

Revista **Direito
ambiental
e sociedade**

CONSELHO EDITORIAL

Carla Amado Gomes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDL, Lisboa, Portugal
Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Carlos Eduardo Peralta Montero, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, SC, Brasil
Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP, SP, Brasil
Miriam Fontenelle, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, RJ, Brasil
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil

COMITÊ TÉCNICO ADMINISTRATIVO

Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Leticia Gonçalves Dias Lima, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Mariana Melara Reis, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Queli Mewius Boch, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil

CONSELHO AVALIADOR – PARECERISTAS *AD HOC*

Adir Ubaldo Rech, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Alindo Butzke, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Alvaro Sanchez Bravo, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha
Andreas Joachim Krell, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, PE, Brasil
Angelita Maria Maders, Universidade Regional Integrada – URI, RS, Brasil
Antônio Carlos Wolkmer, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Belinda Pereira da Cunha, Universidade Federal de Paraíba – UFPB, PB, Brasil
Bruno Heringer Júnior, Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público – FMP, RS, Brasil
Carla Amado Gomes, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDL, Lisboa, Portugal
Carlos Alberto Lunelli, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Carlos Alberto Molinaro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, RS, Brasil
Carlos Eduardo Peralta Montero, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP, SP, Brasil
Celso Luiz Ludwig, Universidade Federal do Paraná – UFPR, PR, Brasil
Christian Courtis, UBA e Universidade de Palermo, Argentina
Délon Winter de Carvalho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil
Elizete Lanzoni Alves, Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense – UFF, RJ, Brasil
Enzo Bello, Universidade Federal Fluminense – UFF, RJ, Brasil
Gilmar Antonio Bedin, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, RS, Brasil
Hugo Echeverría, Pontifícia Universidade Católica de Quito – PUC-Quito, Equador
Ingo Wolfgang Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, RS, Brasil
Jania Maria Lopes Saldanha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil
Jeferson Marin, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
João Martins Bertaso, Universidade Regional Integrada – URI, RS, Brasil
José Gustavo de Oliveira Franco, Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, PR, Brasil
José Rubens Morato Leite, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, RS, Brasil
Liton Lanes Pilau Sobrinho, Universidade de Passo Fundo – UPF, RS, Brasil
Luis Fretes Carreras, Universidad Nuestra Señora de la Asunción, Paraguai
Luiz Fernando Scheibe, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – Uniceub, DF, Brasil
Marcos Vinício Chein Feres, Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, MG, Brasil
Maria Claudia Crespo Brauner, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Maria de Fátima Schumacher Wolkmer, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Marli Marlene Moraes da Costa, Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, RS, Brasil
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza – Unifor, CE, Brasil
Mary Beloff, Universidade de Buenos Aires – UBA, Argentina
Miriam Fontenelle, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj, RJ, Brasil
Oscar Correa Vásquez, Universidade Nacional Autónoma do México – Unam, México
Paulo Affonso Leme Machado, Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep, SP, Brasil
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, UCPel-Unisc, RS, Brasil
Ricardo Hermany, Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, RS, Brasil
Ricardo Libel Waldman, Universidade Ritter dos Reis – Uniritter, RS, Brasil
Rogério Silva Portanova, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, SC, Brasil
Romeu Felipe Bacellar Filho, Universidade Federal do Paraná – UFPR, PR, Brasil
Salete Oro Boff, Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, RS, Brasil
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil
Tereza Rodrigues Vieira, Universidade Paranaense – Unipar, PR, Brasil
Valcir Gassen, Universidade de Brasília – UnB, DF, Brasil
Vincenzo Durante, Universidade de Padova, Itália
Wilson Antônio Steinmetz, Universidade de Caxias do Sul – UCS, RS, Brasil

Revista **Direito
ambiental
e sociedade**



EDUCS

© organizador

Revisão: Ivone Justina Polidoro Franco

Diagramação: Traço Diferencial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

R454 Revista Direito Ambiental e sociedade [recurso eletrônico] / Universidade de Caxias do Sul. – Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011) –. – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS : Educs, 2017–.

Vol. 7 n. 2 (maio/ago. 2017)

Semestral

Continuação de: Revista Trabalho e Ambiente, vol. 1, n. 1 (2002) – vol. 5, n. 9 (2007).

Modo de acesso:

<<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental>>

ISSN on-line 2237-0021

1. Direito ambiental. I. Universidade de Caxias do Sul.

CDU 2. ed.: 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental 349.6

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Meirelles Meroni – CRB 10/2187

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR: (54) 3218 2197

Home page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



Sumário

- 1** **Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro** / *The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope* / **7**
Vladimir Passos de Freitas
Silvana Raquel Brendler Colombo
- 2** **Diagnóstico dos crimes ambientais das Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga** / *Diagnosis of environmental crimes of Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas and Piranga* / **29**
Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes
Luiz Otavio Vidiga Maciel
- 3** **Análise da legislação brasileira sobre a água: a necessidade de um redimensionamento diante de sua imprescindibilidade à manutenção da vida** / *The analysis of brazilian legislation on water: the need for resizing facing its indispensability for the maintenance of life* / **61**
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino
Luana Porto Rocha Cavalheiro
Mayara Pellez
- 4** **Meio ambiente cultural, regulação, poder administrativo sancionador e responsabilidade civil do Estado** / *Cultural environment, regulation and sanctioning administrative power* / **83**
Magno Federici Gomes
Walter Veloso Dutra
- 5** **Estatuto da Cidade e Plano Diretor: instrumentos urbano-ambientais ao desenvolvimento de cidades sustentáveis com área de Zona Costeira** / *City Statute and Master Plan: urban environmental instruments for the development of sustainable cities with area at Coastal Zone* / **119**
Gabriela Soldano Garcez
Mariana Vicente Braga Carmello

6

Sociedades tradicionais, desenvolvimento econômico e meio ambiente: reflexões sobre a sustentabilidade como valor constitucional /
Traditional societies, economic development and environment: reflections for sustainability as constitutional value / 145

Beatriz Souza Costa

Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar Teixeira

7

Tombamento e direito de propriedade: além dos limites de limites? /
Cultural heritage and the right of property: beyond the boundaries of the boundaries? / 169

Fernando José Longo Filho

8

De atingidos a vítimas do desenvolvimento: um estudo junto à população afetada direta ou indiretamente pela UHE Foz do Chapecó na região Oeste de Santa Catarina /
From stricken to victims of development: a study within the population affected directly and indirectly by the hydroelectric dam UHE Foz do Chapecó in Western Santa Catarina / 197

Arlene Renk

Silvana Terezinha Winckler

9

Ondas eletromagnéticas e o impacto na saúde humana /
Electromagnetic waves and the impact on human health / 213

Simone Murta Cardoso do Nascimento

10

Regularização fundiária em áreas de conservação: análise da legislação ambiental e seus reflexos nas populações locais vulneráveis e no meio ambiente entre 2000-2010 no reservatório Billings /
Land regularization in permanent protected areas: environmental legislation analysis and consequences in vulnerable local populations and environment between 2000-2010 at Billings reservoir / 239

Paulo Santos de Almeida

Iohana Cristina Nogueira Silva

11

Discrecionariedade administrativa e licenciamento ambiental /
Administrative discretion and environmental license / 265

Leonardo da Rocha de Souza

Caroline Ferri Burgel

Gabriel da Silva Danieli

12

A responsabilidade civil decorrente do uso e da produção de agrotóxicos no Brasil /
The civil liability arising out of the use and production of pesticides in Brazil / 305

Daniela Gomes

Humberto Zilli Serraglio

Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro

The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope

Vladimir Passos de Freitas*
Silvana Raquel Brendler Colombo**

Resumo: O presente artigo analisa a arbitragem ambiental no Direito interno. Após uma breve abordagem do conceito e da finalidade da arbitragem, estabelece as condições para a utilização da arbitragem em matéria ambiental. Ao final, demonstra que a arbitragem pode servir como via alternativa de solução de controvérsias ambientais, quando esses litígios envolvem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

Palavras-chave: Arbitragem ambiental. Dano ambiental. Direitos indisponíveis.

* Licenciado em Direito pela Faculdade Católica de Direito de Santos (1968). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989 e 1999) e pós-doutorando na Universidade de São Paulo (USP), na área de Saúde Pública. Foi Promotor de Justiça nos Estados do PR e SP (10 anos) e Juiz Federal (26 anos), tendo exercido a presidência do Tribunal Regional Federal da 4a. Região. Aposentado do cargo de Desembargador Federal em 2006, atualmente é professor de Direito Ambiental da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, membro do Grupo de Especialistas em Judiciário da *International Union For Conservation Of Nature*, conferencista internacional na área do Direito Ambiental e em Política Judiciária e Administração da Justiça, sendo fundador e presidente do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judicial (IBRAJUS) e vice-presidente para América do Sul da *International Association for Courts Administration* (IACA), com sede em Louisville, Kentucky, Estados Unidos da América. Membro da Associação de Professores de Direito Ambiental (APRODAB), com sede em São Paulo, Brasil, e da *Asociacion Internacional de profesores de Derecho Ambiental*, sede em Lima, Peru. Doutor *Honoris Causa* em Humanidades, outorgado pela Universidad Paulo Freire, Manágua, Nicarágua.

** Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em direito ambiental pela ULBRA. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Docente de Graduação e Pós-Graduação da URI/FW.

Abstract: This article analyzes the environmental arbitration in the Law of the Nations. After brief approach of the concept and the purpose of the arbitration, conditions are established for the use of arbitration in environmental items. Finally, it shows that arbitration might serve as alternative means of solution in environmental controversies, when those disputes involve patrimonial relations concerning to the juridical environmental property.

Keywords: Environment arbitration. Environmental damage. Unavailable rights.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental no art. 225 *caput* da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88). A identificação de um direito fundamental, fora do Título II, é possível em razão da regra inscrita no art. 5º parág. 2º da CF/88, que reconhece a existência de direitos implícitos, que são direitos subentendidos de um direito ou princípio expressamente positivado.

Sobre o reconhecimento do direito fundamental do meio ambiente, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou de forma favorável à fundamentalidade da proteção ambiental, incluindo-a no rol dos direitos de terceira-geração, consoante se extrai do voto do ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, dado em 1º/9/2005:

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concepção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica pelo seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI3.540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, em 1º de set. de 2005. Disponível em: <[Http://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 20 jun. 2008.

Cabe observar que o direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado tem naturezas objetiva e subjetiva. De outro lado, ele se apresenta como um elemento de ordem objetiva, já que o art. 225 da CF/88 impõe ao Estado e ao cidadão o dever de preservar o meio ambiente; de outro, é um direito subjetivo da personalidade e de caráter público que assegura aos cidadãos uma ação constitucional para a proteção ambiental.

No campo do regramento jurídico-ambiental, a previsão de proteção constitucional do ambiente foi o divisor de águas para o Direito Ambiental. Primeiro, em razão do estabelecimento do dever de não degradar, com força vinculante e de ordem pública, abrindo-se a criação de instrumentos de tutela reparatória e sancionatória postos à disposição do Estado e também das vítimas; segundo, a tutela ambiental é elevada ao nível de um direito fundamental, em pé de igualdade com outros direitos previstos na CF/88, entre eles, o direito de propriedade privada.²

Além do surgimento dos principais diplomas legais, outro ponto importante a ser salientado é o papel do Poder Judiciário na proteção do direito fundamental do ambiente. Nesse sentido, no campo judicial, a previsão legal da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), somada aos preceitos do art. 225 da CF/88 e demais instrumentos processuais para os conflitos ambientais, contribuiu à consolidação da defesa jurisdicional e, conseqüentemente, às responsabilizações penal, administrativa e civil por danos causados ao meio ambiente.

Muito embora a Ação Civil Pública e a ação popular tenham se mostrado como os dois meios processuais mais utilizados em matéria ambiental, também se verifica a possibilidade de serem invocados meios alternativos de solução de conflitos ambientais, como a mediação, a conciliação, o inquérito civil combinado com o termo de ajustamento de conduta e a arbitragem.

Nesse sentido, o presente artigo volta sua atenção à *arbitragem* como instrumento extrajudicial de tutela ambiental. Pretende-se, portanto, trazer à tona o debate acerca da possibilidade de partes acordarem em fazer uso da arbitragem ambiental no Direito interno, considerando que o meio ambiente é matéria de ordem pública e tutelada (regra geral) pelo Estado.

² BENJAMIN, Antonio Herman. *Meio Ambiente: uma primeira abordagem*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 6., 2002, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Imesp, 2002. p. 89-101.

Destaca-se que o exame da arbitragem ambiental terá como norte a CF/88, a jurisprudência nacional/internacional e a Lei 9.307/1996, que traz regras sobre arbitragem pela pertinência com a temática ambiental.

A discussão sobre a possibilidade de uso da arbitragem no Direito interno para dirimir conflitos na esfera ambiental deve ser pautada pela verificação das suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem na área ambiental

1 Conceito de arbitragem

A Arbitragem é uma via jurisdicional de solução pacífica de conflitos, na qual as partes têm a liberdade de escolher o árbitro, delimitar o direito aplicável e estabelecer com que critérios ele deve dirimir a matéria conflituosa. Em outras palavras, os sujeitos das relações jurídicas têm a possibilidade de atribuir ao árbitro o poder de decidir a controvérsia, conforme as regras convencionadas pelas mesmas.

É o entendimento de Carmona, que

a arbitragem, de forma ampla, é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial”.³

Importante é mencionar a diferença entre conciliação, mediação e arbitragem, consideradas meios alternativos de solução de conflitos. As duas primeiras pressupõem a intervenção de uma terceira pessoa, entretanto, na conciliação, o mediador pode interferir diretamente na solução do conflito. Quanto à arbitragem, é um mecanismo de resolução de conflito por um terceiro escolhido pelas partes, sendo que a decisão vincula as partes e é passível de execução.⁴

³ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

⁴ SANTOS, Ricardo Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

No que tange às características da arbitragem, o fato é que ela é um “mecanismo jurisdicional, porém não judiciário, de solução pacífica de conflitos”.⁵ O árbitro é escolhido *ad hoc* pelas partes, portanto, ele não tem permanência, sua função jurisdicional é transitória, está limitada à matéria confiada pelas partes.

É de se anotar que a arbitragem (como meio alternativo de solução de controvérsias), presente no Brasil desde as Ordenações Filipinas, ganha ênfase nos dias atuais diante de uma Justiça tardia, marcada pela morosidade, burocracia e formalidades do processo judicial. Isto é, a ineficiência do Judiciário potencializa o uso da arbitragem, na área privada e também na área pública, quer no plano internacional, quer no plano nacional.⁶

No Brasil, a Lei 9.307/1996 disciplinou a matéria o que representou um marco importante na Justiça brasileira. A referida lei trouxe dois grandes avanços que merecem ser mencionados: (i) a possibilidade de as entidades de Direito Público se submeterem à arbitragem para solucionar problemas contratuais de forma mais célere e econômica; (ii) a sentença arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Consoante o que prescreve o art. 31 da referida lei, a sentença arbitral equivale a uma sentença judicial, portanto, é um título extrajudicial automaticamente executável.

Por oportuno, menciona-se que o STF decidiu (2001) pela Constitucionalidade da Lei 9.307/1996 que trata da arbitragem no Brasil. Esse fato também contribuiu à propagação do uso da arbitragem como meio alternativo para solucionar litígios que se prolongam perante o Poder Judiciário por muitos anos.

As breves considerações feitas até o momento permitem examinar o cerne da questão submetida à análise, ou seja, a *arbitragem em matéria ambiental*. Regra geral, as controvérsias que envolvem matéria ambiental somente podem ser solucionadas perante o juízo estatal, especialmente porque a proteção do meio ambiente é considerada um direito público e indisponível.

⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Justiça na sociedade moderna. *Consulex*, ano XI, p. 240, 15 jan. 2007.

Consoante esse entendimento, a *Lei de Arbitragem* menciona no seu art. 1º a exclusividade da aplicação da via arbitral aos direitos disponíveis e patrimoniais. A indisponibilidade dos direitos difusos leva muitos juristas a considerarem que uma relação jurídica de conteúdo ambiental não pode ser submetida à arbitragem. Nesse sentido, a cultura jurídica brasileira tem restringido o uso de arbitragem a questões ambientais internacionais.

Prova disso é o fato de o Brasil ser signatário de inúmeros tratados e convenções internacionais que dispõem sobre arbitragem em matéria ambiental. Muitos desses tratados internacionais adotam a arbitragem obrigatória, ou seja, as partes ajustam previamente a solução do litígio por meio de um juízo arbitral.

Se, por um lado, a arbitragem no campo do Direito Ambiental esbarra na limitação material imposta pela Lei de Arbitragem, por outro lado, é sabido que a violação de direitos difusos-*direito fundamental ao meio ambiente* – implica a violação de direitos privados de particulares.

Nesse sentido, a opção pela potencialização do uso de arbitragem ambiental como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais deve ser pautada pela verificação de suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem para a tutela ambiental.

1.1 A arbitragem como mecanismo útil à solução de controvérsias na área ambiental

Importa-nos examinar, *a priori*, se a arbitragem pode ser útil à solução de conflitos ambientais no Direito interno, considerando os avanços da jurisdição estatal brasileira em matéria ambiental, especificamente, a especialização na área ambiental, na esfera judicial e também na extrajudicial.

Primeiro, cabe esclarecer que o *fenômeno* da especialização ocorre tanto no âmbito internacional, pois a Corte Internacional de Justiça possui uma câmara especializada para dirimir conflitos ambientais, quanto no Direito interno. No ano de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Resolução 240, instalou a Câmara Especial do Meio Ambiente, composta por desembargadores especializados em matéria ambiental.⁷

⁷ FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter) nacional?* São Paulo: Millennium, 2006.

A instalação da referida câmara, que tem competência para julgar ações de natureza civil e medidas cautelares que envolvam matéria ambiental, revela que a jurisdição estatal está apta a julgar demandas ambientais de forma eficiente quanto a arbitragem, especialmente, em razão da qualificação dos julgadores.

Desse modo, sendo notório que as duas modalidades de juízo: estatal e arbitral, estão aptas a resolver demandas ambientais, cabe às partes optarem por uma das vias, com a qual pretendem exercer o acesso à Justiça. Se na jurisdição estatal, as partes não têm nenhuma participação na escolha do juiz, na arbitragem, as partes participam diretamente do ato de escolha da pessoa encarregada de dirimir o conflito.

Como primeira vantagem da arbitragem, então, poderia ser citada a possibilidade de as partes escolherem o árbitro de acordo com as qualidades que considerarem relevantes ao caso, não obstante a capacidade do Estado de tutelar bens difusos e coletivos. De fato, a arbitragem em matéria ambiental seria vantajosa, porque o árbitro, escolhido livremente pelas partes, poderia decidir a controvérsia em termos imparciais.

Além da liberdade de escolha das partes e da imparcialidade, outra utilidade da arbitragem ambiental, no âmbito interno, é a possibilidade da via arbitral ser utilizada para solucionar problemas ambientais que, embora devesseser considerados obstáculos à manutenção da qualidade de vida, não são levados à apreciação do Poder Judiciário, por se tratar de questões aparentemente irrisórias.⁸

Outra vantagem na utilização da via arbitral está na possibilidade de as partes poderem autorizar que o árbitro decida com equidade, conforme preconiza o art. 2º da Lei 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Acrescente-se, ainda, que a regra esculpida nos §§ 1º e 2º do mencionado artigo, atribui às partes a liberdade de escolha das regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem e também permite a utilização dos princípios gerais do Direito para decidir o conflito.

Acerca da autonomia das partes prevista legalmente, convém destacar o entendimento de Marco:

A Lei de Arbitragem, sem seu art. 2º, *caput*, permite que a decisão arbitral se fundamente na equidade. O referido dispositivo legal

⁸FRANGETTO, op. cit., 2006.

reconhece que há situações em que a norma abstrata, ao ser aplicada ao caso concreto, pode tornar-se injusta ou inadequada, por isso, neste caso, autoriza o julgador (árbitro ou árbitros) a agir com equidade nos casos em que achar que a norma não merece mais ser aplicada, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma não envelheceu e não acompanhou a realidade, ou mesmo pelo fato de que a aplicação daquela norma não poderá causar desequilíbrio entre as partes.⁹

Em vista do exposto, vale, também, atentar que a utilização da equidade não significa a renúncia das partes a nenhum direito e tampouco a inexistência de um controle de legalidade. O árbitro decide de forma imparcial, tem poderes legais específicos e dispõe dos conhecimentos técnico e legal necessários para apresentar uma solução rápida e eficaz às partes envolvidas no litígio. Às partes são assegurados: o contraditório, a ampla defesa e a produção de provas.¹⁰

Em suma, o espírito de cooperação que circunda as relações entre as partes, a celeridade do juízo arbitral e, especialmente, a possibilidade de obtenção de uma solução eficiente, rápida e justa, são os principais méritos da arbitragem para solucionar conflitos ambientais.

1.2 Arbitragem ambiental: limites para sua utilização à luz da Lei de Arbitragem

A discussão sobre a viabilidade de a arbitragem ser aplicada no âmbito nacional enseja sua análise sob a perspectiva da subjetividade e também da objetividade; objetividade, porque é preciso determinar quais são as questões que podem ser dirimidas pela via arbitral, tendo como parâmetro a restrição material importa pela Lei de Arbitragem; subjetividade, pois é preciso determinar quem poderá ser parte e quem poderá postular em um procedimento arbitral em matéria ambiental.¹¹

⁹ MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RSC, 2005. p. 39.

¹⁰ FRANGETTO, op. cit., 2006.

¹¹ LEMES, Selma. *A arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual?: os novos paradigmas do Direito Administrativo*. Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem. São Paulo, maio 2003. p. 2.

Sendo assim, é preciso perquirir quais são as condições e os limites para seu emprego no Direito brasileiro, a saber:

a) Direito fundamental ao ambiente como direito difuso

Assinala-se, *a priori*, que o direito de viver num ambiente não poluído está inserido na categoria dos direitos de terceira-geração, caracterizado pela impossibilidade de determinação dos sujeitos individualmente afetados e, também, pelos beneficiários individualmente considerados.

Essa é a conceituação adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme se lê no disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC): “Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Também precisa ser dito que, apesar da limitação dos titulares de um interesse difuso, o direito difuso é de cada um e de todos ao mesmo tempo, e, exatamente, por isso, o bem jurídico a que se referem é inapropriável individualmente e insuscetível de apropriação exclusiva por parte de um único indivíduo.¹²

Para Antunes, o direito difuso

estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples direito individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão.¹³

Em decorrência dessa indisponibilidade dos direitos difusos, em princípio, não seria possível uma transação judicial ou extrajudicial nos conflitos que envolvem matéria ambiental. Dito de outra forma, a

¹² ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

¹³ ANTUNES, Luís Filipe C. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 67, p. 22, 1991.

indisponibilidade dos direitos difusos não permitiria a renúncia nem a transação em matéria ambiental, motivo pelos quais os conflitos ambientais só deveriam ser resolvidos pela via estatal.

A transação é um ato jurídico bilateral que implica renúncias e concessões recíprocas, em geral, só quem tem o poder de alienação dos direitos pode transacionar. Interessa, portanto, verificar se os direitos difusos podem ser objetos de transação, especialmente, porque não pertencem a um sujeito determinado.¹⁴

E conforme o art. 841 do Novo Código Civil (CC), “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Em outras palavras, a transação só é possível sobre aquilo de que se pode dispor, excluem-se, portanto, os direitos que são irrenunciáveis, como, por exemplo, as relações decorrentes do Direito Ambiental.

Sob esse prisma, parece evidente que os direitos difusos, especificamente, o direito fundamental do ambiente, não pode ser objeto de transação, eis que “tais direitos são socialmente relevantes e, por isso, indisponíveis, de maneira que sua proteção está acima da vontade das partes interessadas”.¹⁵

Assim, não obstante a natureza difusa do direito fundamental do ambiente, alguns autores, entre eles, Mazzilli, entendem que a transação é possível no campo dos direitos difusos, especialmente, no bojo da Ação Civil Pública e do inquérito civil, consoante o que prescreve o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985).

Nesses termos, Mancuso, ao tratar da tutela jurisdicional dos direitos difusos, reconhece a indisponibilidade do objeto, mas entende que “o acordo é presumivelmente firmado com o propósito de resguardar o interesse difuso, se, v.g., no decorrer do processo, a atividade nociva, que poderia ser paralisada por meio de acordo, continuar sendo pactuada”.¹⁶

Importante é lembrar, nesta ocasião, que a legislação brasileira permite o uso de instrumentos como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (previsto na Lei da Ação Civil Pública) e de transação penal às

¹⁴ CLEMES, Sergio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. p. 186.

¹⁵ CLEMES, op. cit., 2006, p. 187.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 139-140.

infrações de menor potencial ofensivo para a solução de conflitos ambientais. Nesses casos, os assuntos ambientais estão desvinculados de “uma necessária apreciação estatal em fase não homologatória”, razão pela qual se poderia argumentar, favoravelmente, à utilização de arbitragem em matéria ambiental, respeitadas certas condições.

Em sentido contrário, Pereira afirma que, no compromisso de ajustamento de conduta, “a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira de implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo”.¹⁷

Feitas as colocações iniciais acerca da indisponibilidade dos direitos difusos, é o momento de voltar à discussão sobre a possibilidade do uso de arbitragem no Direito interno para dirimir conflitos na esfera ambiental.

b) Limitação material: “direitos disponíveis”

O primeiro fator apontado à não utilização da via arbitral para a solução de controvérsias ambientais no Direito interno é a limitação imposta pelo art. 1º da Lei 9.307/1996 que reza: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Consequentemente, a proteção do meio ambiente, considerada matéria de ordem pública, estaria excluída dessa possibilidade.

A expressão *direitos patrimoniais disponíveis* é um conceito jurídico abstrato e aberto, razão pela qual convém explicitar, antes, o que se entende por disponibilidade, para, então, aduzir algumas reflexões acerca das condições materiais de aplicação da arbitragem. Por isso, partir-se-á do conceito de *direitos disponíveis*, para que se possa, posteriormente, elucidar os argumentos favoráveis à utilização de arbitragem em matéria ambiental.

Segundo Lacerda, direito patrimonial disponível

é todo aquele direito que advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pelas partes, eis que não sofre

¹⁷ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.16, p.125, out./dez. 1995.

qualquer impedimento de alienação quer por força de lei, quer por força de ato de vontade.¹⁸

Como já mencionado, a interpretação do art. 1º da Lei 9.307/1996 e também do conceito de direito patrimonial leva muitos juristas a considerar que a arbitragem não é aplicável em matéria ambiental, eis que o meio ambiente, nos termos da CF/88, pertencente a toda a coletividade, portanto, integra o rol dos direitos difusos.

Em razão do disposto no citado artigo, que reza ser a arbitragem um instrumento apto a solucionar conflitos de natureza patrimonial disponível, não seria possível a aplicação desse mecanismo extrajudicial no campo do Direito Ambiental. Igualmente, a ausência de dispositivo legal em sentido contrário tornaria inviável a solução de conflitos acerca de meio ambiente por meio de arbitragem.

Delimitado, assim, que a arbitragem requer somente direitos disponíveis e reserva aos indisponíveis apenas a jurisdição estatal, cabe-nos a tarefa de verificar se as matérias ambientais contidas em um litígio envolvem tão somente direitos indisponíveis ou, então, se podem também envolver relações patrimoniais concernentes ao bem ambiental.

Se a resposta for positiva, a arbitragem poderia ser utilizada para solucionar conflitos ambientais, sem infringir a limitação material contida no arcabouço legislativo brasileiro. Em outras palavras, o fato de o bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não exclui a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de Direito Privado.

O ponto de partida para estabelecer as condições de utilização de arbitragem na tutela ambiental é a verificação da natureza jurídica do bem ambiental. A disponibilidade do objeto da lide e, por conseguinte, a submissão de conflitos ambientais ao juízo arbitral, ocorre quando as matérias ambientais, presentes no conflito, envolverem relações patrimoniais.

¹⁸ LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários a Lei de Arbitragem*. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p. 32.

A dificuldade de aplicação de arbitragem na esfera ambiental pode ser superada com a compreensão de que o bem jurídico ambiental admite tanto o regime jurídico de Direito Privado quanto o regime jurídico de Direito Público. Isso resulta da complexidade da matéria ambiental, especialmente, pelo fato da interpenetração de aspectos públicos e privados com relação ao dano ambiental.

Para melhor se compreender a condição de validade do requisito – *direitos disponíveis* – é relevante uma reflexão, acerca do conceito de dano ambiental, que está circunscrito segundo o significado que se atribui ao meio ambiente. Em sentido jurídico, o meio ambiente é um *macrobem* unitário, incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de *microbem*, ou seja, o conceito amplo de meio ambiente envolve elemento naturais, artificiais e culturais.¹⁹

O dano ambiental, por sua vez, designa alterações nocivas ao meio ambiente e, ainda, engloba os efeitos que essas alterações provocam na saúde das pessoas e em seus interesses. Em sua acepção ampla, a lesão provocada pelo dano ao meio ambiente pode recair sobre os patrimônios ambiental, cultural, natural e artificial.

Com muita propriedade, Leite destaca que o dano ambiental em relação aos interesses objetivados pode ter uma bipartição:

1. De um lado, o interesse da coletividade em preservar o macrobem ambiental, sendo, então chamado de dano ambiental de interesse da coletividade ou de interesse público; 2. De outro lado, o interesse particular individual próprio, ambos relativos às propriedades das pessoas e a seus interesses (microbem) concernente a uma lesão ao meio ambiente que se reflete no interesse particular da pessoa e, no caso, sendo chamado dano ambiental de interesse individual.²⁰

Acrescente-se, ainda, que o dano ambiental resulta da agressão injusta a bens ambientais, constituídos de bens ecológicos e mais os bens pessoais, econômicos, morais e materiais. Isso significa dizer que o meio ambiente

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003.

²⁰ LEITE, op. cit., p. 98.

(*macrobem*) é constituído de *microbens* que podem integrar o rol tanto dos direitos disponíveis quanto dos direitos indisponíveis.²¹

“Pensemos nos danos (i) à propriedade privada decorrentes da poluição atmosférica (paredes e janelas enegrecidas de uma habitação), ou da (ii) falta de água pura (diminuição da produção de uma empresa)”.²² Essas hipóteses configuram danos patrimoniais disponíveis, portanto, o litígio poderia ser arbitrável.

Nesse sentido, as facetas privadas do dano em matéria ambiental podem ser submetidas à arbitragem sem burlar a limitação de mérito imposta pelo art. 1º da Lei de Arbitragem. A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz para dirimir litígios ambientais e para promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolverem um bem ambiental de natureza difusa.

c) Especificidade da legislação ambiental e aplicação por analogia do art. 98 do Código Tributário Nacional às matérias ambientais

Por oportuno, faz-se necessário dizer que, na órbita internacional, o critério *indisponibilidade do bem ambiental* não impede o uso de arbitragem como mecanismo alternativo de solução de litígios ambientais. A título de exemplo, o Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, que promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, um dos documentos elaborados na Conferência do Rio de Janeiro, prevê a possibilidade de a arbitragem ser utilizada como instrumento de solução de conflitos.

A incorporação, no Direito interno, dos tratados que versem sobre meio ambiente, portanto, levaria a um conflito entre a norma interna e a norma internacional. Por isso, a regra contida no art. 98 do Código Tributário Nacional refere: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pelo que lhes sobrevenha” poderia ser aplicada por analogia a matérias ambientais.

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e meio ambiente. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 28 nov. 2003.

²² ANTUNES, op. cit., p. 3.

Ainda: A legislação ambiental é específica, e como tal deve ser interpretada em relação à Lei de Arbitragem, guardando as determinações do art. 2º, parágrafo 2º, da LICC, cujo teor é o seguinte: ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’. Consequentemente, a aplicação do art. 1º da Lei de Arbitragem, direitos disponíveis patrimoniais, estaria afastada, já que os tratados ambientais, expressamente, admitem a arbitragem”.²³

Paralelamente a essas condições e limitações à utilização de arbitragem ambiental, o art. 225 da CF/88 atribui o dever de defesa e preservação do meio ambiente ao Poder Público e à coletividade. Isso significa que o Poder Público e o particular devem resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado à atual e também às futuras gerações.

De um lado, o *caput* desse artigo estabelece um dever correlato ao direito que todos têm de viver num ambiente ecologicamente equilibrado; por outro lado, nem todas as situações foram disciplinadas pelo legislador. O parágrafo 1º do art. 225 da CF/88, as normas infraconstitucionais e a própria legislação ambiental setorial definem apenas algumas das obrigações do Poder Público.

Por conseguinte, na ausência de normas específicas para regular questões ambientais, será preciso encontrar uma via alternativa para o cumprimento do dever imposto pela nossa Constituição. Esse caminho pode ser a arbitragem, razão pela qual a impossibilidade de o legislador prever, antecipadamente, todos os riscos de danos ao meio ambiente, não deve ser vista como um fator impeditivo ao desenvolvimento sustentável.

Nesse viés, valer assinalar, sucintamente, a limitação legal à utilização da via arbitral em questões que envolvem matéria ambiental, expressa na conciliação dos seguintes pressupostos: i) o da disponibilidade do objeto da lide para que possa ser submetido à arbitragem, de um lado; e ii) com a natureza difusa e, portanto, disponível do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁴

²³ *Ibidem*, p. 1.

²⁴ COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Taves de Campos V. de. Arbitragem e meio ambiente. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295.

Resta claro, portanto, que a proteção do meio ambiente é um importante desafio que se apresenta para o Direito na contemporaneidade. O uso de arbitragem para tutelar bem ambiental, consolidará nova postura do Direito (tanto no âmbito público como no privado) no que se refere à pacificação de conflitos ambientais na ordem jurídica interna.

1.3 Arbitragem ambiental no direito internacional

Por oportuno, faz-se necessário mencionar que questões envolvendo matéria ambiental tem sido objeto de arbitragem internacional. Cumpre notar, nesse sentido, que o Brasil é signatário de vários tratados e convenções internacionais que admitem a arbitragem como instrumento pacífico de solução de conflitos, entre eles: a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (art. XI, 3, a); a Convenção sobre Mudança de Clima (art. 14, 2, b); Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (art. 20, 3, b).²⁵

Acrescente-se, ainda, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, determinada a conservar e a utilizar, de forma sustentável, a diversidade biológica para benefício das gerações presentes e futuras, que, em seu próprio texto, prevê a adoção de medidas de bons ofícios, mediação e arbitragem no caso de controvérsias envolvendo os Estados-signatários.²⁶

Vale destacar que o Protocolo de Brasília, assinado em 1991, estabelece o procedimento arbitral como um dos mecanismos para solucionar os conflitos entre Estados no âmbito do Mercosul. O Tribunal Arbitral *ad hoc* é composto de três árbitros escolhidos em uma lista, integrada por juristas de reconhecida competência na matéria, objeto de controvérsia.

Pode-se relacionar, a título de ilustração de situações em que o objeto de controvérsias entre as partes tem cunho ambiental, o caso da importação de pneumáticos usados. Em 2002, o Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul reconheceu o direito dos países do Mercosul de exportar pneus remoldados para o Brasil. Para dar cumprimento ao laudo arbitral proferido em favor do Uruguai, o Brasil editou a Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002,

²⁵ ANTUNES, op. cit., 2003.

²⁶ Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), assinada no Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O Decreto Legislativo 2, de 3 de fevereiro de 1994, ratificou a CDB.

permitindo a importação de pneumáticos remoldados, procedentes dos Estados partes do Mercosul.²⁷

Cumpra-se, nesse sentido, que, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a matéria ambiental, de forma indireta, é objeto de conflitos internacionais do comércio, em razão da relação entre proteção ambiental e economia. Em outras palavras, nos conflitos decorrentes das exigências normativas ambientais que afetarem o comércio, o juízo arbitral poderia ser utilizado para dirimir a controvérsia.

Assim sendo, de acordo com a experiência internacional, a arbitragem tem sido o método de solução de conflitos escolhido para solucionar questões envolvendo bens ambientais. Com efeito, fica claro que a arbitragem pode ser utilizada nas seguintes situações: “(i) contratos relacionados à atividade industrial que provoquem emissão de poluentes; produtos causadores de passivo ambiental (efeitos de material nuclear sobre o ambiente); (ii) serviços ou atividades pressupondo licenças ambientais e respeito a normas ambientais; (iii) atitudes preventivas de danos ambientais”.²⁸

Assevera-se ser a arbitragem ambiental uma tendência, conforme o exposto, no plano internacional. Essa orientação, que marca o início de nova fase no desenvolvimento de formas pacíficas de resolução de conflitos ambientais, veio a ser confirmada, por ocasião da criação da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental, organização independente e apoiada pelas Nações Unidas, com sede permanente no México e em San Sebastián (Espanha).

A principal finalidade da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental, consoante o que prescreve o art. 2º do seu estatuto, é dar pareceres consultivos sobre questões de Direito Ambiental ou sobre aspectos legais na utilização de elementos ou na proteção do ambiente, em qualquer caso, que é de preocupação internacional, a pedido de qualquer pessoa singular ou coletiva, nacional ou internacional, pública ou privada, incluindo Estados e autoridades locais.²⁹

²⁷ A controvérsia sobre a proibição da importação de pneus remoldados é objeto de discussão da ADPF 101.

²⁸ FRANGETTO, op.cit., p. 52.

²⁹ *Statutes International Court of Environmental Arbitration and Conciliation*. Disponível em: <www.iceac.sarenet.es>.

No Direito Comparado, Portugal já estabelece, em alguns decretos, a possibilidade de utilização de arbitragem para solucionar conflitos envolvendo algumas espécies de recurso natural. A título de exemplo, o Decreto-Lei 109/1994,³⁰ SÉRIE I-A, de 26 de abril, prevê a adoção de arbitragem no caso de conflitos relacionados à pesquisa e exploração de Petróleo.

Para Bertucci, no Direito brasileiro, o precedente que merece ser destacado é o caso ocorrido em Minas Gerais na qual figuraram (conciliados) o Ministério Público e as empresas Fiat Automóveis e a Sema/SP. Foi levada ao conhecimento do primeiro a fabricação de veículos em suposto desacordo com as normas relativas à emissão de poluentes.³¹ A solução obtida, por meio de arbitragem, foi levada pelo Ministério Público Estadual ao Conselho do Ministério Público local e ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) para ser referendada.

Percebe-se, a partir do exposto, que a aplicação de arbitragem para a solução de conflitos ambientais no Brasil é promissora, seja pela comprovada utilidade da arbitragem ambiental no âmbito internacional, seja pela celeridade e capacitação técnica das decisões tomadas pelos árbitros especializados.

Considerações finais

Diante das considerações feitas, pode-se afirmar que o fato de o bem jurídico ambiental, qualificado como uso comum do povo, ter natureza difusa, não exclui a possibilidade de a proteção ambiental ser submetida ao regime jurídico de Direito Privado, especialmente, quando esses litígios envolverem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

A solução arbitral seria uma opção célere e eficaz de dirimir os litígios ambientais e de promover a proteção do meio ambiente, sem significar a substituição do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolverem bem ambiental.

³⁰ Art. 80: **1.** Os diferendos que eventualmente ocorram entre o Estado e as concessionárias, relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes, serão resolvidos por tribunal arbitral, a funcionar em Lisboa, nos termos da legislação processual portuguesa. **2.** Para os efeitos do disposto no número anterior podem o Estado e as concessionárias celebrar convenções de arbitragem, em condições a fixar no contrato de concessão.

³¹ BERTUCCI, Rosana Siqueira. *Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/noticias/>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

Em outras palavras, o uso de arbitragem apresenta (como principal vantagem) a possibilidade de as partes escolherem livremente o árbitro que é conhecedor dos aspectos necessários para a decisão, sem a violação dos direitos de ampla defesa e do contraditório, já que o procedimento arbitral está submetido ao controle de legalidade e constitucionalidade.

Por fim, a disponibilidade no exercício do direito fundamental do ambiente determina a medida da aplicabilidade da arbitragem em matéria ambiental. Nesse sentido, o uso de arbitragem, dentro de certos limites, pode conferir mais efetividade à proteção do meio ambiente.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Questões atuais da arbitragem. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 255, 31 ago. 2007.

ANTUNES, Luís Filipe C. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 67, 1991.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, arbitragem e meio ambiente. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 28 nov. 2003.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Meio Ambiente: uma primeira abordagem*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, de 3 a 6 de junho de 2002: 10 anos da ECO/92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p.89-101.

BERTUCCI, Rosana Siqueira. *Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade*. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/noticias>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direito de Inconstitucionalidade* ADI3. 540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, de 1º de set. de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLEMES, Sérgio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na lei brasileira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996. p. 186-199.

COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Mônica Taves de Campos V. de. *Arbitragem e meio ambiente*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter) nacional?* São Paulo: Millennium, 2006.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à Lei de Arbitragem*. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2003.

LEMES, Selma. *A arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual?: os novos paradigmas do Direito Administrativo*. Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem, São Paulo, maio 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio-ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/1985)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.139-140.

MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: RSC, 2005.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Transação no curso da Ação Civil Pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.16, out./dez. 1995.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Ricardo Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Justiça na sociedade moderna. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, p. 240, 15 jan. 2007.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2005. p. 86-102.

