerárias, contendo o artigo 32, que traz apenas a exigibilidade de EIA/RIMA e uma forma especial de compensação, sem regras especiais de competências pelo que não será tratado neste tópico. Os três artigos são transcritos adiante:

> Art. 30. É vedada a supressão de vegetação primária do Bioma Mata Atlântica, para fins de loteamento ou edificação, nas regiões metropolitanas e áreas urbanas consideradas como tal em lei específica, aplicando-se à supressão da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração as seguintes restrições:
>
> I - nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência desta Lei, a supressão de vegetação secundária em estágio avançado de regeneração dependerá de prévia autorização do órgão estadual competente e somente será admitida, para fins de loteamento ou edificação, no caso de empreendimentos que garantam a preservação de vegetação nativa em estágio avançado de regeneração em no mínimo 50% (cinqüenta por cento) da área total coberta por esta vegetação, ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 desta Lei e atendido o disposto no Plano Diretor do Município e demais normas urbanísticas e ambientais aplicáveis; (grifo nosso)
>
> II - nos perímetros urbanos aprovados após a data de início de vigência desta Lei, é vedada a supressão de vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica para fins de loteamento ou edificação.
>
> Art. 31. Nas regiões metropolitanas e áreas urbanas, assim consideradas em lei, o parcelamento do solo para fins de loteamento ou qualquer edificação em área de vegetação secundária, em estágio médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, devem obedecer ao disposto no Plano Diretor do Município e demais normas aplicáveis,

> e dependerão de prévia autorização do órgão estadual competente, ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 desta Lei. (grifo nosso)
>
> § 1º Nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência desta Lei, a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração somente será admitida, para fins de loteamento ou edificação, no caso de empreendimentos que garantam a preservação de vegetação nativa em estágio médio de regeneração em no mínimo 30% (trinta por cento) da área total coberta por esta vegetação.
>
> § 2º Nos perímetros urbanos delimitados após a data de início de vigência desta Lei, a supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração fica condicionada à manutenção de vegetação em estágio médio de regeneração em no mínimo 50% (cinqüenta por cento) da área total coberta por esta vegetação."
>
> Art. 32. A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:
>
> I - licenciamento ambiental, condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto;
>
> II - adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independentemente do disposto no art. 36 da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000. [15]

Diferentemente dos outros capítulos do Título III, o Capítulo VI contém um regime jurídico completo de proteção do Bioma Mata nas áreas urbanas e regiões metropolitanas, com regras materiais, de compensação e de competência próprias, que tal como os demais capítulos, deve funcionar como um regime jurídico especial independente dos demais capítulos, correlacionando-se apenas com o regime jurídico geral do Título II.

Disso resulta que a supressão de vegetação secundária em estágio inicial de vegetação para o regime jurídico especial das Áreas Urbanas e Regiões Metropolitanas não goza de qualquer regra especial, seja ela material ou procedimental, excluindo-se neste caso a aplicabilidade do artigo 25, e prevalecendo as normas materiais da Lei nº 12.651/2012 e as

15. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, arts. 30, 31 e 32. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

competências da Lei Complementar 140/2011, decorrendo que, em regra, a competência para a supressão deve acompanhar a competência para o licenciamento ambiental da atividade.

Quanto aos estágios médio e avançado pode haver dúvida em relação ao significado da expressão "prévia autorização do órgão estadual competente". A interpretação deste termo para cada um dos estágios sucessionais deve ser feita conforme o princípio da especialidade, recordando-se sempre que a norma especial não pode aniquilar inteiramente a regra geral.

O artigo 30, inciso I conversa diretamente com o artigo 14, §1º e ambos determinam que a supressão de vegetação deve ser autorizada pelo órgão ambiental estadual. No regime jurídico geral fala-se em autorização pelo órgão ambiental estadual, e no regime especial em prévia autorização pelo órgão ambiental estadual. Ambas as competências, remetem ao órgão ambiental estadual, pelo que não resta incerteza.

Para o estágio médio, há conflito aparente de normas. O art. 14, §2º fala em autorização do órgão ambiental municipal competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente, com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente. O artigo 31 fala em prévia autorização do órgão ambiental estadual competente. Assim, o art. 31 não pode ser lido independentemente do art. 14, §2º, dado que ambos tratam exatamente da mesma situação, e o §2º constituiu exceção explícita à regra contida no §1º do art. 14, especificamente para as áreas urbanas.

A leitura simplista pela qual a expressão "prévia autorização" significaria em todos os casos competência autorizativa plena estadual tornaria sem efeitos o art. 14, §2º, e a ressalva contida no §1º, e por isso não é correta. A melhor interpretação é no sentido de que a expressão "prévia autorização" do art. 31 equivale à "anuência prévia" contida no art. 14, §2º, nos casos em que são preenchidos os requisitos do §2º. Também, não se pode tratar como mero acaso a presença do termo "prévia" antes do termo "autorização" no artigo 31, enquanto no artigo 14 se fala apenas em "autorização". Para os casos em que os requisitos do §2º não são preenchidos, a expressão "prévia autorização" remete à competência plena do § 1º do art. 14.

Portanto, para os casos em que o município tenha conselho de meio ambiente, com caráter deliberativo e plano diretor, a competência autorizativa para supressão de vegetação secundária em estágio médio de regeneração em área urbana é municipal, mediante anuência prévia do

órgão estadual competente. Nos casos em que estes requisitos não são preenchidos, a competência autorizativa plena é estadual.

3 MEDIDAS COMPENSATÓRIAS DA LEI DA MATA ATLÂNTICA

A medida compensatória prevista no artigo 17 da Lei Federal nº 11.428/2006 é regra geral exigível para os casos de supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração situadas no Bioma Mata Atlântica. *In verbis*:

> Art. 17. O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.
>
> § 1º Verificada pelo órgão ambiental a impossibilidade da compensação ambiental prevista no caput deste artigo, será exigida a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica.
>
> § 2º A compensação ambiental a que se refere este artigo não se aplica aos casos previstos no inciso III do art. 23 desta Lei ou de corte ou supressão ilegais.[16]

O artigo 26 do Decreto nº 6.660/2008 determina as formas de cumprimento da compensação estabelecida no dispositivo legal acima transcrito.

> Art. 26. Para fins de cumprimento do disposto nos arts. 17 e 32, inciso II, da Lei no 11.428, de 2006, o empreendedor deverá:
>
> I - destinar área equivalente à extensão da área desmatada, para conservação, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31 da Lei no 11.428, de 2006, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana; ou
>
> II - destinar, mediante doação ao Poder Público, área equivalente no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente de regularização fundiária,

16. BRASIL. Lei nº 11.428/2006, art. 17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11428.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> localizada na mesma bacia hidrográfica, no mesmo Estado e, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica.
>
> § 1º Verificada pelo órgão ambiental a inexistência de área que atenda aos requisitos previstos nos incisos I e II, o empreendedor deverá efetuar a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica.
>
> § 2º A execução da reposição florestal de que trata o § 1o deverá seguir as diretrizes definidas em projeto técnico, elaborado por profissional habilitado e previamente aprovado pelo órgão ambiental competente, contemplando metodologia que garanta o restabelecimento de índices de diversidade florística compatíveis com os estágios de regeneração da área desmatada.[17]

Portanto, caberá ao empreendedor optar pela destinação de área equivalente à área desmatada, pela doação, ao Poder Público, de área equivalente no interior de Unidade de Conservação pendente de regularização fundiária ou, na impossibilidade das anteriores, pela reposição florestal.

Contudo, a medida compensatória pela supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração causada por empreendimentos minerários ou para fins de loteamentos ou edificações localizadas em área urbanas ou regiões metropolitanas possui regramento específico estabelecido nos artigos 30, 31 e 32 da Lei nº 11.428/2006, artigos esses que já foram discutidos no tópico que trata das competências autorizativas.

Assim, quanto aos artigos 30 e 31, cabe avaliar o significado da expressão "ressalvado" contida art. 30, I e no *caput* do art. 31.18 Segundo o dicionário Houaiss ressalvar significa "prevenir com ressalva em, excluir".[19]

---

17. BRASIL. Decreto nº 6.660/2008, art. 26. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6660.htm. Acesso em: 29/06/2018.

18. Art. 30, I - nos perímetros urbanos aprovados até a data de início de vigência desta Lei, a supressão de vegetação secundária em estágio avançado de regeneração dependerá de prévia autorização do órgão estadual competente(...), *ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 desta Lei* e atendido o disposto no Plano Diretor do Município e demais normas urbanísticas e ambientais aplicáveis;
Art. 31 Nas regiões metropolitanas e áreas urbanas, assim consideradas em lei, o parcelamento do solo para fins de loteamento ou qualquer edificação em área de vegetação secundária, em estágio médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, devem obedecer ao disposto no Plano Diretor do Município e demais normas aplicáveis, e dependerão de prévia autorização do órgão estadual competente, *ressalvado o disposto nos arts. 11, 12 e 17 desta Lei.*

19. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. P.2440. Rio De Janeiro: Editora Objetiva Ltda, 2001.

Na própria Lei da Mata Atlântica, o termo ocorre outras seis vezes. Ocorre no *caput* e no §1º do artigo 14[20], para excluir da regra do caput os artigos 30 e 31, e para excluir da regra do §1º a hipótese do §2º. Ocorre no art. 23, III[21], para excluir do autorizativo as Áreas de Preservação Permanente. Ocorre no Parágrafo Único do artigo 25[22] para excluir da regra estabelecida as áreas urbanas. Ocorre no parágrafo único do art. 35[23] para excluir da vedação as hipóteses previstas em lei, e ocorre no artigo 47[24] também com significado de exclusão.

Evidentemente, que o termo "ressalvado" não poderia ser tratado diferentemente nos artigos 30 e 31, e tem o significado de excluir do regime especial das áreas urbanas e regiões metropolitanas os artigos 11, 12 e 17 do regime geral da Lei. Isto se torna mais evidente na medida em que o próprio artigo 30, I ao impor a observância ao Plano Diretor usa "atendido ao disposto", em oposição ao "ressalvado" imediatamente anterior, e o artigo 31 usa "devem obedecer" para a mesma finalidade. Tal entendimento coaduna a aplicação do princípio da especialidade, dado que o capítulo VI do Título III é o único a conformar um regime jurídico especial completo, aplicável a todos os estágios sucessionais no Bioma Mata Atlântica em razão da atividade econômica pretendida e território em que ocorre.