Diagnóstico dos crimes ambientais das Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga

*Diagnosis of environmental crimes of Conselheiro (APPs)
Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas and Piranga*

Jana Paula Sampaio Botelho Alves Gomes*
Luiz Otávio Vidigal Maciel**

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a incidência de crimes ambientais de intervenção indevida em Área de Preservação Permanente e intervenção por desmatamento nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga. Para tanto, foram coletados dados através de laudos periciais desenvolvidos pelos peritos da Associação Regional de Proteção Ambiental do Alto Paraopeba e Vale do Piranga (Arpa) e da Superintendência Regional de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Supram), conveniados com os órgãos competentes de fiscalização, que são o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e a Polícia Civil de Minas Gerais (PCMG). Através desses laudos, constataram-se oscilações positivas e negativas nesses tipos penais ao longo dos anos e nas comarcas em estudo, o que nos leva a crer que o desenvolvimento na região não tem se dado de forma sustentável, e a conscientização, juntamente com as explicações da forma correta de agir, não está sendo devidamente informada. A grande incidência de mineradoras, extração de madeira ilegal, queimadas e aumento de atividades agropastoris

* Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2012), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003) e mestrado em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008). Atualmente é analista educacional - Secretaria do Estado de Educação de Minas Gerais e professor titular da Faculdade Santa Rita. Tem experiência na área de Sociologia, Filosofia e Direito

** Graduado em Engenharia Ambiental e Sanitária pela Faculdade Santa Rita (2014). Atualmente é Diretor voluntariado da Associação Regional de Proteção Ambiental Alto Paraopeba e Vale do Piranga (ARPA).

podem ser listadas entre as principais causas do aumento desses índices, podendo citar também influências político-negativas.

Palavras-chave: Crimes ambientais. Intervenção. APPs. Desmatamento. Comarcas do Alto Paraopeba.

Abstract: This study aims to analyze the impact of environmental crimes of improper intervention in Permanent Preservation Areas and intervention by deforestation in the regions of Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas and Piranga. Therefore, data were collected through expert reports developed by experts from the Regional Environmental Protection Association of the Upper Valley Paraopeba and Piranga (Arpa) and the regional office of Environment and Sustainable Development (Supram), insured to the relevant supervisory bodies, which are the prosecutor of Minas Gerais (MPMG) and the Civil Police of Minas Gerais (PCMG). Through these reports it appears that positive and negative variations of these criminal types over the years and counties in the study, which leads us to believe that the development in the region has given it sustainably, and awareness, along with explanations of correct course of action is not being properly informed. The high incidence of mining, the extraction of illegal timber, burning and increase agropastoral activities can be listed among the main causes of the increase of these indices, and may also cite negative political influences.

Keywords: Environmental crimes. Intervention. APPs. Deforestation. Counties of Upper Paraopeba.

Introdução

No que diz respeito a questões ambientais, o Brasil é, sem dúvida, um dos países que mais avançou em matéria de legislação no mundo, mesmo levando em consideração a distância entre o preconizado nas leis e sua aplicação fática.

O Direito Ambiental, assim como as demais áreas do Direito, é delineado pela hierarquia das leis, que significa que, no ordenamento jurídico, há um escalonamento de normas em uma verticalidade hierárquica. Para Kelsen a norma superior é fundamento de validade da norma inferior. Assim, no ramo do Direito Ambiental, a lei maior é a Constituição brasileira de 1989 (CF/88), seguida pela Lei Federal 6.938/81, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente que abarca uma série de princípios, diretrizes e instrumentos de planejamento e gestão do meio ambiente, seguida pela Lei 9605/1998, intitulada Lei de Crimes Ambientais, e demais normas infraconstitucionais.

Buscar conhecer, aprofundar e desvendar esses instrumentos é o grande desafio de toda sociedade, principalmente das pessoas ligadas aos meios técnico, científico e acadêmico, que necessitam aperfeiçoar tais instrumentos e a metodologia de sua aplicação, a fim de que sua execução seja a mais coerente e traga o maior número de benefícios à sociedade.

De acordo com Velho, Geiser e Espíndula (2012, p. 4), perícia é uma palavra genérica, que abriga diversos tipos de exame de natureza especializada, visando a esclarecer determinado fato sob uma ótica científica. É de conhecimento de todas as modalidades de perícia contábil, médica, veterinária, de engenharia, entre outras.

A perícia *ambiental* é um meio de prova utilizado em processos judiciais, sujeito ao cumprimento de termo de ajustamento de conduta e/ou cumprimento monetário, cujo principal objetivo é reparar o dano ambiental ocorrido ou o risco de sua ocorrência.

O estudo de crimes ambientais (por comarcas), utilizando laudos periciais é relativamente recente no meio acadêmico e com reduzida bibliografia, o que torna sua abordagem desafiadora. Assim, a exposição de conceitos e procedimentos na construção de um laudo pericial e as tendências para essa atividade colocam-na como fundamental na gestão do meio ambiente, isso porque permite a elucidação de diversos crimes ambientais a partir de um enfoque multidisciplinar.

O meio ambiente, como bem juridicamente tutelado, caracteriza-se por estar protegido por normas jurídicas que visam a disciplinar a relação da sociedade com a natureza, objetivando garantir o direito a toda a sociedade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, como preconiza a CF/88.

Portanto, a existência de um arcabouço legal que protegia todos esses recursos (solo, ar, flora, fauna, patrimônio histórico, água) se reflete diretamente na vida de toda a sociedade, gerando conflitos de ordem econômica, social e cultural, ou seja, conflitos ambientais. Esses guardam particularidades na sua ocorrência, bem como no seu tratamento de acordo com o perfil cultural de cada sociedade.

Por isso, é primordial a existência de uma legislação sobre o meio ambiente (níveis federal, estadual e municipal), pois os danos ambientais extrapolam os limites territoriais. Problemas como ocupação irregular de margens de rios e encostas; despejo de resíduos sólidos em locais inadequados; desmatamento e suas consequências como erosão dos solos,

assoreamento, enchentes e inundações; e construção em APPs são alguns exemplos de atividades humanas que, se realizadas de forma imprudente, ocasionam prejuízos a todos.

Sendo assim, o principal objetivo deste trabalho é diagnosticar a incidência dos tipos penais (intervenção em APPs e intervenção por desmatamento) nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga, no período de junho de 2011 a junho de 2014.

Sociedade e meio ambiente

O termo *sociedade* remete à existência de um agrupamento de seres que vivem de forma agregada. É certo que esse conceito não se restringe apenas ao uso da sociedade humana, podendo ser aplicado a outros seres vivos (plantas e animais, por exemplo). Contudo, a relação entre sociedade humana e meio ambiente pode ser considerada como a de maior complexidade, porque as ações do homem na Terra e sua repercussão no ambiente têm apresentado uma variação na escala temporal, bem como em relação a regiões e culturas. (DREW, 1995).

A relação entre ação humana e natureza faz parte da base do processo de desenvolvimento e de mudanças nas sociedades humanas. Por isso, de uma forma ou de outra, o homem continua sempre a aumentar sua interferência sobre o ambiente. (BASTOS; FREITAS, 1998).

O tema abordado exige uma breve discussão a respeito do conceito de meio ambiente, e entender o problema que é a finitude dos recursos naturais significa compreender como se produzem os riscos associados ao uso e ao consumo de bens naturais.

A multiplicação dos riscos, segundo Jacobi (2005), indica os limites e as consequências das atuais práticas sociais e leva a uma reflexão necessária: a de que a sociedade produz os riscos.

Dentre esses riscos, aqueles que afetam o desenvolvimento social pelos crimes ambientais praticados contra os recursos naturais são os mais preocupantes, e esses vêm sendo entendidos como um conjunto de fatos naturais e humanos que reduzem as possibilidades de sobrevivência social.

Oportuno é iniciar o confronto de entendimentos pela transcrição das considerações de Édis Milaré, que diz:

A palavra ambiente indica o lugar, o sítio, o recinto, o espaço que envolve os seres vivos ou as coisas. Redundante, portanto, a expressão meio ambiente, uma vez que o ambiente já inclui a noção de meio. De qualquer forma, trata-se de expressão consagrada na Língua Portuguesa, pacificamente utilizada pela doutrina, lei e jurisprudência de nosso país, que, amiúde, falam em meio ambiente, em vez de ambiente apenas. Em sentido estrito, o meio ambiente nada mais é do que a expressão do patrimônio natural e suas relações com o ser vivo. Todavia, sua disciplina jurídica comporta um conceito mais amplo, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, de molde a possibilitar o seguinte detalhamento: meio ambiente natural (constituído pelo solo, pela água, pelo ar atmosférico, pela flora, pela fauna), meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico, turístico) e meio ambiente artificial (formado pelas edificações, equipamentos urbanos, comunitários, enfim, todos os assentamentos de reflexos urbanísticos). (Apud CONSTANTINO, 2002, p. 19).

De acordo com Barbieri (2007), o conceito de meio ambiente apresenta conotação de redundância, uma vez que a palavra ambiente vem do latim, tendo o prefixo *ambi* o significado de “ao redor de algo” ou de “ambos os lados”. No entendimento do autor, o meio ambiente é constituído tanto pelo ambiente natural como pelo artificial. O primeiro representa os meios físico e biológico, enquanto o artificial é aquele alterado, resultante das ações do homem (áreas urbanas, industriais e rurais).

Já para Odum e Sarmiento (1997) apud Barbieri (2007), o meio ambiente seria a soma de três tipos de ambiente: um seria denominado de “ambiente domesticado”, constituído por áreas utilizadas para agricultura, pecuária, silvicultura, além de lagos artificiais e açudes. O outro seria um ambiente bastante descaracterizado no tocante às suas feições, fruto do uso e da ocupação antrópica para fins diversos (parques industriais, cidades, estradas, portos, etc.). E, por fim, o “ambiente natural”, que pode ser exemplificado pelas matas virgens, Unidades de Conservação (UCs), que sofrem o mínimo de ação e/ou efeitos da ação humana.

O conceito de meio ambiente foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que, em seu art. 225, buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho.

Por fim, Silva (1994) apud Araújo (2008) comenta a existência de três ambientes: um denominado ambiente *natural* (ar, flora, fauna, solo, água), onde ocorre uma correlação de reciprocidade entre espécies e essas com o meio físico. Outro intitulado de *cultural*, constituído por vários patrimônios (artístico, histórico, turístico, arqueológico e espeleológico) e, por fim, um ambiente *artificial*, ou seja, aquele caracterizado por um espaço urbano construído (ruas, praças, áreas verdes, edificações, etc.).

Com isso, conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo.

Entende-se que, inicialmente, o perito ambiental necessita compreender a compartimentação do ambiente e, ao mesmo tempo, buscar o entendimento da integração, ou seja, de que esses ambientes encontram-se diferenciados pelas suas características e dinâmica próprias, mas que estabelecem relação entre si, influenciando e sendo influenciados. Portanto, o profissional responsável técnico que compreender e apurar com um olhar holístico as intervenções em APPs e por desmatamento.

Abordagem ambiental na legislação brasileira

As leis são instrumentos criados pelo homem há séculos e foram desenvolvidas em diversas áreas. O Direito Ambiental, segundo Custódio (1993) apud Araújo (2008), é um ramo constituído por um conjunto de princípios e regras, visando a disciplinar as mais variadas atividades utilizadoras (direta ou indiretamente) dos recursos naturais (água, ar, solo, fauna, flora, luz, energia), incluindo, também, os bens culturais (de valor artístico, histórico, paisagístico, arqueológico, turístico, espeleológico, paleontológico, científico), objetivando defender e preservar o patrimônio ambiental (natural e cultural) para buscar garantir melhoria de vida às gerações atuais e às futuras.

Para Mukai (1992) apud Araújo (2008), o Direito Ambiental, na situação atual do Brasil, é constituído por uma gama de normas e institutos jurídicos que estão atrelados a outros ramos do Direito e que, conjuntamente, se aplicam com a função instrumental de acompanhar a relação do comportamento humano com seu meio ambiente.

Essa esfera do Direito reconhece o meio ambiente como objeto de tutela, abrangendo uma visão sistêmica para tanto, sendo que todo instrumento utilizado, seja na esfera pública, seja na coletividade, que busque proteger e preservar os recursos ambientais, pode ser considerado como um instrumento de tutela ambiental. Esse pode ser concebido como um mecanismo não jurisdicional de tutela ambiental (licenças ambientais, EIA/Rima) ou mecanismos jurisdicionais de tutela ambiental (ações judiciais).

São vários os meios processuais aplicados na apuração de responsabilidade civil pelos danos ambientais: Mandado de Segurança Coletivo Ambiental (esfera civil); Mandado de Injunção (esfera civil); Ação Civil Pública (esfera civil); Ação Popular (esfera civil); e Ação Penal Pública (esfera penal).

A variedade e consolidação desses meios processuais fazem da legislação ambiental, no Brasil, um instrumento com grande possibilidade de eficácia no uso contra abusos e prevenção de crimes ambientais.

No entendimento de Milaré (2001), os marcos mais importantes elaborados no ordenamento jurídico brasileiro, visando à tutela do meio ambiente são a CF/88; a Lei Federal 6.938, de 31/8/1981 (instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente); a Lei Federal de Crimes Ambientais 9.605, de 12/2/1998; e, por fim, a Lei 7.347, de 24/7/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Outros instrumentos legais foram publicados, favorecendo, assim, a complementação das ações e diretrizes dos instrumentos mencionados, destacando-se a Lei da Ação Civil Pública e a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12/2/1998), que expõem as sanções penais e administrativas resultantes de atividades ou condutas que afetem o ambiente. Por fim, destacam-se, também, as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas dos Municípios e os Planos Diretores. Busca-se, aqui, expor brevemente os principais conceitos presentes em algumas dessas leis que embasam o campo da Perícia Ambiental.

A Lei 6.938, de 31/8/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) é considerada a primeira lei federal a abordar o meio ambiente como um todo, abrangendo os elementos envolvidos e as várias formas de degradação do meio ambiente. (BRAGA et al., 2002). Leis ambientais anteriores, além de não apresentarem um conceito de meio ambiente, não abordam o tema

de modo integrado, mas como tópicos compartimentados (ex.: águas, pesca, mineração).

No âmbito da atividade pericial, pode-se fazer uso das considerações de Milaré (2001) a respeito das inovações dessa lei, como tendo inserido no mundo do Direito o conceito de caráter normativo de meio ambiente, além dos conceitos de degradação da qualidade ambiental, poluição, poluidor e recursos ambientais; e o de determinar para a figura do poluidor-pagador o dever de reparar os danos causados.

Outra lei que veio reforçar a abertura de processos contra autores de danos ambientais é a Lei 7.347/1985 (da Ação Civil Pública), que possibilitou o surgimento de um instrumento processual, a saber, a Ação Civil Pública, que visa a defender o meio ambiente, transformando sua agressão em ato de Justiça sujeito à apuração. Outra benéfica do surgimento dessa lei foi a maior acessibilidade ao Poder Judiciário por parte das associações civis de defesa do meio ambiente. A lei, já no seu art. 1º evidencia sua aplicação na área ambiental e o consequente caráter reparatório da Ação Civil Pública.

De acordo com Braga et al. (2002), a inserção da questão ambiental na CF/88 é um marco histórico, tendo como grande avanço o fato de ter retirado do Estado o caráter monopolista na defesa das questões ambientais, possibilitando à sociedade e ao cidadão dispor de instrumentos de ação na luta pela defesa do ambiente.

Crimes ambientais

A Lei de Crimes Ambientais (9.605/1998) dispõe sobre as sanções penais e administrativas resultantes de ações lesivas ao meio ambiente e dá outras providências e, no entendimento de Braga et al. (2002), tal norma destaca, acima de tudo, a responsabilidade pelos atos ou condutas lesivas ao meio ambiente, pois quem, de qualquer forma, contribui para a prática de crimes definidos, responderá também pelo crime na medida de sua culpabilidade.

O referido instituto jurídico é uma tentativa de normatizar uniformemente o tema, estabelecendo o controle público-social das questões ambientais que devem impor ao infrator de norma legal tríplice punição concomitante, incidindo nas chamadas Responsabilidades Administrativas, Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal, sem

mérito de valor a esse, intenso cerco aos poluidores ou transgressores ambientais. O melhor é ser absolutamente técnico nessa reflexão imparcial.

De acordo com a CF/88, em seu art. 225, § 3º, lê-se: “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”.

A Responsabilidade Administrativo-Ambiental vem expressamente redigida na Lei 9.605/1998, por exemplo, no art. 70: “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. O Poder de Polícia que condiciona e limita a atuação do particular diante da supremacia do interesse público sobre o privado pode atuar para instaurar processo administrativo e apurar infração ambiental. A autoridade que tiver notícia de infração ambiental tem o dever de atuar sob pena de corresponsabilidade. Pode essa aplicar advertência, multa, apreensão de animais ou instrumentos utilizados para infração, destruição de produto, suspensão de venda de produto, embargo ou demolição de obra, suspensão da atividade restritiva de direitos. O Poder Público aplica penalidades administrativas, fazendo valer o Poder de Polícia Administrativa. Ainda pode suspender ou cancelar registro, licença ou autorização, impor restrições a incentivos fiscais, como a perda de financiamento público, a proibição de contratar com a Administração Pública.

A Responsabilidade Civil-Ambiental é objetiva, balizada no assumir o risco da atividade e, uma vez incidindo em infração civil, gerando dano, aplica-se a punição mesmo sem culpa, impondo-se o dever de reparação e indenização. Como prescreve o art. 14 e seu § 1º:

Sem prejuízo das penalidades pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação ambiental sujeitará os transgressores: [...] é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, efetuados por sua atividade. A competência Pública da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

A Responsabilidade Penal-Ambiental é subjetiva e tem que ter culpa ou dolo para incidir penalidade, como bem prescreve o art. 2º da Lei 6.938/1981: “Quem, de qualquer forma, concorre para prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”. As empresas, pessoas jurídicas também podem ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, não excluindo a responsabilidade das pessoas físicas autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato como prevê o art. 3º da mesma lei em voga. Um exemplo de crime ambiental ocorre quando um funcionário público concede licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, devendo esse sofrer pena de detenção.

Não dá para abusar quando se está lidando com meio ambiente. A severidade das leis é brutal e realmente recai sobre os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas. O melhor é ponderar, ter paciência, por exemplo, ante a demora de licenciamento não transgredindo regras.

A Lei de Crimes Ambientais tratou de elucidar as causas excludentes de ilicitude. Elencou, por exemplo, no art. 37, situações que se configuram como sendo excludentes de ilicitude em se tratando do abate de animais. Dispõe o referido artigo a seguinte redação:

Não é crime o abate de animal, quando realizado: I – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II – para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III – (VETADO) IV – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Nas disposições finais, buscou o legislador explicitar a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade da lei penal comum, tendo, então, perfeita aplicabilidade em se tratando de crimes ambientais o art. 23 do Código Penal.

Por fim, há de se destacar o veto presidencial ao inciso III, do art. 37. Tal se verificou com louvor, haja vista, previa o referido inciso a possibilidade de legítima defesa contra o ataque de animais ferozes, o que, se porventura aceito, vislumbraria, no ordenamento jurídico mundial, como uma aberração, em razão da legítima defesa figurar-se possível contra sujeitos de direitos e deveres, ou seja, pessoas.

Dos crimes propriamente ditos contra a flora

Dos crimes contra a flora, previstos na Seção II do Capítulo V, destaca-se a incorporação como sendo conduta criminosa à maioria das contravenções penais outrora previstas na Lei 4.771/1965 (Código Florestal).

Em se tratando dessa modalidade de crime, sem dúvida, um dispositivo legal que merece destaque é o art. 50-A, da Lei de Crimes Ambientais (9.605/1998), no que se refere ao desmatamento, à exploração e à degradação de florestas sem autorização de órgão competente.

O referido artigo objetiva inibir comportamentos relacionados a esse tipo penal, uma vez que tais condutas causam danos de natureza quase irreversíveis ao meio ambiente. (ANDRADE, 2014).

Intervenção em Áreas de Preservação Permanente

Área de Preservação Permanente é a área protegida nos termos dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei Federal 12.651/2012, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, o solo e assegurar bem-estar às populações humanas.

Os tipos penais que configuram intervenção em APPs são os elencados nos arts. 33, 38 e 39 da Lei 9.605/1998, a saber:

Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras. Pena – detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena – detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único – Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena – detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Intervenção por desmatamento

Qualquer atividade que envolva a supressão de vegetação nativa dependerá de autorização, seja qual for o tipo de vegetação (mata Atlântica, cerrado e outras) e o estágio de desenvolvimento (inicial, médio, avançado ou clímax). Mesmo um simples bosqueamento (retirada de vegetação do sub-bosque de floresta) ou a exploração florestal sob regime de manejo sustentável, para retirada seletiva de exemplares comerciais (palmito, cipós, espécies ornamentais, espécies medicinais, toras de madeira, etc.) não pode ser realizado sem o amparo da *autorização* para supressão.

Na Lei Estadual de Floresta Plantada (20.922, de 16/10/2013) em seu art. 72, reza:

Será dado aproveitamento socioeconômico e ambiental a produto florestal cortado, colhido ou extraído, e a seus resíduos.

§ 1º. O Poder Executivo estabelecerá, em regulamento, critérios para aproveitamento de produtos, subprodutos e resíduos florestais provenientes de utilização, desmatamento, exploração ou alteração da cobertura vegetal no Estado.

§ 2.º O aproveitamento de produtos e subprodutos e de seus resíduos oriundos das atividades a que se refere o § 1º será fiscalizado e monitorado pelo órgão ambiental competente.

Contudo, se avalia o dano através de laudos periciais ambientais, em que se dá a valoração e o impacto ocasionado por intervenção antrópica.

Para atender à finalidade a que se propõe o presente diagnóstico, deve esse procurar transmitir as informações de forma precisa, clara e com os requintes de detalhamento que o trabalho requer. O tipo penal que é tratado no presente tópico é a intervenção por desmatamento comum, ou seja, o desmatamento ocorrido fora das APPs.

Instrumentos da tutela ambiental

Conforme Fiorillo apud Araújo (2008), os instrumentos de tutela ambiental fazem parte de um grupo que integra um outro maior inserido

na máquina estatal. Ou seja, no mundo real, surgem, diariamente, inúmeros casos de conflito de interesses diversos, chamados de *lide* ou *litígio*. Portanto, o Estado surge como ator responsável na resolução de conflitos, através do uso de seus vários agentes públicos. No tocante aos instrumentos de tutela do meio ambiente, parte-se do entendimento de que

todo instrumento destinado e utilizado, tanto pelo Poder Público quanto pela coletividade, na preservação ou na proteção dos bens ambientais, constitui um instrumento de tutela ambiental. Segundo o critério didático estabelecido por esse autor, os instrumentos de tutela podem ser classificados em dois grupos distintos: mecanismos não jurisdicionais de tutela ambiental e mecanismos jurisdicionais de tutela ambiental. (FIORILLO apud ARAÚJO, 2008, p. 112).

A citação esclarece que esses instrumentos não se restringem ao Estado, ou melhor, aos atos da Administração Pública, porém contempla também atos que provenham da coletividade (organizada ou não), mas com o objetivo final de proteger e preservar o meio ambiente. De acordo com a doutrina, constata-se a existência de dois tipos de instrumento de tutela ambiental: mecanismos *não jurisdicionais* e os *jurisdicionais*.

O grupo dos *não jurisdicionais* é composto pelo direito de informação, pela educação ambiental, pelo Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), pelo manejo ecológico, pelo zoneamento ambiental, pelo Poder de Polícia, tombamento ambiental, etc. É possível observar que alguns são respaldados pela Lei Federal 6.938/1981 e/ou pela CF/88.

No grupo dos meios jurisdicionais, podem ser exemplificados. a Ação Popular Ambiental, Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Ambiental, o Mandado de Injunção, etc. No caso do Poder Público, que assume a figura de representante da sociedade e executor das atividades visando ao bem-estar social, nem sempre, na temática ambiental, o ente público assume o papel de protetor, podendo, também, sua atuação contribuir com a degradação ambiental. Isso pode ser comprovado quando da omissão na tomada de medidas que objetivem a não dilapidação do patrimônio natural, o que favorece ao agente dilapidador recorrer ao inciso II do art. 5º da nossa Constituição.

Metodologia

A pesquisa realizada neste trabalho pode ser classificada como exploratória, porque a análise em mãos vem do uso de dados coletados em arquivos na Arpa e na Supram. Essa opção se justifica porque o método escolhido permite a familiarização com o fenômeno e obter uma nova percepção, podendo, assim, gerar novas ideias em relação ao objeto de pesquisa.

Como procedimento, este trabalho realiza-se por meio de observação direta, porque se caracteriza pela busca de dados diretamente na fonte de origem. A pesquisa laboratorial escolhida fornece um controle maior dos fatores ambientais e das variáveis envolvidas no estudo com o uso de dados fornecidos através de laudos. O material documentado, bem como as respectivas análises, será organizado em relatório de pesquisa componente de estudo monográfico que se pretende construir.

Desse modo, este trabalho vem, por meio de uma coleta de dados de laudos periciais realizados por peritos conveniados entre o MPMG, a Arpa, a Supram e a PCMG, nas comarcas em estudo.

Os municípios englobados em cada comarca são determinados pelo MPMG, que situa sua jurisdição, ficando assim definidas:

- *Comarca de Conselheiro Lafaiete*: Conselheiro Lafaiete, Itaverava, Lamin, Catas Altas, Rio Espera, Santana dos Montes, Cristiano Otoni, Queluzito e Casa Grande;
- *Comarca de Congonhas*: Congonhas;
- *Comarca de Entre Rios de Minas*: Entre Rios de Minas, São Brás do Suaçui, Jeceaba e Desterro de Entre Rios;
- *Comarca de Piranga*: Piranga, Porto Firme, Senhora de Oliveira e Presidente Bernardes.

Essas comarcas são da região do Alto Paraopeba e Vale do Piranga, área de atuação da Arpa e da Supram, podendo ser visualizadas na Figura 1:

Figura 1 – Área da região do Alto Paraopeba e Vale do Piranga



Fonte: Cibapar (2012).

Quadro 1 – Número de habitantes por cada comarca

TABELA POPULACIONAL	
Comarcas	Número de habitantes
Conselheiro Lafaiete	148.229
Congonhas	48.519
Entre Rios de Minas	30.649
Piranga	38.869

Fonte: Censo do IBGE (2010).

O laudo pericial se dá através de um pré-processo ocasionado por um Boletim de Ocorrência (BO), onde o mesmo é efetuado em consequência de interferência antrópica, sendo que essa é feita por meio de denúncia de pessoas físicas e/ou jurídicas e de fiscalização rotineira da Polícia Militar de Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais.

Esses BOs são direcionados aos órgãos competentes, nesse caso, ao MPMG e à PCMG, acarretando um processo civil.

Por meio desse processo os promotores de Justiça, os curadores de meio ambiente e os peritos criminais da Polícia Civil, não tendo aptidão técnica, solicitam aos peritos conveniados (à Arpa e à Supram a realização de perícias ambientais quando se dá continuidade ao processo civil, determinando, assim, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) do investigado em questão.

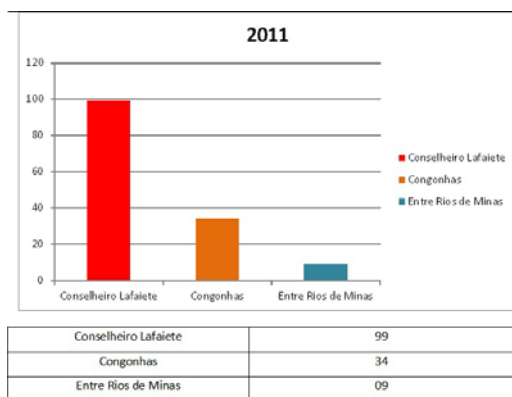
Tomando como base esse procedimento de elaboração de laudos periciais, usando suas informações e conclusões, toma-se a iniciativa de fazer uma análise comparatória dos danos ambientais ocasionados nas comarcas de atuação da Arpa e da Supram.

Os dados contabilizados em uma tabela fornecerão um diagnóstico ambiental dos impactos e das ações antrópicas de cada município, podendo, então, analisar qual é o maior dano em determinada região, levando em consideração as áreas urbanas e rurais de todos os municípios e desse modo propor uma conscientização e ação protetora no uso dos recursos naturais em questão.

Resultados e discussão

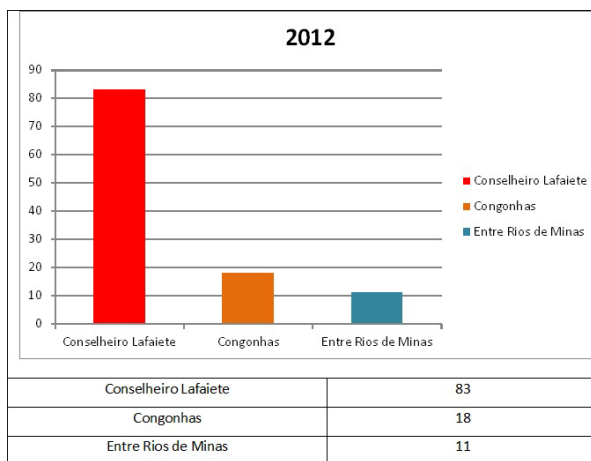
Com base nos dados coletados, os gráficos seguintes demonstram a comparação de dois distintos danos ambientais (intervenção em APPs e por desmatamento) em diferentes comarcas.

Gráfico 1 – Dados de intervenção em APPs no ano de 2011, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas e Entre Rios de Minas



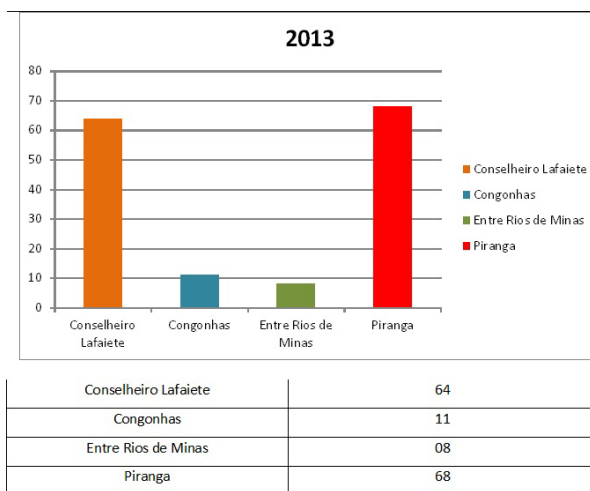
Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 2 – Dados de intervenção em APPs no ano de 2012, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas e Entre Rios de Minas



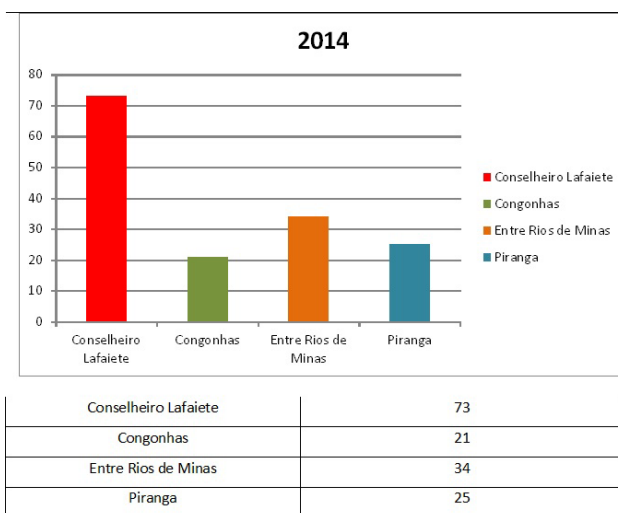
Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 3 – Dados de intervenção em APPs no ano de 2013, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga



Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 4 – Dados de intervenção em APPs no ano de 2014, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga



Fonte: Elaborado pelos autores.

A comparação do tipo penal APP demonstra que o Município de Conselheiro Lafaiete é o que possui maior incidência de ocorrências, totalizando 319 danos. Consta-se que, nesses quatro anos, a comarca foi responsável por 57% das ocorrências de dano ambiental por intervenção em APP. Os motivos para isso perpassam pela grande densidade populacional da comarca e também por ser aquela que abrange maior área.

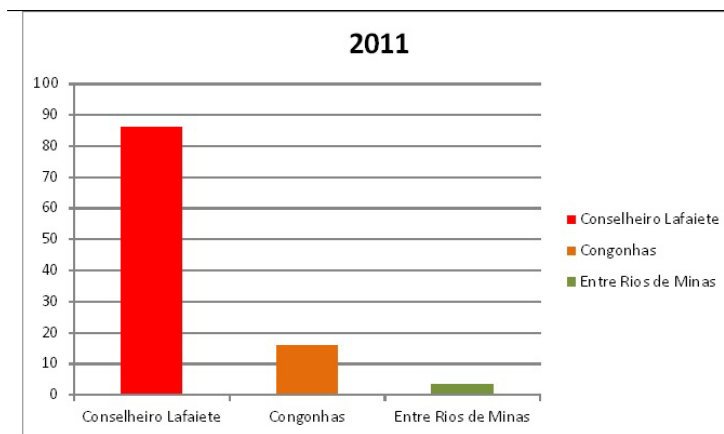
O Município de Piranga, que somente começou a ser contabilizado em 2013, demonstrou também um significativo número de ocorrências (93), enquadrando-se como a segunda maior comarca em número de intervenções, com 17% das ocorrências, ultrapassando, inclusive, a Comarca de Conselheiro Lafaiete em 2013. Acredita-se que a economia da cidade, por ter uma expressiva ligação com o processo de obtenção de carvão a partir do eucalipto e uma cultura agropastoril tenham contribuído para esse alto índice.

As Comarcas de Entre Rios de Minas e Congonhas apresentaram, respectivamente, 62 e 84 ocorrências de intervenção em APPs nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, perfazendo um total de 26% dos laudos (11% para Entre Rios de Minas e 15% para Congonhas), constituindo-se

como as cidades que demonstraram menores índices de intervenção ambiental. Isso ocorre em razão de a área regional de cada comarca ser menor e do pouco conhecimento da lei de proteção ambiental vigente.

Outra questão relevante que pode ser observada nos gráficos é a queda expressiva na Comarca de Piranga em 2014 em relação a 2013, uma redução de 63%, que parece ser um impacto positivo que ocorreu pela fiscalização iniciada pelos órgãos (Arpa e Supram).

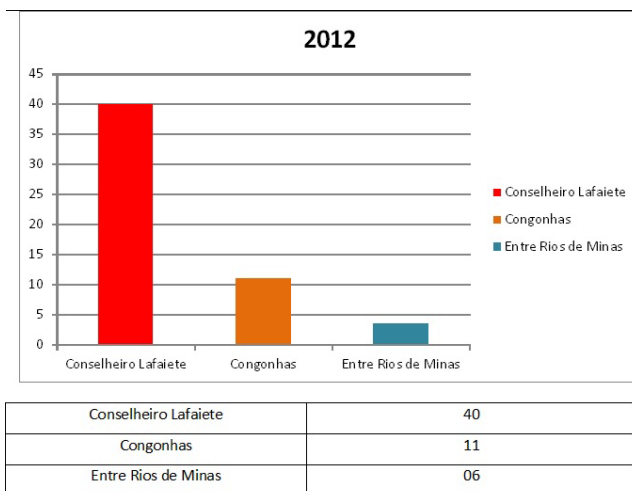
Gráfico 5 – Dados de intervenção por desmatamento no ano de 2011, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas e Entre Rios de Minas



Conselheiro Lafaiete	86
Congonhas	16
Entre Rios de Minas	05

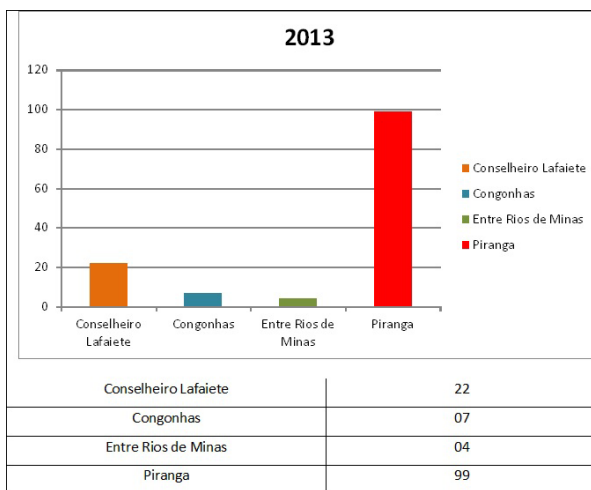
Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 6 – Dados de intervenção por desmatamento no ano de 2012, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas e Entre Rios de Minas



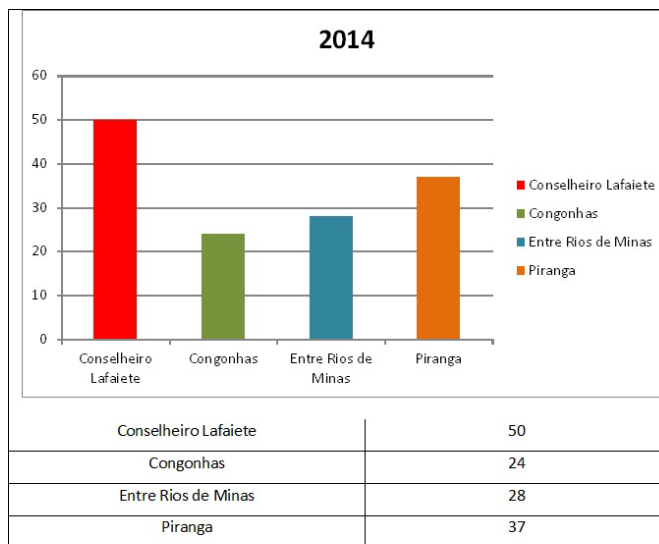
Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 7 – Dados de intervenção por desmatamento no ano de 2013, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga



Fonte: Elaborado pelos autores.

Gráfico 8 – Dados de intervenção por desmatamento no ano de 2014, nas Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga



Fonte: Elaborado pelos autores.

Através da análise comparativa das intervenções por desmatamento, constata-se que a cidade de Conselheiro Lafaiete é aquela que possui maior número de ocorrências (198 danos), sendo responsável por 45% das ocorrências de dano ambiental por desmatamento nos últimos quatro anos (2011, 2012, 2013, 2014). As causas desse fato decorrem da intensa atividade agropastoril dos municípios da comarca aliada à grande densidade populacional da mesma.

Assim como as intervenções em APPs, a cidade de Piranga também demonstrou um número expressivo de laudos, mesmo contabilizando somente as notificações ocorridas a partir de 2013. Foram 136 ocorrências somente em dois anos de estudo, o que deixa a comarca com números muito próximos dos da Comarca de Conselheiro Lafaiete. Para ilustrar esse fato, constata-se que em 2013 a Comarca de Piranga atingiu 99 notificações por desmatamento, quatro vezes mais do número observado em Conselheiro Lafaiete. Os motivos desses elevados índices reside em uma economia extrativista que tem como base a produção de carvão a

partir do eucalipto (floresta plantada) e uma cultura de agressão ao meio ambiente que se encontra arraigada na população.

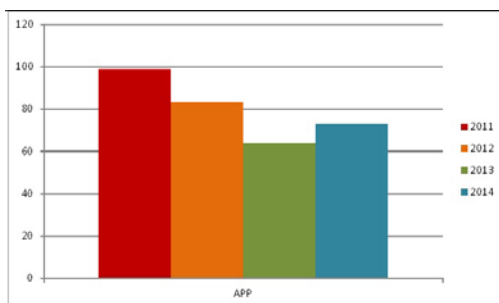
As comarcas de Congonhas e Entre Rios de Minas demonstraram, 58 e 43 ocorrências de intervenção por desmatamento, respectivamente, contribuindo com um total de 23% dos laudos (13% para Congonhas e 10% para Entre Rios de Minas). Assim sendo, essas foram as comarca que apresentaram menores índices de agressão ambiental em razão de desmatamento. As causas para esse acontecimento são os mesmos relacionados às intervenções em APPs, ou seja, menor área populacional.

Um ponto interessante que pode ser observado através da análise gráfica é que todas as comarcas apresentaram um aumento expressivo no número de infrações em 2014 em relação a 2013, o que pode ter ocorrido em vista de ser um ano eleitoral e do grande evento que foi a Copa do Mundo, quando ocorreram menos atos de fiscalização.

Somente a Comarca de Piranga demonstrou uma redução expressiva em 2014 em relação a 2013, com um decréscimo de 63% nas autuações, a qual pode ter ocorrido em vista do mesmo fator da intervenção em APPs, que foi a iniciação do convênio de fiscalização dos órgãos Arpa, Supram, MPMG e PCMG.

Quando se faz uma análise comparativa dos crimes ambientais por intervenção em APPs em cada comarca, conclui-se, através dos gráficos, que na Comarca de Conselheiro Lafaiete ocorreu um decréscimo no número de autuações no decorrer de 2011, 2012 e 2013, em consequência função da execução da fiscalização dos órgãos. Contudo, se verifica um pequeno aumento em 2014, ocorrido devido aos acontecimentos da Copa do Mundo no Brasil e das eleições, que alteraram negativamente esse fator.

Gráfico 9 – Dados de intervenção em APPs nos anos de 2011, 2012, 2013, 2014, na Comarca de Conselheiro Lafaiete

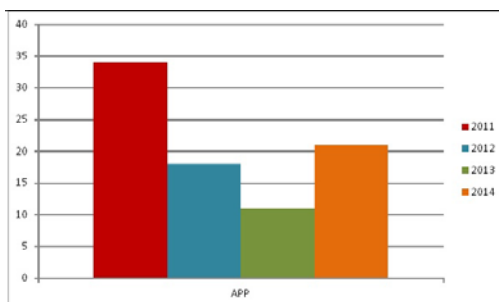


Ano	Nº de Infrações
2011	99
2012	83
2013	64
2014	73

Fonte: Elaborados pelos autores.

A Comarca de Congonhas apresentou um comportamento semelhante à jurisdição de Conselheiro Lafaiete com uma queda no número de notificações e, pelo mesmo motivo, de execuções de fiscalização ao longo de 2011, 2012 e 2013. Aliado a um aumento no ano de 2014, ocorrido em vista, como citado dos acontecimentos expressivos nesse ano.

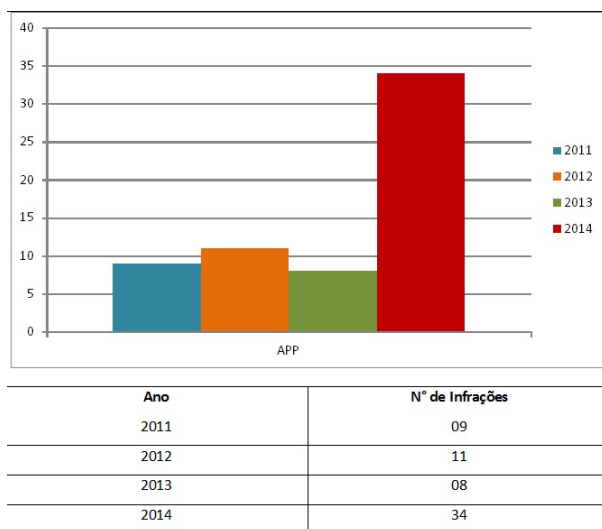
Gráfico 10 – Dados de intervenção em APPs nos anos de 2011, 2012, 2013, 2014, na Comarca de Congonhas



Ano	Nº de Infrações
2011	34
2012	18
2013	11
2014	21

A Comarca de Entre Rios de Minas, por sua vez, demonstrou um padrão diferente: notificações permaneceram estáveis em 2011, 2012 e 2013 e, no de 2014, apresentou um aumento de 265% em relação à média dos anos anteriores, o qual ocorreu devido à maior intensidade na elaboração dos laudos.

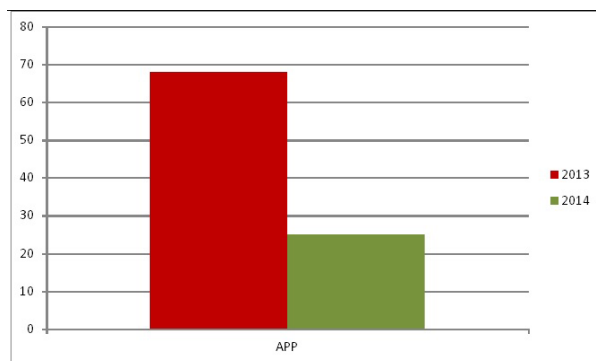
Gráfico 11 – Dados de intervenção em APPs nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, na Comarca de Entre Rios de Minas



Fonte: Elaborado pelos autores.

A jurisdição de Piranga, que apresentou um número significativo de notificações quando comparada às outras comarcas, demonstrou uma redução expressiva entre 2013 e 2014. Isso ocorreu em razão do início do convênio de fiscalização entre os órgãos supracitados, deixando os infratores mais atentos ao ato de intervenção ambiental.

Gráfico 12 – Dados de intervenção em APPs nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, na Comarca de Piranga

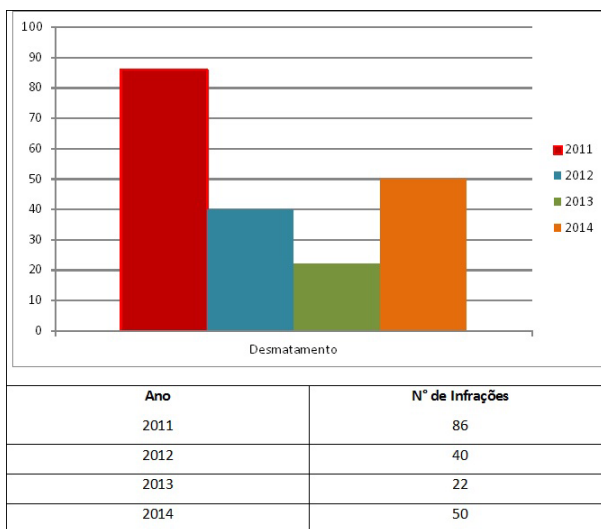


Ano	Nº de Infrações
2013	68
2014	25

Fonte: Elaborado pelos autores.

Quando se faz uma análise comparativa dos crimes ambientais por intervenção (desmatamento) em cada comarca, verifica-se, através dos gráficos, que, na Comarca de Conselheiro Lafaiete, ocorreu um decréscimo no número de autuações no decorrer dos anos de 2011, 2012 e 2013, que ocorreu em vista de execução da fiscalização por parte dos órgãos competentes. Contudo, se verifica um aumento do número no ano de 2014, acontecido devido aos eventos da Copa do Mundo no Brasil e das eleições, os quais alteraram negativamente esse fator, pelo fato de terem ocorrido muitos feriados e da influência negativa política.

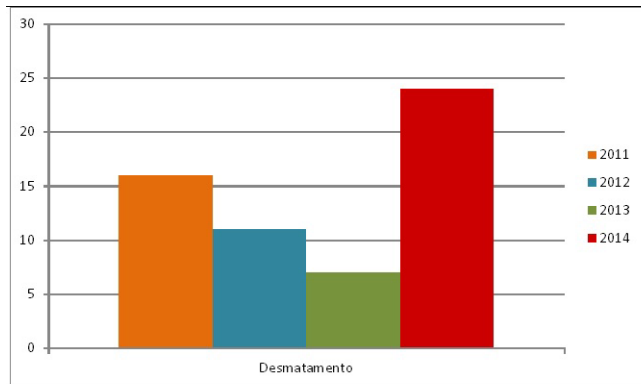
Gráfico 13 – Dados de intervenção por desmatamento nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, na Comarca de Conselheiro Lafaiete



Fonte: Elaborado pelos autores.

A Comarca de Congonhas apresentou um comportamento distinto daquela da jurisdição de Conselheiro Lafaiete com um elevado número de crimes ambientais de desmatamento no ano de 2014, em comparação a 2013, perfazendo um aumento de, aproximadamente, 243%, devido aos acontecimentos expressivos citados nesse ano.

Gráfico 14 – Dados de intervenção por desmatamento nos anos de 2011, 2012, 2013, e 2014, na Comarca de Congonhas

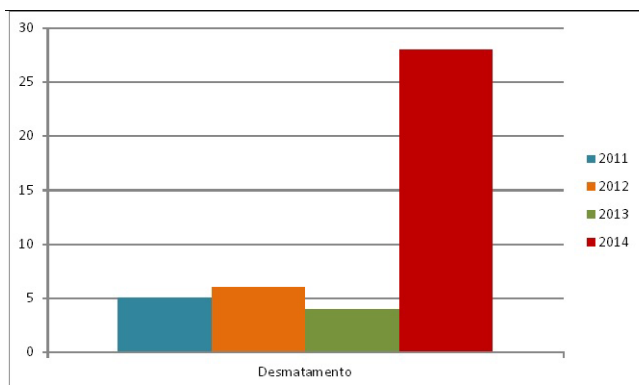


Ano	Nº de Infrações
2011	16
2012	11
2013	07
2014	24

Fonte: Elaborado pelos autores.

A Comarca de Entre Rios de Minas apresentou um comportamento semelhante à jurisdição de Congonhas com um elevado número de notificações e um aumento de 600%, em geral, no ano de 2014, em comparação a 2013, o qual ocorreu devido a uma maior intensidade na elaboração dos laudos.

Gráfico 15 – Dados de intervenção por desmatamento nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, na Comarca de Entre Rios de Minas

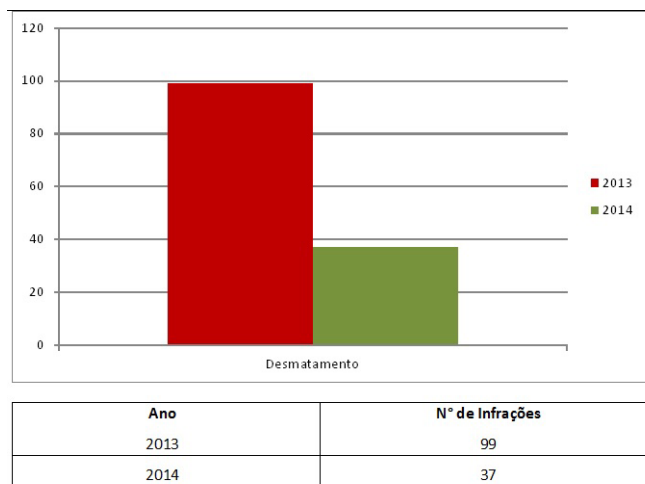


Ano	Nº de Infrações
2011	05
2012	06
2013	04
2014	28

Fonte: Elaborado pelos autores.

A jurisdição de Piranga, que apresentou um índice significativo de notificações quando comparada às outras comarcas, demonstrou uma redução de, aproximadamente, 63% entre os anos de 2013 e 2014. Isso ocorreu em razão do início do convênio de fiscalização entre os órgãos supracitados, deixando os infratores mais atentos ao ato de intervenção ambiental.

Gráfico 16 – Dados de intervenção por desmatamento nos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, na Comarca de Piranga



Fonte: Elaborado pelos autores.

Conclusão

Não há dúvidas de que o Brasil deu importantes passos com a criação de normas protetoras do meio ambiente, buscando sempre soluções mais adequadas e eficazes na prevenção e reparação dos danos ocasionados por crimes ambientais.

Percebe-se que os grandes problemas socioambientais que estão em pauta, atualmente, são os relacionados a danos ambientais em municípios em desenvolvimento. Um dos impactos mais notáveis é a falta de um plano de manejo adequado para exploração dos recursos naturais, bem como das outras atividades econômicas desenvolvidas na superfície terrestre.

Dessa forma, a perícia ambiental é um meio de prova utilizado em processos judiciais, sujeito ao cumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta e/ou cumprimento monetário, cujo principal objetivo é reparar o dano ambiental ocorrido ou o risco de sua ocorrência.

Esses laudos periciais, realizados por peritos conveniados entre o MPMG, a Arpa, a Supram e o PCMG, vem analisar a incidência dos tipos penais (intervenção em APPs e intervenção por desmatamento) nas

Comarcas de Conselheiro Lafaiete, Congonhas, Entre Rios de Minas e Piranga.

Pelo diagnóstico em estudo pôde-se perceber que a intervenção em APPs, na Comarca de Conselheiro Lafaiete é a que possui maior incidência de ocorrências, sendo responsável por 57% dos crimes ambientais nos quatros anos em estudo. Isso se dá pela grande densidade populacional da comarca; já na Comarca de Piranga – que começou a ser contabilizada no ano de 2013 – enquadra-se como a segunda maior comarca em número de intervenções, ocasionadas por uma cultura agropastoril relevante.

As Comarcas de Entre Rios de Minas e Congonhas apresentaram um total de 26% dos laudos, e isso ocorreu em razão de uma menor área regional de cada comarca e de um fator relacionado ao pouco conhecimento da lei de proteção ambiental vigente.

Já na análise comparativa das intervenções por desmatamento, constatou-se que a cidade de Conselheiro Lafaiete é aquela que possui maior número de ocorrências (198 danos), sendo responsável por 45% das ocorrências de dano ambiental por desmatamento nos últimos quatros anos, sendo que a causa desse fato é a grande densidade populacional da comarca.

Assim como as intervenções em APPs, a cidade de Piranga também demonstrou um número expressivo de laudos, mesmo contabilizando somente as notificações ocorridas a partir de 2013. Foram 136 ocorrências em apenas dois anos de estudo, o que deixa a comarca com números muito próximos dos da Comarca de Conselheiro Lafaiete, sendo que os motivos para esses elevados índices residem em uma economia extrativista que tem como base a produção de carvão a partir do eucalipto (floresta plantada).

As Comarcas de Congonhas e Entre Rios de Minas demonstraram um total de 23% dos laudos (13% para Congonhas e 10% para Entre Rios de Minas). Assim sendo, essas foram as comarcas que apresentaram menores índices de agressão ambiental em termos de desmatamento.

Concluindo, diz-se que os tipos penais estão expressivos nas comarcas em estudo, e que as perícias ambientais são positivas no que diz respeito à proteção e, principalmente, à reparação dos danos ocasionados com essas intervenções.

Referências

ARAÚJO, Lílian Alves de. Perícia Ambiental. In: CUNHA, Sandra Batista; GUERRA, Antonio José Teixeira. (Org.). *A questão ambiental: diferentes abordagens*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 107-151.

ARQUIVO ARPA. Associação Regional de Proteção Ambiental do Alto Paraopeba e Vale do Piranga. Perícias coletadas de junho de 2011 a junho de 2014.

ARQUIVO SUPRAM. Superintendência Regional de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Perícias coletadas de junho de 2011 a junho de 2014.

GUERRA, Antônio José Teixeira (Org.). *Avaliação e perícia ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BARBIERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, Benedito et al. *Introdução à engenharia ambiental*. São Paulo: Prentice-Hall, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil de 11 jan. 19/73. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12 set. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Lei da Ação Civil Pública, de 24 jul. 1985. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 set. 2014.

BRASIL. Código Florestal, de 25 maio 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2014.

BRASIL. Lei da Amazônia, de 25 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2014.

CIBAPAR. Mapa da área do Alto Paraopeba, de 23 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cibapar.org.br>>. Acesso em: 13 set. 2014.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

DREW, David. *Processos Interativos homem-meio ambiente*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

GUTIERRES, Henrique Elias Pessoa. *Perícia ambiental: aspectos conceituais, metodológicos e técnicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GUERRA, Antonio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da Cunha. *Avaliação e perícia ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IBAPE. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia. Glossário de Terminologia Básica Aplicável à *Engenharia de Avaliações e Perícias do Ibape/SP*. São Paulo: Ibape, 1994.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/uf.php?coduf=31>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

JACOBI, P. R. Educação ambiental: o desafio da construção de um pensamento crítico, complexo e reflexivo. *Educ. Pesqui.*, v. 31, n. 2, p. 233-250, 2005,

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAURO, Cláudio Antônio de. *Laudos periciais em depredações ambientais*. Rio Claro: Edunesp Rio claro 1997.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev., ampl. E atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, Cristiano; SUERTEGARAY, Dirce M. A. *Laudo pericial ambiental: instrumento de cidadania no lugar urbano: Bairro Mário Quintana, Porto Alegre-RS*. *Scripta*, Nova. V. IX, n. 194 (74), 2005.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação dos danos ambientais. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MILARÉ, Édis (Coord.). *Revista de direito ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 130-156, 2000.

STEIGLEDER, Annelise M. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Análise da legislação brasileira sobre a água: a necessidade de um redimensionamento diante de sua imprescindibilidade à manutenção da vida

The analysis of brazilian legislation on water: the need for resizing facing its indispensability for the maintenance of life

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino*
Luana Porto Rocha Cavalheiro**
Mayara Pellez***

Resumo: A preservação da água não se exaure como simples objeto de manutenção da vida das presentes e futuras gerações. Os destinatários de seus benefícios não podem ser apenas os seres humanos, mas a esses cabe a responsabilidade, o cuidado, a administração e a distribuição para que todos os seres vivos possam usufruir de seus benefícios e exista vida em abundância. Por esse motivo, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar a tutela jurídica da água no Brasil e a necessidade de um redimensionamento de seu tratamento, especialmente se, a partir da visão sul-americana, essa for considerada *sujeito* ao invés de *objeto*. Nessa linha de pensamento, é necessário identificar a água como parceira no desenvolvimento de toda a biodiversidade abrigada na Terra. Essa é a preocupação dos Direitos da Natureza que, se comparados à legislação brasileira sobre Direito Ambiental, inovam a dimensão jurídica para além da postura antropocêntrica.

Palavras-chave: Água. Sujeito de direito. Legislação brasileira. Direito da natureza.

* Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED).

** Mestre em Direito pela Faculdade Meridional. Advogada.

*** Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito, Democracia e Sustentabilidade da Faculdade Meridional, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Meridional.

Abstract: The preservation of water does not end as a simple object of maintaining the life of present and future generations. Recipients of its benefits can not just humans, but these have the responsibility, care, management and distribution so that all living beings can take advantage of its benefits. For this reason, this paper examines the legal protection of water in Brazil and the need to reassess your treatment, especially if, from the South American view, this is considered *subject* rather than *object*. It is necessary to identify water as a partner for the development of all biodiversity on Earth. That's the concern of Nature's Rights if compared to the Brazilian legislation on Environmental Law. This other concept takes the legal dimension beyond the anthropocentric position.

Keywords: Water.Law's subject. Brazilian's Law. Nature's rights.

Introdução

Atualmente, vive-se um período histórico peculiar em todo o processo civilizatório. É a primeira vez que, de uma forma bastante intensa, diversos setores sociais, saberes e autoridades científico mobilizam-se a respeito da natureza e a forma com que o homem com ela se relaciona. Percebe-se como a consciência compartilhada, nesse sentido, é instrumentalizada pelo Direito. Esse, por ser um fenômeno cultural, é capaz de tutelar o mundo natural para que a crise ecológica seja contornada diante das consequências oriundas do modelo de desenvolvimento vigente.

Dentre os temas mais debatidos, hoje, existe um que se sobressai entre os demais: a importância das águas. Essa, como indispensável a todas as formas de vida, precisa de uma atenção especial diante de sua escassez. Os relatórios divulgados por organismos científicos sobre o tema são pessimistas, no tocante à sua quantidade e também à sua qualidade. Já há lugares onde a água não é acessível a todos ou já se exauriu. Esse fator compromete todas as vidas que estão localizadas naquele território. Em outras palavras: a água não tem a qualidade necessária para ser consumida, e essa condição provoca danos irreversíveis à qualidade da saúde.

Por outro lado, existe, ainda, um viés mercantilista, em que a água adquire importância para indústrias, empresas, sistemas de irrigação e tantos outros exemplos que poderiam ser trazidos e que demonstram a necessidade de sua preservação para o desenvolvimento e a manutenção de todas as formas de vida na Terra.

O ponto de partida desta pesquisa é a necessidade de nova relação do homem com a água. Diante de sua essencialidade, é preciso rever se os

modelos de desenvolvimento adotados, inclusive pela legislação, oportunizam a distribuição de água e sua sadia manutenção para que haja vida em abundância. Para tanto, novos comportamentos precisam ser adotados em relação ao consumismo (Bauman, 2008, p. 43)¹ e novos valores precisam ser vivenciados para que a valorização desse elemento vital seja concretizada.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a tutela jurídica da água no Brasil e a necessidade de um redimensionamento de seu tratamento, especialmente se, a partir da visão sul-americana, essa for considerada *sujeito* ao invés de *objeto*. Nesse viés, a sustentabilidade também será abordada, à medida que sua dimensão ambiental diz respeito tanto à manutenção de todas as formas de vida, em uma perspectiva intergeracional, quanto à questão da crise da água.

Os objetivos específicos podem ser descritos nos seguintes tópicos: a) *definir* o que é a água e sua importância à manutenção da vida e dos ecossistemas; b) *identificar* a função social da legislação brasileira acerca da preservação da água; e c) *reconhecer* as águas não apenas como objeto de exploração humana, mas como *ser próprio* segundo o que preconiza a visão sul-americana.

O método de abordagem utilizado para esta pesquisa é o dedutivo,² cuja premissa maior é a existência de legislação acerca da proteção das águas e, como premissa menor, tem-se sua utilização e (in)eficácia para a preservação da vida. As técnicas eleitas para cumprir o caminho cognitivo mencionado são a pesquisa bibliográfica,³ a categoria⁴ e o conceito operacional.⁵

¹ Segundo Bauman, consumismo corresponde “não tanto à satisfação de necessidades (como suas ‘versões oficiais’ tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la. Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo inaugura uma era de “obsolescência embutida” dos bens oferecidos no mercado”.

² “Base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral.” (PASOLD, 2011, p. 205).

³ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, 2011, p. 207).

⁴ Nas explicações de Pasold (2011, p. 25, grifos do autor): “**Palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia**”.

⁵ Reitera-se conforme Pasold (2011, p. 37, grifos do autor): “**Uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos**”.

1 A água em terras brasileiras

Observa-se que o Brasil é um país abundante no que se refere ao meio ambiente, diante da diversidade natural aqui encontrada. Existem diversos elementos que enriquecem o País, no tocante à fauna, à flora, às espécies de animais e de plantas, dentre outros. Esse cenário é enriquecido pelas águas, pois o Brasil detém 12% da água doce existente no mundo.

No entanto, a distribuição desse elemento não é igualitária, por uma questão geográfico-natural, a qual, no Norte, a água é encontrada em maior quantidade e, no Sul, em quantidades menores. Essa desproporção não é exclusiva do espaço geográfico brasileiro, mas provocou, recentemente, um problema gravíssimo de abastecimento no Estado de São Paulo em que os níveis dos reservatórios marcaram recordes de esvaziamento. Esse cenário lembra, de modo significativo, o que ocorreu no ano 2000, na cidade de Cochabamba – Bolívia pela má-administração do uso das águas.

Esse fato chamou a atenção das comunidades nacional e internacional, desvelando que o tema possui uma dimensão global. Segundo Carli (2013, p. 145), a utilização desordenada e a poluição das águas têm sido as maiores preocupações transfonteiriças. Isso demonstra a necessidade de uma reflexão mais detalhada a respeito da proteção das águas, essencial à preservação da vida no Planeta. Entretanto, a legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, adota o antropocentrismo alargado (LEITE, 2012, p. 167)⁶ no tratamento da água, ou seja, a matriz de significabilidade ainda é o humano em detrimentos aos outros seres vivos.

Na legislação brasileira, não há artigo expresso que eleve a água à Direito Fundamental⁷. Entende-se a água como Direito Fundamental no Brasil por meio dos princípios ambientais, das resoluções, tratados e convenções das Organizações das Nações Unidas, ou seja, no Brasil, essa está no mesmo patamar dos outros direitos ambientais. Na retomada histórica das Constituições Federais anteriores a de 1988, verifica-se algumas situações que merecem destaque nessa pesquisa.

⁶ “Nota-se, assim, que a Constituição brasileira não deixa de adotar o antropocentrismo no que concerne ao ambiente. Entretanto, o antropocentrismo é alargado, não se restringindo o ambiente à mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos. Observa-se, plenamente, contudo, que a autonomia do ambiente, alçada no texto constitucional, é bastante diversa daquela propugnada pela ecologia profunda.”

⁷ Na Constituição da Bolívia, a água constitui-se em direito fundamental à vida e é um marco caracterizador da soberania do povo. No Título II – Capítulo V, o art. 16

A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, não fez menção ao meio ambiente, principalmente quanto à água. No entanto, a Lei, de 1º de outubro de 1828, disciplinou que as Câmaras Municipais teriam a competência para legislar sobre: aquedutos, chafarizes, poços, tanques, bem como esgotamento de pântanos e qualquer estagnação de água. O Ato Adicional Lei 16, de 12 de agosto de 1834, estabelece que as Assembleias Legislativas Provinciais legislariam sobre obras públicas, estradas e navegação no interior.

No período republicano, tem-se a Constituição de 1891, que também foi omissa quanto às regras sobre o uso das águas. Essa norma jurídica limitou-se a legislar sobre a competência federal para legislar sobre Direito Civil, e esse, o Código Civil de 1916, trouxe vários artigos sobre o seu uso.

A preocupação, no início do século XX, era com o capital, espírito esse constatado na Constituição de 1934. Essa foi a primeira a legislar sobre as águas, tratada em alguns artigos como bem da União. As águas foram tratada como bem de uso à geração de riquezas, especialmente como fonte de energia elétrica (ANTUNES, 2009, p. 76). A Constituição Federal de 1937, no seu art. 143, instituiu:

As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal. § 1º – A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros; § 2º – O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização; § 3º – Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo; § 4º – Independe de autorização o aproveitamento das quedas-d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

A redação desse artigo demonstra uma postura essencialmente antropocêntrica, pois o tratamento das águas, nessa determinação constitucional, relaciona-se com o aproveitamento industrial das mesmas. Não havia qualquer apreço sobre a importância vital das águas fora de um exclusivo juízo de valor puramente econômico.⁸

Antunes (2008, p. 88) esclarece que as Constituições de 1967 e 1969 mantiveram as águas como bem da União, ou seja, os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio ou que banhem mais de um Estado, constituam limite com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros, e as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países. Quanto à competência legislativa federal, foi afastada a supletiva e mantida a competência exclusiva da União para legislar sobre as águas.

Percebe-se que as Constituições brasileiras possuíam abordagens discretas em relação às águas. Mantiveram em pauta a normatização quanto ao uso dessas para industriais, revelando o caráter antropocêntrico com relação às águas. Com a Constituição Federal de 1988, a preservação das águas ganhou novo enfoque, especialmente no tocante ao domínio público das águas.

1.1 A água na Constituição Federal brasileira de 1988

A Constituição de 1988 prescreve que as águas são bem de domínio público. Em relação aos recursos hídricos, outorga-se à União e aos Estados o seu domínio, não há mais a figura das águas particulares (CARLI, 2013, p. 143). As normas constitucionais conferem maior enfoque quanto à

⁸ – I traz a água como direito fundamental expreso. Visando a elevar a água a direito fundamental expreso constitucionalmente e também como uma das soluções da *Guerra del Agua*, a Bolívia positivou alguns artigos em sua Constituição que deram maior enfoque à proteção da água. O art. 20, que fica inserido no Título II, trata dos direitos fundamentais e prescreve que “*toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, telecomunicaciones y transporte*”. Neste sentido todas as pessoas têm direito à água potável, e o mesmo art. afasta a privatização da água potável no inciso III – *Los servicios básicos no serán objeto de concesión ni privatización*”. Na visão da Constituição boliviana, eleva-se o direito à água a direito humano fundamental, indissociável do direito à vida e dos demais Direitos Humanos Fundamentais. Emancipa o direito à água da concepção econômica, como instrumento de produção e a considera patrimônio comum, proibindo sua privatização. Na concepção desses novos direitos, esse pensamento (de priorização de interesses unicamente humanos) é que precisa se modificar, ou seja, deve-se sustentar a visão de um desenvolvimento que prima pela proteção da natureza e, com isso, a relação entre homem e natureza se redimensiona.

proteção constitucional das águas. A Constituição de 1988 previu o fim da privatização do uso dos recursos hídricos. A água é um recurso de valor econômico, e os rios foram compreendidos a partir do conceito de bacia hidrográfica.

Assim, permite a gestão integrada dos recursos hídricos e assegura a gestão e proteção. A água, para ser utilizada, exige o pagamento de um preço, para impedir que toda a sociedade arque com os custos e benefícios. Percebe-se que abordou o tema com maior amplitude do que as Constituições anteriores, embora a perspectiva antropocêntrica ainda esteja presente.

A água é domínio da União. Segundo Antunes (2009, p.144), lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de outros países, que se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais, são bens da União. Disciplinou as ilhas fluviais e lacustres, a plataforma continental, o mar territorial e os potenciais de energia hidráulica no art. 20, incisos IV, V, VI, VII e VIII da Constituição Federal, como se lê.⁹

Também no art. 176¹⁰ da Constituição Federal, quando trata dos princípios gerais da atividade econômica, traz que os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento.

⁹ “Esta diversidad hace posible dar un passo más para reconocer valores que son propios de la Naturaleza. Estos son intrínsecos o inherentes a los seres vivos y sus ambientes, y por lo tanto son independientes de las valoraciones que se hacen basadas en la utilidad comercial de los recursos naturales”. (GUDYNAS, 2014, p. 45).

¹⁰ Art. 20. São bens da União:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II;

V – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005).

VI – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VII – o mar territorial;

VIII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;

IX – os potenciais de energia hidráulica;

Explica Antunes que no artigo 26,¹¹ incisos I, II, e III, da Constituição Federal de 1988, os bens pertencentes aos Estados são as águas superficiais e subterrâneas, fluentes e emergentes, também as em depósito, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União. Para Carli

entende-se que a Constituição Federal de 1988, nos artigos 20 e 26, quando inclui na relação de bens pertencentes à União e aos Estados, os mananciais de águas, não lhes atribui a propriedade dos recursos hídricos, mas tão somente lhes confere o dever de gestão dessa riqueza que, na verdade, pertence à coletividade brasileira e aos demais seres vivos. (2013, p. 144).

Nesse viés, a União detém competência privativa para legislar sobre as águas, mas cabe, em comum, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a defesa do meio ambiente e o combate à poluição. Assim, todos os entes podem legislar sobre águas desde que seja para

X – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

XI – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XII – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º. A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei. (Grifo nosso).

¹¹ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

§ 2º. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. (Grifo nosso).

combater a poluição e proteger o meio ambiente. Cabe ressaltar que, a despeito do novo paradigma de sustentabilidade, também se aplica às águas o *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988:

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.

Nesse artigo, fica evidenciado que as águas passaram a ter uma proteção especial, para garantir à presente e às futuras gerações um meio ambiente equilibrado. Na Constituição Federal de 1988, em comparação com as Constituições anteriores, a água adquiriu uma importância considerável. Contudo, a despeito do antropocentrismo vigente, é evidente a necessidade de artigos específicos para regular a preservação das águas, uma vez que, diante desses, os comportamentos humanos serão redimensionados, em que do regulamento constitucional e de sua exigibilidade.

Chama-se a atenção ao fato de que, ainda que a água não possua uma proteção legal tão completa e efetiva, são os atores sociais os responsáveis pela realização de tal direito, para que esse não se mostre como (mais um!) dos projetos inalcançados pela Constituição Federal brasileira.

1.2 Aspectos Infraconstitucionais da Água

Ao lado das normas constitucionais, é preciso destacar as leis infraconstitucionais de proteção das águas, que vigoram, total ou parcialmente, e datam da primeira metade do século XX. Dentre elas, cabe citar as mais importantes: Código de Águas (Decreto 24.643, de 10.7.1934), a Lei Federal 9.433 (instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos), a Lei Federal 9.984 (criou a Agência Nacional de Águas (ANA)); e o Decreto Federal 3.692 (que complementa a estrutura operacional da ANA).

Justamente com esse aparato jurídico, o Conselho Nacional do Meio Ambiente disciplina o uso, a outorga, a manutenção da qualidade e a quantidade dos mananciais de água superficiais ou subterrâneos. Por

exemplo: as Resoluções 357/2005 e 396/2008 do citado órgão tratam da qualidade, da quantidade e da manutenção das águas em terras brasileiras.

Já a Lei Federal 9.605/1998 tipifica os crimes ambientais, entre eles o crime de poluição. Na esfera administrativa, o Decreto Federal 3.179/1999 prevê sanções administrativas para quem provocar ou causar poluição hídrica. A mais recente codificação sobre as águas está no Código Civil brasileiro que entrou em vigor em 2002.

Ressalte-se que o Código de Águas foi instituído pelo Decreto Federal 24.643/1934 para disciplinar o aproveitamento e a preservação dos corpos d'água, desvelando a preocupação da sociedade brasileira com a manutenção da qualidade da água. Carli explica:

Os mananciais hídricos começaram a alcançar relevo no sistema normativo brasileiro, a partir do denominado Código de Águas, instituído pelo Decreto 24.643/34 de 10 de julho de 1934, que objetivou proteger as águas de qualquer evento danoso e poluidor. O diploma normativo em tela classificou as águas em: águas públicas (de uso comum e dominiais), águas comuns e águas particulares. Tal classificação, entretanto, recebe, hodiernamente, severas críticas, em especial, no tocante à espécie classificatória de águas particulares. (2013, p. 143).

Embora o Código de Águas já tenha sido parcialmente revogado, chama-se a atenção para seu art. 8º, que traz a seguinte redação:

São particulares as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns.

Esse dispositivo não existe mais na esfera jurídica, pois contraria o enunciado do art. 57 da Lei Federal 9.433/1997 e o disposto na Constituição Federal de 1988. Esses últimos dispõem que as águas são bens de domínio público, ou seja, na época em que foi editado o Código de Águas, as águas situadas nas nascentes, os terrenos eram de propriedade dos donos da terra onde essas estavam localizadas. Revogaram-se, ainda, os arts. 68 a 95 do Código de Águas, os quais tratam do aproveitamento das

águas comuns e particulares, por serem públicas todas elas. (MILARÉ, 2007, p. 467). Quanto ao aproveitamento das águas,

o Código de Águas trata no art. 34 e seguintes sobre o aproveitamento das águas, dispõe sobre águas comuns de todos, assegurando o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água para as primeiras necessidades da vida, uso garantido independentemente do domínio das águas, possibilitando em áreas rurais o trânsito em terrenos particulares para acessar esta água. (MILARÉ, 2007, p. 467).

Quanto à gestão das águas, a preocupação era com a o uso de sua quantidade. Não trazia o Código de Águas nenhuma referência acerca da necessidade de tratamento ao uso da água potável. O objetivo central era o aproveitamento para hidroelétricas, tanto pela União quanto pelos Estados. Nesse ponto, destaca-se que

o Código de Águas tratava das “águas nocivas” em seus art.109 a 116. Proíbiam a qualquer pessoa “conspurar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros”. Mas ás águas podiam ser “inquinadas” para salvaguardar interesse da agricultura ou indústria, mediante autorização administrativa, mediante indenização de terceiros lesados pelo favor concedido. (MILARÉ, 2007, p. 468).

A Lei Federal 9.433/1997 determinou a proteção dos recursos hídricos e seu gerenciamento no uso e aproveitamento das águas, além de alterar diversos dispositivos do Código de Águas. Partindo do princípio de que a água doce é finita, de valor econômico e bem de uso comum, essa lei revogou artigos do Código de Águas datado de 1934 e estabeleceu novas regras para disciplinar o uso, a preservação e a manutenção das águas no Planeta. Nessa linha de pensamento, Carli rememora:

A Lei 9.433/97 estabelece, entre os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos e a cobrança pelo uso dessa riqueza natural, nos termos do artigo 5º. Reconhece-se nesses mecanismos quádrupla natureza, pois são, ao mesmo tempo, instrumentos de

caráter político, jurídico, econômico e educativo. Na verdade, a outorga do uso da água, bem como a sua cobrança têm a função social de garantir o uso racional e sustentável do ouro azul, mas também de despertar o usuário acerca de seu papel de protetor dos mananciais de águas. (2013, p. 208).

Essa lei está vinculada à gestão do meio ambiente, pois aumenta a responsabilidade das políticas nacionais sobre a importância da dimensão ecológica na preservação de todas as vidas a partir do uso responsável das águas. Para Carli,

o referido diploma normativo tem como escopo dar concretude ao disposto no artigo 225 da Carta Maior de 1988, que estabelece como dever de todos a preservação do Meio Ambiente, e determina ao Poder Público a obrigação de implementar políticas públicas, no sentido de gerir e proteger o macrossistema ecológico, do qual as águas fazem parte. (2013, p. 213).

Esse enunciado normativo executou o que está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 21, XIX, o qual atribuiu à União a incumbência de instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso. O art. 19 da citada lei demonstra a finalidade de cobrança pelo uso da água a partir dos fundamentos sociojurídicos expressos pela outorga do uso das águas.

A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; II – incentivar a racionalização do uso da água; III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Segundo Carli (2013, p. 143), as três razões insculpidas no referido artigo são extremamente importantes à gestão das águas. O inciso II, que trata do incentivo à sua racionalização, é apregoado como o mais relevante dos fundamentos, pois, segundo a autora, dele se pode extrair o princípio

da sustentabilidade hídrica. O primeiro inciso é corolário do segundo, e o terceiro é considerado importante sob a perspectiva funcional, visto que os projetos e programas voltados à preservação das águas dependem de recursos. Dentre os objetivos da Lei 9.433/1997,¹² destaca-se a necessidade de

- (i) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água com qualidade adequada para seu uso;
- (ii) o uso racional e integrado dos recursos hídricos, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- (iii) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos, quer sejam de origem natural, quer decorram do uso inadequado, não só da água, mas também dos demais recursos naturais. (MILARÉ, 2007, p. 475).

Conforme o mesmo autor, os princípios básicos, a teor da Lei Federal 9.433/1997, são: 1) a água é bem de domínio público; 2) a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, as águas interiores, superficiais e subterrâneas constituem em um recurso natural finito e vulnerável, que, em período de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; 3) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; 4) a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; e 5) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do poder público, dos usuários e das comunidades.

O Código Civil, no Capítulo III, “Dos Bens Públicos e Particulares” prescreve no art. 99¹³ que os bens públicos: são de uso comum do Povo,

¹² Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II – as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III – as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV – as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

¹³ Art. 2º. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

II – a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;

tais como rios, mares, estradas ruas e praças. Sob igual critério, o art. 100 da referida lei determina que esses bens são inalienáveis.

Preconiza o Código Civil que os rios e os mares são bens de uso comum, embora, conforme a localização, há rios que estão sob os cuidados da União, e outros, sob os cuidados e a fiscalização dos Estados. Quanto à distribuição e ao lançamento de águas entre vizinhos, o Código Civil traçou normas visando a evitar atritos entre as pessoas e, principalmente, para garantir o abastecimento para fins de dar o atendimento indispensável às primeiras necessidades da vida.

Ao tratar o direito de vizinhança, o Código Civil dedicou a Seção V para fixar normas sobre as águas e normatizar a relação dos proprietários de terrenos ou de áreas rurais e o tratamento das águas. Instituiu o código que o fornecimento de água para as necessidades básicas obriga os proprietários a respeitar o curso natural das águas e o fornecimento de parte de quem possui àqueles que, na sua propriedade, não dispõem de água, entre outras obrigações, determinadas para prédios vizinhos ou contínuos. Desse modo,

destarte, ao continuar a tratar a água, em pleno século XXI, como simples tema adaptado ao “direito de vizinhança”, vinculado ao direito de propriedade, desconsidera o novo Código Civil a realidade brasileira: uma realidade marcada pela necessidade de acomodar quase 170.000.000 de seres humanos, com a existência de mais de um milhão de pessoas em algumas capitais do País dentro de estruturas em que grande parte das moradias se encontra em “bairros espontâneos”, que estão a necessitar não só de “aquedutos”, mas de uma completa e bem estruturada organização visando adequar a pessoa humana ao meio ambiente artificial. (FIORILLO, 2005, p. 144).

O Código Civil brasileiro de 2002 definiu a posição das águas, para recuperar e preservar os mananciais e previu algumas soluções para os conflitos surgidos entre vizinhos. Muito embora essa seja a mais recente codificação sobre as águas, atendo-se apenas aos direitos de vizinhança e à posição das águas, dada a amplitude da problemática das águas vivida

III – a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

neste século, precisa-se de melhores argumentos sobre a preservação das águas e de solução para conflitos originários do Direito Civil e do Direito de Vizinhança.

2 Necessidade de nova postura em relação às águas

Diante da crise ambiental instaurada no Planeta, nota-se que o Brasil é um país atento à questão das águas. Por certo, a proteção jurídica das mesmas em terras brasileiras não é suficiente, mas é preciso destacar que caminha de forma a evoluir nessa temática, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988. Pensar na importância das águas é visualizar, reconhecer o mosaico da vida, fragmentada na pluralidade de ecossistemas, os quais constituem verdadeira tessitura planetária nessa rede de sistemas vivos.

Mesmo que a legislação pátria contemple diversos aspectos sobre o elemento *águas*, destaca-se, nesse ponto da pesquisa, a importância das ações humanas à superação da crise instaurada. A construção de um olhar e agir de modo fraterno e solidário, com respeito às diretrizes constitucionais e os direitos fundamentais previstos, são esforços que são somados à busca da superação de concepções individualistas e antropocêntricas, que visem à reconstrução da relação entre homem e natureza.¹⁴

Nessa tarefa, a sustentabilidade¹⁵ envolve a concepção de vida e sua fragilidade, tal como as águas. Sem água, não há vida. Sem natureza, não

¹⁴ Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de Direito Público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público a que se tenha dado estrutura de Direito Privado.

¹⁵ “Com o citado salto do ambientalismo para a ecologia profunda, emerge uma nova teoria do constitucionalismo latino-americano, de modo particular, nos Andes, onde se opera uma pré-falada revolução paradigmática do Direito – o giro ecocêntrico, com a institucionalização da Cultura do Bem-Viver, elevado a direito fundamental e a princípio constitucional, respectivamente, nas recentes reformas da Constituição do Equador em 2008, e da Bolívia em 2009, e eleito como eixo dos programas e planos de governo destes países. Detecta-se uma forte tendência biocêntrica, com a prevalência da cultura da vida. Para além deste forte acento biocêntrico, contudo, evidencia-se a positivação, sob a forma de diversos princípios, nos textos normativos, a indissociável relação de interdependência e complementariedade entre os seres vivos, o que leva a qualificá-lo mais adequadamente de constitucionalismo ecocêntrico.” (MORAES, 2012, p. 13).

há vida. É na relação entre vida (humana e não humana) e planeta Terra que a sustentabilidade está presente. Na realização humana e seu desejo de desenvolvimento social é que a fragilidade dos elementos que compõem o universo deve ser considerada.

A vulnerabilidade desses elementos deve fomentar nova consciência humana, qual seja, a de que o processo civilizatório deve estar pautado por precauções para a preservação do mundo natural e, de forma especial, das águas. Nesse ponto, Moraes destaca que

nada obstante, entrevê-se uma contradição ao considerar que água seja ao mesmo tempo um ser vivo componente da natureza e convencioná-la como patrimônio. Remanesce, ao vê-la como patrimônio comum ou bem comum, um apego à concepção jusromânica de patrimônio e ainda se conserva um traço antropocêntrico, à medida que a água continua a ser vista como objeto, suscetível de apropriação, e, perpetua-se uma relação de pertença, e não de complementariedade, entre os seres humanos e a água, e, também, à medida que a motivação da mudança de visão não vai além do desiderato, louvável, porém insuficiente, de resguardar as gerações humanas seguintes, sem considerar os demais seres vivos. Neste ponto, reside uma contradição entre a compreensão da água com bem comum ou patrimônio comum com a postura mais avançada que não mais vê a natureza nem a água como coisa, mas sim, na condição de parte da natureza, como um ser vivo, sujeito de direitos e de dignidade. (2013, p. 148).