Assim, para as hipóteses dos artigos 30 e 31, a compensação deve ser somente aquela prevista no art. 30, I e no art. 31, incisos I e II. Observe-se que a compensação de conservação de 50% do imóvel é semelhante à compensação com área equivalente prevista no artigo 17. A verdadeira

20. Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, (...), *ressalvado* o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1º e 2º do art. 31 desta Lei. (grifo nosso)
§ 1º A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. (grifo nosso)

21. Art. 23, III - quando necessários ao pequeno produtor rural (...), *ressalvadas* as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal, nos termos da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965; (grifo nosso)

22. Art. 25, Parágrafo único. O corte, a supressão e a exploração de que trata este artigo(...) submeter-se-ão ao regime jurídico aplicável à vegetação secundária em estágio médio de regeneração, *ressalvadas* as áreas urbanas e regiões metropolitanas. (grifo nosso)

23. Art. 35, Parágrafo único. *Ressalvadas* as hipóteses previstas em lei, as áreas de preservação permanente não integrarão a reserva legal. (grifo nosso)

24. Art. 47. Para os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei, somente serão consideradas as propriedades rurais com área de até 50 (cinqüenta) hectares, registradas em cartório até a data de início de vigência desta Lei, *ressalvados* os casos de fracionamento por transmissão causa mortis. (grifo nosso)

exceção se faz para os 30% do art.31, I, assim como para a vedação do Art. 30, II.

Conforme se verifica no artigo 17 da Lei 11.428/2006 e artigo 26 do Decreto 6.660/2008, a medida compensatória deve ser sempre equivalente à extensão da área desmatada, e nos casos dos artigos 30 e 31, aquela discriminada nos próprios artigos.

Contudo, alguns Estados da Federação, tais como São Paulo e Minas Gerias, têm elaborado e aplicado legislações que ultrapassam o limite estabelecido pela Lei nº 11.428/2006 e seu decreto regulamentador.

O Estado de São Paulo, através da Resolução SMA nº 07, de 18 de janeiro de 2017, estabeleceu uma compensação que, no Bioma Mata Atlântica, pode variar de 1,25 a 6 vezes a área suprimida, dependendo do estágio sucessional e prioridade através do mapa "áreas prioritárias para a restauração de vegetação nativa".

Em Minas Gerais aplica-se a Deliberação Normativa COPAM nº 73/04 que determina que a compensação deverá ser de, no mínimo, duas vezes a área suprimida. No que tange à DN COPAM nº 73/04, cumpre transcrever o entendimento dado, em parecer, por Édis Milaré:

> Neste ponto, importante anotar, entre parênteses, que seria possível argumentar ter o Estado de Minas Gerais extrapolado sua competência normativa ao estabelecer, na Deliberação Normativa COPAM 73/2004, sobre a medida compensatória por supressão de vegetação de Mata Atlântica. De fato, consoante o já transcrito artigo 6º do Decreto 750/1993 caberia ao IBAMA, com aprovação do CONAMA, a definição de vegetação primária e secundária nos estágios avançado, médio e inicial de regeneração da Mata Atlântica. Tal definição é, com efeito, o limite do que poderia chegar um ato regulamentador, o que significa que o IBAMA e o CONAMA não poderiam estabelecer outras obrigações não previstas previamente na norma hierarquicamente superior. Sendo assim, a Deliberação Normativa 73/2004, ao impor uma obrigação de natureza compensatória pela supressão de Mata Atlântica inovou no ordenamento jurídico, ferindo frontalmente o princípio da legalidade, por criar obrigação não estabelecida por lei em sentido estrito."
>
> Transpostas essas considerações, é de se anotar que a Deliberação Normativa COPAM 73/2004 acabou por ser revogada em razão da superveniência da Lei federal da Mata Atlântica - Lei 11.428, de 22.12.2006 -, regulamentada pelo Decreto 6.660, de 21.12.2008. De fato, tais normas federais e gerais exauriram a matéria e passaram a reger a utilização e proteção do Bioma Mata Atlântica em todo o

país.[25]

Nesse sentido, resta claro que, além da ilegalidade da DN 73/04 frente ao revogado Decreto Federal nº 750/93, a referida DN perdeu sua eficácia em função da entrada em vigor da Lei Federal nº 11.428/2006, nos termos do § 4º, artigo 24 da Constituição da República que determina:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> (...)
>
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.[26]

Édis Milaré discorre ainda mais sobre o tema, trazendo conclusões específicas neste mesmo sentido.

> Como era de se esperar, ante a clareza solar do vigente quadro normativo que rege a matéria, a doutrina é uníssona ao tratar do tema, asseverando que a compensação ecológica pela supressão de Mata Atlântica se dá pelo equivalente à área suprimida. A respeito, já asseveramos que:
>
> Nesses casos, o corte ou a supressão ficam ainda condicionados à compensação ambiental, na forma de destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e, sempre que possível, na mesma microbacia hidrográfica (arts. 12, 14, 15 e 17).
>
> Não há dúvidas, portanto, que em razão do superveniente regramento federal, fitando as normas gerais sobre o tema, ficou superada a regra do Estado de Minas Gerais, disposta na Deliberação Normativa 73/2004, em que se estabelecia a compensação ecológica pelo dobro da área de Mata Atlântica suprimida. Além disso, a norma geral federal estabeleceu regra específica sobre o tema, determinando que a compensação pela supressão de vegetação de Mata Atlântica deve ser por área equivalente.
>
> (...)
>
> Assim, traçado o quadro normativo que rege a supressão de vegetação primária e secundária em estágios médio e avançado de regeneração no Bioma Mata Atlântica, temos que é devida a compensação ambiental pela área equivalente à suprimida, nos termos dos artigos 17 da Lei federal 11.428/2006 e 26 do Decreto federal 6.660/2008. Importante salientar, ainda, que o regramento federal não

25. MILARÉ, Édis. *Compensação Ambiental por supressão de Mata Atlântica em razão da atividade minerária*. P.13.

26. BRASIL. Constituição da República, art 24. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29/06/2018.

> foi contrariado pelas normas estaduais, bastando ver o que dispõem o §1º do artigo 57 da Lei estadual 20.992/2013 – Código Florestal de Minas Gerais – e o artigo 1º do Decreto estadual 46.336/2013. Sendo assim, certamente não há que se falar em compensação ambiental pelo dobro da área suprimida, conforme dispunha a revogada Deliberação Normativa COPAM 73/2004.
>
> (...)
>
> Consoante apresentado, a compensação ambiental para supressão de vegetação primária e secundária em estágios médio ou avançado de regeneração se dá através da destinação de área equivalente à suprimida, nos termos dos artigos 17 e 32, inciso II, da Lei federal 11.428/2006 e 26 do Decreto federal 6.660/2008, não sendo mais válido e eficaz o quanto dispunha o artigo 4º, § 4º, da Deliberação Normativa 73/2004, qual seja: a destinação de área equivalente ao dobro da área suprimida.[27]

Portanto, fica evidente a ilegalidade presente na cobrança da compensação equivalente ao dobro da área suprimida, conforme é realizado pelo Estado de Minas Gerais, uma vez que a legislação federal definiu limites claros para a referida medida compensatória.

No mesmo sentido, entendemos que a Resolução SMA 07/2017 também contraria o disposto no artigo 17 e nos artigos 30 e 31 da Lei Federal nº 11.428/2006 ao prever compensação acima do limite máximo estabelecido pela legislação federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que se apresentou, as três questões iniciais se respondem da seguinte forma:

A abrangência da Lei da Mata Atlântica prevista em seu artigo 2º e no artigo 1º de seu Decreto Regulamentador se limita à área de abrangência do perímetro do mapa do IBGE;

A competência autorizativa geral para supressão de vegetação do Bioma Mata Atlântica primária e secundária em estágios avançado, médio e inicial de regeneração é estadual. Excepcionalmente no caso das áreas urbanas e regiões metropolitanas, o estágio médio é de competência municipal, com anuência prévia estadual, e o estágio inicial é de competência do mesmo ente responsável pelo licenciamento do empreendimento.

27. MILARÉ, Édis. *Compensação Ambiental por supressão de Mata Atlântica em razão da atividade minerária*. P.17, 18, 20 e 33.

A compensação pela supressão de vegetação deve ser em área equivalente, ou seja, de um para um, e nos casos dos artigos 30 e 31 deve ser de 30% e 50% da vegetação existente nos imóveis, conforme o caso, sendo inadmissível qualquer exigência adicional;

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Paula Meireles; CAVALCANTI, Thiago Rodrigues. Medidas Compensatórias Ambientais e Florestais aplicáveis às atividades minerárias. *In:* AZEVEDO, Marcelo; HONÓRIO, Paulo; MATTOS, Tiago de; FREIRE, William [Coords.]. Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. DE SOUZA, Vinícius Vieira. Parecer nº 33/2012 AGU/PGF/PFE-ICMBio/CR11-Lagoa Santa-CR11.

MILARÉ, Édis. Compensação Ambiental por supressão de Mata Atlântica em razão da atividade minerária.

5ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte: Mandado de Segurança 5081983-31.2017.8.13.0024. Juíza Cláudia Costa Cruz Teixeira Fontes.

CAPÍTULO 26

OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU E A LOGÍSTICA REVERSA

TIAGO ANDRADE LIMA
FABRÍCIO SOLER

INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas, entidade intergovernamental criada com o objetivo de promover a cooperação nacional, tem historicamente atuado na tentativa de mediar conflitos internacionais e de estabelecer regras gerais de convivência no mundo.

No âmbito socioambiental, o debate vem sendo realizado há décadas, desde a conferência de Estocolmo (1972), passando pela Conferência do Rio de Janeiro (1992) e de Joanesburgo (2002), até a Rio+20, ocorrida em 2012.

Durante esse período, no ano de 2000, os Estados-Membros da ONU aprovaram os 8 (oito) Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) que focaram, principalmente, na extinção da pobreza extrema no mundo. Tal medida, teve amplo apoio dos países que passaram a incorporar políticas públicas nesse sentido em seus territórios. No caso do Brasil, os avanços foram tão significativos que o país foi retirado do Mapa da Fome da ONU.

Assim, por conta da exitosa experiência com os ODM, em setembro de 2015, a ONU reuniu novamente os Estados-Membros, desta feita para incorporar uma agenda socioambiental para os próximos anos. E, desse modo, surgiram os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS que estabeleceram um marco internacional de atuação

com foco em três eixos principais, quais sejam, o social, o econômico e o ambiental.

Essa atuação, fixada para o período de 2015 a 2030, foi consubstanciada por meio da Agenda 2030 que, segundo a sua plataforma oficial[1], é composta por objetivos e metas para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades e atuem no espírito de uma parceria global para melhorar a vida das pessoas.

É certo que estes ODS devem ser implantados e acolhidos por todos, governo, sociedade, setor empresarial e academia. Entretanto, o governo com o seu papel de indutor de políticas de desenvolvimento tem função primordial no desenvolvimento destes objetivos.

Nesse sentido, considerando que após três anos da vigência dos ODS no mundo, o Brasil ainda se mostra incipiente com relação a adoção de políticas públicas nesse sentido, este artigo buscará apresentar e discutir alguns dos ODS sobre a perspectiva da estratégia de sua implantação no Brasil, com enfoque no instrumento da logística reversa como catalizador desse movimento.

1 INTERNALIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – ODS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes disso, porém, há que se esclarecer qual a natureza jurídica desse compromisso internacional para fins de entender a amplitude da obrigatoriedade do cumprimento pelo Brasil.

O acordo, celebrado por 196 (cento e noventa e seis) países, não tem a natureza jurídica de tratado internacional, cuja competência para firmá-lo seria privativa do Presidente da República, conforme o artigo 84 da Constituição da República[2]. Se fosse um Tratado, necessitaria inclusive de referendo pelo Congresso Nacional.