Nessa seara, há a necessidade de novo paradigma, de respeito ao mundo natural, pois os impactos ambientais realizados pelas ações humanas têm um vasto reflexo na natureza, na qualidade e na quantidade das águas. A sustentabilidade, a partir desse pensamento, tem a função de conscientizar os seres humanos que a exploração dos elementos naturais precisa de um limite drástico de respeito, para a preservação de todas as formas de vida.¹⁶

¹⁶ Para fins deste estudo, utiliza-se o seguinte conceito operacional, formulado por composição, para a categoria mencionada: “É a compreensão acerca da capacidade de resiliência entre os seres e o ambiente para se determinar – de modo sincrônico e/ou diacrônico – quais são as condições favoráveis à manutenção, adaptação e perpetuação da vida equilibrada, seja humana ou não humana, a partir de uma matriz ecosófica que se manifesta pelos critérios biológicos, químicos, físicos, informacionais, éticos, territoriais, culturais, jurídicos, políticos, tecnológicos, científicos, ambientais e econômicos”.

Como medida legal, tem-se o Estado, que, na sua Lei Maior, destaca a proteção de um meio ambiente saudável, essencial à vida humana e à promoção de mecanismos à efetiva proteção. Contudo, a relevância da consciência humana e de ações conscientes para preservar o meio também precisa ser destacada.

Na questão das águas, essas precisam estar no centro da discussão, tanto pela sua imprescindibilidade para com as vidas na Terra quanto pela sua valorização, para além de uma concepção de mercado. Explicam Medeiros e Petterle (2005, p. 34) que “o ser humano, ao mesmo tempo em que necessita explorar os recursos naturais, é também completamente dependente deles, o que o torna imprescindível para uma boa vida, para uma vida digna”.

Dessa forma, insiste-se que é por meio de ações humanas que o processo de evolução continuará, mas, na condição de fragilidade da vida, há necessidade de se preservar, mais e mais, o meio em que se vive, pois o ser humano é o agente transformador da realidade, em uma perspectiva de “solidariedade, de sobrevivência conjunta”. (GUIMARÃES, 2013, p. 98). Nesse ponto, cabe destacar que

não se trata de deixar a proteção aos direitos da pessoa humana de lado, e sim uma pequena alteração no foco, já que demonstra-se tão relevante a preservação do meio para a própria perpetuação da espécie humana. A intensa degradação dos recursos naturais e, portanto, os problemas derivados da (in)sustentabilidade da vida humana na Terra estão levando a humanidade a uma nova consciência redimensionando a relação entre homem e natureza. (MONT' ALVERNE; RANGEL, 2011, p. 329).

Atitudes individualistas, exclusivamente egoístas, têm conduzido a humanidade em diferentes formas de (severas) degradações ambientais que geram uma expectativa de vida e de um futuro ambiental incertos. Os riscos¹⁷ aparecem em progressão geométrica, enquanto as respostas trazidas

¹⁷ “A água está localizada territorialmente e precisa ser administrada localmente, partindo do reconhecimento da existência dos limites físicos materiais ao desenvolvimento. Ressalta-se, assim, o valor do conhecimento e de ações locais como um fator determinante às políticas eficazes. As propostas necessitam estar embasadas em diagnósticos interdisciplinares e em inovação tecnológica, mas também no resgate de sabedoria local que ensina maneiras, sedimentadas pela prática, de reproduzir a vida”. (WOLKMER, 2012, p. 47).

por um Direito puramente normativo, “fechado-em-si”,¹⁸ aparecem em progressão aritmética e quase sem nenhuma eficácia.

O que se sabe é da necessidade de mudança de consciência e atitudes para melhores condições ambientais e da vida da Terra. Para tanto, chama-se a atenção para a necessidade de mudança nas concepções dos homens neste mundo individualista. Para esses autores da citação que segue

a questão levantada, neste momento, acerca da relevância de se estabelecer um compromisso sociojurídico de preservação do ambiente em que nos inserimos, está alicerçada na ideia de que buscamos ressaltar a necessidade do respeito recíproco, o respeito às pessoas, como seres vivos, assim como o direito à vida em geral. (MEDEIROS; PETTERLE, 2005, p. 8-9).

Por esse motivo, a preservação das águas não deve ser tratada como simples tarefa administrativa do Estado junto com os cidadãos; ao contrário, a percepção de sua importância para a manutenção da pluralidade de ecossistemas denota novos atores, cuja presença no mundo não pode ser ignorada. A Constituição do Equador, por exemplo, inovou e trouxe os “Direitos da Natureza”,¹⁹ reconhecendo-a como “sujeito de direito”.

Nessa linha de pensamento, a água: a) não deve ser tratada como *recurso* ou *patrimônio* de uma única nação, mas preocupação transversal que demanda ação dos seres humanos a partir de nossa *cumplicidade vital-global* com tudo e todos; b) deve ser reconhecida como *ser próprio*, para que o cuidado necessário à sua conservação favoreça o desenvolvimento da vida para todos os seres em diferentes lugares; e c)

¹⁸ Para Fagúndez (2000, p. 47): “não se pode ter um Direito fechado em si mesmo, com seus signos, com seus princípios e métodos, sem abrir-se para as informações múltiplas e complexas que pululam fora dele. Carente de informações, a própria ciência do Direito está precisando, urgentemente, estabelecer uma conexão da normatização jurídica com a vida [...]. Sem o resgate das leis da natureza não se conseguirá ter a visão de integridade, tão necessária para a edificação da ciência jurídica do Terceiro-Milênio, alicerçada nos princípios universais tradicionalmente defendidos há milênios”.

¹⁹ “A Ciência, com a Teoria de Gaia, e a Filosofia, principalmente com a Ecologia profunda, vem contribuindo para acordar a consciência do ser humano quanto ao colapso ambiental, à ameaça de extinção da humanidade e à crise civilizatória em que vivemos e, com essa incipiente e crescente consciência ecológica, instaura-se uma mudança de paradigmas no campo do conhecimento, inclusive jurídico. Sob a perspectiva do Direito, desloca-se o eixo do ser humano, em órbita do qual gravitava e ainda gravita a ideia de direitos, para a Mãe-Terra (a natureza) como principal e prioritário titular de sujeitos de direitos, paradigma ao derredor da qual surgem propostas de reestruturação de todo o edifício do saber jurídico”. (MORAES, 2012, p. 12).

demanda que as legislações a universalizem como pressuposto ao amplo desenvolvimento de povos e sua preservação biopsíquica, a fim de ampliar e esclarecer a convivência entre humanos e não humanos.

Conclusão

Nos dias de hoje, a questão das águas é objeto de discussão no mundo todo, como uma categoria transnacional. É do interesse da humanidade que esse elemento seja preservado tanto para que não haja sua escassez quanto na manutenção de sua qualidade para consumo. Contudo, diante das crises que assolam este tempo, as águas encontra-se em estado crítico, pois já existem lugares onde ela não é acessível a todos, ou já se exauriu. Esse cenário compromete a vivência humana e não humana.

Dessa forma, esta pesquisa destinou-se a demonstrar a necessidade de nova relação do homem com a água. Diante de sua essencialidade, é preciso rever os modelos de desenvolvimento adotados, para que a valorização desse elemento vital seja concretizada.

No Brasil, a partir da análise da tutela jurídica das águas, nota-se que muitos desafios precisam ser superados. Em que pese o fato de existir uma série de normas no sentido da proteção, nenhuma delas se destina, exclusivamente, ao tema. Entende-se que essa condição é fundamental para que haja uma proteção efetiva desse elemento vital, em terras brasileiras, tão ricas e abundantes em biodiversidade e que enseja maior proteção.

Outra possibilidade trazida por esta pesquisa é a inserção, na legislação das águas, da água como *sujeito de direito*, e não como objeto a ser explorado ou consumido. Assim, a dimensão ambiental da Sustentabilidade ganha força, à medida que a categoria diz respeito à manutenção de todas as formas de vida.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.
- GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: ética biocêntrica y políticas ambientales*. Lima: Claes, 2014.
- GUIMARÃES, Bérqson Cardoso. Fundamentos ético-filosóficos para a preservação dos bens culturais. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, p. 93-109, 2013.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150-183.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETTERLE, Selma Rodrigues. Biodiversidade: uso inclusivo e sustentável do ambiente. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, 2005, p. 5-35.
- MONT'ALVERNE, Tarin Cristiano Frota; RANGEL, Helano Marcio Vieira. El planeta Tierra como sujeto de dignidad y de derechos: un legado andino para la Constitución de UNASUR y para la humanidad. In: CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk et al. *A construção jurídica da UNASUL*. Florianópolis: Ed. da UFSC; Fundação Boiteux, 2011. p. 311-335.
- MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo egocêntrico nos andes: os direitos de pachamama, o bem viver e o direito à água. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (Org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na UNASUL*. Itajaí, (SC): Ed. da Univali, 2012. Parte 1.
- MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*, v. 34, n. 1, jan./jun 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

WOLKMER, Maria de Fátima S. O desafio ético da água como um direito humano. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (Org.). *Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na UNASUL*. Itajaí, (SC): Ed. da Univali, 2012. Parte 1.

Meio ambiente cultural, regulação, poder administrativo sancionador e responsabilidade civil do Estado

*Cultural environment, regulation, sanctioning
administrative power and liability of the State in tort*

Magno Federici Gomes*
Walter Veloso Dutra**

Resumo: A temática objeto do presente artigo refere-se ao Patrimônio Cultural-Imaterial e a possibilidade de utilização dos instrumentos do Poder de Polícia sobre esse. A dimensão imaterial do patrimônio cultural constitui-se de bens portadores de referência à ação, memória e identidade das diversas culturas e grupos que formam a sociedade brasileira. A análise, por recorte metodológico, é feita a partir dos instrumentos do Inventário Nacional de Referências Culturais, o Registro e o Plano de Salvaguarda do Bem Imaterial, salientando que o bem intangível a ser protegido não pode ser analisado num modelo minimalista e reducionista de interpretação e aplicação da legislação existente. Por se tratar de um patrimônio “vivo”, o bem imaterial tem que estar protegido por um regime jurídico diferenciado, potencializado pela atuação administrativa e tendo em vista o seu caráter essencialmente

* Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Raffaele & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA.

** Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara com a distinção acadêmica magna *cum laude*. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PucMinas/IEC), com extensão em Docência do Ensino Superior pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Manhuaçu (*Doctum*). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito (CONPEDI). Autor de artigos científicos e capítulos de livros publicados na área do Direito Ambiental e Direitos Culturais. Pesquisador. Advogado. Professor Universitário.

dinâmico. Ao final do estudo, concluiu-se que, apesar dos instrumentos que vêm sendo utilizados na proteção do patrimônio imaterial (inventário, registro e plano de salvaguarda), necessário se faz a conjugação desses com a atuação do Estado e seu Poder de Polícia, que, no cenário atual, ainda se mostra tímida e ineficaz, seja pela novidade do tema, seja mesmo pela ineficiência dos órgãos que detêm tal responsabilidade, sob pena de configuração de responsabilidade civil da Administração Pública por omissão.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Patrimônio Cultural-Imaterial. Instrumentos administrativos. Responsabilidade civil por omissão.

Abstract: The object of the article refers to the Intangible Cultural Heritage and the possibility of using the instruments of Police Power on this. O intangible cultural heritage it is composed by the action, memory and identity of different cultures and groups that form the Brazilian society. The analysis, by methodological approach, is made from the instruments of the National Cultural Inventory, registration and Protection Plan, noting that the intangible heritage to be protected cannot be analyzed in a minimalist and reductionist model of interpretation and application of existing legislation. Because it is a heritage “alive” must be protected by a different legal system, given its essentially dynamic character. At the end of the study, it was concluded that although the devices for the protection of intangible heritage (inventory, record and safeguard plan), the combination of these with the actions of the state and its Police Power is required, which in this scenario still shows shy and ineffective, given the novelty or the inefficiency of the organs that hold this responsibility, under penalty of liability of the State in tort by omission.

Keywords: Police Power. Intangible Cultural Heritage. Administrative instruments. Liability of the State in tort by omission.

1 Introdução

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo do Patrimônio Cultural-Imaterial e a forma como o Poder de Polícia atua sobre esse. A delimitação do tema se justifica pelos questionamentos que se tem feito sobre esse novo patrimônio afeto ao Direito brasileiro, que, regulamentado pela Constituição da República de 1988 (CF/88) e delimitado pelo Decreto-Lei 3.551/2000, ainda se vê diante de diferentes visões acerca de sua salvaguarda e da forma como o Poder Público deve atuar na sua preservação, visto que diverge do patrimônio material e da aplicabilidade do tombamento, regulamentado pelo Decreto 25/1937.

O tema abordado é de suma importância por afetar diretamente o direito ao pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, estatuído no art. 215, da CF/88.

Trata-se de um trabalho dogmático, isto é, teórico-documental, em que são analisados a teoria e os conceitos doutrinários da matéria abordada, como fonte para a formação argumentativa. O trabalho está estruturado em quatro tópicos: no primeiro, conceitua-se o patrimônio cultural e sua dimensão imaterial. No segundo, examinam-se o Poder de Polícia e a Polícia Ambiental Cultural. No terceiro tópico, analisam-se os instrumentos de salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial. E, por fim, a efetividade do Poder de Polícia na gestão do Patrimônio Cultural-Imaterial.

2 Patrimônio cultural geral e imaterial

O patrimônio cultural encontra-se vinculado à ideia de memória coletiva, numa conjugação de aspectos históricos do tempo passado com as múltiplas dimensões culturais do tempo de hoje. O termo *patrimônio*, em sentido lato, pode ser entendido como quaisquer bens materiais ou morais, pertencentes a uma pessoa, instituição ou coletividade; complexo de bens, materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa ou empresa e que seja suscetível de apreciação econômica; herança paterna; riqueza como patrimônio moral, cultural e intelectual.¹

Reisewitz² ressalta que o patrimônio pode ser entendido como um conjunto de bens que tem valor, mas não necessariamente valor econômico. A autora (2004) sustenta que o direito vem afastando a visão predominantemente privatista e economicista do termo patrimônio, abarcando inúmeros valores, tais como valores culturais e de pertencimento, que vão além das garantias individuais em relação à propriedade.

A cultura se torna patrimônio a partir da vivência e dos processos de construção das comunidades e do Estado, que atribuem valor a determinada coisa, que se torna bem, e esse bem se torna patrimônio, sendo esse objeto de proteção jurídico-estatal. Fonseca destaca que “são essas práticas

¹ Nesse sentido: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1.292.

² REISEWITZ, 2004.

e esses atores que atribuem a determinados bens valor enquanto patrimônio, o que justificaria sua proteção”.³

Moreno, ao analisar a cultura como patrimônio, destaca que essa é

el conjunto acumulativo de bienes y de valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuína facultad de simbolización. Por outra parte, sus concretas manifestaciones sócio-históricas, la cultura étnica, que expresa un modo de ser determinado de una comunidad, de un pueblo o de una nación, portadoras de un sistema cohesionado de contenidos e valores culturales.⁴

Assim, considera-se bem tudo aquilo que tem valor, e, na esfera jurídica, analisa-se o bem cultural como aquele bem, material ou não, significativo como produto e testemunho da tradição artística e/ou histórica, ou como manifestação dinâmico-cultural de um povo ou de uma região.⁵

O patrimônio cultural (como bem jurídico de significativo valor) encontra-se cada vez mais presente no contexto social, fazendo surgir novas relações jurídicas e novos direitos. Ao analisar esses novos direitos, verifica-se o *deficit* na elaboração dos instrumentos jurídicos de salvaguarda dos bens culturais valorados pela sociedade, exigindo-se, assim, uma maior reflexão e análise a fim de se formular um aparato normativo que respalde e proteja o patrimônio cultural.

No Brasil, as discussões a respeito da salvaguarda e proteção de objetos de valor artístico e histórico começam a ter relevância a partir da década de 1920. O Movimento Modernista de 1922 inaugura o debate acerca da valorização e proteção do patrimônio cultural brasileiro, propondo uma revolução artística com forte crítica aos modelos anteriores.

A partir do Movimento Modernista, buscou-se uma maior atenção com a constituição da identidade nacional como patrimônio cultural, é o que afirma Choay acerca da capacidade de construir o valor nacional baseado

³ FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2009. p. 35.

⁴ MORENO, Beatriz Gonzáles. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas, 2003. p. 90.

⁵ Conforme SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26.

no poder afetivo que o patrimônio possui para a Nação; valor cognitivo caracterizado pela importância da multiplicidade histórica, política, costume e artes que o patrimônio cultural assume, funcionando, também, como pedagogia geral do civismo e sua importância para a memória social; o valor econômico que gera políticas públicas específicas voltadas à exploração financeira que o patrimônio possui, como, por exemplo, o turismo que proporcionam e o valor artístico baseado na sua importância pedagógica para a formação de artistas.⁶

Para Fonseca

a temática do patrimônio surge, portanto, no Brasil, assentada em dois pressupostos do modernismo, enquanto expressão da modernidade: o caráter ao mesmo tempo universal e particular das autênticas expressões artísticas e a autonomia relativa da esfera cultural em relação às outras esferas da vida social. A atuação dos modernistas no SPHAN vai mostrar como eles puseram em prática, num campo cultural e político específico, e sob um regime autoritário, esses pressupostos.⁷

Em 1937 foi aprovado o Decreto-lei 25/1937 que organizou a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, marcando nova fase à proteção do patrimônio, ou seja, o texto inaugural de uma legislação específica sobre o patrimônio cultural no Brasil.

O Decreto-lei 25/1937 organizou a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e instituiu o tombamento como forma de proteção, mas somente estavam protegidos os bens físicos, em razão do seu excepcional valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico e bibliográfico.⁸

O conceito tradicional de patrimônio artístico-cultural vigorou por longos anos, vindo a ser modificado através da CF/88, que, diante do processo de redemocratização do País, deu especial tratamento ao

⁶ Em sentido equivalente, CHOAY, Françoise. *Alegoria do patrimônio*. São Paulo: Edunesp, 2001. p. 116-123.

⁷ FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo*, 2009. p. 92.

⁸ “Art. 1º. Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, que por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. (BRASIL, 1937).

patrimônio cultural brasileiro, alargando a concepção restrita trazida pelo Decreto-lei 25/1937. A partir da CF/88, abandona-se a ideia de “fatos memoráveis da história” e parte-se da noção de cultura e passa-se a considerar patrimônio cultural brasileiro o bem que é portador de referência à identidade, à ação ou à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

A CF/88 representa um grande avanço na proteção do patrimônio cultural brasileiro, inaugurando uma nova concepção, mais abrangente e democrática em relação ao conceito restritivo de “Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” definido no Decreto-Lei 25/1937. Nas palavras de Santilli:

Os novos conceitos constitucionais são frutos de um longo processo histórico de institucionalização de políticas de preservação cultural, que procuraram abandonar a perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora de patrimônio cultural, e valorizar a cultura viva, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades.⁹

Com o fito de abandonar o autoritarismo dos anos anteriores, a CF/88 buscou proteger os bens dos mais diversos grupos sociais e/ou étnicos nacionais, reafirmando a pluralidade cultural brasileira. O art. 216 da CF/88 estabelece que constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, abarcando as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver e as criações científicas, artísticas e tecnológicas dos diferentes grupos sociais brasileiros.

Pela nova visão trazida pela CF/88, no momento em que determinado bem é individualizado e reconhecido como parte do patrimônio cultural brasileiro, esse passa a ser regido por um regime jurídico especial que o difere dos demais bens. Isso não implica o abandono e o esquecimento dos demais, mas o torna bem de interesse público, sendo relevante sua preservação.¹⁰

⁹ SANTILLI, Juliana. Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos. In: CUNHA, Manuel Carneiro da (Org.). *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio Imaterial e Biodiversidade. Brasília: Iphan, n. 32, p. 62, 2005.

¹⁰ Nesse sentido, MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 53.

Nesse sentido, Souza Filho acrescenta:

Pela leitura da lei e da Constituição de 1988, bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere. Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não.¹¹

A partir de então, o patrimônio cultural desenvolve novo olhar na maneira de representar a Nação e seu povo, liberta-se do olhar unitário que engessava as diferenças para ser analisado pela diversidade e pluralidade culturais que compõem o Brasil. Hoje se fala em um patrimônio cultural aberto, vivo e capaz de interagir com a sociedade que o identifica e o individualiza como tal.

O Patrimônio Cultural-Imaterial é a possibilidade que outras manifestações da memória coletiva possam ser protegidas. A CF/88, nos arts. 215 e 216, ampliou a noção de patrimônio cultural ao abrigar a existência de bens culturais de natureza material e imaterial e ao reconhecer outras formas de preservação – como o Registro e o Inventário – além do Tombamento, instituídos pelo Decreto-Lei 25/1937. Assim, os bens culturais de natureza imaterial dizem respeito às práticas e aos domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênica, plástica, musical ou lúdica; e nos lugares (como mercados, feiras e santuários que abrigam práticas culturais coletivas).¹²

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura define como Patrimônio Cultural-Imaterial “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados

¹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Proteção jurídica dos bens culturais*. São Paulo: RT, 2005. p. 36.

¹² Conforme Iphan. *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*. Brasília: Iphan, 2000. p. 12.

– que as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos, reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”.¹³

Perante os anseios de atender às determinações legais e criar instrumentos adequados ao reconhecimento e à preservação desses bens imateriais, foi editado o Decreto 3.551/2000 – que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), consolidando o Inventário Nacional de Referências Culturais (INCR). Tais instrumentos serão analisados no tópico: “Os instrumentos de salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial”.

Souza Filho comenta acerca da importância da existência de um regime jurídico especial de proteção aos bens culturais por possuírem especial interesse público, esses de propriedade pública ou privada. Diante de tal interesse há que se pensar em um regime de bens que vá além do controle e do exercício do Poder de Polícia da administração sobre o bem e as limitações gerais que já produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar seus bens dotados de valor cultural socialmente úteis. Para os bens culturais

as limitações impostas a esses bens de interesse público são muito mais profundas pois modificam a coisa mesma, passando o Poder Público a, diretamente, controlar o uso, a transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social, que passa a ser co-responsável, interessado e legitimado para a sua proteção, além do próprio Poder Público. (Grifo próprio).¹⁴

Assim, para que ocorra a efetiva proteção jurídica do patrimônio com dimensão imaterial é necessária a implicação de obrigações e direitos aos titulares dos bens tutelados, à sociedade como um todo e também ao Estado. A aplicabilidade das normas protetivas irá variar de acordo com a natureza jurídica do bem e a realidade do contexto em que esse está inserido.

¹³ Segundo UNESCO, 2003: Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial, Decreto 28, de 26 de março de 2008, *Diário da República* n. 60, p. 1.685-1.704.

¹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Proteção jurídica dos bens culturais*, 2005. p. 21.

Por parte do Estado, através de seu poder administrativo sancionador, na hipótese de qualquer ameaça ou dano ao horizonte imaterial e intangível dos bens imateriais protegidos, cabe, no exercício do seu Poder de Polícia e de forma vinculada, utilizar os mecanismos administrativo-judiciais disponíveis e possíveis em busca da melhor solução ao caso concreto, inclusive, a cessação do dano e sua reparação. Por se tratar de um bem de natureza intangível, é necessário que tal atuação ocorra se for do interesse das comunidades, analisando-se, sempre, a situação real que lhe é posta e sempre ouvindo os interessados diretos, detentores e produtores.

Com o fito de melhor entender o papel do Estado na salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial, no tópico seguinte, busca-se entender o poder administrativo-sancionador no exercício do Poder de Polícia e sua utilização a favor do Patrimônio Cultural-Imaterial.

3 Poder de Polícia e a polícia ambiental cultural

O Poder de Polícia surgiu da necessidade de ordenação do convívio coletivo, e, a partir dessa necessidade, ele se desenvolveu não somente acompanhando a evolução dos aglomerados urbanos e cidades, mas também em razão da própria expansão dos direitos individuais e sociais, cumprindo sempre o papel primordial de preservar a estrutura social dos povos e a existência do próprio Estado, é o que sustenta Meirelles e a visão necessária para que se analise a sua necessária utilização na proteção do bem cultural imaterial.

No Brasil, a Constituição de 1824 já fazia menção a posturas municipais a serem exercidas pelas Câmaras Municipais; a Lei de 1º de janeiro de 1828 já trazia a expressão “posturas policiais” referindo-se a essas atividades. O pioneiro na utilização da expressão *Poder de Polícia* no Direito brasileiro foi Rui Barbosa, em 1915, seguido por Aurelino Leal que, em 1918 lançou o livro *Polícia e Poder de Polícia*, fixando a expressão no Direito pátrio, como explica Medauar.¹⁵

Conceituando o Poder de Polícia, esse deve ser entendido como a atividade da Administração Pública que, por meio de atos, impõe limites ao exercício de direitos e liberdades do particular. Tal atividade pode, ainda, ser entendida como uma faculdade de que dispõe a administração

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

de, em benefício da coletividade, restringir ou condicionar o exercício daqueles direitos.

Para Mello, o Poder de Polícia é conceituado como a

atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo o fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.¹⁶

Na visão de Di Pietro, o conceito adotado pelo Direito brasileiro é o de que “o Poder de Polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.¹⁷

Na legislação pátria, o conceito de Poder de Polícia é trazido pela Lei 5.172/1966, denominado Código Tributário Nacional (CTN), que, em seu art. 78, o define como

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.¹⁸

Toda essa ação do Estado decorre do Poder de Polícia que lhe é outorgado, valendo-se como o instrumento que esse tem para perseguir e compatibilizar os interesses públicos com os privados, buscando o bem-estar social.

O Poder de Polícia confere ao Estado o poder/dever de restringir, limitar, frear a atuação do particular em nome do interesse público, atingindo

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 795.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 104.

¹⁸ BRASIL, 1966, art. 78.

basicamente os direitos à liberdade e à propriedade. Mas, apesar de atuar na liberdade e propriedade, como instrumento do Poder Público, não atinge diretamente a pessoa do particular, mas os direitos e atividades da pessoa em busca do atendimento ao interesse público.

O denominado interesse público refere-se às mais diversas áreas da sociedade, como: segurança, saúde, defesa do consumidor, sanitária, de águas, da saúde, e o meio ambiente, que abarca o meio ambiente cultural e, conseqüentemente, o patrimônio cultural material e imaterial, objeto do presente estudo.

No tocante ao Direito Ambiental, Machado¹⁹ define Poder de Polícia Ambiental como as atribuições conferidas à Administração Pública para limitar e disciplinar, ato ou omissão diverso do interesse público, evitando a degradação do meio ambiente, através da prevenção ou da reparação do dano. É dessa forma que a administração, identificada como a guardiã, se encontra no centro do conceito de Poder de Polícia, procurando resguardar a relação do homem com o meio ambiente.

O Direito Ambiental, somando os conceitos do Direito Administrativo, trouxe para si a incumbência de analisar o patrimônio cultural por entender que esse faz parte do meio ambiente, mais precisamente, do meio ambiente cultural. Assim, o Poder de Polícia Ambiental é exercido como forma de proteção do interesse coletivo/público de preservação de bens de valor cultural, passando esses bens a estar sob a tutela especial do Estado, restringindo direitos de particulares, com o fim de resguardar o interesse da coletividade.²⁰ Segundo Pires,

assim, é certo que, uma vez reconhecido o caráter social do bem, em função de seu valor cultural, o qual justifica a medida de proteção, caberá ao Estado exercer o necessário Poder de Polícia para a garantia daquela preservação. Daí por que o Poder de Polícia fundamenta a ação protetora do estado em seus desdobramentos limitativos específicos, a partir do reconhecimento formal do valor social do bem via tombamento ou outro instrumento.²¹

¹⁹ MACHADO, 2015, p. 383.

²⁰ Em sentido equivalente, CASTRO, Sonia R. de. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Iphan, 2009. p. 45-52.

²¹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 98.

Na esfera federal, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) tem o dever legal e regimental conferido pelo Decreto 6.844/2009 de exercer o Poder de Polícia Administrativa Ambiental, visando à preservação do patrimônio protegido pela União.

Nos âmbitos estadual e municipal, os demais órgãos ligados à cultura também devem exercer esse poder na proteção de seus respectivos patrimônios. O Estatuto do Instituto Estadual de Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG) atribui ao órgão esse dever:

Art. 2º. O IEPHA-MG tem por finalidade pesquisar, proteger e promover o patrimônio cultural do Estado, nos termos do disposto na Constituição Federal e na Constituição do Estado, competindo-lhe: [...]

VIII – fiscalizar o cumprimento da legislação de proteção do patrimônio cultural, aplicar penalidades, multas e demais sanções administrativas e promover arrecadação, cobrança, execução de créditos não tributários, ressarcimentos devidos e emolumentos decorrentes de suas atividades, *exercendo o Poder de Polícia administrativa*, nos termos da legislação vigente. (Grifo próprio).²²

O bem cultural-material desde o mencionado Decreto 25/1937 vem sendo fiscalizado pelo Estado, que, no uso do seu Poder de Polícia, promove atos de fiscalização, preventiva e repressiva, com o fito de verificar se o referido bem está sendo preservado, transformado, mutilado, destruído em sua materialidade.

No campo do patrimônio imaterial, o uso do Poder de Polícia, sua abordagem e os efeitos jurídicos que esses geram se diferenciam, substancialmente, do campo do bem material. A ação do Estado deverá ser para garantir a continuidade histórica desses bens culturais “vivos”, com caráter inventivo e dinâmico. O problema ora analisado, quando se pensa em preservação do patrimônio cultural-imaterial, são inaplicáveis algumas noções próprias ao campo do material, como, por exemplo, a

²² MINAS GERAIS. Decreto 45.850, de 28 de dezembro de 2011. Estatuto do Instituto Estadual de Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG). *Diário Oficial*, Belo Horizonte, 29 dez. 2011, art. 2º.

ação fiscalizatória sobre bens culturais. Como agirá o Estado com seu poder administrativo-sancionador diante de um Patrimônio Cultural-Imaterial? Quais os limites de intervenção na busca de sua salvaguarda?

No campo do patrimônio imaterial, não cabe as ações adotadas na esfera material, os bens culturais salvaguardados pelo Registro relacionam-se a modos de fazer, saberes, relações sociais e simbólicas, experiências dos grupos humanos que se constituem fundamentos de identidades sociais.

O bem intangível se transforma e se modifica constantemente, com adaptações e modificações acarretadas pela ação do tempo e pela dinâmica das relações socioculturais e econômicas. Visto que tais modificações não podem ser entendidas como contrárias à proteção do bem, na esfera imaterial, busca-se muito mais do que o simples registro com fins históricos: busca-se a construção de meios para que bem imaterial prossiga referenciando o grupo social que o detém, até o momento em que esse lhe interessa.

O Poder de Polícia deve ser utilizado no âmbito do Patrimônio Cultural-Imaterial para potencializar os efeitos dos instrumentos de salvaguarda. Os atos administrativos deverão ser dirigidos àqueles que atuarem negativamente à continuidade dos bens registrados, prejudicando as práticas ou atingindo bens associados a esses.

4 Instrumentos de salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial

No exercício do Poder de Polícia, as competências material e legislativa sobre o patrimônio cultural repartem-se entre todos os entes políticos da Federação, podendo legislar e gerir políticas patrimoniais a União, os Estados e os Municípios, segundo Rodrigues.²³

Relacionadas ao patrimônio cultural-imaterial, diferentes políticas culturais vêm sendo adotadas, em nível federal tem-se como os instrumentos mais importantes, o Registro, o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC) e os Planos de Salvaguarda. Diante da efetividade de tais instrumentos é que se busca o poder administrativo sancionador do Estado com o fito de garantir os efeitos destes.

²³ RODRIGUES, 2008.

A referência cultural é o ponto de partida desses instrumentos. “Falar em referências culturais significa dirigir o olhar para representações que configuram uma ‘identidade’ da região para seus habitantes, e que remetem à paisagem, às edificações e aos objetos, aos ‘afazeres’ e saberes, às crenças e hábitos”.²⁴

Acerca da referência cultural a ser observada, o *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*, exemplifica:

Referências são edificações e são paisagens naturais. São também as artes, os ofícios, as formas de expressão e os modos de fazer. São as festas e os lugares a que a memória e a vida social atribuem sentido diferenciado: são as consideradas mais belas, são as mais lembradas, as mais queridas. São fatos, atividades e objetos que mobilizam a gente mais próxima e que reaproximam os que estão distantes, para que se reviva o sentimento de participar e de pertencer a um grupo, de possuir um lugar. Em suma, referências são objetos, práticas e lugares apropriados pela cultura na construção de sentidos e identidades, são o que popularmente se chama “raiz” de uma cultura.²⁵

Os instrumentos de salvaguarda ponderam que os modos de vida das coletividades humanas e o respeito às diferentes configurações culturais e aos valores e referências devem ser abarcados a partir de seus contextos. A salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial é baseada na ampla divulgação, na valorização, no apoio, no fomento e na garantia das condições de produção e reprodução de bens culturais expressivos da diversidade cultural do Brasil.

A criação de um instrumento legal sobre a salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial foi proposta em 1997, durante o “Seminário Internacional Patrimônio Imaterial: estratégias e formas de proteção”, que resultou na Carta de Fortaleza. O referido documento recomendou a efetivação do inventário dos bens imateriais nacionais e a integração das informações produzidas ao Sistema Nacional de Informações Culturais (SNIC).

²⁴ FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: *Manual de aplicação do INRC*. Brasília: MinC/IPHAN/Departamento de Documentação e Identificação, 2000. p. 11.

²⁵ IPHAN. *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*. Brasília: Iphan, 2000. p. 29.

Em 1998, o Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (GTPI), liderado pelo Iphan, apresentou a proposta técnica do Decreto 3.551/2000, criando o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI).

Para que ocorra a salvaguarda dos bens culturais intangíveis, é primordial e necessária a participação das esferas sociais que o cultivam, bem como o seu consentimento. O objetivo da salvaguarda é a realização de ações que valorizem as pessoas e garantam adequadas condições de produção e reprodução do bem cultural em seu contexto.

A seguir, analisa-se o INRC, o Registro e o Plano de Salvaguarda como instrumentalização de salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial, para que, no tópico 4, possa ser verificado de que forma o Poder de Polícia atua na efetividade desses instrumentos.

4.1 Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC)

Desenvolvido pelo Iphan como uma metodologia de pesquisa, o INRC busca detalhar as informações sobre os modos de vida social aos quais são atribuídos os sentidos que constituem as referências de identidade para determinado grupo social. Considera-se, além das categorias estabelecidas no Registro, edificações associadas a certos usos, significações históricas e imagens urbanas, independentemente de sua qualidade arquitetônica ou artística.

Segundo Fonseca,²⁶ a noção de referência cultural pressupõe a produção de informações e as pesquisas dão os suportes materiais para documentá-las, com a elaboração de dados, de compreensão da ressemantização de bens e das práticas realizadas por determinados grupos sociais, tendo em vista a construção de um sistema referencial da cultura daquele contexto específico.

O INRC não se pauta sobre um bem material ou imaterial específico, mas por um lugar, uma região, procurando entender todas as suas referências culturais relevantes. Entretanto, é necessário entender que

²⁶ FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: *Manual de aplicação do INRC*. Brasília: MinC/IPHAN/Departamento de Documentação e Identificação, 2000. p. 11.

para projetar um inventário não basta adotar os limites e as subdivisões administrativas de uma área geográfica. Os sistemas culturais, e portanto as referências de um grupo social, têm, por assim dizer, uma geografia própria, que dependerá da natureza das relações sociais existentes num determinado espaço físico: a segmentação ou estratificação social corresponderá a clivagens e diferenças culturais, com graus variados de permeabilidade, que deverão ser levadas em consideração na delimitação da área do inventário.²⁷

A demarcação da área a ser realizado o INRC ocorre a cargo das referências culturais presentes naquele determinado território. Tais áreas podem ser distinguidas em distintas escalas, podendo corresponder a uma vila, a um bairro, a uma zona urbana, a uma região geográfica culturalmente diferenciada ou a um conjunto de segmentos territoriais.

O Inventário, por fim, é um procedimento de investigação que se desenvolve em três níveis de complexidade: inicialmente, um levantamento preliminar e o mapeamento cultural; em seguida, a fase de identificação e descrição das referências culturais relevantes; e, por fim, a documentação e o desenvolvimento de estudos técnicos para inserção do banco de dados do INRC.

4.2 Registro de bens culturais de natureza imaterial

Previsto pelo Decreto 3.551/2000, o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial é um instrumento legal de preservação, reconhecimento e valorização do Patrimônio Cultural-Imaterial do Brasil. O registro não se preocupa com a imutabilidade do bem e sua possível mutação estética. Este deve ser compreendido como

uma forma de reconhecimento e busca a valorização desses bens. Sendo visto mesmo como um instrumento legal, resguardas as suas especificidades e alcance. Em síntese: tombam-se objetos, edificações e sítios físicos; registram-se saberes, celebrações, rituais e formas de expressão e os espaços onde essas práticas se desenvolvem.²⁸

²⁷ IPHAN. *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*. Brasília: Iphan, 2000. p. 32.

²⁸ CASTRO, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio Imaterial no Brasil*. Brasília: Unesco; Educarte, 2008. p. 18.

O Registro é tanto a identificação quanto a produção de conhecimentos sobre os bens culturais imateriais, aplicado àqueles bens que obedecem às categorias estabelecidas pelo decreto, quais sejam, as celebrações, os lugares, as formas de expressão e saberes. Assim, práticas, representações, expressões, lugares, conhecimentos e técnicas que os grupos sociais reconhecem como parte integrante do seu patrimônio cultural podem ser registrados e, ao serem, recebem o título de Patrimônio Cultural-Imaterial e são inscritos em um dos quatro *Livros de Registro*, de acordo com a categoria correspondente.

O Decreto 3.551/2000 estabelece, ainda, o compromisso do Estado de inventariar, documentar, produzir conhecimentos e apoiar a dinâmica dessas práticas socioculturais, favorecendo um amplo processo de conhecimento, comunicação, expressão de aspirações e reivindicações entre diversos grupos sociais.

Isso significa documentar – pelos meios técnicos adequados – o Patrimônio Cultural-Imaterial, revelando o passado e o presente da manifestação e suas diferentes versões, além de tornar as informações amplamente acessíveis ao público, mediante a utilização dos recursos proporcionados pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação. Os pedidos de registro de bens culturais imateriais devem ser feitos de acordo com os arts. 2º, 3º e 4º da Resolução 001/2006.

A instrução de um processo de registro requer pesquisa documental e de campo, mobilização e consenso social sobre motivações e propósitos; argumentação sobre o valor patrimonial da expressão cultural; diagnóstico sobre vulnerabilidade e recomendações para salvaguarda do bem cultural. Trata-se tanto de um processo administrativo quanto de um processo social de mobilização, culminando com a inscrição do bem em um dos livros do Patrimônio Imaterial: Celebrações, Lugares, Saberes, Formas de Expressão.

O registro do bem imaterial é a fase final de um processo jurídico-administrativo e social em torno da salvaguarda do bem cultural em questão, e, a cada dez anos, é realizada uma reavaliação do registro obtido pelo bem cultural imaterial.

4.3 Plano de Salvaguarda

O Plano de Salvaguarda do bem cultural de natureza imaterial fundamenta-se em sua continuidade de modo sustentável, atuando para a melhoria das condições sociais e materiais de transmissão e reprodução do

conhecimento. O conhecimento suscitado, no decorrer dos processos de inventário e registro, permite identificar as formas mais apropriadas de salvaguardar o bem imaterial, que pode ser desde uma ajuda financeira a detentores de saberes específicos com vistas à sua transmissão, até a organização comunitária ou a facilitação de acesso a matérias-primas.

Vianna afirma:

A salvaguarda do bem registrado é prevista para ser iniciada no decorrer da primeira década após o Registro, com vistas ao fortalecimento da autonomia dos detentores/produtores do bem cultural na produção, reprodução e gestão de seu patrimônio; e a continuidade do bem cultural no médio e longo prazos. [...] É esperado que possa decorrer algum tempo entre o Registro e o início da elaboração e execução do que se convencionou chamar Plano de Salvaguarda do bem registrado. Não é possível, *a priori*, definir quanto tempo será necessário para que se apresentem as condições consideradas fundamentais para a implementação do Plano de Salvaguarda, [...]. Entretanto, não obstante a possível demora no alcance destas condições, o IPHAN é responsável pela elaboração e execução de ações de salvaguarda imediatamente após o Registro do bem cultural, conforme a urgência, sempre a partir das recomendações de salvaguarda indicadas no dossiê de Registro e em diálogo com os detentores e eventuais instituições parceiras.²⁹

Dentre as ações a serem desenvolvidas no Plano de Salvaguarda estão a adoção das medidas administrativas e judiciais de proteção em caso de ameaça ou dano ao bem registrado, seja de qual for a natureza do objeto.

O Plano de Salvaguarda é um instrumento de apoio e fomento de bens intangíveis aos quais são atribuídos sentidos e valores que constituem referências de identidade para os grupos sociais envolvidos, e que são registrados como Patrimônio Cultural-Imaterial Brasileiro, conforme o estabelecido no Decreto 3.551/2000.

²⁹ VIANNA, Letícia C. R. Legislação e preservação do patrimônio imaterial: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda da cultura popular. *Textos Escolhidos de Cultura e Artes Populares*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82, 2004.

Para a implantação do Plano, o requisito básico é a inscrição de um bem cultural em um dos Livros de Registro do Iphan. O Registro tem essa função, obrigar a construção desse Plano de Salvaguarda, o que o tombamento não faz. Ao registrar um bem imaterial, o Estado fica comprometido a desenvolver um Plano de Salvaguarda.