Não obstante, considerando a sua importância, a matéria foi analisada pela Câmara de Deputados, no âmbito da sua Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional – Requerimento nº 124/2015, e pelo Senado Federal, na Comissão Senado do Futuro, por meio do

1. www.agenda2030.com.br. Consulta em 10 de junho de 2018.
2. Brasil. Constituição da República. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Requerimento n° 5/2016, tendo sido aprovado em ambas as comissões legislativas.

Cabe reforçar a relevância do tema, que guarda congruência com o dever fundamental do desenvolvimento sustentável previsto em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Em lúcido posicionamento, o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, interpretando as normas constitucionais, considerou o direito ao meio ambiente um direito fundamental de terceira geração:

> ...que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação que incumbe ao Estado e à própria coletividade de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam no seio da comunhão social os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõe o grupo social[3]

Assim, a letra constitucional do artigo 255[4] que trata do direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, foi devidamente interpretada pelos nossos Tribunais Superiores de modo a reconhecer o direito ao desenvolvimento sustentável.

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal, enfrentando uma questão relacionada à compensação ambiental, novamente firmou este conceito ao afirmar que "a compensação ambiental se revela como instrumento adequado à defesa e (à) preservação do meio ambiente para as presentes e (as) futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional"[5]

Portanto, em se tratando de um tema relevante para o mundo, mas principalmente, de uma questão devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico, não houve dificuldade quanto à assunção ao pacto pelos órgãos legislativos brasileiros.

Entretanto, a implantação dessa agenda no Brasil, necessita de normas e esforços que incorporem os conceitos e diretrizes dos ODS às

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 22.164/SP. Relator: ministro Celso de Mello.

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

5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.378/DF. Relator: ministro Carlos Ayres Britto.

políticas públicas do país. Nesse sentido, em 27 de outubro de 2016, foi publicado o Decreto Federal nº 8892/2016 que criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Essa Comissão foi criada com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil.

Buscando o envolvimento da sociedade civil na implantação, outro Decreto foi publicado, sob nº 9149/2017, e criou o Programa Nacional de Voluntariado, apontando, como um de seus objetivos, a participação ativa da sociedade na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030. E, por fim, ainda para estimular a participação global, o Poder Executivo editou o Decreto nº 9295/2018 que instituiu o Prêmio Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Todo esse processo inicial tem a finalidade de estimular práticas voltadas para o atendimento aos objetivos de desenvolvimento sustentável pelo poder público federal, estadual ou municipal e ainda pela sociedade civil.

Assim, considerando esse esforço normativo e a necessidade de se buscar alternativas para implantação dos ODS, passa-se a discorrer sobre o sistema de logística reversa como um instrumento capaz de propiciar o atendimento a alguns destes objetivos.

2 A LOGÍSTICA REVERSA E SUA INTERFACE COM OS ODS

O mais importante instrumento de gestão de resíduos no Brasil, o sistema de logística reversa, foi criado no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS[6] que está em vigor desde 2010.

Este sistema, aplicável aos consumidores, comerciantes, distribuidores, importadores, fabricantes e demais atores das cadeias produtivas de produtos como baterias, pilhas, lâmpadas, agrotóxicos, óleos lubrificantes, eletroeletrônicos, tem por objetivo fazer retornar os produtos descartados após o uso, por estas cadeias, ao processo produtivo para fins de reaproveitamento, reciclagem ou outra destinação final ambientalmente adequada.

A sua implantação vem ocorrendo por meio de acordos setoriais e termos de compromisso celebrados entre o setor empresarial e o poder

6. BRASIL. Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010.

público, onde são ajustadas obrigações e metas para os atores de cada segmento.

Trata-se de um sistema cuja implantação depende do setor empresarial uma vez que a sua implantação, segundo à PNRS, é de responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes destes produtos[7].

Inicialmente, deve-se reconhecer, portanto, que não havendo necessidade de alocação de recursos públicos para implantar este instrumento, como no caso dos lixões existentes no Brasil cuja responsabilidade é governamental, o esforço do poder público para implantar este sistema no Brasil é mínimo, limitado ao seu poder normativo, fiscalizatório e punitivo.

Noutro prisma, se passar a ser implantado e ampliado entre os diversos setores da economia que fazem circular produtos no Brasil, pode se constituir numa importante ferramenta de adequação do Brasil aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS da ONU.

Isto porque, a implantação do instrumento de logística reversa em determinados setores da economia, estimularam, ou compeliram, estes setores a buscarem novas alternativas para aproveitamento dos resíduos gerados no processo produtivo.

É o caso, por exemplo, do setor de lâmpadas, cujos resíduos gerados, em sua maioria, não eram sequer recolhidos. Após a assinatura do Acordo Setorial com o Ministério do Meio Ambiente[8] se passou a realizar, a partir de metas progressivas, o recolhimento e a destinação ambiental ambientalmente adequada destes resíduos.

Além disso, em um cenário de longo prazo, a revisão sucessiva das metas de coleta e destinação final objetiva criar cadeias produtivas em que os resíduos gerados sejam reaproveitados, de modo a evitar o descarte desnecessário de um resíduo que poderia servir de insumo para um processo produtivo e, principalmente, a de reduzir a busca no meio ambiente por recursos naturais.

Mostra-se, portanto, completamente adequado ao *Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis,* uma vez que, segundo o estudo promovido pela ONU, da maneira como está se utilizando os

7. BRASIL. Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010. Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: (...)

8. BRASIL. http://www.sinir.gov.br/documents/10180/23979/02+-+Acordo+Setorial+de+Lâmpadas.pdf/477cd170-4078-4ff0-a23a-9acf67bf523a. Acesso em 02 de maio 2018.

recursos naturais, em 2050 seriam necessários o equivalente a três planetas para prover os recursos naturais necessários para sustentar os estilos de vida atuais.

Por outro lado, o sistema de logística reversa no Brasil ainda carece de aperfeiçoamento. No caso do consumidor, por exemplo, apesar de ser obrigado a devolver os resíduos para os comerciantes ou distribuidores com o objetivo de fazê-lo retornar para a devida destinação final ambientalmente adequada[9], não existe uma fiscalização efetiva, a despeito da previsão de punição em caso de descumprimento[10].

Isto ocorre porque os Acordos Setoriais e Termos de Compromisso firmados com o Poder Público não contemplam ações de coercibilidade com relação ao consumidor, apesar de preverem a imperiosidade da devolução dos produtos após o uso considerando a sensibilização do consumidor por meio de campanhas de educação ambiental. Em que pese a importância destes mecanismos de conscientização, o consumidor, na esteira dos ODS, que têm que ser implantados inclusive pelo cidadão, deve ter participação mais ativa neste processo de modo a acelerar as etapas de concretização do sistema de logística reversa no Brasil e, por consequência, do consumo sustentável.

Por outro lado, um efeito importante causado pelo sistema, em razão da necessidade de coletar, acondicionar, transportar e destinar os resíduos, algo que não estava anteriormente previsto no dia a dia das grandes corporações, foi o da criação de uma nova cadeia produtiva dentro de cada setor. Passou-se, a fomentar, por exemplo, o processo de coleta por cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis e por operadores logísticos, além de se estimular a busca por alternativas tecnológicas para reaproveitamento destes resíduos.

Importante lembrar o caso de pneumáticos em que a obrigatoriedade de realizar logística reversa permitiu ao setor descobrir a possibilidade de utilização do resíduo para produção de material asfáltico para as estradas e rodovias.

---

9. BRASIL. Lei Federal 12.305/2010. Art. 33. (...) § 4º Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens a que se referem os incisos I a VI do caput, e de outros produtos ou embalagens objeto de logística reversa, na forma do § 1o.

10. BRASIL. Decreto Federal 7.404/2010. Art. 62 (...) § 2o Os consumidores que descumprirem as respectivas obrigações previstas nos sistemas de logística reversa e de coleta seletiva estarão sujeitos à penalidade de advertência. § 3o No caso de reincidência no cometimento da infração prevista no § 2o, poderá ser aplicada a penalidade de multa, no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais).

Note-se, portanto, que, considerando as 836 milhões de pessoas que ainda vivem na extrema pobreza e que uma em cada cinco pessoas em regiões em desenvolvimento vive com menos de 1,25 dólar por dia[11], a criação de novas cadeias produtivas gerando emprego e renda para pessoas, que passaram a sobreviver desta atividade, apresenta completa consonância com o *Objetivo 1: Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares*.

Nesse mesmo sentido, pode-se concluir que o *Objetivo 8: Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos* pode ser fomentado via a implantação do sistema de logística reversa que, como visto a cima, cria novos empregos, fomenta o desenvolvimento regional, estimula a inovação.

Ademais, segundo dados da ONU, as pequenas e médias empresas que se comprometem com o processamento industrial e com as indústrias manufatureiras são as mais decisivas para os primeiros estágios da industrialização e são geralmente as maiores geradoras de emprego. Elas são, ainda segundo as Nações Unidas, responsáveis por 90% dos negócios no mundo e contabilizam entre 50 a 60% dos empregos.

Desse modo, o fomento à implantação de novas tecnologias de reaproveitamento de resíduos, acompanhado da criação de uma cadeia, antes inexplorada, para recolhimento destes resíduos desde o consumidor, passando pelo comerciante e distribuidor, até a sua destinação final ambientalmente adequada, se apresenta como uma alternativa sólida de criação de novos empregos e de geração de renda.

A própria responsabilidade compartilhada, conceito que obriga toda a cadeia de atores a coletar, acondicionar e devolver o produto após o uso, além de despertar a consciência ambiental nestas empresas, cria um novo padrão de empregos, na medida em que busca pessoas capazes de realizar e gerenciar ações que anteriormente não eram executadas pelo setor empresarial.

Além disso, ainda com relação às oportunidades de emprego, no Brasil, com base nas experiências bem-sucedidas de países da Europa, a exemplo da Espanha, iniciou-se um processo de indução, pelo poder público, à criação de uma entidade independente que fizesse a gestão do sistema. A Deliberação nº 11, de 25 de setembro de 2017 do Comitê Orientador de Implementação de Sistema de Logística Reversa (CORI),

11. BRASIL.https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/amp/. Acesso em 09 de maio de 2018.

órgão criado pelo Decreto que regulamentou a PNRS, com ineditismo, fez menção a figura jurídica da entidade gestora.

Segundo a Deliberação, essas entidades teriam a função de administrar a implementação e a operação do sistema de logística reversa para garantir o atingimento das metas estabelecidas, a coleta e a destinação final ambientalmente adequada dos produtos e embalagens objeto de logística reversa. Observa-se deste modo, mais uma ação que gerou renda e criou empregos, demonstrando-se, novamente, a importância da implantação da logística reversa para o cumprimento deste objetivo fixado pela ONU.

Outrossim, na exposição de motivos do *Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação,* apresenta-se um dado relevante: O efeito da multiplicação de trabalhos industrializados impactou a sociedade positivamente. Cada trabalho na indústria gera 2,2 empregos em outros setores.