O Plano de Salvaguarda deve estabelecer objetivos e metas a serem alcançados em curto, médio e longo prazos; as estratégias para a obtenção dos resultados esperados, a divisão das atribuições dos segmentos signatários de um termo de cooperação, as ratificações e retificações periódicas na condução da política e um monitoramento sistemático para efeito de avaliação. Conforme explana Vianna, a concretização de experiências nesse sentido – de elaboração do Plano de Salvaguarda – foi possível, inicialmente, pela observação de procedimentos adotados e exigidos pela Unesco no tratamento dos bens por ela reconhecidos e que também são registrados, como a Arte Kusiwa e o Samba de Roda.³⁰

A implantação de um Plano de Salvaguarda estabelece uma nova relação entre as bases sociais e o Estado, e é com esse instrumento de gestão que se espera alcançar autonomia e sustentabilidade da proteção de um bem cultural em médio e longo prazos.

5 A efetividade do Poder de Polícia na gestão do Patrimônio Cultural-Imaterial

No Brasil, a ideia de patrimônio cultural, por muito tempo, foi vista como fator de distinção entre as pessoas por suas origens e classes sociais. Salientava-se uma concepção de refinamento, em que deveria ser preservado aquilo que fizesse alusão à cultura europeia, restando clara a distinção entre os europeus colonizadores *civilizados cultos* e suas ações colonizadoras com o intuito de dominar povos *selvagens*, não civilizados e sem referências culturais a serem preservadas.

A partir do século XX, rompe-se o conceito de patrimônio cultural como fator de distinção, e movimentos sociais começam a pautá-lo pelo conceito de diversidade; volta-se ao reconhecimento e à valorização dos traços comuns do povo brasileiro, fundamentalmente diverso, inventivo e fonte dos mais diversos protagonismos.

³⁰ Conforme VIANNA, Leticia C. R. *Legislação e preservação do patrimônio imaterial*, 2004, p. 78.

Diante de tal reconhecimento e valorização, está o dever público de preservação do patrimônio cultural e de normas que ajustem o exercício das liberdades a essa finalidade. O Poder Público deve valer-se do dever de Polícia Ambiental no âmbito cultural, que decorre da afirmação expressa no *caput* do art. 215 da CF/88 ao determinar que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”.³¹

Machado salienta que “ainda que não seja fácil balizar o conteúdo desse dever, pela sua magnitude e profundidade, a afirmação constitucional coloca mais uma obrigação ao Poder Público. Desamparar a cultura é estar omissa e faltosa para com uma das faces de sua missão”.³²

No momento em que os bens culturais são elevados a bens coletivos relevantes para o direito, é necessário que a Administração Pública quer municipal, quer estadual, quer federal controle e reprima as atividades potencialmente degradadoras desses bens. É o que sustenta Reiszewitz ao analisar a necessidade de atuação estatal para a proteção e fruição do bem cultural individualizado e que referencie determinada coletividade. O Poder Público tem o poder/dever de intervir na preservação dos bens culturais cumprindo sua função, a fim de promover a ordem jurídica.³³

As atividades do Estado que visam a restringir, condicionar e limitar a atuação do particular em nome do interesse público é o Poder de Polícia, o poder administrativo sancionador. Tal poder atua na busca do bem-estar social e é alcançado por meio da compatibilização dos interesses públicos e privados.

Apesar dos instrumentos neste estudo analisado (Inventário, Registro e Plano de Salvaguarda), a dinâmica sociocultural do Patrimônio Cultural-Imaterial vem exigindo do Estado diversas respostas aos possíveis danos e ameaças que os bens registrados podem sofrer.

A efetividade do Poder de Polícia, na salvaguarda do patrimônio imaterial, diverge consideravelmente da aplicabilidade na seara do patrimônio material, cuja atuação consiste na fiscalização e vigilância, postos pelo Decreto 25/1937. Conforme delineado no início do presente estudo, no

³¹ BRASIL, 1988, art. 215.

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 738. (Trecho inexistente na 23. ed. de 2015, mas semelhante ao da p. 1.152).

³³ Segundo REISZEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004. p. 123.

campo imaterial, pretende-se evitar, ao máximo, a interferência fiscalizatória do Poder Público.

Na esfera do intangível, a atuação para o reconhecimento oficial pelo Estado deve pautar-se pela livre-vontade dos grupos detentores de saberes e práticas imateriais. A partir do momento em que um bem imaterial é individualizado e registrado, questões peculiares vão surgindo envolvendo os bens tutelados, incluindo temáticas de direitos intelectuais, indicações geográficas, propriedade, posse, repartição de acervos, reclamando do Estado uma atuação que não se encaixa nos modos de aplicabilidade do Poder de Polícia hoje estabelecidos.

No campo material, é perceptível a fiscalização ostensiva pelo Estado, com o fim de se verificar se o bem cultural está (ou não) sendo preservado, transformado, mutilado, destruído na sua materialidade, com aplicação de multas e medidas coercitivas. Já no campo imaterial, tal atividade mostra-se inexecutável, já que não se verifica a possibilidade de fiscalização, vigilância e qualquer outra ação restritiva, mediante o Poder de Polícia conferido ao Estado.

Diante do bem registrado, é impensável o exercício do Poder de Polícia para se observar se o frevo está sendo dançado da forma como foi registrado. Em seu plano de salvaguarda, estão reunidos os aspectos culturalmente relevantes para sua compreensão, analisando

suas origens, transformações e continuidade histórica; suas diferentes modalidades musicais, instrumentais, rítmicas; seus emblemas e iconografias; seus compositores, músicos e poetas; suas bandas e orquestras; seus dançarinos, coreógrafos e brincantes; seus passos, gestos, danças, coreografias; os sentidos atribuídos pelos sujeitos, apreciadores e estudiosos do frevo às suas diferentes expressões; os conflitos e tensões que também constituem o frevo, e/ou são constituídos por ele; seus lugares de preparação e ocorrência, os roteiros dos cortejos e desfiles, as retretas, as ruas e praças de Recife e Olinda; os clubes, blocos e troças que fazem do Carnaval frevente a expressão mais significativa de sua identidade cultural.³⁴

³⁴ Conforme IPHAN. *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*. Brasília: Iphan, 2000. p. 48.

O mesmo há que se pensar acerca do ofício das paneleiras de Goiabeiras/ES, primeiro bem imaterial registrado em nível federal, o Poder de Polícia não há que analisar se o barro utilizados por essas está na consistência ideal, ou ainda, se o modo de fazer queijo artesanal da região do Serro/MG está correto porque, nos documentos do seu plano de salvaguarda, assim consta: tais manifestações se alteram e se modificam constante e inevitavelmente. A intervenção ou proteção do Estado não se dá, portanto, no âmbito da prática cultural em si, mas em meios para que essa possa fruir e prosseguir sem a intervenção de terceiros.

É necessário pensar o exercício do Poder de Polícia do Estado de forma que possibilite a continuidade dessas práticas para que atenda aos anseios das comunidades interessadas e às exigências do contexto em que estão inseridas.

A resposta do Estado aos danos e ameaças ao Patrimônio Cultural-Imaterial deverá sempre estar alinhada àquelas delimitadas nos planos e ações de salvaguarda e ao diálogo com as comunidades que os detêm, exigindo certo desapego às fórmulas engessadas, prontas e acabadas.

O desafio do Estado, na reformulação de seu Poder de Polícia diante do patrimônio imaterial, se vê ainda ante situações em que os bens registrados compõem o universo cultural de comunidades tradicionais, como os povos indígenas, cujos hábitos, costumes e visões de mundo muito se diferenciam da lógica com a qual o Poder Público vem trabalhando.

Oliveira ressalta que “a riqueza das políticas referentes ao Patrimônio Cultural-Imaterial situa-se na possibilidade de conhecer respostas diferentes a antigas perguntas, assim como compreender outras possibilidades de ser.”³⁵

O Poder de Polícia, no âmbito do Patrimônio Cultural-Imaterial, será utilizado para potencializar os efeitos do Registro. Os atos de polícia administrativa deverão ser dirigidos àqueles que atuarem negativamente à continuidade dos bens registrados, prejudicando as práticas ou atingindo bens associados a esses.

³⁵ OLIVEIRA, David Barbosa de. A solidariedade intergeracional do Patrimônio Cultural-Imaterial. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 63, jul./dez. 2009.

A título exemplificativo, a possibilidade do exercício do Poder de Polícia no Patrimônio Cultural-Imaterial, o art. 70 da Lei 9.605/1998 dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicadas à hipótese de crimes e infrações cometidos em face do meio ambiente. Nesse conceito abarca o meio ambiente cultural e conseqüentemente o Patrimônio Cultural-Imaterial.

O art. 72 da Lei 9.605/1998 enumera diversas possibilidades de sanção administrativa que podem ser aplicadas por quem exerce a atividade fiscalizatória, tais como: multa, apreensões, destruição e inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação, ações restritivas de direito, etc. Existem, ainda, leis especiais de proteção ao meio ambiente cultural e ao patrimônio cultural que preveem outras formas de sanção eficazes na esfera administrativa.

Vieira salienta que “paira certa timidez dos órgãos e entidades incumbidos da fiscalização do patrimônio cultural, padecendo as instituições de verdadeira omissão no exercício das competências e atribuições que possuem ao seu encargo”.³⁶

Nesse sentido, conclui-se que por se tratar de um patrimônio cultural relativamente novo, o que se tem verificado é certa dificuldade de se conjugar os poucos instrumentos que se compatibilizam com o bem intangível. É necessário conclamar a aplicação de tais instrumentos existentes na ordem jurídica para a efetiva proteção desse patrimônio.

6 A responsabilidade civil da Administração Pública por omissão na fiscalização do meio ambiente cultural, à luz do princípio da sustentabilidade

Ao se considerar que a temática deste artigo é nova para o Direito brasileiro, existem poucos patrimônios imateriais registrados no País, não havendo jurisprudência acerca do Poder de Polícia sobre os referidos bens.

Sem embargo, existem decisões relacionadas à responsabilidade da Administração Pública na omissão do Poder de Polícia, especialmente no acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no julgamento do Reexame Necessário Cível

³⁶ VIEIRA, Jamerson. *Patrimônio cultural: um estudo sobre a tutela administrativa das paisagens culturais no contexto dos instrumentos de proteção previstos no ordenamento jurídico brasileiro*. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. p. 89.

10317110096383001, relatado pelo Eminentíssimo Desembargador Washington Ferreira, do qual participaram os Desembargadores Belizário de Lacerda como revisor e o Desembargador Peixoto Henriques, cujo acórdão foi assim ementado (MINAS GERAIS, 2013, internet):

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. ATIVIDADES CAUSADORAS DE DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DESCUMPRIMENTO DO “TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA”. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E CASSAÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E LOCALIZAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. OMISSÃO POR PARTE DO MUNICÍPIO DE ITABIRA. SENTENÇA MANTIDA. I. A ação civil pública constitui o meio processual hábil conferido ao Ministério Público para a defesa do patrimônio público, sendo cabível quando se objetiva à defesa do meio ambiente. II. Atividades consideradas potencialmente causadoras de degradação ao meio ambiente dependerão de prévio licenciamento ambiental municipal. III. Em havendo riscos à segurança da coletividade e ao meio ambiente nas atividades desenvolvidas por empresa prestadoras de serviços nocivas ao meio ambiente, que se encontra irregular em suas atividades, torna-se, de fato, necessária a interdição do estabelecimento empresarial que encontra em funcionamento sem a regular autorização ambiental de funcionamento.³⁷

O acórdão ora comentado foi proferido em sede de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) em desfavor da Retífica Delta Motores Silva Ltda. e do Município de Itabira, objetivando que a pessoa jurídica ré suspendesse suas atividades empresariais por contrariar a legislação ambiental, e que o Município, com amparo em seu Poder de Polícia, suspenda toda e qualquer atividade desenvolvida pela referida empresa até sua regularização, além da cassação da licença/alvará de funcionamento que lhe foi concedida irregularmente.

³⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Reexame Necessário-Cível n. 10317110096383001. Rel. Des. Washington Ferreira, Belo Horizonte, 19 fev. 2013. *Diário de Justiça*, Belo Horizonte, 22 fev. 2013.

Em 6/3/2009, a empresa ré, diante de todas as irregularidades apuradas no Inquérito Civil Público 0317.09.000028-0, assinou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a Promotoria de Justiça de Itabira, obrigando-se a apresentar o Formulário de Orientação Básico Integrado ao Órgão Ambiental Estadual, no prazo de 30 (trinta) dias, para obtenção de autorização ambiental de licenciamento municipal.

Houve o descumprimento pela pessoa jurídica ré das obrigações assumidas no TAC, e o Município foi notificado, em 26/1/2011, com amparo em seu Poder de Polícia, para que providenciasse o fechamento do estabelecimento da Retífica Delta Motores Silva Ltda., pois a referida empresa funcionava em desacordo com as normas ambientais.

Embora notificada pela municipalidade, a retífica ré continuou operando sem licença ambiental.

Logo, a pessoa jurídica ré, de fato, não preencheu os requisitos autorizadores à concessão de alvará de funcionamento para prestação de seus serviços, razão pela qual os desembargadores concordaram tanto com a sentença proferida no juízo singular quanto com a necessidade de cassação do alvará que lhe foi concedido pelo Município de Itabira.

Em consonância com o próprio Estado Democrático de Direito, a polícia administrativa deve funcionar adequadamente e com eficiência. Fato é que o princípio da eficiência se faz presente no *caput* do art. 37 da CF/88, veja-se:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:³⁸

Nota-se que a Administração Pública não deve apenas funcionar para sua eficiência e eficácia; ela deve “azeitar” suas engrenagens de maneira que preste um bom serviço público na busca dos objetivos constitucionais.

Os poderes da Administração Pública devem ser analisados sob a ótica do dever-poder, já que tanto a ação quanto a omissão dos agentes públicos podem acarretar danos e prejuízos a toda a coletividade,

³⁸ BRASIL, 1988, art. 37.

principalmente em matéria de patrimônio imaterial. Necessário é que se aperfeiçoe um trabalho permanente e constante de prevenção, fiscalização e repressão de qualquer conduta lesiva ao interesse público e ao meio ambiente cultural.

A respeito desse poder-dever de fiscalização e controle, são de grande valia as lições de Borges:

Na condução da política de proteção ao meio ambiente o Poder Público, tanto nos empreendimentos próprios como naqueles propostos pela iniciativa privada, tem o poder-dever de adotar medidas preventivas e mitigadoras de danos. A forma mais adequada de efetivação dessa sua missão está no regular exercício do Poder de Polícia, que tem a finalidade de constatar, por intermédio dos respectivos agentes administrativos, não só na ocasião do licenciamento, mas também na instalação e na operação, a observância dos padrões postos nas normas reguladoras editadas, punindo-se os infratores que deixarem de cumprir com sua obrigação de observar as regras próprias e, sobretudo, de preservar o meio ambiente, já que se trata de dever de todos.

É oportuno demonstrar que o Estado – compreendido nas diferentes esferas – enquanto ente condutor das políticas que levam à preservação dos recursos ambientais tem o dever de adotar ações que efetivamente assegurem a incolumidade ambiental. Para isso, dispõe de instrumentos de ordem legal que lhe permitem assegurar, inclusive por meios repressivos, condutas daqueles administrados, pessoa física ou jurídica, que se põem a ameaçar ou mesmo degradar os recursos ambientais. Esse é seu dever, do qual resulta responsabilidade.³⁹

Como mencionado anteriormente, o Iphan tem o dever legal e regimental conferido pelo Decreto 6.844/2009 de exercer o Poder de Polícia Administrativa Ambiental, visando à preservação do patrimônio protegido pela União na esfera federal. Por sua vez, nas esferas estaduais e municipais, os demais órgãos ligados à cultura também devem exercer esse poder na proteção de seus próprios patrimônios.

³⁹ BORGES, Guiomar Theodoro. Responsabilidade do Estado por dano ambiental. *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*, Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 94-95, jan./jun. 2007.

A tais órgãos cabe o dever de vigilância e fiscalização, quando provocados ou mesmo de ofício.

Com relação à responsabilidade administrativo-ambiental, sabe-se que a mesma é fruto de infração às normas administrativas, levando o infrator a uma sanção também administrativa, tais como: advertência, multa simples, suspensão de benefícios ou interdição de atividade.

Ao ente público se dá essa responsabilidade administrativa, em virtude da capacidade que as pessoas jurídicas de direito público possuem de exigir certas condutas de seus administrados, é claro, limitando-se às suas competências constitucionais. É o Poder de Polícia do ente estatal agindo.

O Poder de Polícia, como visto anteriormente, se constitui em uma faculdade inerente ao Estado para limitar, restringir o uso da propriedade, das liberdades e atividades dos particulares individualmente considerados, em benefício da coletividade. Esse poder se manifesta por meio de determinações e vedações, mas, principalmente, através de normas limitadoras e sancionadoras, decorrentes da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Na hipótese ora em estudo, houve a condenação do Município em virtude de sua omissão quanto ao seu Poder de Polícia, na medida em que deixou de tomar providências eficazes para interditar atividades comerciais da pessoa jurídica ré, colocando em risco o meio ambiente e a própria coletividade. *In casu*, existia o dever-agir da municipalidade.

Com relação à responsabilidade civil do Poder Público por omissão, existem divergências doutrinárias. Alguns doutrinadores, dentre eles Mello⁴⁰

⁴⁰ Mello, em seu artigo publicado na RT 552/11-20, citado por Gonçalves em 2013, apresenta algumas conclusões sobre a responsabilidade extracontratual do Estado:

a) A responsabilidade do Estado no Direito brasileiro é ampla. Não obstante isso, não é qualquer prejuízo patrimonial relacionável com ações e omissões do Estado que o engaja na obrigação de indenizar.

[...]

f) Quando o comportamento lesivo é comissivo, os danos são causados pelo Estado. Causa é o evento que produz certo resultado. O art. 107 da Carta Constitucional estabelece que o Estado responde pelos danos causados.

g) No caso de dano por comportamento comissivo, a responsabilidade do Estado é objetiva. Responsabilidade objetiva é aquela para cuja irrupção basta o nexos causal entre a atuação e o dano por ela produzido. Não se cogita de licitude ou ilicitude, dolo ou culpa.

h) Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é condição do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano.

e Gonçalves, defendem que a responsabilidade civil do Estado, nos casos de ausência de atuação, deve ser subjetiva, exigindo-se o nexo de causalidade entre a omissão do agente público, que age com dolo ou culpa, e o evento danoso. Deve-se demonstrar que o Poder Público se omitiu de forma ilícita ou se comportou aquém do padrão exigido por lei, não impedindo a ocorrência de danos. Para outros doutrinadores, dentre eles, Milaré e Machado, a responsabilidade civil do Estado por omissão é de natureza objetiva, ou seja, independentemente da existência de dolo ou culpa, o Poder Público é responsável pela omissão no seu dever de dar proteção ao meio ambiente.

Crê-se, pois, que, no Brasil, o ordenamento jurídico-ambiental determina a responsabilidade civil objetiva do Estado por dano ambiental, fundamentado na teoria do risco integral.⁴¹ A inércia, ou ineficiência ou omissão do Poder Público só poderá ser considerado para a valoração da responsabilidade estatal.

Sob o crivo da sustentabilidade, sugere-se que a responsabilidade do Estado (tanto nas ações quanto nas omissões) assuma a roupagem objetiva, principalmente quando esse dano comprometer, direta ou indiretamente, a sadia qualidade de vida, o equilíbrio ecológico e o bem-estar social duradouro (intergeracional).

Em outras palavras, emergindo a sustentabilidade como um objetivo constitucional, caberá ao gestor público (profissional, qualificado e preparado para assumir a função) impedir (dever de agir), como garantidor do bem-estar social duradouro, qualquer dano ao Patrimônio Cultural-Imaterial.

Ao explicar a necessária releitura da responsabilidade do Estado, Freitas argumenta:

i) No caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva. Responsabilidade subjetiva é aquela cuja irrupção depende de procedimento contrário ao Direito, doloso ou culposo.

j) O Estado responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no ilícito de deixar de obstar àquilo que podia impedir e estava obrigado a fazê-lo.

E continua Gonçalves: “A omissão do Estado em debelar o incêndio, em prevenir as enchentes, em conter a multidão, em obstar ao comportamento injurídico de terceiro, terá sido condição da ocorrência do dano, mas causa não foi e, assim, a responsabilidade do Estado será subjetiva”. (MELLO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179, v. 4).

Por todo o exposto, para que se instaure o Estado Sustentável, relevante que não persista o acintoso quadro de omissivismo inconstitucional, especialmente nas relações administrativas e ambientais (exemplificando: os editais precisam, como sublinhado no capítulo anterior, incorporar os critérios paramétricos de sustentabilidade; a população não pode continuar a ser envenenada pelo enxofre em nossas ruas; o transporte coletivo deve ter primazia; os financiamentos não podem ser dados com o fito exclusivo no crescimento de curto prazo; as reformas estruturais, que ampliam a produtividade, não podem tardar, à espera da próxima crise; novos leitos precisam ser cobrados de hospitais públicos e privados; as penas cruéis não podem prosseguir e assim por diante). Indispensável, para tudo isso, taxa de investimento compatível com o desenvolvimento duradouro, à base de poupança interna, sem restar tão excessivamente dependente do capital externo.⁴²

Freitas continua:

Assim, a ousada releitura da responsabilidade do Estado, coibindo ações e omissões desproporcionais, implica fazer frente aos desafios complexos da gestão pública sustentável, notadamente para lidar (a) com a formação de poupança pública; (b) com os investimentos urgentes em infraestrutura; (c) com o uso das energias renováveis, sem formação de bolhas especulativas; e, não menos importante, (d) com todos os itens que compõem a Agenda da Sustentabilidade [...]. O Estado Sustentável é, resumidamente, aquele capaz de cumprir tal Agenda de ofício.⁴³

⁴¹ Como afirmam Bredan e Mayer (2013, p. 62-63), as teorias *do risco criado* (ou *mitigado*) e *do risco integral* vêm sendo adotadas pelos tribunais brasileiros em questões ambientais, também sem um posicionamento unísono. Para aprofundamentos, ver (BREDAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e Comparado: teoria do risco criado *versus* teoria do risco integral. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 45-88, jan./jun. 2013).

⁴² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 269-270.

⁴³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*, 2012. p. 270.

Essa amplitude e abrangência da responsabilidade civil objetiva do Estado, nas omissões que afetam o *status* de sustentabilidade, advém, também, da influência dos princípios prevenção (risco real de ocorrência de dano) e precaução (risco potencial de ocorrência de dano) no Direito pátrio, haja vista que a observância deles acarreta a obrigação do gestor público de prever e de se precaver contra situações que produzem riscos de dano, devendo agir antecipadamente para evitá-los. Esta é a lição de Machado:

Ao aplicar o princípio da precaução, “os governos encarregam-se de organizar a repartição da carga dos riscos tecnológicos, tanto no espaço como no tempo. Numa sociedade moderna, o Estado será julgado pela capacidade de gerir os riscos”.

Deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, ocasionando prejuízos, pelos quais será corresponsável.⁴⁴

No que tange à responsabilização do Poder Público ser subsidiária ou solidária, entende-se que, na reparação dos danos ambientais culturais, ela é solidária. Nesse sentido, qualquer um dos agressores poderá ser acionado de forma isolada, visando à reparação dos prejuízos, facilitando, dessa forma, a responsabilização por danos à coletividade e aos bens imateriais do meio ambiente cultural.

Ao seguir esse norte (sustentabilidade), conclui-se que andou bem o Egrégio TJMG ao exigir uma maior intervenção e responsabilização do Poder Público, no caso municipal, que foi omissivo quando deveria ter agido para impedir qualquer resultado danoso ao meio ambiente, por intermédio de seu Poder de Polícia, o que deve ser estendido ao patrimônio imaterial.

7 Considerações finais

Demonstrou-se, neste artigo, a importância do Patrimônio Cultural-Imaterial como forma de referenciar as diversas culturas que compõem o Brasil e, no intuito de sua preservação e salvaguarda, qual é sua relação com o Poder de Polícia do Estado.

⁴⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*, 2015. p. 111.

O patrimônio cultural vincula-se à ideia de memória coletiva, de processos de construção das comunidades e de valores que elas vão atribuindo a determinado bem, individualizando-o dos demais e carecendo de proteção jurídico-estatal.

No Brasil, a partir da década de 1920, as discussões acerca da proteção dos patrimônios artístico e histórico tomaram forma, e, liderados pelo Movimento Modernista, inauguram os debates propondo a valorização e salvaguarda do Patrimônio Cultural Nacional com fortes críticas aos modelos até então propostos.

Com a edição do Decreto-Lei 25/1937, em vigor até hoje, o patrimônio artístico e histórico brasileiro passou a ter legislação específica, instituindo o tombamento como forma de proteção dos bens físicos, ou seja, o patrimônio cultural material.

A proteção constitucional do Patrimônio Cultural-Imaterial surge com a CF/88 e é efetivada legalmente pelo Decreto 3.551/2000. O Patrimônio Cultural-Imaterial compreende os saberes, ofícios e modos de fazer, celebrações, formas de expressão cênica, musicais ou lúdicas e os lugares que dizem respeito às práticas e aos modos de vida dos diferentes povos que compõem o Brasil.

Por se tratar de um instituto jurídico ainda recente e pouco analisado na esfera jurídica, muitos questionamentos ainda vêm sendo feitos acerca de sua aplicabilidade e da forma como o Estado pode atuar com seu Poder de Polícia, a fim de preservar o bem imaterial registrado.

O Poder de Polícia, entendido como a necessidade de ordenação do convívio coletivo exercido pelo Poder Público, tem o dever de impor limites ao exercício de direitos e liberdades do particular. E, nesse fito, tem-se a polícia ambiental como responsável por limitar e disciplinar o patrimônio cultural, visto que ele se enquadra no conceito de meio ambiente cultural.

A fim de realizar um estudo crítico sobre os bens de natureza imaterial protegidos pelo Poder Público, buscou-se analisar a possibilidade de atuação do poder administrativo sancionador sobre esses bens, apresentando os instrumentos para sua salvaguarda e o Poder de Polícia como potencializador de sua proteção, sob pena de configuração de responsabilidade civil-objetiva e solidária da Administração Pública pela omissão.

Verificou-se que os instrumentos utilizados na proteção do patrimônio imaterial (Inventário, Registro e Plano de Salvaguarda) servem de “norte” à atuação do Estado em sua preservação, mas não podem ser um fim. Faz-se, então, necessária a conjugação de tais instrumentos e a atuação do Estado com seu Poder de Polícia, que ainda se mostra tímida, seja pela novidade do tema, seja pela ineficiência dos órgãos que detêm tal responsabilidade.

Por fim, verificou-se a necessidade de uma maior interação do Direito no campo do patrimônio cultural, especialmente o imaterial, que, até então, se encontra muito discutido nos estudos de Antropologia e Sociologia, mas carecendo de uma visão jurídica acerca de sua salvaguarda.

Referências

BORGES, Guiomar Theodoro. Responsabilidade do Estado por dano ambiental. *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*, Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 83-100, jan./jun. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 25, de 30 nov. 1937. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 dez. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Decreto 3.551, de 4 ago. 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de natureza imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 ago. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 out. 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 fev. 1966.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 fev. 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BREDAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no Direito brasileiro e Comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 45-88, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/271>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

CASTRO, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil*. Brasília: Unesco; Educarte, 2008.

CHOAY, Françoise. *Alegoria do patrimônio*. São Paulo: Edunesp, 2001.

CURY, Isabelle. Carta de Fortaleza. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iphan, 2000. p. 363-365.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2009.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: IPHAN, *Manual de aplicação do INRC*. Brasília: MinC/Iphan/Departamento de Documentação e Identificação, 2000. p. 11-21.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico Nacional. *Manual de aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturais*. Brasília: Iphan, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édís. *Direito do meio ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. Decreto 45.850, de 28 dez. 2011. Estatuto do Instituto Estadual de Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG). *Diário Oficial*, Belo Horizonte, 29 dez. 2011, p. 28.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Reexame Necessário-Cível 10317110096383001. Rel. Des. Washington Ferreira, Belo Horizonte, 19 fev. 2013. *Diário de Justiça*, Belo Horizonte, 22 fev. 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=E7C13764DF06F1917EB31FC616A1BC2B.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0317.11.009638-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 7 jun. 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORENO, Beatriz Gonzáles. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas, 2003.

OLIVEIRA, David Barbosa de. A solidariedade intergeracional do Patrimônio Cultural-Imaterial. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, p. 55-68, jul./dez. 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural: o tombamento como principal instituto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RABELLO DE CASTRO, Sonia. *O Estado na preservação dos bens culturais: o tombamento*. Rio de Janeiro: Iphan, 2009.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *Patrimônio cultural: a propriedade dos bens culturais no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

SANTILLI, Juliana. Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos. In: CUNHA, Manuel Carneiro da (Org.). *Revista do Patrimônio Histórico e*

Artístico Nacional nº 32/2005. Patrimônio Imaterial e Biodiversidade. Brasília: Iphan, 2005. p. 44-62.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Proteção jurídica dos bens culturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UNESCO. Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural-Imaterial, Decreto 28, de 26 de março de 2008. *Diário da República*, n. 60, p. 1685-1704. Disponível em: <<http://portal.UNESCO.org>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

VIANNA, Letícia C. R. Legislação e preservação do patrimônio imaterial: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda da cultura popular. *Textos Escolhidos de Cultura e Artes Populares*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 75-83, 2004.

VIEIRA, Jamerson. *Patrimônio cultural: um estudo sobre a tutela administrativa das paisagens culturais no contexto dos instrumentos de proteção previstos no ordenamento jurídico brasileiro*. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

Estatuto da Cidade e Plano Diretor:
instrumentos urbano-ambientais ao
desenvolvimento de cidades sustentáveis
com área de Zona Costeira

*City Statute and Master Plan: urban environmental
instruments for the development of sustainable cities
with area at Coastal Zone*

Gabriela Soldano Garcez*
Mariana Vicente Braga Carmello**

Resumo: O planejamento urbano é um importante instrumento de promoção de mudanças significativas nas cidades brasileiras para obter o desenvolvimento sustentável e a criação de nova relação do homem com o meio ambiente em que vive, principalmente no que se refere aos municípios com área de Zona Costeira, área importantíssima à manutenção do equilíbrio ecológico. No que concerne a esse planejamento, o Plano Diretor é a ferramenta básica ao ordenamento das cidades, estabelecendo diretrizes, a fim de atender às necessidades dos cidadãos, garantindo qualidade de vida e desenvolvimento econômico-social. Para tanto, é necessária a participação do cidadão na elaboração e fiscalização das atividades municipais, para cumprir o princípio constitucional da democracia participativa. A sociedade civil deve participar das tomadas de decisão referentes às políticas públicas na área ambiental, bem como da elaboração, efetivação e fiscalização dessas políticas, tendo em vista que é dever tanto do Poder Público quanto da sociedade a proteção e defesa do meio ambiente às presentes e futuras gerações (conforme o art. 225 da Constituição Federal de 1988). Nesse contexto, o presente trabalho visa, primeiramente, a avaliar as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade (Lei 10.527/2001) e a importância dos Planos Diretores municipais às áreas de zona costeira. Após, aborda-se a gestão participativa das cidades como forma de implementação de cidades sustentáveis.

* Advogada e jornalista diplomada. Mestre em Direito Ambiental (bolsista Capes). Doutoranda em Direito Ambiental Internacional (bolsista Capes), ambas pela Universidade Católica de Santos (Unisantos). Conciliadora capacitada pela Escola Paulista de Magistratura.

** Assistente jurídico do Ministério Público de São Paulo. Aluna especial do programa de Mestrado em Direito Ambiental, pela Universidade Católica de Santos.

Palavras-chave: Cidade sustentável. Estatuto da Cidade. Gestão democrática. Plano Diretor. Zona Costeira.

Abstract: Urban planning is an important tool for promoting significant changes in Brazilian cities to achieve sustainable development and the creation of a new relationship between man and the environment they live in, especially with regard to municipalities with an area of Coastal Zone, which is important for maintaining the ecological balance ecosystem. With regard to this plan, the Master Plan is the basic tool for the improvement of towns, establishing guidelines to meet the needs of citizens, ensuring quality of life and economic and social development. Therefore, it is necessary that citizens participate in the preparation and supervision of municipal activities in order to meet the constitutional principle of participatory democracy. Civil society should participate in the decision making of public policy in the environmental area, as well as the preparation, execution and monitoring of these policies, given that it is the duty of both the Government and the society the protection and defense of the environment for present and future generations (according to article 225 of the Federal Constitution de 1988). In this context, this paper aims, at first, to assess the general guidelines of the City Statute (Law 10.527/2001) and the importance of municipal Master Plans for areas of the Coastal Zone. After addresses of participatory management of cities as a way of implementing sustainable cities.

Keywords: Sustainable city. City statute. Management democratic. Director plan. Coastal Zone.

Introdução

A atual política urbana nacional, formalizada através de conceitos trazidos pelo Estatuto da Cidade e pelos Planos Diretores, tem fundamental importância para o planejamento das cidades, de forma a construir um ambiente saudável para as presentes e futuras gerações.

O estudo do Plano Diretor dos municípios objetiva ordenar o adequado funcionamento das cidades, aliando função socioambiental, bem-estar dos munícipes e necessidades sociais básicas e, com isso, garantir a condução das políticas públicas municipais para o desenvolvimento sustentável, principalmente no que se refere a municípios com áreas de Zona Costeira, área de grande importância e que merece especial atenção por parte dos cidadãos e gestores públicos.

Neste contexto, o presente trabalho aborda, primeiramente, o embasamento jurídico da atual política de desenvolvimento urbano. Avalia

as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), bem como analisa os Planos Diretores municipais, indicando sua importância às áreas de Zona Costeira.

Por fim, pondera sobre a gestão democrática da cidade, enfatizando sua importância para a edificação de um município sustentável.

1 Direito Urbanístico e relação entre política urbana e proteção ambiental

Direito Urbanístico é o ramo do Direito Público que contempla normas e princípios reguladores da atividade urbanística.

Meirelles advertia que, na amplitude do conceito de direito urbanístico, incluem-se todas as áreas em que o homem exerce qualquer uma das suas quatro funções essenciais na comunidade: habitação, trabalho, circulação e recreação.¹

Em sede constitucional, o Direito Urbanístico surgiu como disciplina jurídica autônoma somente com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que, no art. 24, inciso I, atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar concorrentemente sobre a matéria. À União, nos termos do art. 24, § 1º, compete estabelecer normas gerais; aos Municípios, suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, inciso II).

Além do art. 24, inciso I, que se refere exclusivamente à competência legislativa, a CF/88 contempla a matéria urbanística em outros preceitos, como, por exemplo, no art. 21, incisos IX e XX, que atribuem à União competência para a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social e a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano.

Se isso não bastasse, o constituinte dedica um capítulo à política urbana dentro do título atinente à Ordem Econômica e Financeira.

A propósito, cumpre advertir, desde já – ainda que de maneira superficial, já que a ideia será retomada mais adiante – que a CF/88, ao

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 513-514.

relacionar os princípios gerais norteados da atividade econômica, refere-se, expressamente, à defesa do meio ambiente.

Para Silva, a política urbana tem por escopo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável, no qual coexistam a qualidade do meio ambiente natural e a qualidade do meio ambiente artificial.²

Já Carmello Júnior e Freitas lembram que a relação entre atividade urbanística e planejamento é intrínseca, compreendendo-se essa como o caminho para a racionalização do uso dos espaços, que é condicionada pela necessidade de preservação da qualidade ambiental.³

Esclarecido o conceito de Direito Urbanístico e evidenciada a relação que se estabelece entre política urbana e proteção ambiental, passemos à análise da Zona Costeira, de seus padrões de ocupação territorial e de suas principais consequências socioambientais.

1.1 Ocupação territorial em Zona Costeira

Silva lembra que, no Brasil, a evolução do fenômeno urbano tem relação com os ciclos econômicos. Inicialmente, a exploração dos recursos naturais (pau-brasil) deu origem às primeiras feitorias (entrepósitos comerciais) e agrupamentos humanos.⁴

À frente de expedição colonizadora, Martim Afonso de Sousa fundou, no ano de 1532, a Vila de São Vicente. A partir de então, formaram-se, ao longo do Litoral brasileiro, vilas e povoados, que não eram produtos da criação espontânea da massa, mas resultado da ação urbanizadora das autoridades coloniais.

É certo que as cidades brasileiras, em razão do tipo de economia prevalente, voltada ao comércio exterior, desenvolveram-se precipuamente em Zona Costeira, ressalvados os núcleos urbanos constituídos por influência da mineração, nos Estados de Minas Gerais e Goiás, e da cultura de cana-de-açúcar, na Região Nordeste.

² SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico e meio ambiente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Afonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 1.183.

³ CARMELLO JÚNIOR, Carlos Alberto; FREITAS, Gilberto Passos de. A cidade sustentável e o Direito Penal Ambiental. In: LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Coord.). *Revista de Direito Ambiental*, v. 68, p. 155.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 17.

Ainda nos dias de hoje, é pelo Litoral brasileiro que as riquezas são escoadas através de estradas e portos. Ademais, alguns dos polos industriais mais importantes, como o de Cubatão, em São Paulo, e Camaçari, na Bahia, encontram-se muito próximos do mar, a exemplo do que ocorre com as usinas nucleares Angra 1 e Angra 2.

Nas últimas décadas do século XX, com a migração da população rural às cidades, sem a adoção pelo Poder Público de políticas públicas de ordenação e planejamento do espaço urbano, houve o avanço do fenômeno “especulação imobiliária”, o que conduziu o enorme contingente proveniente do meio rural a se instalar em submoradias, que constituem um dos maiores problemas socioambientais da atualidade.⁵

A maioria das cidades costeiras tem no turismo a única opção ao seu desenvolvimento econômico. A atividade turística, entretanto, não é organizada e desenvolvida de modo sustentável.

Nos meses de verão, a população das cidades costeiras se multiplica, determinando sobrecarga nos serviços de saneamento (água, esgoto e coleta de lixo) e causando poluição nas praias.

A construção de edifícios de inúmeros pavimentos à beira-mar é outro exemplo. Não raro, o que se vê é que a preocupação com o patrimônio paisagístico e o cuidado com recuos, distâncias, sombra e ventilação perdem lugar para o atendimento de interesses econômicos e especulativos. Assim, a fim de favorecer os interesses de empresas da construção civil, imobiliárias e especuladores, é comum que se realizem alterações pontuais nas normas urbanísticas, elevando-se os coeficientes de aproveitamento, tornando a vista das belezas naturais privilégio de poucos.⁶

Os problemas socioambientais observados nas cidades de Zona Costeira que se dedicam à atividade turística não se restringem ao sazonal aumento populacional e à construção de prédios à beira-mar: bares e barracas nas praias que produzem lixo, esgoto e ruídos e empreendimentos cujas estruturas invadem o mar encerram outros exemplos.

⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 532.

⁶ KRELL, Andreas J. A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do Litoral brasileiro pela construção civil. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 273.

2 Estatuto da Cidade: uma visão geral

A CF/88, no capítulo dedicado à política urbana, estabelece 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. (Art. 182, *caput*).

O diploma a que alude o texto constitucional é a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Ainda que o Estatuto da Cidade não contemple normas definidoras de conceitos tampouco impositivas de obrigações específicas à tutela do meio ambiente, ao contrário do que faz com a propriedade e o uso do solo, é manifesta sua contribuição em relação à proteção do meio ambiente urbano.

A compreensão da importância da implementação do Estatuto da Cidade em Zona Costeira, objeto deste estudo, demanda, antes que se passe à abordagem dos instrumentos da política urbana por ele previstos, o conhecimento de seus objetivos e algumas de suas diretrizes gerais.

2.1 Função social da propriedade urbana

De acordo com o art. 2º, *caput*, do Estatuto da Cidade, a política urbana objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Como é cediço, a ordem constitucional une, indissolúvelmente, a função social ao direito de propriedade.

Ainda há quem, não obstante, pretenda se furta às normas de Direito Ambiental sob o abrigo da proteção do direito individual de propriedade.⁷

Também há quem, equivocadamente, afirme que a proteção do meio ambiente representa intervenção no direito de propriedade privada.

Benjamin adverte que a proteção do meio ambiente participa da gênese do direito de propriedade, podendo-se dizer que o Direito Ambiental é fruto de um amálgama do Direito das Coisas com o Direito Público. Ensina que, à luz da CF/88, a relação que se estabelece não é de intervenção

⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 340.

porque o constituinte não concebeu primeiro o direito de propriedade para, depois, reconhecer a necessidade de tutela ambiental, assinalando que esta é *logicamente antecedente* àquele, uma vez que inexistia direito de propriedade pleno sem a salvaguarda ambiental e, *historicamente contemporânea*, já que ambos são reconhecidos num mesmo momento e num único texto normativo.⁸

Na ordem constitucional vigente, sem a proteção ambiental, não se reconhece – ao menos, não em sua plenitude – o direito de propriedade. Logo, não há intervenção, que pressupõe ato de fora para dentro, mas interferência. E, sob a égide da CF/88, essa interferência é imposta tanto para o Poder Público quanto para o particular e é o fundamento da inafastabilidade das obrigações ambientais.

A aparente inesgotabilidade dos recursos naturais, somada a fatores de diversas ordens, conduziu, no passado, à falsa concepção de exploração predatória da terra e de seus atributos. Mais recentemente, as Constituições passaram a contemplar a proteção do meio ambiente como pressuposto ao reconhecimento de um direito de propriedade válido.

É certo que da previsão constitucional do direito de propriedade derivam os poderes de reivindicação, uso, gozo, disposição e transmissão. O texto constitucional se limita a consagrar o instituto, que tem seu conteúdo definido pela legislação infraconstitucional.