Portanto, o aumento dos processos de reaproveitamento de resíduos, a exemplo da atividade de rerrefino de óleo lubrificante, vai além do reconhecido benefício ambiental, porquanto gera um aumento direto e indireto no número de postos de trabalho em outros setores.

Não se pode olvidar, ainda, da possibilidade de inserção de cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis dentro do processo de recolhimento, manuseio e acondicionamento dos produtos descartados, o que favorece o cumprimento do pacto global de promoção da industrialização inclusiva e sustentável.

Noutro prisma, a destinação ambientalmente adequada destes resíduos favorece ainda o cumprimento do *Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos.*

O sistema de logística reversa, por tratar do gerenciamento de resíduos e estes serem fontes de emissão de gases de efeito estufa que contribuem desfavoravelmente para a mudança climática, pode servir concretamente, portanto, de mecanismo para a amenização do clima.

Além disso, o estímulo à economia circular que permite que o recurso natural, retirado dos ecossistemas, seja reutilizado dentro do processo produtivo ou em outro processo auxilia o *Objetivo 15* que busca *Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade*, na medida em que evita a retirada de novos recursos, contribuindo com a sustentabilidade.

Importante ressaltar que, segundo dados da ONU, cerca de treze milhões de hectares de florestas estão sendo perdidos a cada o ano. Desse modo, o cuidado com a disposição final ambientalmente adequada é insuficiente para atender aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Faz-se necessário, assim, que iniciativas de minimização da geração e de busca por alternativas tecnológicas, que transformem rejeitos em resíduos e que a eles sejam emprestados novos usos, como o instrumento da logística reversa, sejam fomentadas.

3 O ESTADO ATUAL DA LOGÍSTICA REVERSA NO BRASIL

Considerando a possibilidade clara de auxílio de cumprimento das metas e diretrizes previstas nos ODS, há que se discorrer sobre o estado atual da implantação da logística reversa no Brasil.

Apesar de estar em constante processo de evolução, um grande passo para dar efetividade ao sistema ainda não foi dado: conhecer a fundo o universo dos produtos no Brasil, uma vez que o rol de setores incluídos no artigo 33 da PNRS[12] não é taxativo.

O parágrafo primeiro do citado artigo da PNRS aduz que os sistemas previstos serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados. Essa definição se dará, conforme o parágrafo segundo do artigo 33, considerando a viabilidade técnica e econômica da logística reversa, bem como o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Desse modo, ainda não existe um posicionamento oficial do Estado sobre quais produtos no Brasil estão sujeitos à logística reversa. E mais, nos próprios setores em que se está estruturando o sistema ainda não se tem clareza da quantidade de produtos gerados no Brasil uma vez que ainda

12. BRASIL. Lei Federal nº 12.305/2010. Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:
I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;
II - pilhas e baterias;
III - pneus;
IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;
V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;
VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

há muita informalidade, por vezes estimulada pela alta carga tributária que vivenciamos. Como efeito, não há clareza quanto ao número de produtos gerados no país e, muito menos, do número de resíduos que circulam em nosso território.

Esses dados são uma premissa básica para se regular esse setor no Brasil e para fixar as metas de auxílio no atendimento aos ODS, porém ainda se encontram insuficiente levantados prejudicando a análise da efetividade do sistema para este fim.

Outra questão importante, desta feita com relação ao cenário da territorialização da logística reversa no Brasil, diz respeito aos resíduos atualmente gerenciados.

É que, considerando a competência concorrente dos entes da federação para legislar sobre meio ambiente, subsiste a possibilidade de serem fixadas obrigações díspares nos termos de compromisso celebrados, à revelia do que afirma o § 1º do art. 34 da PNRS[13].

Assim, para evitar judicializações e garantir a uniformidade das obrigações, por cada setor, em diversos estados da federação, a alternativa recomendada tem sido a celebração do Acordo Setorial em âmbito federal de modo concomitante com a pactuação dos Termos de Compromisso estaduais.

Traçando um parâmetro da situação dos estados no Brasil, se por um lado os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná vem protagonizando o processo de evolução da logística reversa, de outro, Estados como Rio de Janeiro, Pernambuco e Goiás ainda estão com poucos ou nenhum Termo de Compromisso assinado para fins de implantação da logística reversa em seus territórios.

Nesse ínterim, o Estado de São Paulo, em 03 de abril de 2018, publicou a Decisão de Diretoria CETESB n°076/2018/C[14] que se traduziu num importante esforço no sentido de emprestar efetividade aos sistemas de logística reversa naquele território. Essa norma se aplica aos empreendimentos licenciados pela CETESB, e vinculou a obtenção da licença ambiental à comprovação de existência de um sistema de logística vigente.

13. BRASIL. Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010. Art. 34, § 1º. Os acordos setoriais e termos de compromisso firmados em âmbito nacional têm prevalência sobre os firmados em âmbito regional ou estadual, e estes sobre os firmados em âmbito municipal.

14. CETESB. São Paulo, 2018. <http://cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/DD-076-2018-C.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2018.

Com isso, os fabricantes e importadores que atuam no Estado de São Paulo, somente obterão a licença ambiental se comprovarem a adesão a um Termo de Compromisso existente para o setor ou mesmo se, individualmente, demonstrarem que têm um sistema de logística reversa em funcionamento.

Mostra-se um grande avanço no processo de atribuir efetividade à PNRS haja vista que todos os fabricantes e importadores de produtos precisam da licença ambiental para exercer a sua atividade. Por consequência, em análise perfunctória, pode-se concluir que, caso não demonstrem possuir sistema de logística reversa, poderão ter suas atividades embargadas.

Ainda em continuidade ao processo, o Estado do Paraná instituiu Comitês de Acompanhamento do Programa – CAP, em cada um dos termos de compromisso celebrados, constituídos por um representante de cada parte signatária, com o objetivo de acompanhar a implementação e a execução do sistema, demonstrando assim a importância da criação de fóruns setoriais para evolução do processo no Brasil.

Por outro lado, alguns Estados sequer têm Termos de Compromissos assinados com setores. Sem a participação destes entes, seja com a avença destes pactos, ou ainda com a implantação e incorporação das metas dos Acordos Setoriais ao seu Estado, por meio de seus órgãos ambientais e de planejamento, o sistema de logística reversa restará inviabilizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incorporação da logística reversa como política pública pactuada entre governo federal, estados e municípios, favorecerá a sua implantação e, por consequência, a realização de parte dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.

O *Objetivo 17* busca *Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável* de modo que urge a percepção, pelos coordenadores da Agenda 2030, deste instrumento como um vetor de atendimento a estes objetivos.

Resta clarividente que os ODS podem servir como catalizadores deste desenvolvimento, o que propiciará, de modo recíproco, a implantação do sistema de logística reversa e o cumprimento da agenda 2030.

Em síntese, de modo geral, percebe-se que o sistema de logística reversa no Brasil deve ser analisado com base nos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU.

Desde o levantamento dos dados do mercado para fins de gerenciamento, passando pelo que foi feito nos setores desde a assinatura do pacto global em 2016 até a presente data, até a análise com base nesses novos conceitos de modo a amplificar a atuação dos órgãos governamentais, na medida em que percebam o valor dessa agenda conjunta.

Outro efeito importante será o de favorecer o envolvimento e a sensibilização dos empresários que transformarão uma simples obrigação, na possibilidade de potencializar resultados ao terem as suas imagens associadas aos ODS e, ainda, pensando de modo altruísta, passarem a perceber a mudança que poderão trazer ao ambiente em que vivem.

Não se propõe que seja o sistema de logística reversa uma fonte protagonista de atendimento aos ODS no Brasil. Existem várias políticas públicas que podem e devem ser voltadas a este fim. Porém, não se deve relegar este importante instrumento de gestão, muito menos, desconsiderar o volume de resíduos gerados no Brasil e a possibilidade de ajustar este leme tomando como referência o pacto internacional.

REFERÊNCIAS

http://www.sinir.gov.br/documents/10180/23979/02+-+Acordo+Setorial+de+Lâmpadas.pdf/477cd170-4078-4ff0-a23a-9acf67bf523a Acesso em 02 de maio 2018.

https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/amp/ Acesso em 09 de maio de 2018.

_____. www.agenda2030.com.br Consulta em 10 de junho de 2018.

CETESB. São Paulo, 2018. <http://cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/DD-076-2018-C.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2018.

SOLER, Fabricio Dorado; "Logística reversa sem desculpas", JOTA, 25.11.2017, disponível em <https://jota.info/artigos/logistica-reversa-sem-desculpas-25112017>.

SOLER, Fabricio Dorado; Cipriano, Tasso Alexandre Richetti Pires, Código dos resíduos, São Paulo, Instituto PNRS, 2016.

ANDRADE LIMA, Tiago; "Novo marco legal esclarece como deve ser implantada a logística reversa", CONJUR, 01.12.2017, disponível em < https://www.conjur.com.br/2017-dez-01/tiago-lima-novas-normas-esclarecem-implantacao-logistica-reversa>.

ANDRADE LIMA, Tiago e FARIAS, Talden; "A evolução da logística reversa na gestão de resíduos perigosos no Brasil", CONJUR, 19.05.2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/opiniao-logistica-reversa-gestao-residuos-perigosos>.

CAPÍTULO 27

A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SUA ATRIBUIÇÃO AUXILIAR AO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO AMBIENTAL PELOS IMÓVEIS AGRÁRIOS

ALBENIR QUERUBINI
RAFAELA AIEX PARRA

INTRODUÇÃO

O presente estudo se inicia com o olhar sobre o liame entre a ciência Econômica e a ciência do Direito, dando ênfase ao papel do Estado na intervenção no domínio econômico e do resguarde do meio ambiente. Para isso, falar-se-á sobre os comandos constitucionais dos artigos 170 e 225, a partir do devido cotejo entre suas diferenças e quais as consequências dessas diferenças no âmbito de aplicabilidade das regras da lei, o que afeta, diretamente as relações jurídicas estabelecidas na esfera privada, visando encontrar o equilíbrio entre ambas para o alcance da sustentabilidade.

Faz-se, também, o devido delineamento da evolução da responsabilidade socioambiental das empresas e do nascimento da responsabilidade socioambiental pelas Instituições Financeiras, trazendo os comandos legais desta evolução até os dias atuais e demonstrando, por fim, sua cooperação para com a regularização ambiental dos imóveis rurais a partir das regras do Código Florestal.

1 PANORÂMA DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE APLICÁVEL À ATIVIDADE AGRÁRIA – A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL E O CÓDIGO FLORESTAL

A demanda teórica sobre a finalidade do uso da terra pelo homem não nasceu na modernidade. No entanto, o debate tomou corpo após o jurista León Duguit defender a tese de que a "propriedade não é um direito, é uma função social."[1] Porém a tese lançada por Duguit veio a ser alvo de críticas, uma vez que o fato de a propriedade possuir uma função social não retira o direito subjetivo do proprietário, mas impoõe limites a sua exploração e condiciona o seu uso ao cumprimento de deveres em prol da coletividade[2]. Em outras palavras, com os deveres impostos pela função social, há uma vinculação da propriedade a elementos econômicos, sociais e ambientais[3].

A função social da propriedade e, especificamente, da propriedade rural, que é o que nos cabe neste estudo, foi promovida à mandamento principiológico fundamental a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXIII e art. 186), constando, ainda, como princípio ordenador da economia (artigo 170, inciso III), com influências das Constituições e Weimar (1919) e do México (1917). Ademais, pode-se dizer que a Constituição de 1988 representou uma evolução legislativa, já que a função social foi mencionada – ainda que timidamente – nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969.

Paulo de Bessa Antunes faz importante menção sobre a constitucionalidade de tutela do meio ambiente:

> A Constituição de 1988 elevou o meio ambiente aà condição de direito de todos e bem de uso comum do povo, modificando o conceito jurídico de meio ambiente, tal qual como ele estava definidos pela Lei da Política Nacional de meio Ambiente. Em razão da alta relevância do bem jurídico tutelado, a Lei Fundamental estabeleceu obrigação do Poder Público e da Comunidade de preservá-lo para as presents e futuras geracões.[4]

1. DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Pamplona, Espanha. Analecta, Ediciones y Libros, 2006.
2. Sobre o assunto, vide: QUERUBINI GONÇALVES, Albenir Itaboraí; CERESÉR, Cassiano Portella. *Função ambiental da propriedade rural e dos contratos agrários*. São Paulo: Editora LEUD, 2013, p. 30.
3. PARRA, Rafaela Aiex. *Função Social da Propriedade Rural | Noções Gerais do Aspecto Ambiental e o Direito de Propriedade*. Jundiaí: Grappe Editorial, 2017, p. 69.
4. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 52.

O Ministro do STJ, Herman Benjamin, assevera que "elaborar a Constituicão de 1988 foi uma festa de cidadania, um momento de celebração nacional, após anos de ditadura. Agora, com seu texto na mão, é hora de aplicá-la."[5]

O agronegócio, complexo agroindustrial que é, carrega uma gama de operações tuteladas pelo Direito, não só em matéria ambiental e florestal, mas em discussões que envolvem o Direito Civil, Direito Agrário, Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Societário, Mercado de Capitais, Bancário e Direito Trabalhista.

Renato Buranello em seu Manual do Direito do Agronegócio, destaca que "a atividade agrícola ocupa um terço da superfície da Terra." [6]

No contexto hodierno, onde discussões sobre mudanças climáticas ocupam alta relevância, o Direito tende a relacionar-se com uma gama de condições internas, interações humanas com a natureza e tendências globais.

O marco legal em material agrária, nos assuntos de ocupação da terra e das relações que dela decorrem no Brasil é o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964). Em Direito Ambiental, o meio ambiente natural tem destaque, e pode-se sistematizar como as mais importante balizas os comandos constitucionais: Art. 170, III (função social da propriedade); Art. 170, VI (defesa do meio ambiente); Art. 186 (função social da propriedade rural); Art. 225, *caput* (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado); Art. 225, § 3º, c/c Art. 3º da Lei 9.605/1998 (responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes ambientais). Além da legislação infraconstitucional: Lei 9.605/98 (sanções penais e administrativas ambientais); Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 8.171/1991 (Política Agrícola); Lei Complementar 140/2011; Lei 12.651/2012 (Código Florestal).

A função ambiental da propriedade rural é um conceito indispensável para a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, e está voltada para a manutenção do equilíbrio ecológico enquanto interesse coletivo, beneficiando, ao mesmo tempo, a sociedade e também aquele que a cumpre.[7]

---

5. BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira.* in CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) *Direito constitucional ambiental brasileiro.* 6ª Edição Revisada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156.

6. BURANELLO, Renato. *Manual do Direito do Agronegócio.* 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 299.

7. PARRA, Rafaela Aiex. *Função Social da Propriedade Rural | Noções Gerais do Aspecto Ambiental e o Direito de Propriedade.* Jundiaí: Grappe Editorial, 2017, p. 111.

Buranello entende que a gestão ambiental no agronegócio deve alicerçar-se em uma abordagem ecológica, cujo enfoque implica o tratamento integral, antes, durante e depois da produção, de todas as questões ambientais relevantes […]".[8]

A produção agrícola é regida por instrumentos legais em várias operações e sob várias esferas (União, Estados e Municípios), que vão desde a coupação do solo, uso de água, integrando as relações com o ar atmosférico, elementos como fauna e flora, subsolo, enfim, toda a complexidade da terminologia 'recursos naturais'.

Sem adentrar-se às especificidades da legislação ambiental do País (que não está condensada em um único documento e possui uma infinidade de leis, decretos, resoluções), cuidar-se-à de tratar do aspecto ambiental e sua função a partir da interpretação do Código Florestal e suas principais imposições aos imóveis agrários.

Sob a lógica republicana protetiva do Estado e, compatibilizando-se os direitos fundamentais da livre iniciativa e preservação ambiental, surge o Código Florestal, adstrito às tutelas protetivas do meio ambiente e aos princípios da prevenção e do poluídor pagador.

E, é importante ressaltar que esta função ambiental, tem natureza real e é transmitida ao successor, de qualquer natureza, no caso de transferência do domínio ou posse do imóvel, conforme a anotação de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, segundo interpretação do Código Florestal.[9]

A evolução da legislação florestal ocorre desde 1934, quando o Decreto 23.793/1934 instituia o então primeiro Código Florestal Brasileiro. Após, em 1965, o decreto anterior fora substituído pela Lei 4.771/1965, que só foi revogada, após mais de 45 anos em vigência, pela Lei 12.651/2012, o novo e atual Código Florestal, que trouxe consigo o importante escopo de regularização ambiental de imóveis rurais.

As Principais àreas protegidas no Código Florestal são: UC's (Unidades de Conservação), APP's (Áreas de Preservação Permanente) e RL (Reserva Legal)[10]. Como o Código nasceu com a missão de

8. BURANELLO, Renato. *Manual do Direito do Agronegócio*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 301.

9. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

10. Percentuais de RL conforme o bioma. Amazônia legal (AC, AM, AP, MA, MT, PA, RO, RR e TO): 80% - quando em áreas de floresta; 35% - quando em áreas de cerrado; 20% - quando localizada em campos gerais. Demais áreas do país: 20% da área. (Art. 12 do Código Florestal); APP: Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. RL:

regularização ambiental nos imóveis agrários, houveram mudanças que impuseram sujeição dos proprietários rurais às novas regras. O primeiro passo para a regularização é a declaração no Cadastro Ambiental Rural (CAR)[11] – cujo prazo de declaração é 31/12/2018, seguido da adesão ao Plano de Recuperação Ambiental (PRA) e, quando a lei autorizar, a devida compensação de áreas consolidadas, tal qual inteligência do art. 66, § 6o Código Florestal.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira, "admite o legislador a possibilidade de regularização por parte dos proprietaries ou possuidores de imóvel rural que detinham em 22 de julho de 2008 área de reserva legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12 […]".[12]

A compensação obedecerá a critérios de compatibilidade, em sendo, 1) Equivalência de tamanho; 2) Mesmo bioma; 3) Poderá ocorrer em outro Estado, desde que áreas prioritárias. A compensação poderá ser feita a partir de cinco instrumentos, a saber, 1) Servidão Ambiental; 2) Arrendamento de Reserva Legal; 3) Doação de área em Unidade de Conservação; 4) RL em outro imóvel do mesmo proprietário; 5) Cota de Reserva Ambiental - CRA (art. 48, § 2º)

As cotas de reserva ambiental (CRA) foram criadas pelo art. 44 Código Florestal. É uma tentativa do legislador de *"monetização do meio ambiente",* vez que sua operação é como título financeiro negociável (Bolsa de Valores ou vínculo BACEN), privilegiando a sistematica de mercado (*cap and trade*[13]).

A Cota de Reserva Ambiental, dessa forma, se estrutura como uma autêntica moeda verde.[14]

Área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

11. Registro declaratório eletrônico, com informações ambientais das propriedades e posses rurais, como as áreas de APPs e Reserva Legal, com dados georreferenciados e referências sobre o proprietário da terra (art. 29 do Código Florestal), com regulamentação pela Instrução Normativa MMA nº 2, de 5 de maio de 2014 .

12. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Comentários ao código florestal*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 183.

13. É uma abordagem baseada no mercado para controlar a poluição, fornecendo incentivos econômicos para alcançar reduções nas emissões de poluentes. É um tipo de regulamentação ambiental flexível, que permite que as organizações decidam qual a melhor forma de atender às políticas internas.Vários países, estados e grupos de empresas adotaram esses sistemas de comércio, principalmente para mitigar as mudanças climáticas.

14. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Comentários ao código florestal*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

Porém, como o julgamento do STF sobre as ADI 4901, ADI 4902, ADI 4903, ADI 4937 deixou lastro de insegurança jurídica ao inovar com a adoção da terminologia "identidade ecológica", não se sabe qual o critério de compatibilidade a que as cotas de reserva ambiental estarão sujeitas em sua sistematizacão. Na proposição deste trabalho, tal discussão não reflete relevância, embora o teor, no contexto de operacionalização de condutas para busca do desenvolvimento sustentável, seja muito importante.

Pois bem, retomando. A não declaração no CAR gera inúmeros efeitos negativos à propriedade rural, como a possibilidade de sanção administrativa, proibição de outorga pelo poder público de licenças e autorizações, impossibilidade de aderir à faculdade do art. 15, III, do Código Florestal (cômputo de APP em % de RL), além de proibição de adesão ao PRA (Regularização Ambiental), proibição participação em incentivos do art. 41, impossibilidade de suspensão de exigibilidade de multas e, principalmente, restrição a crédito agrícola (art. 78-A), o que ver-se-á mais adiante, traz a tona responsabilidade socioambiental às Instituicões Financeiras, além de elevá-las à função complementar de auxiliadoras na consecução do atendimento à função ambiental e à legislação ambiental e, principalmente, florestal, das propriedades rurais que buscam créditos oficiais.

2 O *TELOS* DA ATIVIDADE EMPRESARIAL ENQUANTO FUNÇÃO SOCIAL E A ESTREITA LIGAÇÃO ENTRE AS CIÊNCIAS ECONÔMICA E JURÍDICA COM O MEIO AMBIENTE

A atividade empresarial passa por uma discussão filosófica quando fala-se em ética e uma discussão social social quando emergem suas responsabilidades socioambientais, sendo todos os seus negócios jurídicos respaldados pelo Direito.

Conceitos éticos (individuais) e políticos (coletivos) estão em evidência no mundo empresarial e servem como referencial para interinteração, com o foco de balizar ações justas e injustas (antes mesmos de falar-se em sua legalidade).

Entendendo que o indivíduo ganhou liberdade a partir do uso da linguagem e que as empresas tem um caráter integrador entre este indivíduo e a sociedade, e, que, justamente a partir dessa linguagem, consegue fazer a interlocução entre aspectos sociais, culturais e personalíssimos com a razão prática das ciências gerais (Direito, Economia, Administração,

Biologia, etc...), o *telos* das empresas passa a ter outra conotação no nível pós convencional. Não há mais espaço somente para a perseguição do lucro. O mote econômico da atividade empresária vem acompanhado de responsabilidades socioambientais.