A doutrina ensina que o direito de propriedade experimenta limites internos e externos. Os primeiros são intrínsecos e contemporâneos à relação de domínio, ao passo que os últimos lhe são consecutivos. Aqueles, em regra, têm origem comum: a função social da propriedade.

Não se olvida que a função social da propriedade se revela não só através de imposições negativas, mas principalmente por intermédio de prestações positivas. No que atina à proteção do meio ambiente, o constituinte, no art. 225, *caput*, da CF/88, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Se não bastasse isso, o art. 170 da nossa Constituição, ao relacionar os princípios gerais da atividade econômica, contempla não só a função social da propriedade, como também a defesa do meio ambiente.

Em relação à propriedade urbana, o art. 182, § 2º, da CF/88 condiciona o cumprimento de sua função social ao atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.

2.2 Função social da cidade

Não se olvida que o espaço da cidade não encerra um fim em si mesmo. A cidade é o lugar criado artificialmente para propiciar aos seus habitantes, das presentes e futuras gerações, uma boa qualidade de vida.

Para Fiorillo

a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), bem como garante a todos um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros encartados no art. 6º.⁹

Saleme sustenta que o princípio da função social da cidade pode ser compreendido como o desdobramento natural do princípio da função social da propriedade, afirmando que aquele, ao superar a tradicional visão da *urbis*, refere-se ao atendimento das necessidades presentes e futuras e ao reconhecimento de condições capazes de desenvolver o Município e proporcionar melhores condições de vida aos seus munícipes.¹⁰

2.3 Cidades sustentáveis

A garantia do direito às cidades sustentáveis é a primeira das diretrizes gerais relacionadas pelo art. 2º do Estatuto da Cidade.

O legislador prosseguiu, definindo o direito às cidades sustentáveis como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, às presentes e futuras gerações.

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *s/d*. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-sobre-hipertrofia-do-direito-de-propriedade-na-tutela-da-reserva-legal-e-das-%C3%A1rea>>. Acesso em: 6 set. 2014.

⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341.

¹⁰ SALEME, Edson Ricardo. Parâmetros sobre a função social da cidade. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/141.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2014.

Conclui-se, portanto, que a sustentabilidade urbana não está restrita ao meio ambiente, abrangendo a expressão dos fatores econômicos, sociais, culturais e políticos.

Granziera adverte que a questão da sustentabilidade repousa sobre o tripé: economia, sociedade e meio ambiente, cabendo ao Poder Público propiciar o equilíbrio entre esses fatores, compatibilizando o desenvolvimento econômico com a proteção do ambiente.¹¹

Não se olvida que as diretrizes apresentadas pelo art. 2º encontram ressonância nos instrumentos previstos pelo art. 4º (que serão objeto de análise mais detida na sequência), ou, em outras palavras, os instrumentos servem à implementação das diretrizes e, por conseguinte, à consecução do objetivo precípua da política urbana, que, de acordo com o legislador, é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Se é assim, os incisos I, II e III do art. 4º, que preveem, respectivamente, a utilização de planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; de planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, e de planejamento municipal, relacionam-se à diretriz prevista pelo art. 2º, inciso I (direito a cidades sustentáveis), por intermédio da qual, por sua vez, é realizado o objetivo da política urbana.

A relação intrínseca que se estabelece entre instrumentos, diretrizes, objetivos e princípios constitucionais norteadores da atividade econômica permite ao intérprete concluir que a implementação do Estatuto da Cidade tem a defesa do meio ambiente como pressuposto lógico e necessário.

Por fim, ainda no que se refere ao direito a cidades sustentáveis, não é demais registrar que o legislador fez expressa menção à justiça intergeracional, que pretende garantir que as futuras gerações possam usufruir dos recursos de que dispõem as presentes.¹²

¹¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Meio ambiente urbano e sustentabilidade. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.245.

¹² SILVA, *Plano Diretor: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 77.

2.4 Gestão democrática e participação popular

A política urbana também tem por diretriz a gestão democrática por intermédio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, inciso II). Outrossim, o legislador prevê, no art. 2º, inciso XIII, a audiência do Poder Público municipal e da população interessada quando da implementação de empreendimentos ou atividades potencialmente lesivos ao meio ambiente, ao conforto ou à segurança.

Martins Júnior lembra que a participação popular decorre do art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, que compartilhou com o povo a condução dos negócios públicos, através da repartição, partilha, colaboração ou comunhão do poder. Ensina, como adiante se verá em maiores detalhes, que o planejamento municipal, instrumento da política urbana, tem rol exemplificativo de meios à disposição do Poder Público, dentre os quais a gestão orçamentário-participativa (art. 4º, III, *f*), o referendo popular e o plebiscito (art. 4º, V, *s*) e os Estudos Prévios de Impacto Ambiental (EIAs) e de vizinhança (EIV) (art. 4º, VI).¹³

Por derradeiro, ainda no que tange às diretrizes gerais da política urbana, que guardam relação direta com a proteção ambiental, o legislador prevê o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, a fim de evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2º, IV); ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, VI, *g*); proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, dos patrimônios cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2º, XII), e regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda através do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (art. 2º, XIV).

¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Participação popular no Estatuto das Cidades. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2005. p. 134.

3 Instrumentos da política urbana e habitacional à luz da proteção ambiental

A política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento das funções socioambientais da cidade, garantindo bem-estar aos seus habitantes, mediante as diretrizes estabelecidas no art. 2º, do Estatuto da Cidade.

Planejar o desenvolvimento da cidade tem por objetivo evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus impactos sobre o meio ambiente. A ordenação e o controle do uso do solo disciplinam a instalação e o desenvolvimento dos empreendimentos e atividades no espaço da cidade, a fim de conter o avanço da poluição e de outros danos ambientais.¹⁴

Diversos são os instrumentos da política urbana e habitacional hoje existentes, conforme demonstrado pelo art. 4º, da Lei 10.257, de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

Art. 4º – Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU;

- b) contribuição de melhoria;
 - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
- V – institutos jurídicos e políticos:
- a) desapropriação;
 - b) servidão administrativa;
 - c) limitações administrativas;
 - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
 - e) instituição de unidades de conservação;
 - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 - g) concessão de direito real de uso;
 - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
 - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - j) usucapião especial de imóvel urbano;
 - k) direito de superfície;
 - l) direito de preempção;
 - m) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
 - n) transferência do direito de construir;
 - o) operações urbanas consorciadas;
 - p) regularização fundiária;
 - q) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
 - r) referendo popular e plebiscito;
 - s) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
 - t) legitimação de posse; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)
- VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Para implementar o direito de todos que vivem na cidade à moradia, a serviços urbanos, a saneamento básico, à saúde, à educação, ao lazer, ao meio ambiente equilibrado, entre outros direitos inerentes à vida, os instrumentos citados são imprescindíveis.

Tome-se, como exemplo, o EIA e o EIV, como detalhado.

O EIA ocorre no âmbito do licenciamento ambiental, na medida em que a Constituição Federal de 1988 estabelece que, para garantir o meio

ambiente ecologicamente equilibrado, é necessário “na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental”. (art. 225, § 1º, inciso IV), ao qual se dará a devida publicidade.

A Resolução Conama 1/1986 traz uma lista exemplificativa de empreendimentos sujeitos ao EIA e ao seu respectivo Relatório (Rima), ou seja, outros empreendimentos não constantes da lista poderão sujeitar-se à apresentação desse estudo, segundo critérios do órgão ou entidade ambiental competente.

O EIA não vincula a decisão administrativa sobre a viabilidade do empreendimento. Entretanto, a decisão não pode contrariar os preceitos do Direito Ambiental. Dessa forma, o EIA atua, fundamentalmente, na esfera da discricionariedade da administração, objetivando orientar, informar e fundamentar a decisão administrativa acerca do licenciamento, ou seja, é parte do procedimento decisório, pois constitui fundamento técnico desse.¹⁵

Já o EIV garante o direito à qualidade de vida no meio ambiente urbano para quem mora ou transita no entorno de uma obra.

Segundo o art. 36 do Estatuto da Cidade, uma lei municipal deve definir os empreendimentos e as atividades privados ou públicos que dependam da elaboração do EIV para “obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal”.

Dessa forma, o EIV objetiva sugerir adequações e melhorias a um projeto urbanístico, visando à proposição de ações mitigatórias e/ou compensatórias para eventuais danos ambientais, bem como aos impactos gerais àquela região urbana a partir do empreendimento, ou seja, estuda as consequências da implantação de novo empreendimento.

Entretanto, o Município tem como principal instrumento de política urbana o Plano Diretor, uma vez que, para a real efetividade dos instrumentos mencionados no Estatuto da Cidade, há a necessidade de sua inclusão nos Planos Diretores municipais, além de leis municipais específicas visando à implementação e aplicação.

¹⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 617.

¹⁵ MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

3.1 A importância do Plano Diretor na construção de cidade sustentável

Segundo a Constituição Federal de 1988, os Municípios com mais de 20 mil habitantes devem adotar, obrigatoriamente, um Plano Diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 1º). Ademais, para as cidades com mais de 500 mil habitantes, há a necessidade de um plano de transporte urbano integrado e que seja compatível com o Plano Diretor já assumido.

O Plano Diretor deve conter os critérios e as exigências fundamentais para ordenar a cidade, visando a atender à função socioambiental da propriedade, que deve ser definida no âmbito do próprio Plano Diretor.

Dessa forma, se o Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais de política urbana, o Plano Diretor estabelece as diretrizes específicas, direcionadas ao atendimento da realidade e das necessidades locais.

Após a aprovação por lei municipal, o Plano Diretor torna-se parte do planejamento municipal, incidindo sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual do Município.

Os princípios fundamentais, norteadores do plano diretor, se traduzem nos princípios constitucionais da política urbana preconizados nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, da cidadania e dignidade da pessoa humana, nos princípios da soberania popular (democracia direta – participação popular), da igualdade, voltados a proteger e tornar concreto o exercício do direito à cidade e garantir o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.¹⁶

Por se tratar de um instrumento complexo, é necessária uma equipe multidisciplinar para sua elaboração. “O instrumento urbanístico plano diretor é um elemento de política urbana que detém algumas vertentes, tais como: efetiva o princípio da cidadania participativa e determina diretrizes para se lograr o desenvolvimento da cidade, de forma sustentável!”¹⁷

¹⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 117.

¹⁷ SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 52.

Para Dallari e Ferraz o Plano Diretor é um ato-condição para a implementação de vários outros instrumentos de política urbana.¹⁸

Com força cogente, é do plano que se irradiarão as demais ações públicas e privadas visando a solucionar os problemas da cidade, a fim de conquistar “a cidade ideal do futuro”.¹⁹

É, portanto, um planejamento municipal que objetiva o desenvolvimento econômico social da cidade, bem como o equilíbrio ambiental, de modo que os munícipes tenham condições de vida digna e saudável.

Para a elaboração do Plano Diretor, deve ser garantida, obrigatoriamente, a participação da população e de associações representativas da sociedade, além de publicidade quanto às informações produzidas, conforme § 4º, art. 40, do Estatuto da Cidade.

Art. 40, § 4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Após, será elaborado um projeto de lei a ser aprovado pelo Poder Executivo, através da Câmara Municipal de Vereadores, conforme o processo legislativo instituído pela Lei Orgânica do Município.

A lei que instituir o Plano Diretor deve ser revista a cada dez anos (§ 3º, art. 40, do Estatuto da Cidade).

¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2010*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 334.

¹⁹ SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 54.

No que concerne ao modo de alteração do plano diretor, a revisão desse instrumento deriva da necessidade de adaptação das políticas públicas às novas necessidades da sociedade, visto que está constantemente em mutação, como também, para avaliar o grau de efetividade atingido, visando promover um melhor resultado daquela data em diante. Essa exigência de revisão periódica passou a constituir um dever jurídico.²⁰

Mesmo durante o período de revisão, o Plano Diretor deve atender, obrigatoriamente, ao princípio da função socioambiental da cidade, visando a garantir o direito à cidade sustentável, adotando medidas que garantam os direitos dos cidadãos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o incentivo a atividades econômicas, qualidade de vida, entre outros itens indispensáveis à cidade.

O direito à cidade compreende os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercitar plenamente a cidadania, de criar, ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado e sustentável.²¹

Dentro desse contexto, os Municípios de Zona Costeira devem dar uma atenção especial ao planejamento urbano dessa área através do Plano Diretor.

3.2 O Plano Diretor em Zona Costeira

Para que o Município possa, efetivamente, desenvolver a cidade, através de política urbano-habitacional, o Plano Diretor deve abranger a totalidade do território daquela localidade, desenvolvendo políticas sustentáveis para toda a área municipal, seja ela urbana, seja rural ou de preservação ambiental, como acontece com a Zona Costeira.

²⁰ SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 56.

²¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 118.

Assim, o principal desafio dos Municípios localizados em Zona Costeira é a realização de um Plano Diretor que garanta a função socioambiental da propriedade, atendendo aos interesses locais, além de respeito às diretrizes do Estatuto da Cidade, ao zoneamento e às restrições ambientais impostas por leis estaduais e/ou federais para Área de Preservação Ambiental (APA).

É necessário, ainda, que o Plano Diretor municipal esteja em plena consonância com o disposto nos Planos Municipais e/ou Estaduais de Gerenciamento Costeiro, a fim de estabelecer a correta gestão dessa importantíssima área.

As diretrizes gerais do gerenciamento costeiro constam do Plano Nacional, estabelecido pela Lei 7.661/1988, que permite a elaboração de planos municipais e estaduais de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo primeiro.

Dessa forma, resta claro que há uma gestão descentralizada da Zona Costeira, uma vez que há regulamentação genérica pela União (através do Plano Nacional), bem como diretrizes específicas (visando ao atendimento de peculiaridades locais) pelos Estados e Municípios nos planos estaduais e municipais, que, por sua vez, concretizam a proteção da Zona Costeira. Tais determinações legais impõem parâmetros de proteção ambiental, devendo prevalecer as disposições de natureza mais restritiva (conforme art. 5º, § 2º, da Lei 7.661/1988).

Dá a necessidade de os Municípios, tendo em mente o interesse local, promoverem o adequado ordenamento do solo, mediante planejamento e ocupação organizada, incluindo-se as áreas de Zona Costeira, a partir de disposições legislativas contidas no Plano Diretor (que, conforme mencionado neste trabalho, é o instrumento adequado à ordenação territorial, realizado pelo Município, conforme competência legislativa conferida pelo art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988). Entretanto, o Plano Diretor deve guardar compatibilidade com as diretrizes do gerenciamento e do zoneamento costeiro.

Tais instrumentos de proteção ambiental possuem, entre si, íntima correlação, ao somarem ferramentas de ordenação e gestão adequadas aos espaços costeiros localizados em áreas urbanas.

Assim, a partir da determinação das áreas de interesse ambiental que merecem especial proteção (estabelecidas pelos planos de gerenciamento e zoneamento costeiro, tais como: Áreas de Preservação

Permanente (APPs) e Unidades de Conservação – UC), o Município poderá dispor, no Plano Diretor, sobre a forma de ocupação do solo, inclusive os protegidos, visando à edificação de espaços urbanos sustentáveis e com qualidade ambiental.

Deve haver, portanto, adequação do instrumento de política urbana (qual seja, o Plano Diretor) com os instrumentos de proteção ambiental da Zona Costeira, conferindo a esse espaço especial e necessário tratamento jurídico, uma vez que a conservação e a preservação dos recursos naturais ali existentes dependem de adequado planejamento urbano.

4 Cidadania participativa: a gestão democrática de cidade sustentável

O caput do art. 225, da nossa Constituição, impõe tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente.

A partir do comando constitucional do *caput* do art. 225, a defesa do ambiente pela sociedade civil não se constitui apenas de mero voluntarismo e altruísmo de uns poucos idealistas, mas toma a forma de dever jurídico fundamental, revelando a dupla natureza de direito e dever fundamental da abordagem constitucional conferida à proteção ambiental.²²

A sociedade participa da gestão ambiental preservando o ambiente, na medida em que respeita as normas dispostas sobre o assunto, bem como exige ações ou políticas do Poder Público voltadas à proteção do meio ambiente, como a formulação de novas regras de proteção ou, ainda, a atuação efetiva de órgãos controladores, a fim de condicionar e orientar ações políticas de interesse coletivo.

Dessa forma, os cidadãos estão legitimados a fiscalizar e a denunciar os atos de seus governantes, bem como a proteger seus próprios direitos e aqueles de tutela coletiva. Enfim, o cidadão deve participar de forma direta e ativa sobre as tomadas de decisão em que seus interesses estejam envolvidos.

²² FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 123.

A sociedade tem, portanto, dever de atuar na defesa do meio ambiente, tendo-se em mente que a participação social é o instrumento capaz de realmente impulsionar o cumprimento da legislação ambiental, transformar a qualidade de vida da população e preservar o meio ambiente às presentes e futuras gerações.²³

Nesse sentido, proclama Rodrigues:

O princípio da participação constitui um dos postulados fundamentais do Direito Ambiental. Embora ainda pouco difundido em nosso país, a verdade é que tal postulado se apresenta na atualidade como sendo uma das principais armas, senão a mais eficiente e promissora, na luta por um ambiente ecologicamente equilibrado.²⁴

Sem a participação popular, é impossível a concretização da democracia ambiental.

Nas questões ambientais, a participação deve estar sempre presente, tendo em vista a possível repercussão coletiva da degradação ambiental, bem como a natureza de direito transindividual difuso (e, portanto, naturalmente coletivo), o que impõe um processo democrático e transparente às tomadas de decisão sobre tais questões.

À luz de uma perspectiva organizacional, incumbe ao Estado criar instituições e procedimentos adequados que possibilitem a participação popular, incentivando a intervenção e o controle da população sobre tomadas de decisão que envolvam questões ambientais.

No que se refere ao ordenamento urbano, a participação popular recebeu destaque no Estatuto da Cidade, que procurou somar as forças do Poder Público com as da sociedade.

O grande avanço da Lei nº. 10.527/10 – Estatuto da Cidade foi o de contar com a participação da sociedade no processo de planejamento público, prevendo uma série de instrumentos para

²³ ARRUDA, 1997, p. 239.

²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental: Parte Geral*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 255/256. v. 1.

indução ao desenvolvimento de cidades sustentáveis, tais como: o financiamento da política urbana, democratização da gestão urbana, bem como de regularização fundiária.²⁵

O estatuto impõe o controle social sobre a política urbana ao situar a gestão democrática entre seus princípios (art. 2º, inciso II).

Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Há, ainda, previsão expressa de que todos os instrumentos previstos no art. 4º, que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal (como: Plano Diretor, Plano Plurianual, EIA, entre outros) devem ser objeto de controle social, garantido a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil (§ 3º, art. 4º).

“Os municípios da cidade e dos territórios devem atuar em prol de um único espaço urbano, coabitado por milhões de indivíduos que compartilham a mesma infraestrutura urbana e institucional”.²⁶

O Estatuto da Cidade determina, ainda, que o Plano Diretor deve contar, no seu processo de elaboração e fiscalização, com a participação da população e das mais diversas associações da comunidade, através do acesso à informação, de publicidade, bem como de audiências e consultas públicas (art. 40, § 4º).

²⁵ SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 43.

²⁶ SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 49.

O plano diretor como instrumento do planejamento participativo, para garantir o direito da comunidade participar de todas as fases do processo, deve conter mecanismos democráticos que permitam a prática da cidadania ativa, compreendendo mecanismos referentes à sua fase de elaboração, tais como o direito a obter informações, de apresentar proposições e emendas; as audiências públicas e o referendo, bem como referentes à sua fase de execução e revisão através do sistema de planejamento democrático.²⁷

A gestão democrática da cidade é garantida por meio de órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal; de debates, audiências e consultas públicas; de conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; e/ou, ainda, de iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43).

Ademais, os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania (art. 45).

Assim, quanto ao planejamento dos planos metropolitanos, esses devem ser elaborados em conjunto, tendo em vista a interação inerente entre municípios, tendo em vista que as decisões geram repercussão em todos, pois, por se tratar de aglomeração urbana, os potenciais problemas (envolvendo questões ambientais ou não) são geralmente da mesma ordem e, por essa razão, devem ser analisados, procurando soluções de forma conjunta em benefício de todos os Municípios envolvidos.

O parágrafo 3º do art. 25 da CF/88 estabelece que a partir do interesse comum poderão ser instituídas regiões metropolitanas (aglomerações urbanas ou microrregiões) através de lei complementar estadual. Esse agrupamento de municípios tem assim como objetivo integrar a organização, o planejamento e a

²⁷ SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 118.

execução de funções públicas de interesse comum, indicando, portanto, caminhos para novas configurações do território e de sua administração na perspectiva de alcançar o desenvolvimento sustentável através da busca de um território adequado para gestão de problemas em comum. Trata-se de incentivar a solidariedade inter-municipal.²⁸

Conclui-se que a legislação impõe a participação de todos. Os cidadãos são convidados a exercer seus deveres cívicos, através da cidadania participativa, visando a solucionar problemas da comunidade, mediante o cogerenciamento dos planos urbanísticos.

O direito à cidade sustentável somente será viabilizado quando a população se envolver nos processos decisórios acerca de conflitos ambientais urbanos, visando ao desenvolvimento sustentável do Município, bem como – quando do planejamento urbano – seja possível e fomentada a participação popular.

A gestão democrática da cidade é imperativa para o adequado planejamento urbano.

Conclusão

O meio ambiente urbano-equilibrado e saudável pressupõe a coexistência de qualidade do meio ambiente natural e a qualidade do meio ambiente artificial. É certo que o cuidado com esse tem repercussão direta na proteção daquele, na medida em que o meio ambiente natural sofre as consequências da degradação ambiental urbana.

Essa intrínseca relação é facilmente verificada nas cidades situadas em área de Zona Costeira, onde a maior parte da população brasileira se concentra.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado à Política Urbana, estabelece que a política de desenvolvimento urbano, cuja execução compete ao Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas

²⁸ SILVA, Solange Teles da. Planejamento urbano na Zona Costeira. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DO DIREITO – CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/151.pdf>>. p. 14-15. Acesso em: 1º set. 2014.

em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir bem-estar aos seus habitantes (art. 182, *caput*).

O diploma a que alude o texto constitucional é a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que, no art. 2º desse estatuto, relaciona as diretrizes da política urbana, atribuindo ao Município especial papel na proteção ambiental.

As diretrizes apresentadas pelo art. 2º encontram ressonância nos instrumentos previstos pelo art. 4º. Este último, no inciso III, alínea *a*, prevê o Plano Diretor que, na dicção do art. 40, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

O Plano Diretor, portanto, é, em última análise, o mais relevante instrumento concretizador da política urbana. É a partir de seus preceitos, inclusive, que é aferido o cumprimento da função social da propriedade urbana.

O Estatuto da Cidade, além de arrolar instrumentos de disciplina na ocupação do solo, prevê instrumentos concretizadores da democracia direta, pela qual optou o constituinte no art. 1º, § único, da Constituição Federal de 1988. Ao elenco de instrumentos contidos no texto constitucional (plebiscito, referendo e iniciativa popular), o Estatuto da Cidade acrescentou outros, em rol meramente exemplificativo (art. 43).

Não se olvida que a participação consciente e vigilante dos seus habitantes – algo a que a cidadania brasileira ainda não está habituada – construirá cidades sustentáveis.

Referências

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-sobre-hipertrofia-do-direito-de-propriedade-na-tutela-da-reserva-legal-e-das-%C3%A1rea>>. Acesso em: 6 set. 2014.
- CARMELLO JÚNIOR, Carlos Alberto; FREITAS, Gilberto Passos de. A cidade sustentável e o Direito Penal Ambiental. In: LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Coord.). *Revista de Direito Ambiental*, v. 68, p. 153-178.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2010*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Meio ambiente urbano e sustentabilidade. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 1.243-1.257.
- KRELL, Andreas J. A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do Litoral brasileiro pela construção civil. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito Ambiental Comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 271-307.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 339-347.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Participação popular no Estatuto das Cidades. In: FINK, Daniel Roberto (Coord.). *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2005. p. 237-269.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental: Parte Geral*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. 1.

SALEME, Edson Ricardo. Parâmetros sobre a função social da cidade. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/141.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2014.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatuto das Cidades. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 531-547.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, Carlos Henrique Dantas da. *Plano Diretor: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Solange Teles da. Planejamento urbano na Zona Costeira. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DO DIREITO – CONPEDI, 14., 2006,. Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/151.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico e meio ambiente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: meio ambiente urbano*. São Paulo: RT, 2011. p. 1.177-1.185.

SOARES, Cynthia Martins. A cidadania participativa e o Plano Diretor. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (Org.). *O Direito Ambiental: desafios e soluções*. Rio de Janeiro: Móbile, 2001. p. 141-166.

Sociedades tradicionais, desenvolvimento econômico e meio ambiente: reflexões sobre a sustentabilidade como valor constitucional

*Traditional societies, economic development and
environment: reflections for sustainability as
constitutional value*

Beatriz Souza Costa*

Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar Teixeira**

Resumo: A questão ambiental está diretamente ligada a um problema econômico, à sustentabilidade e ao desenvolvimento de atividade econômica, com vistas à exploração de recursos naturais, que gera conflitos a respeito de nova ordem de proteção ambiental. A discussão que se apresenta tem vertente na crise ecológica atual e na busca pelo equilíbrio entre exploração econômica e sustentabilidade, inclusive no que se refere aos conhecimentos gerados coletivamente pelas sociedades tradicionais. O presente trabalho objetiva identificar e analisar como essas sociedades serão atingidas no tocante à sua identidade cultural e às suas implicações em relação ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico, tendo como foco o Direito Ambiental na perspectiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse contexto, cabe ressaltar a importância dos instrumentos

* Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2003, e Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) 2008. Participou do Summer Program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Docente do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (Pós-Graduação e pesquisa). Professora da disciplina de Direito Constitucional Ambiental, da Escola Superior Dom Helder Câmara. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Meio Ambiente, Direito Constitucional e Ciência Política.

** Mestranda em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da PUCMINAS nos cursos de Administração, Engenharia de Energia, Engenharia da Computação e Engenharia Civil, Graduada em Direito pela PUCMINAS e em Engenharia Civil pela Universidade FUMEC. Especialista em Gestão Ambiental pelo IEC/PUCMINAS, Sócia-Diretora da Winners Consultores Associados Ltda.

normativos, capazes de orientar e nortear os conflitos e tensões advindos das relações do homem com a natureza e o desenvolvimento. A análise requer a aplicação do método dedutivo, de pesquisa bibliográfico-descritiva para compor os estudos e as reflexões acerca dos aspectos complexos do problema a ser investigado. Após analisados os dados, ficou evidenciado que se torna imperativo o esforço de compreender a necessidade de uma economia pautada na sustentabilidade e na internalização das externalidades, respondendo a questionamentos sobre a emergente necessidade de mudança dessa, no intuito de superar a crise ecológica. É imprescindível a submissão dos interesses econômicos individuais a um desenvolvimento sustentável de forma coletivo-distributiva e o resguardo desses em mecanismos legais e legítimos, criando uma nova ordem econômica.

Palavras-chave: Sociedades tradicionais. Desenvolvimento econômico. Meio ambiente. Direito Ambiental. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Abstract: The environmental issues is directly linked to economic problem, sustainability and development of economic activity, as the exploitation of natural resources, that generate one conflict respect of a new order of environmental protection. The discussion that appears has slope from the ecological crisis and in the search for the balance between economic exploitation and sustainability, including what refers to knowledge collectively generated for traditional societies. This present work aims to identify and analyze how this society has been affected by touching your cultural identity and their implications with the environment and economic development. In this context, it is worth noting the importance of normative instruments, able to guide conflicts and tensions arising from the human relations nature and development. The analysis requires the application of deductive method and bibliographic research and descriptive to set studies and reflections on the complex aspects of the problem to be investigated. After analyzing the data, the effort to understand the need for an economy ruled on sustainability and internalization of externalities was evident that it is imperative, searching questions about the emerging need to change those aspects in order to overcome the ecological crisis. The submission of individual economic interests to a sustainable development collectively, distributive and guard in these legal and legitimate mechanisms is essential, creating a new economic order.

Keywords: Traditional societies. Economic development. Environment. Environmental Law. Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Introdução

A aprendizagem acerca da ciência do Direito, das ciências ambientais e da economia, com uma visão unificada ajuda a entender qual é o impacto das políticas públicas no bem-estar do Planeta. A formulação de leis, programas e metodologias capazes de integrar diversos atores, quais sejam,

governamentais, os agentes econômicos, as organizações e as demais instituições não governamentais, é crescente nesse contexto ambiental.

A questão ambiental, nas organizações modernas, ocupa hoje grande parcela dos esforços de juristas, legisladores e sociedade civil, exigindo novo pensar da economia que consiga articular e organizar uma estrutura legal que comporte uma efetiva condução de todos os setores das organizações rumo às responsabilidades socioambiental e econômica. Estas reflexões visam a implementar, nas organizações modernas, medidas e ações que possibilitem a inserção de mecanismos legais de utilização racional e equilibrada dos recursos naturais, possibilitando a preservação ambiental e a sustentabilidade como elemento fundamental para enfrentar a crise do ambiente.

Pretende-se com este artigo responder ao seguinte questionamento: É possível que o desenvolvimento sustentável (como meio de enfrentamento da crise ecológica na atualidade), ser respaldado por nova economia? Na possibilidade de ser possível, deve-se refletir sobre a economia e sua relação com a natureza e o homem numa visão mais moderna.

Desse modo, o objetivo geral do estudo é analisar em que condições as sociedades tradicionais asseguram a proteção dos conhecimentos, em especial, os associados à biodiversidade ante a exploração econômica e nova economia baseada na sustentabilidade. Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) tratou de deixar evidente e de forma explícita, que o meio ambiente foi elevado à categoria de direito fundamental, promovendo nova ordem de proteção jurídica, consubstanciando críticas reflexivas na aplicação do desenvolvimento sustentável.

Para abordar a situação das sociedades tradicionais e suas implicações na exploração econômica, utilizou-se de ferramenta colocada à disposição do cientista que, por meio de pesquisa, pretendeu atingir o objeto de estudo, sendo, essa, o método científico que foi feito pelo processo dedutivo. Como instrumento de trabalho, foi realizada uma extensa pesquisa bibliográfico-descritiva, com o intuito de recolher informações e conhecimentos prévios acerca do problema para o qual se procurou resposta. Assim, foram utilizadas: pesquisa bibliográfica, internet, formulações de questões, propositura de problemas, levantamento de hipóteses, registro de dados observados com o intuito de comprovar a hipótese levantada, explicações e revisão de ideias ou opiniões que estavam

em desacordo com as observações ou com as respostas resultantes, previsão ou predição, ou seja, antecipação do surgimento de certas relações que foram observadas sobre o enfoque de direito material, que ocorrem quando alguém exige a observância de seu direito.

Para o desenvolvimento do texto foram utilizados alguns critérios de estruturação do conteúdo e forma de apresentação dos mesmos, para que, em uma linguagem acessível, se pudesse compreender, com clareza, os temas expostos nos itens desenvolvidos. Não se configura, neste trabalho, a possibilidade de esgotamento do tema apresentado, mas fazer uma análise sobre a economia e a interface com a crise ecológica que se apresenta e o restabelecimento dessa crise sob o olhar da sociedade, não obstante as sociedades tradicionais.

Assim, o trabalho foi dividido em três partes: no primeiro instante, destaca-se a importância de definir *desenvolvimento* no âmbito geral, o Direito Ambiental e o Direito Econômico, visando a estabelecer um conceito abrangente dos mesmos, focando o desenvolvimento sustentável. É efetuada uma análise da questão ambiental, confrontando o enfoque econômico, o desenvolvimento, o Direito Econômico e o Direito Ambiental, dando ênfase ao desenvolvimento e a questionamentos econômicos. No momento posterior, são analisados o problema ambiental e sua relação com o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente, restringindo a abordagem no tocante à necessidade de novo paradigma diante da exploração de recursos e atividades econômicas que ensejam efeitos negativos e causam desequilíbrio ambiental. Finalmente, é abordada a falta de proteção das comunidades tradicionais nos processos de exploração econômico-utilitarista-individual, em detrimento dos aspectos naturais, pontuando, notoriamente, conhecimentos tradicionais e respectivos conceitos.

1 A evolução do conceito de desenvolvimento econômico

Quando se fala em desenvolvimento, não se pode deixar de constatar que esse está relacionado com crescimento econômico que ocorreu, principalmente, no final do século XX. Porém, o conceito de *desenvolvimento* não está hoje ligado apenas ao crescimento econômico e à economia. Existem outros condicionantes para que o tema *desenvolvimento* seja apropriado, ou seja, leva-se em consideração o acesso à educação e à saúde básica e o índice de mortalidade infantil, pois nem

sempre o crescimento econômico simboliza que, em determinada região, a população tem melhor qualidade de vida.

A relevância do conceito de *desenvolvimento* já está sendo estudada em muitos casos, e se podem citar alguns autores precursores que realizaram obras demonstrando a preocupação com o desenvolvimento. Nesse sentido, segundo Freeman e Soete (1997), Adam Smith contribuiu com a ideia de desenvolvimento econômico que relacionava a geração de riqueza ao trabalho produtivo; David Ricardo, que foi discípulo de Adam Smith, também se aprofundou na questão do desenvolvimento e das implicações da mecanização na construção do capital. Ainda segundo os autores, no século XIX, List introduziu o conceito de investimento intangível, argumentando que determinada situação de um país é resultado das descobertas, invenções, melhorias, aperfeiçoamentos acumulados de geração em geração, o que forma o capital intelectual dos seres humanos.

Já Fonseca (2005) acrescenta que John Stuart Mill desenvolveu a ideia de abordar a tecnologia, ou melhor, as inovações tecnológicas no campo da agricultura, pois acreditava que o aperfeiçoamento nessa área contribuiria para o desenvolvimento econômico. Ainda segundo o autor, Karl Max trabalhou a ideia de crescimento econômico-capitalista sob a ótica do capital e do trabalho, ou seja, baseado na teoria do valor-trabalho.

Já para Munhoz (2006), outro autor de destaque é Joseph Schumpeter que distingue crescimento econômico de desenvolvimento. Para ele as inovações empresariais seriam a alavanca para o crescimento econômico. No caso do desenvolvimento, Schumpeter avalia que as funções do crédito e do capital são instrumentos para impulsionar dito desenvolvimento. Em relação ao crescimento da economia, não basta um simples crescimento populacional e da riqueza, para implicar um processo de desenvolvimento. Importa, apenas, adaptação da mesma espécie que as mudanças naturais.

Não há como definir desenvolvimento, portanto, como um único conceito devido à complexidade e às mudanças que ocorrem na sociedade, resultado das implicações políticas e econômicas do Estado. Assim assinala Corrêa:

Podemos dizer que os papéis das empresas privadas e do Estado são complementares em relação à materialização do desenvolvimento. O Estado, que é um agente normativo e regulador da atividade econômica, no exercício desse seu *papel*

principal, atuará para estimular o comportamento da iniciativa privada em certa direção e também para reprimir comportamentos indesejáveis. (2006, p. 196).

Portanto, *desenvolvimento* tem um conceito amplo que ultrapassa a percepção de crescimento econômico interligado a fatores econômicos, sociais e políticos do qual o Direito faz parte, completando e compondo os elementos essenciais à análise e a possíveis soluções de conflitos. Duas áreas se destacam nesse sentido: a ambiental e a econômica.

1.1 O conceito e a relação do Direito Ambiental com o Direito Econômico

No tocante ao desenvolvimento econômico com sustentabilidade ecológica, pode-se lançar mão do Direito Econômico como elemento da organização da economia e do Direito Ambiental como balizador para melhor compreensão da questão ambiental. Nesse sentido, cabe focar a proteção da natureza e o combate à poluição, essa tutelada pelo Direito Ambiental, já que possui regras jurídicas destinadas a esse fim. Insurge, então, a necessidade de buscar auxílio à proteção do meio ambiente, tendo em vista que esse se integra a fatos econômicos e modernos da sociedade, em relação às atividades humanas.

Segundo Patrício, o conceito de Direito Econômico pode ser assim expresso:

Direito Econômico é o sistema de normas – ou a disciplina jurídica que as estuda – que regulam:

- i) a organização da economia, designadamente definindo o sistema e o regime econômico;
- ii) a condução ou controle superior da economia pelo Estado, em particular estabelecendo o regime das relações ou do “equilíbrio de poderes” entre o Estado e a economia (os agentes econômicos, máxime os grupos de interesses concentrados); e
- iii) a disciplina dos centros de decisão econômica não estadual especialmente enquadrando macroeconomicamente a atividade das instituições fundamentais. (1981, p. 76-77).

Sob a ótica do liberalismo, ocorria o afastamento total do Estado em relação à atividade econômica e ao indivíduo. Não havia a intervenção do Estado na economia. No feudalismo, anterior ao liberalismo e ao iluminismo, o Estado controlava as atividades econômicas através do financiamento de expedições mercantilistas por Portugal, Espanha e Inglaterra. Cria-se um crescimento em que o Estado vai cuidar da segurança, mas, na vida privada, é a lei da autonomia individual que vai prevalecer nesse momento, ou seja, o direito de fundamentação, o direito à liberdade individual, orientou as relações sociais (iluminismo).

Iniciativas privadas, na perspectiva de igualdade, foram crescentes e, para alguns autores como Corrêa (2006), o Direito Econômico surge com a concentração capitalista. Já havia, nessa época, por exemplo, relações de contrato (Contratos de Trabalho), existindo também autonomia da vontade, mas só um lado é que controla as relações de trabalho, o que gera desequilíbrio. Para fazer justiça, é necessário que o Estado chame para si o controle da atividade econômica e, portanto, o Direito Econômico vai tratar da intervenção do Estado na economia. Esse Estado é formado de entes privados e entes públicos, e o nascimento do socialismo levou ao nascimento de uma disciplina jurídica especializada, ou seja, o Direito Econômico.

Ainda para Corrêa (2006), há diferentes percepções do que é o Direito Econômico, dentre as quais, podem-se destacar as visões de Farjat, que diz que o Direito Econômico é a antítese do sistema liberal, pois foi liberal e radical ao estabelecer a separação do Estado e da economia, surgindo da intervenção daquele nessa; e de Chenot que denomina o alargamento do Poder de Polícia (fiscalizar o cidadão), sendo um dos poderes do Estado a Administração Pública, e o outro é o de regulamentar. Para o primeiro o Direito Econômico, na verdade, a defesa da concorrência e da regulação; para o segundo o Direito Econômico então teria nascido do Direito Administrativo. Já na segunda metade do século XX, nos Estados brasileiros, começa a crescer a ideia de desenvolvimento e uma onda desse.

O Direito Econômico trata de implementar a economia dirigida; por outro, pode se tratar de intervenção do Estado na economia. Outrossim, pode ter o termo atuação econômica do Estado na economia, ao invés de intervenção. Portanto, o fim imediato do Direito Econômico é a coletividade, o mediato, o indivíduo. O Estado vai criar órgãos reguladores e fiscalizadores e normas direcionadoras da atividade econômica, estruturando uma política que interfira na realidade.

O aspecto, todavia, de maior relevo quanto à política econômica diz respeito às violências perpetradas contra a utilização de recursos econômicos e recursos naturais. As metas econômicas fixadas pelo Estado são mais eficazmente alcançadas por meio da imposição de sanções premiais, como, por exemplo, as empresas que aderem aos objetivos estabelecidos pelo governo são premiadas com a concessão de subsídios fiscais.

O desenvolvimento econômico deve ocorrer em consonância com o desenvolvimento ambiental. O Direito Ambiental é um direito de gestão, pois deve decidir o risco de agressão ao meio ambiente. A questão ambiental não é só uma questão do Estado como política, mas também uma questão de sociedade. O Estado aparece como extensão social, e os titulares dos direitos ambientais e culturais são os cidadãos. O Estado deve executar a lei e, com base no ordenamento jurídico, pode explicitar o que vem a ser Direito Ambiental:

[...] conjunto de princípios e regras impostos, coercitivamente, pelo Poder Público competente, e disciplinadores de todas as atividades direta ou indiretamente relacionadas com o uso racional dos recursos naturais (ar, águas superficiais e subterrâneas, águas continentais ou costeiras, solo, espaço aéreo e subsolo, espécies animais e vegetais). Alimentos e bebidas em geral, luz, energia, bem como a promoção e proteção dos bens culturais (de valor histórico, artístico, arquitetônico, urbanístico, monumental, paisagístico, turístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico), tendo por objeto a defesa e preservação do patrimônio ambiental (natural e cultural) e por finalidade e incolumidade da vida em geral, tanto a presente como a futura. (CUSTÓDIO, 1996, p. 58).

Silva (2011, p. 43) afirma que “o Direito Ambiental é hoje um ramo do Direito Público, tal é a forte presença do Poder Público no controle da qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida concebida como uma forma de direito fundamental da pessoa humana; especialmente o é o Direito Ambiental Constitucional”. Esse se dá através de um complexo de princípios e normas coercitivas, que visam às presentes e futuras gerações, à sustentabilidade.

Dessa forma, uma das questões fundamentais para o Direito, hoje, se delinea em como harmonizar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, colaborando com o crescimento econômico sem que, para isso, os recursos naturais ou ecológicos sejam colocados em risco. O Direito Ambiental pressupõe melhorar e aperfeiçoar essa relação, já que está em constante evolução, desenvolvimento e expansão. Haja vista a Declaração do Meio Ambiente em 1972, em Estocolmo, que contribuiu com a elaboração de 26 princípios de Direito Ambiental.

Importante é ressaltar que, posteriormente, evidenciam-se os reflexos que esse evento teve, influenciando na concepção e elaboração do capítulo sobre o meio ambiente na CF/88 pelo poder constituinte. Nesse mesmo sentido, descreve Silva:

A Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados. (2011, p. 71).