O atendimento pelas empresas aos preceitos sustentáveis assume um caráter pessoal. Assim, o nível de sanção financeira ainda é importante, mas a diminuição de reconhecimento social e o próprio sentimento interno de culpa por ações insustentáveis já é realidade no meio empresarial, o que leva as empresas a adotarem ações sustentáveis, não somente por determinação legal.

Isso porque há nas empresas, assim como nos indivíduos - regra geral - um desenvolvimento da consciência moral, evoluindo de estágios onde o egocentrismo e interesses pessoais eram alocados em ações pragmáticas, passando a um nível ético, de descoberta da alteridade e reconhecimento do sistema social, até chegar-se em um centro de importância transnacional, a princípios universais, de nível moral, acima de valores regionais.

Archie B. Carroll[15], definiu a responsabilidade das empresas em um esquema piramidal quatripartido, onde, no topo (embora sem hierarquização), tem-se as responsabilidades filantrópicas, sociais, de contribuição financeira para com a comunidade, visando a melhoria de vida coletiva. Também está na lista de responsabilidades, a virtude ética, obrigando-se a fazer o que é certo, de modo a evitar danos. Logo depois, não menos importante, surge a necessidade de atentar-se às regras do jogo, atendendo ao código da sociedade (leis) sobre o que é certo errado, permitido e proibido. Por fim, tem-se a base da pirâmide, da qual derivam todas as demais responsabilidades, a empresa deve ser lucrativa, pois tem uma responsabilidade econômica.

José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira[16], trouxeram a evolução deste modelo, feita pelo próprio Archie Carroll e por M.S. Schwartz, que passou a tratar da responsabilidade em círculos que se interligam, de domínio econômico, ético e legal.

Para que a responsabilidade social empresarial seja sustentável, esses domínios devem estar em equilíbrio, em perfeita sintonia. No desenvolvimento sustentável a dimensão social ocupa o mesmo espaço da

15. CARROL, Archie B. *The pyramid of corporate social responsibility: Toward the moral management of organizational stakeholders.* Disponível em: <http://cf.linnbenton.edu/bcs/bm/gusdorm/upload/Pyramid%20of%20Social%20Responsibility.pdf> Acesso em 21/07/2018.

16. BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática.* 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

dimensão econômica, bem como da dimensão ambiental. Nenhuma pode sobrepor-se à outra.

Então, considerando a evolução conceitual, a necessidade de responsabilidade social (ética, econômica e legal) e o desenvolvimento sustentável (responsabilidade ambiental, social e econômica) é que a cultura organizacional (missão, visão e valores) de uma empresa se instala.

Para Darcy E. Hitchcock e Marsha L. Willard, segundo nos ensina José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira[17], houve uma evolução das expectativas sociais, que contemplam os limites da natureza, as necessidades sociais, a proteção ao meio ambiente, a expectativa dos consumidores, as necessidades dos trabalhadores, além das leis, regulamentos e contratos. Estas tendências levaram a adoção do modelo *triple bottom line,* visando agregar, pessoas, planeta e lucro.

Uma empresa sustentável, portanto, é aquela que, a partir de suas responsabilidades procura ser economicamente eficiente, socialmente justa, e ambientalmente prudente.[18]

Luís Paulo Sirvinkas ensina que a sustentabilidade, do ponto de vista empresarial, engloba quatro conceitos básicos: eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa.[19] E, para Gabriel Wedy, o desenvolvimento sustentável é um direito, que pressupõe o direito de desenvolvimento do ser humano, em toda a sua plenitude.[20]

A teoria é bem aceita. Sob a lente do Direito, junge-se os direitos ambientais aos também fundamentais direitos econômicos, pois a economia está ligada à natureza, é uma união visceral entre o homem, o meio ambiente e a produção. Thalles Takada, em sua obra *O Discurso Econômico do Direito*, ressalta a coligação entre ambas as ciências:

> O fato é que a Economia existe em função das necessidades humanas serem finitas e ilimitadas; contudo, os recursos produtivos não são. A sociedade anseia por uma quantidade de recursos que o meio não pode suficientemente fornecer; portanto, a escassez de recursos produtivos é o fator que fez com que a Economia se originasse.[21]

17. BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática.* 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.
18. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual De Direito Ambiental.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 115.
19. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual De Direito Ambiental.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 116.
20. WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental.* São Paulo: Saraiva, 2018, p. 198.
21. TAKADA, Thalles. *O Discurso Econômico do Direito.* 1ª. ed. Londrina: Thoth, 2018, p. 25.

Na Constituição Brasileira, esta conjunção é facilmente verificada pela leitura correlacionada do art. 225 com o art. 170, III, IV e VI. E, nesta aparente antinomia entre as duas ciências, percebe-se que o Estado tem um papel fundamental e preponderante na persecução atendimento à legislação e ao equilíbrio entre os princípios constitucionais econômicos e os princípios constitucionais ambientais.

Cristiane Derani assevera que, *é impossível abordar o art. 225, como um todo ou em suas diversas prescrições separadamente, sem ter os olhos voltados aos princípios descritos no art. 170.*[22]

Portanto, nesta busca de equilíbrio entre a livre iniciativa, o direito de propriedade e o exercício da função social para resguarde do meio ambiente sadio e equilibrado, a Constituição Federal de 1988 tratou de costurar a relação entre sociedade e poder público, traçando deveres conjuntos, que, na modernidade, são constantemente impulsionados por ações globais, como Agenda 21, Carta da Terra, Pacto Global da ONU, Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, entre outros, sempre priorizando a interação sadia de pessoas, planeta e circulação de riquezas.

Estas balizas levam a vários questionamentos sobre a atuação Estatal na economia e na proteção ao meio ambiente. Para Renato Buranello e Rafaela Parra:

> Sem que se instale um reducionismo ao *homo oeconomicus*, é preciso entender meio ambiente e economia como realidades coincidentes e interdependentes a serem compatibilizadas […] A partir disso é possível a ampliação do prisma de criação e avaliação do Direito. […] A relação da norma jurídica com a sociedade não é (e não deve ser) um processo unilateral. Por isso, a edição e aplicação das leis traz à sociedade segurança jurídica, além de servir como instrumento de pacificação social. Esta é a maior contribuição do Estado para a livre iniciativa e, paralelamente, para o equilíbrio da utilização dos recursos naturais e do respeito aos direitos coletivos.[23]

O Estado, portanto, protege as balizas coletivas, garantindo o respeito às leis, mas, busca mecanismos para adequar a atuação do homem no domínio da natureza e garantia de direitos individuais, também constitucionais. Em outras palavras, pode-se afirmar que o Estado não tem apenas um papel econômico na sociedade, é uma estrutura básica social, que tem de preocupar-se em materializar em sua política a sustentabilidade, em seu clássico tripé, econômico, social e ambiental.

22. DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 248.
23. BURANELLO, Renato; PARRA, Rafaela. *Licenciamento ambiental e agronegócio.* Valor Econômico – Legislação e tributos SP. Ano 19. Nº 4548. Publicação 18/07/2018.

Para Juliana Cibim e Pila Villar, a aceitação desta concepção jurídica faz com que o Poder Público seja obrigado a operacionalizar todo um aparato institucional destinado a gerir o meio ambiente, cuja proteçãoo ganhou corpo por meio de diversas leis, que serão operacionalizadas por uma rede de agências e órgãos governamentais.[24]

Segundo o entender de Patryck Ayala e José Rubens de Morato Leite, é inconteste que o Estado assume papel republicano no resguarde dos interesses coletivos para enfrentamento da crise ambiental, e tem a atribuição de sopesar desenvolvimento econômico e integridade ambiental.[25] A proposta mais coerente para que haja desenvolvimento da economia, melhoria de qualidade de vida e, ainda assim, a natureza seja protegida, é o alcance da sustentabilidade, que, para os autores, ainda carece de desenvolvimento pleno e duradouro na prática.

Por isso, nessa busca do Direito em proteger direitos constitucionais compatíveis entre si, como o da livre iniciativa (art. 170 da CF) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), o protagonismo fica a cargo da função social e dos instrumentos de proteção ambiental, definindo quais são as atividades permitidas e quando uma atividade será lesiva ou potencialmente lesiva quando de sua exploração.

Neste sentido, com a finalidade constitucional de atendimento ao artigo 225, e em atenção à onda global que colocou a agenda sustentável em pauta constante, as Instituições Financeiras, principalmente quando de sua relação com o agronegócio e o setor produtivo agrícola, assumem uma "responsabilidade socioambiental" em suas operações.

3 A ATIVIDADE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE RURAL E A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

A atividade agrária, tal qual estabilizou suas raízes, de modo campeiro e familiar, hoje dá espaço à novo modelo agrário, de aspectos gerais de empresa, dada a multifuncionalidade da agricultura e da pecuária modernas, do avanço da tecnologia e da nova agenda econômica e ambiental no País e no mundo.

24. CIBIM, Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina. Direito ambiental, sustentabilidade e as empresas. in CIBIM, Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina (Coords.). *Direito ambiental empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 370

25. AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivos extrapatrimonial*. São Paulo: Editora RT, 2011. p. 25.

Flávia Trentini, ao citar o doutrinador referência em Direito Agrário, Antonio Carrozza, atenta para o nascimento de um ramo específico de estudo, o agroambiental.[26] Na sequência também enaltece outra nova tendência de discussão do âmbito agrário, qual seja, o direito agro-alimentar, a segurança na produção de alimentos, fibras e bioenergia. A nova agenda global privilegia o estudo sobre a preservação do meio ambiente aplicado às atividades agrárias e do agronegócio.

Paralela à discussão sobre a atividade organizada (de cunho empresarial) da produção rural, o produtor rural (empresário ou não) já possui inúmeras responsabilidades quando o assunto é meio ambiente. Para auxiliar o pleno desenvolvimento tem à disposição de sua atividade o oferecimento de recursos oficiais, regulamentados pelo Banco Central do Brasil (BACEN).

Não se tem dúvidas de que um dos grandes propulsores do agronegócio brasileiro foi o surgimento do crédito rural, com a Lei 4.89, de 5 de novembro de 1965[27]. Nas palavras de Lutero de Paiva Pereira, "*como instrumento fomentador da atividade produtiva primária o financiamento rural é mantido sob disciplina direta do Estado, para que cumpra seu objetivo de trazer bem-estar ao povo quando aplicado corretamente na atividade-fim*"[28].

Com a elevação da utilização e a própria sofisticação da tecnologia empregada na agricultura e na pecuária, os custos de produção também se elevaram, fazendo com que o acesso ao crédito rural tomasse maiores proporções.

E aí, nem só as propriedades rurais, beneficiárias do crédito oficial, possuem responsabilidades para com a legislação creditícia e ambiental. A importância do atendimento à legislação ambiental e florestal transpassa a esfera produtiva e acaba repousando, também, quando o assunto é crédito rural e a responsabilidade das Instituições Financeiras concedentes dos recursos.

Renato Buranello e Rafaela Parra, em artigo para a Folha de Londrina, registraram que:

> o crédito rural é importante mecanismo de fomento à

26. TRENTINI, Flávia. *Teoria geral do direito agrário contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

27. TORMA, Francisco. Endividamento rural: renegociações de dívidas do crédito rural e suas consequências para o produtor. In: PARRA, Rafaela Aiex (org.). *Direito Aplicado ao Agronegócio: uma abordagem multidisciplinar*. 1ª ed. Londrina: Thoth Editora, 2018. p. 301

28. PEREIRA, Lutero de Paiva. O crédito agrícola como instrumento de fomento da produção de alimentos e a proteção derivada do Direito Constitucional. In: TRENTINI, Flávia (organizadora). *Desafios do Direito Agrário Contemporânero: Anais do XIII Congresso Mundial de Direito Agrário*. Ribeirão Preto: Altai, 2014, pp. 249-261.

> produção agrícola. O Manual do Crédito Rural (MCR) codifica as normas aprovadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e as divulgadas pelo Banco Central do Brasil (BACEN) relativas a esta modalidade de crédito. Guardam relação, portanto, com as atividades do complexo agroindustrial e seus beneficiários de crédito, Instituições Financeiras (ofertantes de crédito rural oficial) e o Governo do País. [29]

Referido artigo ainda deu relevância ao tema ambiental enfrentado pelas novas tendências financeiras e econômicas e trouxe interpretação à atualização 652 de 13 de julho de 2018 sobre o Manual de Crédito Rural, nestas palavras:

> O destaque ambiental ficou a cargo do Capítulo 1, Seção 1, item, 2 "d", que definiu como objetivo do crédito rural: incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à melhoria do padrão de vida das populações rurais e à adequada defesa do solo e proteção do meio ambiente. Além de trazer um comando de proteção ao meio ambiente (não visto antes) é possível interpretar um conceito sustentável, porquanto enaltece a característica de melhoria na produção, segurança alimentar e padrão de vida das populações rurais. É o clássico tripé da sustentabilidade (econômica, social e ambiental). Destaque também para a alteração sobre o crédito rural educativo, a utilização das terminologias "ecologicamente sustentável" e "cumprimento de legislação ambiental", nos financiamentos para crédito agroflorestal do PRONAF, além de assuntos como Energia Renovável e Sustentabilidade Ambiental no Pronaf Eco.[30]

Ainda, para Buranello e Parra, a tendência global de preservacionismo e a agenda de ações para o desenvolvimento sustentável ganham adesão no agronegócio, não somente nas atividades 'dentro da porteira', em uma evolução temporal do tema, que tem como marco recente a Conferência de Estocolmo de 1972. E completam o estudo dizendo que:

> De lá pra cá muitos movimentos no mundo e no País marcaram a evolução dos Direitos de 3ª Geração. O crédito rural também passa por constante adequação sustentável. Linhas de crédito específicas para preservação, conservação e recuperação são ofertadas pelas Instituições Financeiras que, a reboque da legislação e regras do CMN, detém uma responsabilidade socioambiental quando da alocação de recursos. Destaque para a Resolução 4.327/2014, que implantou a Política de Responsabilidade Socioambiental

29. BURANELLO, Renato; PARRA, Rafaela Aiex. Crédito rural e o meio ambiente. *Folha de Londrina,* 31. Jul. 2018. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/colunistas/espaco-aberto/credito-rural-e-o-meio-ambiente-1011595.html>, acesso em 10.08.2018.

30. Op. cit.

> (PRSA), seguindo tendência do "Global Reporting Initiative" de 1997, do "Indice Dow Jones Sustentável" de 1999, do "Pacto Global da ONU", de 2000 e dos "Princípios do Equador" de 2003. [31]

Os Princípios do Equador, por exemplo, são conjunto de critérios socioambientais adotado por instituições financeiras (Padrões de Desempenho sobre Sustentabilidade Socioambiental da International Finance Corporation (IFC) e nas Diretrizes de Meio Ambiente, Saúde e Segurança do Grupo Banco Mundial) a serem observados na análise de produtos financeiros específicos, a novos projetos de investimentos[32].

Estão presentes, portanto, questões sociais, questões ambientais, questões jurídicas, questões econômicas e questões culturais.

No entender de Renato Buranello, no seu 'Manual do Direito do Agronegócio', *"O financiamento agroindustrial não vem desprovido de uma razão de sustentabilidade, bem como a destinação dos recursos não é mais neutra ou destituída de viés ambiental*."[33]

A responsabilidade socioambiental das Instituições Financeiras, como descrito acima, sofreu influência de instrumentos globais, justamente pela transnacionalidade das empresas. No Brasil, em 1995 foi assinado o Protocolo Verde, em 2005 foi editado Índice de Sustentabilidade Empresarial pela BM&FBOVESPA, seguido, em 2006, pelo elenque de Princípios para o Investimento Responsável, em 2012 regras para Contribuição Empresarial para a Promoção da Economia Verde Inclusiva e, finalmente, em 2014 a Resolução 4327/2014 do BACEN.

O Protocolo Verde é um protocolo de intenções celebrado por instituições financeiras públicas e pelo Ministério do Meio Ambiente em 1995 e revisado em 2008. Assinado também pela FEBRABAN representando as entidades privadas, em 2009. Seu objetivo é definir políticas e práticas bancárias precursoras, multiplicadoras e exemplares em termos de responsabilidade socioambiental e em harmonia com o desenvolvimento sustentável.

Além do viés ético e moral que abrange as questões relacionadas à preservação do meio ambiente, existe no instituto jurídico brasileiro responsabilidade indireta por danos ao meio ambiente, por falha no dever

---

31. Idem.

32. Sobre a responsabilidade ambiental das instituições financeiras, vide: ANTUNES, Paulo de Bessa; FERNANDES, Elizabeth Alves. Responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*. vol. 9, n. 1, jun./2015, pp. 19-50.

33. BURANELLO, Renato. *Manual do Direito do Agronegócio*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 319

de cuidado, que pode abraçar as Instituicões Financeira no momento da concessão de crédito, nas execuções de vencimento antecipado e nas garantias imobiliárias. Não fosse isso, ONU, FMI e BANCO INTERNACIONAL tem destacada atuação em questões que envolvem o meio ambiente.

Para Rômulo Sampaio há - na responsabilidade socioambiental das Instituições Financeiras – um misto de obrigação legal e de reconhecimento da importância em participacão para o compromisso do País com uma economia sustentável.[34]

A Resolução 4327/2014 traz diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. É um manual a ser adotado para gestão de riscos, integração de processos, olhar aos riscos sócio-ambientais e aperfeiçoamento de Governança (*Level Playing Field),* com ponto de vista econômico em evidência.

A resolução do Banco Central traz, embora sem padronização documental para instalação do programa, a obrigação de implementação de Programa de Responsabilidade Socioambiental, que deve obedecer a princípios de elevância (grau de exposição ao risco socioambiental) e proporcionalidade (com a natureza e complexidade institucional e de serviços da instituição).

Programa este que deverá ser *planejando*, com análise, plano de ação, identificação riscos, executado e verificado continuamente, com vistas à padronização dos resultados positivos e correção dos negativos. Para isso deverá ser criada um Comitê para acompanhamento do Programa de Responsabilidade Socioambiental, com a incumbência de formalizar o Programa e divulgá-lo interna e externamente, e, ainda, com a obrigação paralela de manter a documentação à disposição do BACEN.

Nas palavras de Annete Pereira:

> […] as instituições financeiras deverão adotar complexo conjunto de ações voltadas para o gerenciamento do risco socioambiental, compost por políticas internas, sistemas, processos, rotinas, procedimentos, estrutura de governança e equipes necessárias para o desempenho de tais atividades.[35]

34. SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 174

35. PEREIRA, Annete Martinelli de Mattos. *A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a resolução cmn nº 4.327/2014. in* YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato; KISHI, Sandra Akemi Shimada, PIAZZON, Renata Soares, VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. (Coords.)

O Normativo 14/2014 é quem vai trazer a definição de critérios de conteúdo da política de responsabilidade socioambiental, governança, gerenciamento de riscos, aplicação da PRSA, e garantias imobiliárias. Fala-se até mesmo em 'cláusulas mínimas' para monitoramento de riscos supervenientes, monitoramento de fornecedores, cumprimento de legislação trabalhista e ambiental.

Fala-se, portanto, em riscos e graus de potencialidade das atividades financiadas, e, no caso das garantias imobiliárias, nasce a atenção a ser dispensada na análise documental registral dos imóveis rurais[36]. Aí é que se instala, fortemente, a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras no fomento à perseguição da função ambiental pelas propriedades rurais. Conforme destacou Albenir Querubini, por decorrência de sua natureza agrária, bem como pela sua vinculação com a função social da propriedade rural, "o crédito rural não pode vir a servir de mecanismo para a degradação ambiental, pois … o ordenamento jurídico brasileiro consolidou sua opção pelo desenvolvimento sustentável ambiental"[37].

Buranello registra que "no tocante às garantias imobiliárias, no caso de imóvel rural oferecido em garantia ao financiamento, a instituição deverá analisar a averbacão da reserva legal na matrícula do imóvel rural ou no cadastro ambiental rural (CAR), nos termos do art. 16."[38]

Por conta disso, "em apoio ao Código Florestal, a FEBRABAN assinou, em abril de 2915, Acordo de Cooperação Técnica e Financeira para implantação do CAR (Cadastro Ambiental Rural)", conforme nos

---

Finanças Sustentáveis e a Responsabilidade Socioambiental das Instituições Financeiras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 152

36. Registra-se que, já em 2006, ao analisar julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que desobriou o Banco do Brasil a conceder crédito sem a exigência de verificação do cumprimento das normas referentes à proteção e manutenção da reserva florestal legal, Paulo de Bessa Antunes já chamava atenção para a tendência de as instituições bancárias que operaram o crédito rural passarem a observar as diposições referentes à exigência da demonstração do cumprimento das normas ambientais pelos proprietários rurais, uma vez que "em linhas gerais o crédito rural atende aos ditames do artigo 225 de nossa Lei Fundamental, pois busca aprimorar o padrão de vida das populações rurais e promover a adequada defesa do solo e do meio ambiente". ANTUNES, Paulo de Bessa. Crédito rural e meio ambiente. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26784-26786-1-PB.htm>, acesso em 10 jul. 2018.

37. QUERUBINI GONÇALVES, Albenir Itaboraí; CERESÉR, Cassiano Portella. *Função ambiental da propriedade rural e dos contratos agrários.* São Paulo: Editora LEUD, 2013, pp. 78-79.

38. BURANELLO, Renato. *Manual do Direito do Agronegócio.* 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 329

diz Mario Sérgio Fernandes Vasconcelos. Vê-se, assim, a integração entre o sistema financeiro nacional e a legislação ambiental[39].

CONCLUSÃO

Conclui-se que, as regras econômicas, advindas da esfera do Direito Constitucional, são tábuas necessárias para o fomento econômico no país. No entanto, é de salientar que as regras econômicas vigem em paralelo às regras constitucionais ambientais, que devem caminhar harmonicamente, sendo papel do Estado regular, tanto a atuação particular de exploração econômica, quanto parametrizar a dequação de uso, gozo e disposição da propriedade da iniciativa privada, havendo a prevalência dos interesses coletivos e de resguarde do meio ambiente.