A compreensão de que o meio ambiente é abrangente e compreende aspectos diversos, como elementos naturais, artificiais e culturais, requer entender que o mesmo deva ser analisado a partir de uma ótica plural e, como bem jurídico, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, promova o desenvolvimento equilibrado. Nesse sentido, o direito à vida está intimamente ligado ao meio ambiente sadio, como afirma Costa:

No Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque, qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, dispõe que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Portanto, fala de “todos” e de cada “um”. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (2010, p. 67).

Nessa seara, se torna oportuno ajustar as atividades econômicas, consideradas essenciais à qualidade de vida, com o usufruto dos recursos naturais de forma equilibrada, sensata e com um mínimo de danos ambientais sem, contudo, destruir a natureza, ou seja, obtendo a sustentabilidade.

2 Meio ambiente e desenvolvimento sustentável para ultrapassar a crise ecológica

O conceito de meio ambiente, no Direito brasileiro, foi estabelecido pela Lei 6.938/1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que diz ser “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”. (BRASIL, 1981). Nota-se que esse conceito, não alcança todos os bens jurídicos protegidos. É imprescindível que estejam presentes, neste conceito também os aspectos naturais, artificiais e humanos, assim como interferem na natureza e como a mesma funciona, já que tudo está inter-relacionado. Esclarecendo, “a definição despreocupa-se de rigores e eventuais controvérsias científicas para servir aos objetivos da lei: é a delimitação do conceito ao campo jurídico”. (MILARÉ, 2011, p. 101).

A CF/88 explicita em seu art. 225, que “o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo”. (BRASIL, 1988). Tendo em vista a amplitude do conceito de meio ambiente, vale ressaltar as afirmações trazidas por Miranda sobre o tema:

Com efeito, hodiernamente, torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque é sabido que são pouquíssimos os lugares na Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície da Terra que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas absolutamente naturais está cada vez mais rara. (2006, p. 114).

O autor ainda assevera:

Por isso, para os fins protecionais, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico além das disciplinas urbanísticas contemporâneas. (MIRANDA, 2006, p. 13).

Nessa mesma trajetória, vale lembrar que o entendimento quanto à conceituação e caracterização do meio ambiente se ampliou por ser complexo. Didaticamente, para fins de estudo do mesmo e de suas implicações com as atividades relacionadas, há a divisão do meio ambiente em: meio ambiente natural ou físico (art. 25, § 1º da CF/88); meio ambiente artificial (arts. 225, 21; XX, 182 e 183 da CF/88); meio ambiente do trabalho (arts. 7º, XXII; 200, VIII da CF/88); e meio ambiente cultural (arts. 215 e 216 da CF/88). Assim, a doutrina classifica o meio ambiente em quatro aspectos: natural, cultural, artificial e do trabalho assim definidos por Fiorillo (2009).

Nesse contexto, o conceito evoluiu levando em consideração outros aspectos, como o histórico e o social, repercutindo no homem a necessidade de sobrevivência e garantia da sua existência e como esse se relaciona com a natureza, na busca por um desenvolvimento econômico sustentável, de modo que esse desenvolvimento possa contribuir na construção de sua identidade tanto no aspecto do indivíduo quanto como parte de uma comunidade. Dessa maneira, pretende-se alinhar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, como apregoam Leuzinger e Cureau:

A CF/1988, tutelando um ambiente sadio, procura compatibilizar os ideais de desenvolvimento econômico com a necessidade de preservação da natureza. Desse modo, enquanto o desenvolvimento nacional constitui um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, CF/1988), a defesa do meio ambiente elevou-se à categoria de princípio que deverá reger a atividade econômica, conforme dispõe o inciso VI do art. 170 da Constituição Federal. Além disso, no *caput* do art. 225,

determina ao Estado e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conferindo, assim, a base constitucional à implementação da sustentabilidade, conceito ainda mais largo do que o de desenvolvimento sustentável. (2013, p. 7-8).

Desinformação, falta de consciência dos riscos ambientais, miséria, e frustrações devido à omissão do Poder Público têm ligação com determinantes socioeconômicas, políticas e culturais. Uma reflexão quanto às formas de organização social, dos determinantes da degradação do meio ambiente, das ações sociais e das pessoas envolvidas deve ser feita para que se obtenha sustentabilidade. (LOPES et al., 2000).

Corroborando, Milaré pontua:

Com efeito, o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior. Nesse caso, as atividades econômicas não poderão, de forma alguma, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental e impeçam o pleno atingimento dos escopos sociais. (2011, p. 186).

De acordo com Adorno (1998), sustentabilidade requer uma inter-relação entre justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental e desenvolvimento com suporte. Enchentes, dificuldades na gestão dos resíduos sólidos, lixo, poluição do ar são alguns problemas ambientais comuns na vida urbana. É o que chamamos de *externalidades negativas*. Coelho (2004, p. 33) destaca que a “externalidade é todo efeito (negativo ou positivo) que uma pessoa produz sobre a atividade econômica, a renda ou o bem-estar de outra, sem compensar os prejuízos que causa nem ser compensada pelos benefícios que traz”.

O que pode trazer uma reorganização de poder e autoridade são a informação e a educação ambientais somadas às políticas sociais com acesso à informação e transparência na gestão dos problemas ambientais urbanos. Nesse sentido, emerge o Paradigma da Sociedade de Risco, em que deveria haver uma distribuição dos riscos que afetam desigualmente a população, e esses são agravados pela modernidade e globalização. Logo, a sociedade deve aprender a fazer uso sustentável dos recursos naturais

limitados. (FERREIRA, 1996). Jacobi (1998) diz que a preocupação com o desenvolvimento sustentável está na possibilidade de, em não afetando os sistemas ecológicos, garantir mudanças sociopolíticas. Para tanto, os autores enfatizam que a visão ambiental não pode ser apenas baseada nas ciências naturais, mas também numa dimensão socioambiental e cultural.

Na década de 90, o conceito de desenvolvimento sustentável consolida-se a partir da constatação que os sistemas naturais do planeta são limitados para absorver os efeitos da produção e do consumo. Fica clara a inviabilidade de manter as políticas econômicas causadoras de danos ambientais irreversíveis, bem como a necessidade de um sistema de produção que respeite a base ecológica do desenvolvimento econômico do país. [...] A globalização da economia, a universalização de problemas ambientais, a ação organizada de grupos ambientais e de consumidores, os programas de selo verde como iniciativa governamental ou não, e as respostas organizadas de setores econômicos (normas e critérios próprios) marcam a primeira década deste século XXI. (TACHIZAWA, 2009, p. 26-27).

Não se deve, porém, esperar que, de súbito, a razão desça sobre a humanidade. Uma ética ecológica exige também uma mudança de atitude individual e uma regulamentação legal. Os indivíduos não são donos da natureza, são parte dela e, portanto, são corresponsáveis pela manutenção do equilíbrio ecológico. Para obtê-lo, é necessário avaliar também o seu relacionamento com o pensamento econômico moderno.

2.1 A questão ambiental sob o enfoque do repensar econômico

Efetuiu-se uma análise quanto à influência da economia e sua relação com o meio ambiente na vida das pessoas tanto físicas como jurídicas. Quando se trata de recursos naturais, não se pode deixar de ressaltar que as necessidades humanas são ilimitadas, fazendo com que tais recursos, no futuro, se tornem escassos. A economia trata da satisfação dessas necessidades e, de acordo com Fonseca (2014), os seres humanos não vivem somente pelos aspectos quantitativos, mas também pelos aspectos qualitativos.

Como a economia moderna baseia-se na iniciativa do capitalismo, o objetivo de dar dignidade à pessoa humana se estabelece com a ideia de economia de uma pessoa, e, portanto, devemos introduzir a conservação dos recursos naturais no debate econômico. Como ensina Echevarría,

Somos responsáveis pela natureza, não como um conjunto de todos os processos naturais que incluem até a nossa Galáxia; mas sim, na medida em que podemos interagir com os processos, por exemplo: terrenos, mares, rios, montanhas, atmosfera, seres vivos, plantas e animais para produzir mudanças substanciais que afetam todos os componentes do ecossistema que formam o Planeta. [...] Deve ser respeitada, porque o homem também é parte da natureza, e por ser parte da ordem que foi dada, ainda que o homem seja o centro, representa uma parte dela. (2008, p. 1-2, tradução nossa).¹

Assim, fica evidente a importância que o homem deve dar e da como deve agir no tocante a proteção da natureza, numa simbiose. Só que, sob certas condições, os mercados competitivos geram uma alocação de recursos em que é impossível promover uma realocação dos mesmos de tal forma que um indivíduo aumente o seu grau de satisfação sem que, ao mesmo tempo, outro piore. (LONGO; TROSTER, 1996, p. 32).

Essa situação, numa perspectiva de livre concorrência, na qual as sociedades industriais operando em livre-mercado competitivo, o fazem maximizando seus lucros, podendo, assim, atingir o ideal de eficiência, buscando a concorrência perfeita. Isso ocorreria no caso de certas condições estarem presentes, como: grande número de compradores e vendedores; homogeneidade do produto; equivalência de mercado ou atomização; plena mobilidade das corporações; pleno acesso às informações dos agentes econômicos; ausência de escala e ausência de externalidades, sejam elas positivas ou negativas.

¹ ECHEVARRÍA, Juan Claudio Morel. *Ambiente Y Cultura como objetos del Derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2008. p. 1-2. Texto original: “Somos razoavelmente responsables por la Naturaleza, no como conjunto de todos los procesos naturales lo cual incluiria hasta nuestra galaxia; sino en la medida en que podemos interactuar con estos procesos, por ejemplo: tierras, mares, rios, montañas, atmosfera, los seres vivos, plantas y animales, para producir transformaciones sustanciales que afecten a todos los componentes de los ecosistemas que forman el Planeta. [...] Debe ser respetada porque el hombre también es parte de la Naturaleza, por ser parte del orden que le fue dado, aunque de esse orden el hombre sea su centro, o represente una infinitésima parte”.

Pode-se dizer que essa externalidade é uma das falhas de mercado, e, no que se refere à externalidade negativa, caso essa ocorra, acarretará um dano ambiental, um custo social, pois a atividade econômica tem implicações ambientais porque a produção e o consumo geram poluição e contribuem para a diminuição dos recursos naturais existentes. O que se deveria buscar é a produção de mais alimentos, por exemplo, e mais bens com investimento menor de recursos, sendo a ideia principal de racionalizar o uso e a gestão dos mesmos.

Portanto, cabe às corporações o exercício da atividade econômica e ao Estado (como agente normativo e regulador da atividade econômica) o uso adequado e responsável do meio ambiente, proporcionando crescimento econômico e desenvolvimento sustentável. Assim, o Estado exerce a atividade empresarial submetendo-se às regras de livre-concorrência. Por meio de normas, o Estado intervém para obter novo equilíbrio, diferente do equilíbrio natural, ou seja, interfere na realidade. Já as corporações podem influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado, extraindo vantagens que as coloquem estrategicamente em posição de domínio e superioridade em relação às outras corporações. O Estado intervém, por exemplo, na concessão de subsídios para gerar externalidades positivas ou cobra multas e impostos para desestimular externalidades negativas.

O cerne da questão aqui apresentada é fazer com que a questão ambiental, nas corporações ou sociedades industriais, seja vista por uma nova perspectiva, em que os cuidados ambientais deixam de ser obstáculo à atividade das mesmas e se tornam um diferencial competitivo e estratégico para que elas se firmem no mercado, com maiores oportunidades de negócios.

Com efeito, mediante o exposto, Wolkmer e Paulitsch concluem:

Necessita-se, portanto, do estabelecimento de uma economia ecológica, que utilize o potencial produtivo da natureza para fins de incrementar a biocapacidade do planeta e, assim, assegurar um maior bem-estar humano e uma distribuição equitativa da renda. (2011, p. 211-233).

Nesse sentido, os desafios da sustentabilidade e sua construção persistem cabendo ao Estado assegurar a proteção da natureza e dos

recursos naturais. Cabe ressaltar que toda busca pelo desenvolvimento sustentável deve ser pautada pela relação do homem com a natureza, e que tal relação é cultural. Para tanto, é necessário a introdução de mecanismos de proteção dentro da esfera econômica que vislumbrem e contemplem as atividades econômicas advindas dos conhecimentos tradicionais das sociedades tradicionais.

3 Comunidades tradicionais e sua proteção jurídica

No mundo moderno e globalizado, se encontram incentivos à produção de diversos conhecimentos e inovações que contribuem para nova e crescente exploração de recursos naturais. No entanto, alguns conhecimentos, inovações ditas bens intangíveis produzidos por *Povos e Comunidades Tradicionais*, como nas artes, na música e principalmente os associados à biodiversidade, têm sido alvo de exploração econômica por países desenvolvidos que detêm recursos tecnológicos para o desenvolvimento de novos produtos.

Na utilização da denominação *Povos e Comunidades Tradicionais*, optou-se por classificar esse agrupamento como *sociedades tradicionais*, por achar o conceito mais abrangente e não dar a ideia de que, quando se fala de *povos*, se está referindo apenas aos povos indígenas, e, assim, atingir todos os considerados nas características apresentadas mais adiante. Torna-se importante a compreensão do conceito de *sociedades tradicionais*, que podem ser definidas como comunidades que se relacionam num sistema interdependente, ou seja, vivem de maneira tal que o que determina o modo de vida são os recursos naturais e os conhecimentos profundos que possuem da natureza e que são transmitidos de geração a geração, de forma oral.

Também é determinante a ocupação territorial permanente ou temporária, que se faz presente há várias gerações e como escolhem as formas de reproduzir social e economicamente, principalmente em atividades de subsistência ou atividades produtivas mais desenvolvidas. Somadas a essas características estão a valorização dos mitos, costumes, ritos e símbolos ligados às suas atividades, como a utilização de tecnologias simples que reproduzem impactos mínimos sobre o meio e o seu próprio reconhecimento e reconhecimento do *outro* de pertencer a uma cultura diferenciada. (DIEGUES; ARRUDA, 2001, p. 27).

Cabe classificar, ainda, as populações tradicionais consideradas *não indígenas*, que se apresentam, tais como: Pescadores Artesanais, Praieiros, Jangadeiros, Pantaneiros, Açorianos, Babaçueiros, Caboclos, Ribeirinhos amazônicos, Caiçaras, Caipiras, Sítiantes, Campeiros, Sertanejos, Quilombolas, Vaqueiros e Varjeiros. (DIEGUES; ARRUDA, 2001, p. 29). Pela classificação do Ministério do Meio Ambiente, podemos acrescentar: Seringueiros, Castanheiros, Quebradeiras de Coco-de-Babaçu, Comunidades de Fundo de Pasto, Faxinalenses, Marisqueiras, Ciganos, Varzanteiros, Pantaneiros, Geraizeiros, Veredeiros, Caatingueiros, Retireiros do Araguaia, entre outros.

O cientista Jared Diamond, em entrevista (JANSEN, s/d), descreve que as comunidades tradicionais guardam os conhecimentos de nossos ancestrais. Argumenta que a sociedade moderna, ou sociedade industrial, pode aprender sobre questões universais como educação dos filhos, tratamento dos idosos, avaliação de riscos e manutenção da saúde e do bem-estar, pois considera que as sociedades tradicionais e as sociedades modernas têm as mesmas dificuldades nos aspectos universais.

Nesse sentido, estabelece o princípio 22 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 que

os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável. (ONU, 1992).

As sociedades tradicionais têm extrema relevância para o meio ambiente, vistos a diversidade cultural e os conhecimentos tradicionais coletivos que preservam e valorizam os ecossistemas desenvolvidos pelas mesmas e que nem sempre são percebidos como meio de desenvolvimento econômico.

Devido aos interesses econômicos e o não respeito aos conhecimentos tradicionais adquiridos e desenvolvidos coletivamente e compartilhados por essas comunidades, assim como o desrespeito à cultura das mesmas, essas retornam alvo de grandes corporações que visam a explorar os

conhecimentos tradicionais produzidos coletivamente, em especial, aos associados à biodiversidade, colocando em risco a sobrevivência e a proteção do reconhecimento de seus direitos, identificados como autorais coletivos. A ideia aqui é de proteger esse patrimônio cultural, ou seja, não monopolizar esses conhecimentos de forma individual num sistema em que predomina a sociedade industrial.

Como se pode perceber, na mesma linha, afirmam Johnson e Lundvall: “Muitas empresas apropriam-se do conhecimento e o transformam em mercadorias através de direitos de propriedade intelectual. Mas, este conhecimento é produzido socialmente e compartilhado, o que o torna difícil de ser individualizado e remunerado”. (2005, p. 91-92).

Com efeito, Rammê descreve:

O primeiro desafio imposto ao Estado de Direito é o da superação da desigual distribuição do poder econômico no cenário social. Afinal, uma desigual distribuição do poder econômico gera poder político aos mais ricos, os quais utilizam esse poder para condicionar o estado de Direito em seu benefício, gerando mais desigualdade e exploração.[...]

Essa submissão do poder político ao poder econômico é, portanto, uma forte ameaça às conquistas do Estado de Direito contemporâneo e um de seus desafios centrais.

O segundo importante desafio que se apresenta ao Estado de Direito contemporâneo é o da superação da desigual distribuição da degradação ambiental no espaço coletivo. Um desafio que também decorre da submissão do poder político ao poder econômico, mas que apresenta um viés específico, socioambiental: o da destinação da maior carga dos danos e riscos ambientais decorrentes do processo de desenvolvimento a certas comunidades tradicionais, grupos de trabalhadores, grupos raciais discriminados, populações pobres, marginalizadas e vulneráveis. (2013, p. 145-161).

Oportuno é dizer que, quando se fala em Sociedades Tradicionais, essas são estudadas no âmbito do Direito Ambiental quase sempre sob a ótica dos conhecimentos tradicionais, enquanto a observância e o foco estão na preservação desses conhecimentos, visto o interesse econômico

dito anteriormente. A temática das Sociedades Tradicionais em si fica relegada, e o interesse sobre as mesmas recai principalmente na apropriação econômica, devido à fonte de conhecimentos produzidos por essas.

Faltam estudos para que a comunidade jurídica avance em relação à situação jurídica de algumas Sociedades Tradicionais, considerando outros aspectos e não somente os dos conhecimentos tradicionais. Dessa forma, cabe à doutrina ambiental fazer um detalhamento profundo sobre as questões que permeiam a relação entre o Direito Ambiental e as Sociedades Tradicionais, pois essas preservam, na forma de viver, uma harmonia com o meio ambiente de forma equilibrada.

Quanto à proteção constitucional dada às Comunidades Tradicionais, no que tange aos conhecimentos tradicionais produzidos, esses são considerados bens culturais. As normas da CF/88 que protegem o bem cultural imaterial estão previstas nos seus arts. 215 e 216.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente,

por meio do Decreto nº 6.040 de 2007 o Governo Federal instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições. Compete à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, criada pelo Decreto, de 13 de julho de 2006, coordenar a implementação desta Política. (BRASIL, 2007).

A definição dada pelo Decreto 6.040, de 2007, em seu art. 3º, refere que Povos e Comunidades Tradicionais são

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. (BRASIL, 2007).

Não obstante, deve-se fazer uma reflexão quanto à instituição dessa Política Nacional, no sentido de fazê-la por *decreto* ao invés de por *lei*, possuindo um caráter muito mais governamental.

A produção de conhecimentos tradicionais por povos indígenas, quilombolas e Populações Tradicionais deve ser tutelada por um regime jurídico *sui generis* de proteção. Quando essa proteção legal não existe, pode haver a apropriação e utilização desses conhecimentos por terceiros.

Oportuno é dizer que o devido prosseguimento dessa produção depende de mecanismos que promovam segurança e sobrevivência física e cultural dos Povos Tradicionais, pois ultrapassam a esfera econômica e penetram no domínio das representações simbólicas e de respeito à sua identidade cultural. (SANTILLI, 2004, p. 345).

Considerações finais

Ao se questionar sobre as interfaces entre o meio ambiente e o homem, na exploração de recursos naturais, deve-se incluir, nesse processo, um posicionamento e o desenvolvimento de novas ações que permitam a melhoria dessa relação. O modelo atual de desenvolvimento não responde favoravelmente às críticas que a esse se faz, gerando uma crise moral.

Limites impostos devem ser observados para conter os anseios desenfreados em busca de um crescimento econômico inexorável que não recria alternativas de construção de novo modelo de desenvolvimento, que possibilite o equilíbrio sustentável do Planeta. Urge então, a necessidade de atuação do Poder Público como agente importante para conciliar os interesses de vários atores, quer no campo social, que no econômico e no ambiental, principalmente no desenvolvimento de novo modelo econômico, que leve em consideração o equilíbrio da natureza e o homem.

Um fator importante na superação da crise ambiental que se apresenta é o desenvolvimento de uma consciência ambiental, pressuposto básico à criação e ao desenvolvimento, nas novas gerações, de princípios e valores que possam nortear o comportamento dos indivíduos e de sua sociedade, no intuito de solucionar problemas socioambientais e construir um caminho para o desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, a reestruturação é fundamental, ou seja, precisamos de uma transição intelectual; na verdade, de uma revolução, uma passagem que deve passar pelo movimento cultural. As atuais teorias de Direito

Ambiental e Direito Econômico, sozinhas, não bastam, pois a mobilização deve ser conjunta entre os governantes e a sociedade. Nesse contexto, é assaz necessário que se busquem novos modelos de desenvolvimento econômico e social, resguardando, inclusive, as comunidades hoje vulneráveis e lhes garantir seus direitos. Uma reforma estrutural, pautada pela internalização das externalidades se faz necessária para alcançar o equilíbrio entre a preservação dos direitos das sociedades tradicionais e o desenvolvimento econômico sustentável.

Referências

ADORNO, Rubens de C. F. *Apontamentos sobre qualidade de vida, lazer e violência*. São Paulo: Cedec, 1998.

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. *Gestão ambiental: enfoque estratégico aplicado ao desenvolvimento sustentável*. 2. ed. ampl. e rev. São Paulo: Pearson, Makron Books,

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 out. 2015.

BRASIL. Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. Lei 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/L6938.htm. Acesso em: 29 nov. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, Daniel Rocha. Certificação ambiental, desenvolvimento sustentável e barreiras à entrada. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169. Jan./mar. 2006.

COSTA, Beatriz Souza. A proteção do Patrimônio Cultural como um direito fundamental. In: REZENDE, Elcio Nacur; STUMPF, Paulo Umberto (Coord.). *Temas de direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. p. 65-88.

CUSTÓDIO, Helita Barreiro. Legislação ambiental no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 76, n. 58, 1996.

DIEGUES, A. C.; ARRUDA, R. S. V. (Org.). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.

ECHEVARRÍA, Juan Claudio Morel. *Ambiente y cultura como objetos del Derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2008.

FERREIRA, Amauri Carlos. *Epistemologia e ecologia*. Belo Horizonte: IEC/PUCMG, 1996. Apostila.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, João Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREEMAN, C.; SOETE, L. *The economics of industrial innovation*. Londres: Pintr Publishers, 1997.

JACOBI, Pedro. *Cidades sustentáveis*. São Paulo: Cedec, 1998.

JANSEN, Roberta. *Sociedades tradicionais e modernas têm os mesmos problemas universais, diz cientista Jared Diamond*. s/d. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/sociedades-tradicionais-modernas-tem-mesmos-problemas-universais-diz-cientista-jared-diamond-14922168>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

JOHNSON, Björn; LUNDVALL, Bengt-Ake. Promovendo sistemas de inovação como resposta à economia do aprendizado crescentemente globalizada. In: LASTRES, Helena M. M.; CASSIOLATO, José E.; ARROIO, Ana. (Org.). *Conhecimento, sistemas de inovação e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ; Contraponto, 2005. p. 83-130.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LONGO, Carlos Alberto; TROSTER, Luis Roberto. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1996.

LOPES, Igenes Vidigal et al. (Org.). *Gestão ambiental no Brasil: experiência e sucesso*. São Paulo: Atlas, 2000.

MMA. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/perguntasfrequentest?catid=16>> Acesso em: 2 out. 2015.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT,, 2011.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

PATRICIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981.

RAMMÊ, Rogério Santos. Federalismo Ambiental Cooperativo e Mínimo Existencial Socioambiental: a multidimensionalidade do bem-estar como fio condutor. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 145-161, jul./dez. 2013.

SANTILLI, Juliana. Conhecimento tradicional associado à biodiversidade: afinal, do que estamos falando? In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 341-369.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. PAULITSCH, Nicole da Silva. Ética ambiental e crise ecológica: reflexões necessárias em busca da sustentabilidade. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 211-233, jul./dez. 2011.

Tombamento e direito de propriedade: além dos limites de limites?

*Cultural heritage and the right of property:
beyond the boundaries of the boundaries?*

Fernando José Longo Filho*

Resumo: O objetivo do artigo é estudar os precedentes brasileiro e americano, nos quais a questão jurídica versa sobre o conflito entre a proteção do Patrimônio Cultural e o direito de propriedade. A concepção de Jeremy Waldron do direito de propriedade como artefato foi adotada para criticar a teoria do núcleo essencial e analisar os casos.

Palavras-chave: Constituição. Direito de propriedade. Teoria. Tombamento.

Abstract: This essay's purpose was studying brazilian and american cases in which the conflicts of the Culture Heritage protection and the right of property were discussed. The conception by Jeremy Waldron of the right of property as an artifact was adopted in order to criticizing the essential nucleus theory and examining each case.

Keywords: Constitution. Property rights. Theory. Cultural heritage.

* Procurador do Distrito Federal desde 2005, Especialista em Direitos Humanos pela UNB e Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

1 Introdução

O tombamento é um instituto de direito público, disciplinado pelo Decreto-Lei 25/1937, tendo *status* constitucional (§1º do art. 216 da Constituição Federal de 1988). Guarda íntima relação com o direito de propriedade. Em razão dessa relação entre tombamento e direito de propriedade, a doutrina do Direito Administrativo, costumeiramente, estabelece critérios distintivos entre limitação administrativa e servidão administrativa, a qual configuraria uma restrição ao direito de propriedade e, portanto, indenizável.¹

Os critérios utilizados para distinguir limitação administrativa de servidão administrativa, resumidamente, são:²

- a) na limitação, o bem atingido se encontra em uma situação abstratamente determinada, enquanto, na servidão, atinge-se concretamente determinado bem;
- b) nas servidões administrativas, há um ônus real, o que não ocorre nas limitações administrativas;
- c) nas servidões, existe uma obrigação de suportar, enquanto, nas limitações, uma de não fazer; e
- d) as limitações e as servidões podem surgir diretamente da lei, e toda vez que sua origem for um ato da administração, estar-se-á diante de uma servidão.

O tombamento, por essa perspectiva, seria servidão administrativa; logo, poderia configurar uma desapropriação indireta, conforme expressão cunhada pela doutrina.³ A indenização seria devida, pois teria ocorrido uma supressão de elementos do conteúdo do direito de propriedade sem a observância do procedimento expropriatório mediante pagamento prévio e em dinheiro.

Esses critérios são problemáticos. O que são os bens em abstrato e em concreto? O instituto do tombamento criado pelo Decreto-Lei é abstrato; o ato administrativo que tomba determinado imóvel é concreto. Onde começa o abstrato e o concreto, se o imóvel somente é tombado em razão

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 899.

² *Ibidem*, p. 900.

de qualificação jurídica atribuída por uma norma em abstrato? Como distinguir a obrigação de suportar e a de não fazer? O tombamento de determinado imóvel implicaria a criação de uma obrigação de suportar, pois se estaria gerando uma fruição específica em prol da coletividade. E a proibição de poluição sonora não estaria gerando uma fruição específica também? E o que dizer da relação entre lei e ato administrativo? O caráter vago das leis, com suas expressões polissêmicas, atribuem amplo poder regulamentar à Administração Pública, o que gera, muitas vezes, o exercício do tradicional Poder de Polícia com fundamento em atos infralegais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) examinou essa questão em um julgado antigo (Apelação 7.377), datado de 17 de junho de 1942, em que, analisando uma situação específica, por maioria, decidiu que o instituto do tombamento, criado pelo Decreto-Lei 25/1937 e previsto constitucionalmente modificou o conteúdo do direito de propriedade sem implicar uma ilegalidade ou inconstitucionalidade, assim como afastou um direito à indenização em virtude do ato administrativo que determinou o tombamento de imóvel situado no Rio de Janeiro.

Esse julgado é apontado por Mendes como um exemplo de modificação do próprio conteúdo do direito de propriedade.⁴ Utilizou a concepção de limites dos limites dos direitos fundamentais para sustentar sua afirmativa.

A Suprema Corte americana tem um caso que guarda paralelismos com esse do STF. O caso *Grand Central Terminal* envolveu um ato equivalente ao de tombamento de um imóvel em Manhattan (*Grand Central Terminal*), o que impediu a aprovação de projeto de ampliação da edificação. Daí que os proprietários requereram o pagamento de indenização em razão de ter ocorrido um *regulatory takings*. Esse conceito encontra identidade com o nosso de desapropriação indireta, como se depreende da seguinte definição:

A cláusula “takings” é também aplicável quando o governo, em vez de expropriar a propriedade, regula o uso do solo por meio do poder de polícia, mas o faz em uma extensão que se assemelha

³ GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 331-341.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 485.

equivaler a um confisco. Essas denominadas “regulatory takings” estão no centro de algumas das mais intrincáveis controvérsias envolvendo a cláusula “takings”.⁵

A proposta é examinar esses dois casos que, à luz da doutrina tradicional de Direito Administrativo seriam categorizados como restrições ao direito de propriedade e não limitações administrativas. A investigação desses precedentes permitirá explorar as tensões entre o direito de propriedade e a tutela de bens culturais mediante ato de tombamento pela ótica da teoria constitucional.

Desse modo, inicialmente, serão descritos tanto o precedente brasileiro quanto o americano. Em seguida, será exposta a concepção dos limites dos direitos fundamentais e sua aplicação ao direito de propriedade. Posteriormente, a partir da concepção de Waldron de direito de propriedade como artefato, realçar o caráter contingente dos direitos, inclusive o do direito de propriedade. Daí a importância de vincular o estudo do direito de propriedade à teoria constitucional. Tendo essa referência normativa, este texto se debruça sobre a análise conjunta dos precedentes brasileiro e americano, explorando suas potencialidades e limitações.

2 O caso da Apelação 7.377, de 1942 do STF

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), com base no Decreto-Lei 25/1937, tombou o prédio da Praça Quinze de Novembro, n. 34, da cidade do Rio de Janeiro, o que gerou a propositura de uma ação judicial pelos proprietários, em que alegavam:

- a) a inconstitucionalidade e a ilegalidade do ato administrativo ao argumento de que a edificação não se constituiria em monumento histórico ou artístico; e
- b) o tombamento foi feito sem o consentimento dos proprietários, o que ofenderia o direito de propriedade.

⁵ “The takings clause is also implicated when the government, rather than condemning land, regulates the use of land under police power but does so to an extent that seems tantamount to a confiscation. These so-called regulatory takings have been at the center of some of the most intractable controversies involving the takings clause.” Tradução livre do inglês. In: ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 4.472.

A demanda foi julgada improcedente e se seguiu a interposição de recurso para o STF que, em sede preliminar, identificou uma questão de ordem constitucional relativa à eventual inconstitucionalidade do Decreto-Lei 25/1937 e do ato de tombamento sem a respectiva desapropriação. Por esse motivo, decidiu-se remeter o caso ao pleno para exame da matéria. No julgamento, se manteve a sentença, por maioria, refutando-se ambos os argumentos.

O nosso interesse centra-se na discussão travada no STF sobre o segundo argumento aprestado pelos proprietários, isto é, a existência de ofensa ao direito de propriedade.

No voto do relator ministro Castro Nunes, restou delineada a base constitucional e legal da questão:

A Constituição prevê, no art. 134 a proteção dos bens ou locais de valor histórico ou artístico: “Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

O Decreto-lei 25/37, de 30 de novembro de 1937, dando execução a esse dispositivo, declara no art. 1º: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico ou artístico”.

Nos artigos seguintes dispõe sobre o tombamento, a cargo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, compreensivo, assim dos bens do domínio público como dos do domínio particular, dispondo quanto a estes últimos que sua inscrição será voluntária, nos casos em que o proprietário a requer ou a ela anui, ou compulsória quando a ela se oponha, depois de notificado, oposição que, observada a forma processual estabelecida, é submetida ao Conselho Consultivo daquele Serviço, ao qual incumbe decidir.

Destaque-se também o seguinte trecho do voto do relator ministro Castro Nunes, no qual traça um comparativo entre a Constituição de 1891 e a Constituição vigente:

[...]

III – O que se depreende dessa distinção é que existe nas obras de arte como nos edifícios de valor histórico alguma coisa que supera o interesse do dono.

É a necessidade ou conveniência da conservação desses valores que pode não convir ao proprietário interessado possivelmente em destruí-los ou transformá-los, se isso lhe trouxer vantagem, colidindo já então com o interesse social ou nacional ligado àquela conservação. Destacar esse interesse público para protegê-lo, ainda que reduzindo as faculdades do proprietário, está ao alcance do legislador, com base na atual Constituição.

Dúvidas maiores poderiam ocorrer outrora, sob a Constituição de 91, que garantia o direito de propriedade “em toda a sua plenitude”.

Hoje, porém, a cláusula constitucional é muito mais flexível. Continua assegurado o direito de propriedade como direito individual subjetivo, com a garantia correspondente que o acompanha contra o confisco e se expressa na desapropriação mediante prévia indenização. Mas as demais restrições, ainda que lesivas em grau maior ou menor do direito do proprietário, são restrições de faculdades derivadas do domínio de faculdades que formam o conteúdo daquele direito.

Ora, não seria possível contestar que o dispositivo constitucional que se acrescentou à declaração do direito individual de propriedade visou abrandá-lo no seu absolutismo, deixando ao legislador espaço livre para lhe imprimir uma colaboração conveniente, em forma não somente negativa, mas também positiva, com o interesse social.

A antiga noção que não vedava ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos se completou com a da sua utilização ao serviço de interesse social. A propriedade não é legítima, explica Ripert, senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade. O proprietário deve à sociedade conta de sua exploração; deve-lhe conta de sua conservação ou cessão de sua propriedade; deve-lhe conta até

mesmo da falta de exploração (Le Regime Democr. et le Dr. Civil Moderne, 1936, pág. 242).

É a função social da propriedade, a esta inerente, como diz Hauriou, coisa diversa da propriedade função social, de Gurvitch e de outros extremistas do Direito, que absorve o elemento individual do direito, mantido em nossa Constituição, ainda que com aquela destinação.

Tal é o sentido do acréscimo que deu entrada na atual Constituição em termos ainda mais amplos do que os da fórmula que já inserira no texto de 34: “O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que regulem o exercício...”

A relevância é para a transformação operada no plano constitucional de uma concepção do direito de propriedade como direito absoluto para um direito relativo, sujeito a uma função social e a ter seu conteúdo e limites definidos pelas leis que regulem o seu exercício.

Essa última exigência (conteúdo e limites definidos pelas leis que regulem o exercício do direito de propriedade) foi inspirada na Constituição de Weimar, tendo sido considerado um dispositivo dúbio e confuso por Schmitt.⁶

É importante destacar que, como conclusão lógica, o ministro Castro Nunes apontou que o âmbito do legislador é “muito vasto”, podendo empreender ampla modificação no conteúdo do direito de propriedade que se pode traduzir, inclusive, em desvalorizações do bem. Confira-se:

Em todos esses casos, em grau maior ou menor, a propriedade se desvaloriza ou o direito de propriedade sofre restrições consideráveis. A proibição de derrubada de florestas é uma inibição ao direito que tem o proprietário de utilizá-las economicamente. A proibição de plantio ou as restrições a essa faculdade tem o mesmo sentido. No tocante à política do café, a queima do produto ou a sua requisição a preços tabelados para equilibrar o mercado e, de um modo geral, a fixação de preços dos gêneros de primeira necessidade são exemplos, entre muitos outros, de restrições extensas a que está sujeita a propriedade comercial ou civil, em nossos dias.

⁶ SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008. p. 3.380.

O último argumento do ministro Castro Nunes é a invocação do parecer do Ministério Público para demonstrar que, se exigir a desapropriação sempre que o tombamento ocorrer, se estará inviabilizando o instituto por razões de ordem prática, uma vez que se teria que desapropriar cidades e bairros (Ouro Preto, centro histórico de Salvador e grande número de edificações do Rio de Janeiro).

O ministro Laudo de Camargo apresentou divergência, indicando a inconstitucionalidade do tombamento compulsório previsto na segunda parte do art. 6º do Decreto-Lei 25/37 ao argumento de que seria necessária a desapropriação, sob pena de se violar o direito de propriedade, pois se estaria estabelecendo um ônus mediante o art. 17 do Decreto-Lei 25/1937 ao se veicular uma obrigação de conservação e não se trataria apenas de se fixar os limites e conteúdo do direito de propriedade.

No curso dos debates, é importante destacar a discussão sobre a desvalorização que o tombamento gerou sobre a propriedade, o que, para alguns dos ministros, implicaria o aniquilamento do direito de propriedade. Apesar desse argumento, a tese vencedora foi a de constitucionalidade do Decreto-Lei 25/1937 e da desnecessidade de expropriação. Entretanto, se tem notícia de que, posteriormente, a Administração Pública decidiu adotar a desapropriação.⁷

3 O caso *Grand Central Terminal*

O caso *Grand Central Terminal* envolveu uma lei da cidade de Nova York equivalente ao ato de tombamento, na medida em que criou a obrigação de conservação da edificação *Grand Central Terminal* em razão de seu valor histórico e arquitetônico, assim como a exigência de que qualquer obra de modificação fosse submetida à aprovação pela cidade de Nova York.

Essa norma foi a “Lei de Preservação dos Sítios Históricos de Nova York”, cujo principal método não foi a aquisição de prédios históricos, mas envolver os entes públicos nas decisões de controle do uso de solo urbano que afetam essas propriedades e criar os serviços, as regras, os controles e os incentivos que encorajem a preservação pelos atores privados.

⁷ GAIO, Daniel. Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 90.

Os proprietários requereram, administrativamente, a aprovação de projeto de modificação do *Grand Central Terminal*, a fim de edificarem, ocupando todo o espaço aéreo disponível acima do prédio original. O pedido foi indeferido por razões estéticas e de preservação do fundamento de que se teria o comprometimento do valor histórico da edificação.

Em razão dessa decisão administrativa, os proprietários ingressaram em juízo, requerendo uma indenização ao argumento de que teria ocorrido um *regulatory taking*, o que constituiria uma ofensa tanto a 5ª quanto a 14ª emenda da Constituição americana,⁸ assim como arguíram a insuficiência da *transfer development rights*⁹ como uma indenização justa.

O caso chegou à Suprema Corte americana, que, em 1978, decidiu, por maioria, pela inexistência de *takings* e, portanto, ausente estaria o direito à indenização.

O relator foi Justice Brennan que destacou, logo de início, o fato de que os proprietários não tinham se insurgido contra o indeferimento do pedido de modificação da edificação, mas requerido, exclusivamente, a indenização com fundamento na cláusula *takings*.

⁸ Art. V. “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado de vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” ARTIGO XIV “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou a imunidade dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. 2. [...]”

⁹ O “transfer development rights” equivale ao nosso instituto denominado “transferência do direito de construir”, cuja disciplina encontra-se, em especial, no inciso II do art. 35 do Estatuto da Cidade. “Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer, em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de: I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. § 1º. A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do *caput*. § 2º. A lei municipal referida no *caput* estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.”

Afirmou também não existir uma fórmula apta a identificar um caso como *takings*, assim como analisou os precedentes que formaram a jurisprudência sobre *takings*. Em seguida, refutou a assertiva de que a proibição da utilização do espaço aéreo acima da edificação constituiria uma ofensa ao direito de propriedade, referindo que a jurisprudência sobre *takings* enfatiza tanto o caráter da ação governamental quanto a natureza e extensão da interferência nos direitos de propriedade como parte de um todo.

Também foi rejeitado o argumento de que a legislação da cidade de New York teria provocado a desvalorização da propriedade, assim como seria arbitrária, sobrecarregando determinados indivíduos, o que seria distinto de uma lei de zoneamento urbano. Justice Brennan defendeu que, a prevalecer a tese dos proprietários, qualquer encargo ao direito de propriedade daria origem a uma indenização, bem como se invalidariam todas as legislações sobre sítios históricos no país. Acrescentou que não se trata de uma legislação arbitrária, mas que a lei da cidade de New York incorpora um plano abrangente de preservação das estruturas históricas e dos interesses estéticos em qualquer local em que se encontrem. Sobre a alegação de distribuição injusta de encargos, Justice Brennan asseverou:

É claro que é verdade que a lei de sítios históricos tem um impacto mais severo em alguns proprietários do que em outros, mas isso não significa que a lei provoque um “taking”. Legislação destinada a promover o bem estar geral normalmente sobrecarrega alguns mais do que outros.¹⁰

O relator Justice Brennan examinou ainda a questão se a lei de New York era inválida em razão de não existir uma justa indenização, isto é, se a interferência na propriedade era de tamanha magnitude que deveria ter sido adotado o procedimento expropriatório mediante o pagamento de uma justa indenização. O fundamento para não acolher esse argumento foi o de que a lei de preservação mantinha o uso do *Grande Central Terminal* do mesmo modo em que tinha sido concebido e utilizado nos

¹⁰ Tradução livre do inglês “It is, of course, true that the Landmarks Law has a more severe impact on some landowners than on others, but that in itself does not mean that the law effects a ‘taking’. Legislation designed to promote a general welfare commonly burdens some more than others”.

últimos 65 anos, e que isso permitia lucros, bem como retorno financeiro razoável aos proprietários.