Por certo a legislação infraconstitucional terá de encontrar um ponto de equilíbrio para sua imposição, mas, respeitando os regimes jurídicos diversos e os princípios basilares insculpidos na Constituição Federal, sem sobreposição. Outrossim, denota-se que a agenda de preservação ambiental assumida pelo Brasil durante o Acordo de Paris (2015), está sendo operacionalizada, para que compromissos e metas sejam alcançados. A demanda ambiental nas Instituições, a exemplo de outros assuntos, como regras de governança, *compliance* e Lei Anticorrupção, já foi incorporada.

Gerenciamento de riscos, preocupação com a sociedade e desenvolvimento de economia verde estão na ordem do dia. Revela-se, portanto, uma importante função social na moderna atuação desses entes concedentes de crédito, que poderão acompanhar, de perto, dentre outros assuntos, as reais situações ambientais de garantias imobiliárias, contribuindo para a regularização desses imóveis, conforme a legislação vigente, a exemplo do Código Florestal, regras de CAR, PRA, compensação, georreferenciamento, entre outros. Se de um lado o produtor rural terá mais acesso ao crédito, sua responsabilidade ambiental também cresce em igual proporção. Sãos os efeitos da globalização quando o assunto resvala na produção e nos recursos do planeta.

39. Ainda, a respeito da perspectiva da evolução do crédito rural como ferramenta de promoção de práticas agrícolas sustentáveis: LOPES, Desirée; LOWERY, Sarah; PEROBA, Tiago Luiz Cabral. *Crédito rural no Brasil: desafios e oportunidades para a promoção da agropecuária sustentável.* Revista do BNDES 45, junho 2016, pp. 155-196.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Crédito rural e meio ambiente. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26784-26786-1-PB.htm>, acesso em 10 jul. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa; FERNANDES, Elizabeth Alves. Responsabilidade civil ambiental de instituições financeiras. In: Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. vol. 9, n. 1, jun./2015, pp. 19-50.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivos extrapatrimonial. São Paulo: Editora RT, 2011

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.) Direito constitucional ambiental brasileiro. 6ª Edição Revisada. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/10/2017

BRASIL. Novo Código Florestal (Lei Nº 12.651, de 25 de maio de 2012). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm> Acesso em 18/10/2017

BURANELLO, Renato; PARRA, Rafaela. Licenciamento ambiental e agronegócio. Valor Econômico – Legislação e tributos SP. Ano 19. Nº 4548. Publicação 18/07/2018. ISSN: 1517-9710

BURANELLO, Renato. Manual do Direito do Agronegócio. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

BURANELLO, Renato (entrevistado). CANAL RURAL. Programa do Global Agribusiness Forum (GAF 18). O que devemos fazer hoje para garantir alimentos no futuro? Disponível em <https://tvuol.uol.com.br/video/o-que-devemos-fazer-hoje-para-garantir-alimentos-no-futuro-04024D193060DCA16326> Acesso em 18/07/2018.

BURANELLO, Renato; PARRA, Rafaela Aiex. Crédito rural e o meio ambiente. Folha de Londrina, 31. Jul. 2018. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/colunistas/espaco-aberto/credito-rural-e-o-meio-ambiente-1011595.html>, acesso em 10.08.2018.

CARROL, Archie B. The pyramid of corporate social responsibility: Toward the moral management of organizational stakeholders. Disponível em: <http://cf.linnbenton.edu/bcs/bm/gusdorm/upload/Pyramid%20of%20Social%20Responsibility.pdf> Acesso em 21/07/2018.

CASTRO, Rogério Alessandre de Oliveira. Agronegócio e o Direito Comercial Brasileiro: A contribuição do PLS 487/2013 para o surgimento de um novo sub-ramo desse direito. in PARRA, Rafaela Aiex (org.). Direito Aplicado ao Agronegócio: uma abordagem multidisciplinar. 1ª ed. Londrina: Thoth Editora, 2018

CIBIM, Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina. Direito ambiental, sustentabilidade e as empresas. in CIBIM, Juliana Cassano; VILLAR, Pilar Carolina (Coords.). Direito ambiental empresarial. São Paulo: Saraiva, 2017

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Comentários ao código florestal. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, Desirée; LOWERY, Sarah; PEROBA, Tiago Luiz Cabral. Crédito rural no Brasil: desafios e oportunidades para a promoção da agropecuária sustentável. Revista do BNDES 45, junho 2016, pp. 155-196.

PARRA, Rafaela Aiex. Função Social da Propriedade Rural | Noções Gerais do Aspecto Ambiental e o Direito de Propriedade. Jundiaí: Grappe Editorial, 2017.

PEREIRA, Annete Martinelli de Mattos. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a resolução cmn nº 4.327/2014. in YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato; KISHI, Sandra Akemi Shimada, PIAZZON, Renata Soares, VIANNA, Marcelo Drügg Barreto. (Coords.) Finanças Sustentáveis e a Responsabilidade Socioambiental das Instituições Financeiras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

PEREIRA, Lutero de Paiva. O crédito agrícola como instrumento de fomento da produção de alimentos e a proteção derivada do Direito Constitucional. In: TRENTINI, Flávia (organizadora). Desafios do

Direito Agrário Contemporânero: Anais do XIII Congresso Mundial de Direito Agrário. Ribeirão Preto: Altai, 2014, pp. 249-261.

QUERUBINI GONÇALVES, Albenir Itaboraí; CERESÉR, Cassiano Portella. Função ambiental da propriedade rural e dos contratos agrários. São Paulo: Editora LEUD, 2013.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Princípios do direito ambiental. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual De Direito Ambiental. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAKADA, Thalles. O Discurso Econômico do Direito. 1ª. ed. Londrina: Thoth, 2018.

TORMA, Francisco. Endividamento rural: renegociações de dívidas do crédito rurale suas consequências para o produtor. in PARRA, Rafaela Aiex (org.). Direito Aplicado ao Agronegócio: uma abordagem multidisciplinar. 1ª ed. Londrina: Thoth Editora, 2018.

TRENTINI, Flávia. Teoria geral do direito agrário contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2012.

WEDY, Gabriel. Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIRETORIA UBAA 2016/2019

PAULO DE BESSA ANTUNES - Presidente

ALEXANDRE SION - Vice-Presidente

ALEXANDRE BURMANN - Secretário-Geral

WERNER GRAU - Diretor de Relações Institucionais

TALDEN FARIAS - Diretor de Ensino

MARGARETH BILHALVA - Diretora de Acompanhamento Legislativo

LUCIANA GIL - Diretora Financeira

GRACE GARBACCIO/ALEXANDRE WALTRICK RATES - Diretor de Relações Internacionais

MAURÍCIO FERNANDES - Diretor de Comunicação

ALBENIR QUERUBINI - Diretor de Publicações

JOSÉ MAURO O' DE ALMEIDA - Diretor Norte

GEORGES HUMBERT - Diretor Nordeste

MÁRCIO MAZZARO - Diretor Centro-Oeste

ALEXANDRE MAGRINELLI - Diretor Sudeste

JOÃO PIMENTA - Diretor Sul

EROS GRAU, ÉDIS MILARÉ E ANTONIO FERNANDO PINHEIRO PEDRO - Conselho Consultivo

CAROLINE BALBINO, CRISTIANE JACCOUD E CARINA MONTENEGRO - Conselho Fiscal

ASSOCIADOS UBAA 2018

ACYR MOREIRA
ADELIA ROCHA
AILSON ANDRADE
ALBENIR QUERUBINI
ALEXANDRE BURMANN
ALEXANDRE SION
ALEXANDRE MAGRINELLI
ALEXANDRE WALTRICK
ALLEXANDRE GUIMARAES
ANA CLAUDIA MELLO FRANCO
ANA PAULA CHAGAS
ANDERSON ARRUDA
ANDERSON MOURA
ANTONIO F. PINHEIRO PEDRO
BARBARA ARAUJO
BEATRIZ FRONTIN
CARINA MONTENEGRO
CARLA ARANTES
CAROLINE BALBINO
CAROLINE PACHECO
CARLOS COELHO
CECILIA FERNANDES
CASSIO ALBERTO AREND
CRISTIANA NEPOMUCENO
CRISTINA WOLTER
CRISTIANE JACCOUD
DANTTE CUNHA MELO
DARIO PASSOS DE FREITAS
DELTON CARVALHO
EDIS MILARE
EDUARDO BIM
EDUARDO CITOLIN
ERIKA BECHARA
EURIPEDES JUNIOR
FABIANA FIGUEIRO
FABIO M. FERREIRA
FABRICIO CARVALHO
FABRICIO SOLER
FATIMA ROSELE
FELLIPE DUARTE
FLAVIA TEIXEIRA
FERNANDA MEDEIROS
GEORGES HUMBERT
GIOVANI TOMASONI
GILBERTO SANTANA
GLEYSE GULIN
GRACE GARBACCIO
GUILHERME DALLACOSTA
GUILHERME MORAES
HERCULES JACKSON
IGOR DE QUEIROZ
ITAMIR LEITE
JEAN MARC SASSON
JOAO EMMANUEL C. LIMA
JOAO HENRIQUE VIEIRA
JOAO PIMENTA
JOSE GUSTAVO FRANCO
JORGE ALEX ATHIAS
JOSE MAURO DE 0'ALMEIDA
JULIA RABINOVICI
JULIANA MATTEI
JULIANA PRETTO
LELAYNE FLAUSINO
LEONARDO LAMEGO
LEONARDO PAPP
LETICIA MEUER
LILIAN HABER
LYSSANDRO N. SIQUEIRA
LUCIANA CAMPONEZ
LUCIANA GIL
LUCIANA VIANNA PEREIRA
LUCIOLA CABRAL
LUIS ANTONIO BRITO
LUISA FALKENBERG
MANOEL BROWNE
MANUELA DEMARCHE
MARCELO AZEVEDO
MARCELO FEITOSA
MARCELO KOKKE
MARCIA STANTON
MARCIO MAZZARO
MARCIO PEREIRA
MARCOS ABREU TORRES
MARCO TULIO PRATA
MARCOS SAES
MARGARETH BILHALVA
MARIANA NIQUEL
MARISA DIETRICH
MAURICIO FERNANDES
MELINA VILELA
MONICA ROCHA
NICHOLAS KRAJNC
ORLINDO BORGES
PATRICIA RIZZI
PAULO DE BESSA ANTUNES
PEDRO CAMPANY
PEDRO LEHMANN
PEDRO PUTTINI MENDES
PERY SARAIVA NETO
RAFAEL DAUDT
RENATA VILARINHO
RICARDO CARNEIRO
RITA MARIA FRANCO
ROBSON PINHEIRO
ROMEU THOME
RODRIGO BARROS
SAMUEL MENDES
SHANA DORA GOMES
SILVIA HELENA NASCIMENTO
SONIA WIEDMANN
TALDEN FARIAS
TARCISIO TEIXEIRA
THIAGO CAVALCANTI
TIAGO ANDRADE LIMA
WERNER GRAU NETO
YURI JORDI