O *Justice Rehnquist* apresentou voto divergente, acolhendo o pleito dos proprietários de que teria ocorrido um *taking* e, por esse motivo, deveriam ser indenizados. Argumentou que a lei de preservação gerou uma desvalorização do imóvel, provocando um prejuízo milionário aos proprietários. Acrescentou também que a 5ª Emenda estabelece o princípio de que ninguém deve suportar, individualmente, os encargos públicos, que devem ser distribuídos equitativamente a todos.

4 O núcleo essencial do direito de propriedade

O direito de propriedade tem como função principal a alocação de recursos escassos e não compartilhados. É a atribuição de algo a alguém, excluindo-se a interferência de outros. Essa é uma definição meramente descritiva do que seja o direito de propriedade. Nessa função do direito de propriedade, reside o seu caráter conflituoso.¹¹

O caráter conflituoso adquire relevância do ponto de vista jurídico, na medida em que o direito de propriedade é definido como direito fundamental e, simultaneamente, instituto jurídico, o que significa dizer que a legislação confere conteúdo e limites ao direito de propriedade assegurado constitucionalmente. E aí emerge a questão de como proteger da invasão legislativa e da administração pública um direito constitucional, cujos conteúdo e limites são conformados pelas normas infraconstitucionais.¹²

Essa relação problemática entre Constituição e normas infraconstitucionais é equacionada, comumente, pela noção teórica da garantia de instituto, em que se “assegura um ‘núcleo fundamental de normas’ que constituem um instituto jurídico que merece o nome de propriedade”.¹³ Esse núcleo de normas do direito de propriedade é o limite de limites à ação legislativa, cuja criação já remonta à época da Constituição de Weimar, como bem-indicado por Gomes:

¹¹ ALEXANDER, Gregory S. *The global debate over constitutional property: lessons from American Takings Jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. p. 5.

¹² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 481-482.

¹³ *Ibidem*, p. 527.

Como sempre, a reelaboração é obra pioneira da doutrina alemã. Recusando-se, no tempo da Constituição de Weimar, a coligar o conceito de desapropriação à transferência coativa da propriedade, admitiram a existência de limitações expropriatórias e sustentaram que configuravam inequívocas desapropriações, na conclusão lógica de que desapropriação há toda vez que se esteja em presença da imposição de um sacrifício particular ao direito de propriedade de uma pessoa, ou, mais nitidamente, quando “há intervenção consistente na substituição coativa, em medida prevalente, da substância (conteúdo essencial) do direito de propriedade do particular”.¹⁴

Essa substância, essência do direito de propriedade, é posta a salvo, imune às pretensões do legislador. Para a jurisprudência alemã, esse núcleo essencial é formado pela utilidade privada e pelo poder de disposição.¹⁵

Como o próprio nome indica, a teoria dos limites dos limites é a busca de uma essência, o que, por si só, já demonstra sua fragilidade, dada à impossibilidade de se apreender a essência de um objeto histórica e linguisticamente construído como é o Direito. Mas é tendo essa suposição teórica que a dogmática alemã construiu seus critérios para aferir quando ocorre uma ingerência indevida na esfera do direito de propriedade ou, na linguagem da dogmática brasileira, uma desapropriação indireta.

Bodo e Schlink indicam os seguintes critérios:¹⁶ a) as normas de conteúdo e de limitação devem ser por meio de leis; b) essas normas devem satisfazer o princípio da proporcionalidade; c) o legislador é obrigado a tomar em consideração a especificidade do bem ou do direito de valor patrimonial; d) o legislador é obrigado a considerar a importância para o proprietário do bem ou do direito de valor patrimonial; e) o legislador tem obrigação de compensar a ingerência financeira, eventualmente, por indenização financeira; e f) o legislador é obrigado a suavizar, em certa medida, a ingerência, eventualmente com a criação de “cláusulas de maior dano” e o estabelecimento de normas de transição.

É importante destacar que, de acordo com os critérios acima, a aferição da restrição ao direito de propriedade deve ser feita mediante a

¹⁴ GOMES, op. cit., p. 333.

¹⁵ MENDES, op. cit., p. 483.

¹⁶ PIEROTH; SCHLINK, op. cit., p. 506-512.

aplicação do princípio da proporcionalidade, o que parece ser lugar comum na dogmática alemã.¹⁷

Nesse ponto, há duas objeções à teoria dos limites de limites.

A primeira é sobre a definição do conteúdo essencial do direito de propriedade como a utilidade privada e o poder de disposição. Essa afirmativa do conteúdo essencial tem um caráter meramente descritivo do direito de propriedade, isto é, qual é a função que o direito de propriedade tem? Ou melhor dizendo, como o direito de propriedade funciona? Nada informa sobre o aspecto normativo, ou seja, sobre a justificativa constitucional à utilização e disposição da propriedade de determinada maneira e não de outra. Está ausente, portanto, uma teoria normativa da propriedade.¹⁸ Em síntese, essa definição do conteúdo essencial pouco diz a respeito dos limites de atuação do legislador. Apesar disso, para os que adotam a tese do conteúdo essencial, o controle judicial da atividade legislativa é exercido por meio do princípio da proporcionalidade. E aqui reside a segunda objeção.

Em razão de que o conteúdo essencial é definido apenas como utilização privada e poder de disposição, sem a existência de uma teoria normativa do direito de propriedade, a aplicação do princípio da proporcionalidade, para se aferir se um ato estatal constitui uma ingerência injustificada do ponto de vista constitucional, equivalerá, normalmente, à manutenção da perspectiva do direito de propriedade em detrimento dos outros princípios jurídicos sopesados, ou à produção de decisões judiciais de caráter arbitrário em desfavor do direito de propriedade.

A virada linguística já não permite mais se buscar uma “essência”. Para dizer com Benvindo,¹⁹ em vez do *dasein* de Heidegger, a *différance*, de Derrida implica a compreensão de que o direito é construído, ou melhor, desconstruído pelo jogo livre e ininterrupto de significados, inexistindo qualquer referência externa guiando e governando essas interações. A afirmação de uma essência do direito de propriedade elimina a possibilidade da *différance*, de Derrida, isto é, a possibilidade de um jogo livre e

¹⁷ HEDRICH, Philipp. *Der schutz des Eigentums nach dem Grundgesetz, der EMRK und der Recht der EU*. GRIN, 2013, p. 303.

¹⁸ ALEXANDER, Gregory S.; PENÁLVER, W. M. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 225.

¹⁹ BENVINDO, Juliano Zaidan. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. Verlag Berlin Heidelberg, 2010. p. 171.

ininterrupto de interpretações sobre o direito de propriedade e os outros direitos, no caso, o direito ao meio ambiente cultural. A essência já confere resposta de antemão ao teste do balanceamento ou da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por esse motivo, o princípio da proporcionalidade (ou da ponderação) é apenas uma das técnicas a ser aplicada no processo de argumentação jurídica.²⁰

O núcleo essencial do direito de propriedade é uma idealização que não auxilia a argumentação jurídica e tampouco a resolução de casos envolvendo a colisão do direito de propriedade com outros direitos fundamentais. Desse modo, em vez de se tentar identificar um núcleo essencial, os direitos de propriedade devem ser compreendidos como artefatos.

5 Direitos de propriedade são artefatos

Jeremy Waldron é um filósofo liberal, reconhecido por defender a legislação e rejeitar o *judicial review*, isto é, a legitimidade do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo. É o clássico problema contramajoritário.

Ele escreveu um pequeno, porém instigante livro, cujo título é *The rule of Law and the measure of property*,²¹ no qual, a partir de um precedente da Suprema Corte americana, apelidado de *South Carolina Coastal Council*, discute os limites impostos pelo direito de propriedade à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em defesa do direito ao meio ambiente. Nesse trabalho, a perspectiva teórica de Waldron é a mesma de outros trabalhos,²² isto é, o desenvolvimento de uma teoria filosófica sobre a legislação. O aspecto relevante, nesse trabalho, é o raciocínio que Waldron

²⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 141-160, em que, com fundamento em Luhmann, indica que a pretensão otimizante é uma idealização que suprime a unidade alteridade e identidade (*alter e ego*), inviabilizando a compreensão dos princípios, uma vez que a diferença de perspectivas entre *alter* e *ego* é pressuposta, sob pena de expansão demasiada da perspectiva de ego sobre alter. Por esse motivo, defende que a ponderação é uma técnica de absorção e promoção de complexidade e não de otimização.

²¹ WALDRON, Jeremy. *The rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012.

²² Conferir WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, 2005-2006.

desenvolveu sobre o direito de propriedade e a teoria da legislação, ou do que ele denomina de *Rule of Law*. Nas suas palavras, “nossa investigação é sobre a relação entre o ‘1Rule of Law’ e outra estrela na constelação – nosso ideal de liberdade econômica e, por sua vez, da propriedade privada.”²³

Waldron debate a tradicional divisão entre *Common Law* e *Rule of Law*. Afirma que o primeiro, compreendido também como direito privado, costumeiramente, é entendido como um direito que deva operar com suas próprias regras, tendo um desenvolvimento de baixo para cima, isto é, a partir da sociedade e alheio ao direito estatal. Nessa perspectiva, qualquer medida regulatório-ambiental seria uma intromissão indevida do Estado no *Common Law*.²⁴ Para nós, seria equivalente a dizer que o Direito Civil tem existência apartada do Direito Constitucional.

É contestada por Waldron essa perspectiva que fratura, por assim dizer, o Direito Privado e o Direito Público. E como recurso argumentativo para demonstrar a fragilidade dessa perspectiva, narra uma história imaginária que vale a pena ser transcrita:²⁵

Em 2011, um fazendeiro – nós vamos chamá-lo de John Gardner – está na posse de um pedaço de terra e muito incomodado com as restrições ambientais impostas para utilizá-la. Mas como a fazenda tornou-se sua? Bem, nós podemos supor que Gardner

²³ Tradução livre do inglês: “Our inquiry is about the relation between the Rule of Law and one another star in the constellation – our ideal of economic freedom and, by implication, private property.” (WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 307).

²⁴ *Ibidem*, p. 430.

²⁵ Tradução livre do inglês: “In 2011, a farmer – we will call him John Gardner – is in possession of a piece of land and very annoyed about environmental restrictions on the use that he can make of it. But how did it come to be his? Well, we may suppose that Gardner has farmed this land for many years. He purchased it in 1992 from a public trustee, a Mr. Dworkin, who took it over when the previous farmer, name of Hart, went into bankruptcy in 1985. Hart had inherited the farm from his father, Goodhart, when the later died intestate in 1972. Goodhart in turn had purchased it in 1930 for a song from a company that had held it in trust after it had been farmed for a couple of generations by the Austin family. Records reveal that Austin bought the land in an auction sponsored by the Bank of New Zealand (which in those days was a wholly government-owned enterprise), the bank having foreclosed on a feckless settler called Bentham in 1890. At an earlier stage, Bentham purchased the land at a bargain price from a man called Blackstone in the 1880s who had held, first the leasehold, and then the freehold, form the colonial government since 1865. The colonial government, in turn, had bought it from a Maori tribe in whose collective possession it had been for some centuries, since the (relatively recent) commencement of human habitation in New Zealand about 800 years ago.” (*Ibidem*, p. 472-477).

tenha cultivado sua terra por muitos anos. Ele a comprou em 1992 de um diretor público, o Senhor Dworkin, que a tomou quando o fazendeiro anterior, chamado de Hart, foi à falência em 1985. Hart herdou a fazenda de seu pai, Goodhart, quando o último morreu em 1972 sem deixar testamento. Goodhart, por sua vez, comprou a terra em 1930, bem barato, de uma companhia que a adquiriu, depois de ter sido cultivada por algumas gerações da família Austin. Os registros revelam que Austin comprou a terra em um leilão realizado pelo Banco da Nova Zelândia (que naquele tempos era um empreendimento totalmente controlado pelo governo), que executou uma dívida de um colono irresponsável em 1890. Em um estágio mais inicial, Bentham comprou a fazenda por uma pechincha de um homem chamado Blackstone nos idos de 1880 que primeiro teve o arrendamento e, depois a propriedade, concedida pelo governo colonial desde 1865. O governo colonial, por sua vez, comprou a terra da tribo Maori que a possuía coletivamente por alguns séculos, desde (relativamente recente) o início de vida humana na Nova Zelândia, cerca de 800 anos atrás.

O que Waldron destaca a partir dessa história imaginária é a circunstância de que o direito de propriedade é uma construção social do Direito, um artefato do Direito tanto quanto são as restrições impostas por normas ambientais.²⁶ Waldron suspeita que um conto semelhante pode ser encontrado na maioria dos sistemas jurídicos de maneira que, igualmente, desfaça o mito de que os modernos direitos de propriedade podem ser justificados a partir de qualquer coisa remota como a origem lockeana.²⁷ E, de fato, pensa-se que tem razão Waldron, uma vez que, ao menos aqui no Brasil, é possível encontrar histórias reais e não imaginárias como essa, como se observa pelo relato de Holston, que, embora longo, é importante conferir pela semelhança com o relato imaginário:

Exponho, a seguir, a cronologia da disputa de terras desde a época em que os moradores se viram nela enleados, e depois analiso as várias alegações de propriedade, cujas contradições tornaram-nas judicialmente insolúveis. As complicações remontam ao século XVI.

²⁶ *Ibidem*, p. 504-505.

²⁷ *Ibidem*, p. 510.

Em 1969, um homem chamado Rafael Garzouzi, “o Turco”, ou “o Libanês”, como era chamado pelos moradores, apareceu no então pouco habitado Jardim das Camélias. Através de sua imobiliária, a Adis Administração de Bens S.A., ele abriu uma série de estradas de terra, construiu no local um escritório, dividiu a terra em onze lotes de 620m, e começou a vendê-los. Ele exibia aos interessados um plano de urbanização do bairro e documentos que comprovavam o registro das terras no cartório competente. Um contrato muito atraente era oferecido por ele aos compradores: estipulava prestações mensais durante um período que variava de dois a dez anos; obrigava a imobiliária a fornecer, além de cada recibo das prestações, documento de quitação depois do último pagamento. Com esses recibos e o documento de quitação em mãos, o comprador podia então registrar sua compra e transferir a titularidade do imóvel para o seu nome. No entanto, uma das muitas coisas que a Adis não disse a seus clientes foi que, embora as assinaturas do contrato fossem reconhecidas em tabelionato, seu plano de arruamento e loteamento não tinha sido aprovado pelas autoridades competentes – e nem poderia. O plano não só violava as posturas municipais de planejamento, mas também – o que constitui fato mais grave – subvertia outro plano para a mesma área, aprovado desde 1924 em nome de José Miguel Ackel. [...]

A intervenção do governo federal no Jardim das Camélias completou o imbróglio jurídico da disputa. Ele também se dizia o proprietário das terras, que considerava patrimônio federal, além de não reconhecer a legitimidade das transações e dos procedimentos judiciais relativos à área nos quais não tivera participação. O governo federal, dessa maneira, negava a maior parte da história do conflito ao longo dos últimos séculos. Sua intervenção obstruiu e tornou confusa toda a ação judicial anterior que objetivava deixar clara a titularidade das terras: seguindo suas deliberações, foram interrompidas as demarcações e todos os processos jurídicos em andamento, além de proibida toda expropriação, legalização e regularização das terras através das administrações municipal e estadual. Até que, em 1975, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), o único tribunal com poderes para julgar o conflito entre os governos federal e estadual. Para iniciar o processo, todavia, o STF tinha que, antes de mais nada, avaliar cada alegação separando os interesses de propriedade públicos daqueles privados. O fato é que, com isso, o caso ainda hoje se arrasta no STF por falta de evidências, fontes

e, provavelmente, iniciativa para decidir qual, entre as muitas alegações de propriedade, é a mais fundamentada. [...]

O governo federal afirma que as terras do Jardim das Camélias lhe pertencem porque estão dentro das fronteiras do antigo aldeamento indígena de São Miguel e Guarulhos, estabelecido a partir de uma concessão de terra real em 1580 e oficialmente extinto em 1850. Encontrei dois argumentos que embasam a afirmação. Um deles diz que a Lei de Terras imperial de 1850 e a legislação seguinte incorporaram os aldeamentos indígenas ao patrimônio nacional. Todas as Constituições Federais, à exceção da primeira, de 1891, reafirmam essa incorporação. A Constituição Republicana de 1891 anexa as terras indígenas ao patrimônio de cada estado, decisão revertida em 1934. O segundo argumento do governo federal reconhece que a primeira Constituição transferiu aos estados, a partir de 1891, direitos sobre os antigos aldeamentos indígenas, declarados abandonados – e por isso constituindo “terra devoluta” –; no entanto, também afirma que as terras em questão nunca pertenceram a essa categoria. Ao contrário, o argumento estabelece que o governo federal manteve a propriedade porque, desde o século XVII, é pautado por uma série de intervenções executivas e jurídicas, que vem arrendando essas terras a não-índios.²⁸

A versão brasileira é mais extensa do que a imaginária. É repleta de controvérsias jurídicas, batalhas judiciais, alternativas e inconsistências, mas se tem a impressão de que, para Waldron, esses aspectos somente reforçariam a noção de que o direito de propriedade é um artefato resultante da interação entre o direito público e o direito privado.²⁹ Nessa condição, o direito de propriedade está entrelaçado com o direito público.

E Waldron prossegue afirmando que o direito de propriedade não é intocável, situando-se no mesmo plano dos outros direitos e merecendo proteção de igual maneira. Por essa razão, afirma ser necessária uma concepção do *Rule of Law* procedimental e não substancial. E, nesse ponto, o argumento de Waldron é de que a dignidade da legislação repousa no fato de que discordamos, e a legislação são os nossos acordos

²⁸ HOLSTON, James. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 3 fev. 2014.

²⁹ WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 528.

compartilhados. O Direito Positivo introduz aquilo que o Direito Natural não pode fornecer: previsibilidade e estabilidade. Por meio do Direito Positivo, as mudanças são deliberadas,³⁰ o que não pode ser desprezado.

Para defender a dignidade da legislação, é bem ilustrativo o seguinte argumento de Waldron, apoiado em Kant:

Mas o argumento de Kant é de que o que importa é que haja uma sociedade civil, e que estejamos sujeitos a ela, tão logo as pessoas comecem a discordar e a lutar por causa da aplicação prática da justiça. De modo similar, a pessoa que propõe resistir ou desobedecer a algum item de legislação está afrontando a própria ideia de direito, segundo Kant. Pois, mesmo supondo que a dissidência seja conscienciosa e baseada em argumentos morais impecáveis, ainda equivale a voltar as costas à ideia de compartilharmos uma visão sobre o direito ou a justiça aqui e de implementá-la em nome da comunidade. Aquele que propõe resistir ou desobedecer está anunciando, na verdade, que é melhor retornar a uma situação em que cada um age segundo o próprio juízo quanto à justiça. Por fim, é a resposta a essa pessoa que Kant desenvolveu a sua defesa moral da legislação e da ideia de direito positivo.³¹

A fascinante argumentação de Waldron em defesa da legislação não é o tema deste ensaio, mas sua importância para nós é a compreensão do direito de propriedade como artefato, isto é, uma construção entrelaçada entre o Direito Privado e o Direito Público.

E é interessante observar que as Cortes Constitucionais podem ser refratárias a alterações legislativas, cuja intenção é modificar o direito de propriedade, a fim de atender a outros interesses e direitos. Foi o que se verificou na denominada “Era Lochner”³² da Suprema Corte americana,

³⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 17.

³¹ WALDRON, op. cit.

³² Sobre a caracterização *Era Lochner*, interessante é conferir as palavras de Sunstein: “A decisão da Suprema Corte em *Lochner v. New York* apresentou a característica incomum de conferir nome a todo um período do Direito Constitucional. No chamado ‘período Lochner’, que compreende os anos de 1905 a 1937, a Suprema Corte derrubou uma série de leis estaduais que se propunham a regular as relações entre empregadores e empregados. Frequentemente considera-se o período um símbolo de uma forma injustificada de ‘ativismo’ judicial: ingerências judiciais no processo democrático sem o devido respaldo do texto e da história da Constituição. Sem dúvida há muito a dizer em favor da sabedoria convencional. Conforme veremos, parte do que de errado havia com o

quando o tribunal rejeitou várias leis de proteção trabalhista ao fundamento de que se estaria ceifando a liberdade de contratar e, por consequência, violando o direito de propriedade. A argumentação era de que a imposição, por exemplo, de um salário-mínimo implicaria ônus ao empregador que deveria ser suportado não por ele, empregador, mas pela sociedade como um todo.³³

Nesse aspecto, o paralelo entre a era Locker e a atual, em defesa do meio ambiente, é evidente. A reconfiguração de direitos de propriedade pela legislação em favor de novos direitos, como o direito ao meio ambiente, é uma dinâmica redistributiva em que o artefato, o direito de propriedade, é remodelado pela legislação.

Waldron é explícito ao tratar o direito de propriedade como artefato e que, nessa condição, teria sua proteção assegurada como qualquer outro direito, e não se poderia construir uma teoria normativa que justificasse a sua proteção em razão da divergência de opiniões e valores que existe na sociedade.

Suspeito é, entretanto, que uma teoria normativa do direito de propriedade seja indispensável. Como bem ponderou Sunstein, um sistema de propriedade privada – que esteja sujeito a reconfigurações de maneira descontrolada – pode submeter todos os cidadãos a uma espécie de servidão que compromete a própria democracia.³⁴ Atualmente, goza de grande prestígio uma concepção normativa do direito de propriedade formulada pela análise econômica do Direito. Entretanto, é importante assinalar a existência de outras teorias normativas do direito de propriedade a partir de autores como Locke, Hegel, Kant e Aristóteles.³⁵

De qualquer sorte, embora seja relevante a tarefa de uma teoria normativa do direito de propriedade, para os fins propostos e os limites deste ensaio, a noção de direito de propriedade como artefato é uma construção teórica importante à análise dos precedentes brasileiro e americano.

período Lochner era, de fato, a agressividade da Corte. No entanto, **também se deve entender o caso como que atrelado a um conceito específico de neutralidade, um conceito baseado nas distribuições existentes de riquezas e direitos. A Corte Lochner tratou tais distribuições como pré-legais e justas** e, nesse aspecto, há uma relação muito estreita entre os casos Lochner e Plessy. (grifo nosso). (SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 54-55).

³³ Ibidem, p. 55.

³⁴ Ibidem, p. 163.

³⁵ ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M.. *An introduction to property theory*. New York, Cambridge University Press, 2012.

6 Os casos

Os precedentes brasileiro e americano apresentam similaridades e dissonâncias.

É curioso observar a dissonância textual das Constituições. No caso brasileiro, o voto do relator destacou a alteração produzida no texto constitucional em que está expressa a previsão de proteção dos bens culturais, assim como a de que a propriedade obriga e tem caráter relativo e não mais absoluto, como a Constituição anterior estipulava. Como consequência dessa inovação no texto constitucional, afirmou-se que o legislador, então, tem ampla liberdade na conformação do direito de propriedade. No precedente *Grand Central Terminal*, não há essa previsão textual e, nem por isso, o voto do Justice Brennan declarou a inconstitucionalidade dos atos legislativos praticados pela cidade de New York. Antes, pelo contrário, os reputou constitucionais e legítimos. Foi uma deferência à atuação do legislador.

Essas circunstâncias têm implicações. A primeira é a constatação de que os direitos de propriedade são artefatos, ou seja, são construções do Direito. A ampla liberdade reconhecida ao legislador reforça essa constatação. O direito de propriedade é configurado por meio de uma complexa interação entre normas de Direito Privado e de Direito Público. Nos casos, normas típicas de direito municipal, pois são referentes ao zoneamento, à aprovação de projetos e ao licenciamento urbanístico.

A segunda é sobre a relevância do texto constitucional. O texto constitucional é ponto de partida da atividade hermenêutica e, em muitas situações, não diz nada sobre o assunto. É o caso do precedente americano. Na Constituição americana, não existe nada sobre bens culturais, tombamento e função social da propriedade. Nem por esse motivo, não se reconheceu a constitucionalidade do ato legislativo. E, nesse ponto, a elaboração de uma teoria da legislação é muito bem-vinda, como defende Waldron. A insistência de compreensão exclusivamente por meio de uma teoria da adjudicação, isto é, de uma teoria da aplicação do direito é limitada para explicar toda a complexidade normativa.

A terceira implicação é a insuficiência do texto. Se o texto legislativo tem relevância, como foi o caso do precedente brasileiro, em que se constatou alteração substancial tanto do próprio texto constitucional quanto do infraconstitucional, não esgota as possibilidades interpretativas, como se verifica pela existência de votos divergentes ao argumento de que se

teria ofendido o direito de propriedade. E, nesse aspecto, ao lado de uma teoria da legislação, entende-se que não se pode dispensar uma teoria da aplicação do Direito ao caso, como pretende fazer Waldron.

E, se os votos vencedores nos precedentes brasileiro e americano possuem dissonâncias, pois têm fundamentos textuais distintos, os votos divergentes e vencidos têm similaridades. O argumento básico é idêntico: ofensa ao direito de propriedade por uma ingerência estatal equivalente a uma expropriação porque gerou uma significativa diminuição no seu valor de mercado. É o argumento de que a garantia da existência do direito de propriedade transforma-se em garantia de valor monetário.³⁶

Mais uma vez, sobre esse argumento, a crítica de Waldron é aguda ao afirmar que o *Rule of Law* não pode ser alegado como razão para estabilizar preços, especialmente, em uma economia de livre-mercado. De acordo com Waldron, a monetarização da incerteza pode ser sensível às probabilidades de transformação do Direito, assim como é sensível a probabilidades em de mudanças dos ciclos econômicos.³⁷ E ainda assevera: “O que eu quero dizer é que, se o *Rule of Law* protege a propriedade privada, irá fazê-lo presumivelmente nos próprios termos do *Rule of Law* e esses podem ser ou não os termos em que, em outros contextos, o princípio da propriedade privada é exaltado”.³⁸

Pensa-se que a lógica de Waldron nos afasta do perigo de um raciocínio economicista de interpretação do direito de propriedade e restaura, por assim dizer, a dignidade do Direito, isto é, de se produzir em decisões fundadas no próprio código binário do Direito (lícito/ilícito). Assemelha-se, em certa medida, à perspectiva de Luhmann de que o direito de propriedade é um acoplamento estrutural entre o sistema do Direito e o da Economia, em que os sistemas são autônomos, ainda que possam se observar e se irritar mutuamente.³⁹

Nessa perspectiva de operações pelo próprio código do Direito, é interessante notar a existência de outra diferença entre os precedentes brasileiro e americano. No caso brasileiro, os proprietários se insurgiram

³⁶ PIEROTH, *op. cit.*, p. 510.

³⁷ WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 1.301.

³⁸ Tradução livre do inglês: “What I mean is that, if the Rule of Law protects private property, it will do so presumably on the Rule of Law’s own terms and these may or may not be the terms on which, in other contexts, the principle of private property is extolled.” (Ibidem, p. 1.318).

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 392.

contra o ato administrativo de tombamento compulsório argumentando que o Decreto-Lei 25/1937 que o embasava seria inconstitucional, pois deveria ter sido adotado o instituto da desapropriação. O caso americano é diferente porque os proprietários pediram em juízo apenas a indenização e não a declaração de inconstitucionalidade da lei e, por consequência, a aprovação de seu projeto de modificação da edificação. O voto do Justice Brennan enfatizou essa circunstância. Não se estava diante de uma demanda que almejava a proteção do direito de propriedade, mas de uma ação judicial eminentemente indenizatória.

É o que a doutrina alemã denomina a proibição do “tolera, mas cobra”,⁴⁰ ou seja, o proprietário deve se insurgir contra o ato de intervenção na propriedade que não previu a correspondente indenização. A proteção constitucional se volta ao direito de propriedade. Se o proprietário se sente ofendido por uma ingerência estatal indevida e sem previsão de indenização, deve se insurgir contra esse ato supostamente tido como inconstitucional. De outra maneira, estaria se ferindo outro princípio constitucional que é o da autonomia orçamentária do legislador. Em outras palavras, o Judiciário estaria criando despesas que não foram previstas, mas que deveriam ter sido previstas pelo legislador. Sobre o tema, é oportuno conferir essa construção doutrinária à luz do constitucionalismo alemão:⁴¹

[...]

b) A chamada “cláusula de ligação” (Junktimklausel) do art. 14, n. 3, frase 2, exige que a lei preveja uma indenização e regule a sua natureza e extensão. Uma lei de expropriação que não contenha uma regulação de indenização é inconstitucional; os tribunais para os quais se recorreu nos termos do art. 14, n. 3, frase 4, não podem suprir por analogia a falta de uma norma de indenização, nem deduzi-la diretamente do art. 14, mas têm de submeter ao Tribunal Constitucional Federal a lei inconstitucional de expropriação, conforme consta do art. 100, n.1. Deste modo, são salvaguardados tanto a autonomia orçamental do legislador como o monopólio de rejeição do Tribunal Constitucional Federal: o orçamento não é onerado com as consequências financeiras imprudentes de uma lei – a “cláusula de ligação” tem

⁴⁰ PIEROTH, *op. cit.*, p. 515-516.

⁴¹ *Ibidem*, p. 515.

uma função de aviso – e a rejeição das leis por parte do Tribunal Constitucional Federal não é iludida por meio de correções das leis pelos tribunais.

Ainda sobre a eventual necessidade de indenização, é importante demarcar algumas diferenças entre os precedentes brasileiro e americano. No precedente *Grand Central Terminal*, os aspectos fáticos foram esmiuçados como é típico da jurisdição americana, tendo sido ressaltado pelo voto vencedor o fato de que o imóvel continuava a ter sua utilidade preservada e a ser razoavelmente lucrativo para seus proprietários. A obrigação de preservação não elidia essas potencialidades do bem. Além disso, restou oferecido pela cidade de New York a possibilidade de os proprietários transferirem o potencial construtivo não utilizado. No caso brasileiro, as características e a utilidade atuais do imóvel não foram examinadas. O voto vencedor argumentou por meio dos textos constitucionais e legais. O voto vencido, por outro lado raciocinou (pelo que se deduz) das possibilidades futuras do imóvel. Essas peculiaridades, além de denotarem um problema de abordagem da hermenêutica jurídica, apontam a uma questão de fundo sobre a mudança de paradigma do direito de propriedade em que a preservação do Patrimônio Cultural é parte integrante.

E sobre esse aspecto é bom destacar, mais uma vez, a seguinte afirmação do Justice Brennan: “A Legislação destinada a promover o bem-estar geral normalmente sobrecarrega alguns mais do que outros”.

É a constatação de que essa reconfiguração do direito de propriedade gera um rearranjo na distribuição de riquezas existentes. A modificação do artefato, realmente, gera uma sobrecarga, mas, tampouco, por esse motivo, *a priori*, se estaria diante de uma exigência de indenização por parte do proprietário porque se está diante de uma reconfiguração do direito de propriedade em uma escala sistêmica, isto é, a preservação e o patrimônio cultural passam a ser integrantes do direito de propriedade. E, nesse contexto, os princípios da igualdade e da justa distribuição de encargos adquirem outra perspectiva, assim como o princípio da proporcionalidade. É um modo de disposição e utilização da propriedade que está sendo redefinido.

Conclusões

A teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou da teoria dos limites de limites dos direitos fundamentais, possui os seus próprios limites. A construção de critérios identificadores da existência de uma ingerência estatal indevida no direito de propriedade é importante e valiosa, porém a utilização indiscriminada do princípio da proporcionalidade pode gerar um ativismo judicial em detrimento de políticas públicas aprovadas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo.

É, nesse contexto, que o estudo dos casos judiciais brasileiro e americano foi relevante, pois permitiu uma compreensão de como o Poder Judiciário enfrentou questões relativas à proteção do Patrimônio Cultural e tomou decisões que, à primeira vista, poderiam ser contrárias a uma concepção de direito de propriedade. O Poder Judiciário, nos dois casos, foi além dos limites de limites.

Os direitos de propriedade são artefatos como qualquer outro direito. Talvez, a afirmativa sempre insistente acerca do caráter absoluto do direito de propriedade como intocável, seja apenas um mecanismo de negação de sua fragilidade, isto é, de ser um artefato. Por esse motivo, suspeita-se que seja imprescindível a construção de uma teoria normativa do direito de propriedade que acolha tanto uma teoria da legislação quanto uma teoria da adjudicação, isto é, tanto a produção do Direito quanto sua aplicação ao caso.

E se o desenvolvimento de um arcabouço teórico é tarefa importante, o estudo de alternativas institucionais não pode ser relegado a um segundo plano. Com isso, quero dizer que o adequado equacionamento entre o direito de propriedade e o tombamento de um imóvel pode ser mediante a adoção de uma alternativa institucional como o instituto da transferência do direito de construir. É a combinação de uma sólida teoria com imaginação institucional que pode auxiliar na resolução dos casos jurídicos do cotidiano pelos operadores do Direito.

Referências

ALEXANDER, Gregory S.; PEÑALVER, Eduardo M.. *An introduction to property theory*. New York: Cambridge University Press, 2012.

ALEXANDER, Gregory S. *The global debate over constitutional property: lessons from American Takings Jurisprudence*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaidan. *On the limits of constitutional adjudication. Deconstructing balancing and judicial activism*, Verlag Berlin Heidelberg, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAIO, Daniel. *Os bens culturais imobiliários e o seu conteúdo econômico*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Orlando. *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

HEDRICH, Philipp. *Der schutz des Eigentums nach dem Grundgesetz, der EMRK und der Recht der EU*. GRIN, 2013

HOLSTON, James. *Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07.htm>. Acesso em: 3 fev. 2014.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. New York: Oxford University Press, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Durham; London: Duke University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the measure of property*. New York: Cambridge University Press, 2012.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, 2005-2006.

_____. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

De atingidos a vítimas do desenvolvimento: um estudo junto à população afetada direta ou indiretamente pela UHE Foz do Chapecó na região Oeste de Santa Catarina

From stricken to victims of development: a study within the population affected directly and indirectly by the hydroelectric dam UHE Foz do Chapecó in Western Santa Catarina

Arlene Renk*
Silvana Terezinha Winckler**

Resumo: Nas últimas décadas, grandes usinas hidrelétricas construídas na bacia do rio Uruguai (como projetos de desenvolvimento) alteraram o substrato morfológico das comunidades camponesas, causando o desaparecimento total ou a desestruturação parcial daquelas que permaneceram. Parte dos camponeses e ribeirinhos recebeu indenizações pelas terras inundadas e migrou. Nas novas moradas, tentaram reorganizar suas relações comunitárias, mas nem sempre o conseguiram. A reconstrução das relações comunitárias é um dos pontos frágeis, seja àqueles que migraram, seja àqueles que permaneceram; e esses danos não são passíveis de mensuração e indenização. Em certas comunidades afetadas parcialmente pelos empreendimentos hidrelétricos, foram construídos equipamentos comunitários novos, pouco utilizados pelo reduzido número de moradores remanescentes. Entre esses, há sintomas de depressão, de solidão e outros de ordem psicossomática. A alteração compulsória do modo de vida, a quebra dos vínculos vicinais, comunitários e de organização de trabalho levam-nos a questionar: Não seria lícito considerá-los vítimas do desenvolvimento?

* Doutora em Antropologia Social pela UFRJ. Professora nos Programas de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (Mestrado Acadêmico) da Unochapecó e Direito (Mestrado Acadêmico).

** Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (ES), 1999. Professora da Universidade Comunitária da Região de Chapecó-Unochapecó. Professora nos Programas de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (Mestrado Acadêmico) da Unochapecó e Direito (Mestrado Acadêmico).

Este trabalho é desenvolvido com os atingidos pela UHE Foz do Chapecó, na região Oeste de Santa Catarina.

Palavras-chave: Atingidos. Barragens. Conflitos socioambientais. Vítimas ambientais.

Abstract: In recent decades, large hydroelectric plants built in the watershed of the river rio Uruguai as development projects changed the morphological substrate of peasant communities, causing the total disappearance or partial disruption of those who remained. Part of the peasants and riverside dwellers received compensation for the flooded lands and migrated. In new homes, they tried to reorganize their community relations, but not always have they succeeded. The reconstruction of community relations is one of the weak points, either it is for those who have migrated, or for those who have remained; and these damages are not amenable to measurement and compensation. There were built new community facilities in certain communities partially affected by hydroelectric dams, but little used because of the few number of remaining residents. Among these people, there are symptoms of depression, loneliness and other psychosomatic symptoms. The compulsory change in the way of life, the breaking of the neighborhood ties, community and labor organization led us to question: would not it be lawful to consider them victims of development? This work has been developed within the stricken people by the hydroelectric dam UHE Foz do Chapecó, in western Santa Catarina.

Keywords: Stricken people. Dams. Social-environmental conflicts. Environmental victims.

1 UHE Foz do Chapecó: esboço de uma biografia

A Usina Hidrelétrica (UHE) Foz do Chapecó é um dos empreendimentos hidrelétricos da bacia do rio Uruguai que, a exemplo do que assegura Ribeiro (2012, p. 200), insere-se nos grandes empreendimentos que formam a “quintessência dos ‘projetos de desenvolvimento’”.

À Eletrosul, subsidiária da Eletrobrás, coube a construção de empreendimentos como as hidrelétricas de Itá, Machadinho, Passo Fundo, dentre outras, na bacia do rio Uruguai. Quando privatizada, essa empresa regional de energia elétrica deu início a novo modo de empresariar e negociar a construção das obras de Barra Grande, Quebra Queixo e Foz do Chapecó, com a participação de empresas privadas e, em alguns casos, com percentuais de empresas públicas.

A UHE Foz do Chapecó, construída no rio Uruguai, na divisa dos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, é gerenciada pela “Foz do Chapecó Energia S.A.” O empreendimento também ficou conhecido como Consórcio Energético Foz do Chapecó, nome com o qual participou do leilão da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel). A sociedade está formada pelas empresas CPFL Energia (51%), Eletrobrás Furnas (40%) e Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica (9%).

A outorga para exploração da UHE Foz do Chapecó foi concedida em 15 de outubro de 2001. Os Estudos de Impacto Ambiental (EIAs) foram realizados pela empresa Engevix. Para apresentação dos estudos, ocorreram audiências públicas em 11 de março de 2002 (Alpestre – RS) e 12 de março de 2002 (Chapecó – SC). A licença prévia (LP 147/2002) foi concedida em 13 de dezembro de 2002, com validade de dois anos e acompanhada de 36 condicionantes sociais e ambientais. A licença de instalação (LI 284/2004) foi concedida em 21 de setembro de 2004, com validade de dois anos e acompanhada de 45 condicionantes sociais e ambientais. Em 5 de dezembro de 2006, foi concedida a prorrogação da licença de instalação por quatro anos, acompanhada de 50 condicionantes sociais e ambientais. A licença de operação (LO 949/2010) foi concedida em 25 de agosto de 2010. (BARON, 2012).

Em 2007, o governo apostava no crescimento da infraestrutura do País, criando o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), com vigência de quatro anos. A Foz do Chapecó foi construída como obra integrante do PAC. A hidrelétrica entrou em operação em dezembro de 2010, com potência de 885MWh e formação de lago de 79,93 km². As águas do lago inundaram áreas de 13 municípios dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, e outros municípios foram atingidos indiretamente.

A empresa empreendedora foi responsável pela elaboração e implementação do Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno do Reservatório Artificial (Pacuera), disciplinado pela Resolução Conama 302/2002. Na resolução mencionada, estão previstas as medidas destinadas a disciplinar a conservação, a recuperação, o uso e a ocupação da Área de Preservação Permanente (APP) no entorno do lago formado pelo barramento, assegurando o uso múltiplo das águas. (WINCKLER; RENK, 2014).

2 O enchimento do lago

O enchimento do lago não se constituiu em algo *insólito*, a exemplo do fato estudado por Costa (2014) ocorrido em Sobradinho. Naquele caso, o ciclo de cheias e vazantes do rio São Francisco marcava a sazonalidade e levou os ribeirinhos a uma percepção equivocada do enchimento, confundindo-o com mais uma cheia – daí o título da obra: *Uma retirada insólita*.

As cheias do rio Uruguai não eram sazonais, a exemplo daquelas do rio São Francisco. Quando ocorriam, podiam ser volumosas, como a enchente de 1965, chamada de “Dilúvio de 65”, registrada na memória da população, nos documentos iconográficos e inventariada na perda de bens materiais, dado o volume das águas e sua fúria. Tornou-se marco comparativo para as enchentes anteriores e posteriores.

Entre o tempo de “começar a ouvir falar da obra” que estaria por vir e sua construção efetiva, houve um prazo elástico que amorteceu resistências. A resistência mostrou-se, logo de início, na retirada das marcações físicas colocados pela empresa estatal, a quais sinalizavam a localização da intervenção no território. A população removeu todos os marcos e, simbolicamente, lançou-os ao rio desde o alto da ponte. Essa ação de resistência evoca. Remotamente, aquela dos *ludditas* por ocasião da Revolução Industrial. (HOBSBAWM, 1990; THOMPSON, 1986). Consistiu em ação coletiva de mobilização contra o empreendimento, com a intenção de retardar a atividade empresarial. Realizaram-se romarias e manifestações nos diversos municípios que seriam atingidos pela construção da barragem.

A construção dos canteiros de obra, a engenharia com a edificação de túneis e de barramentos anunciavam a breve conclusão: a obra durou quatro anos. A contestação dos marcos (outrora arrancados) mostrou-se vã, pois não conseguiu impedir a chegada das máquinas. Enquanto isso, houve tempo para que a empresa organizasse seus mediadores no contratrabalho àquele realizado pelo Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), há anos na organização popular, visando, primeiramente, a impedir a obra e, ante a inevitabilidade de fazê-lo, pleiteando indenizações que atendessem aos interesses dos atingidos. O MAB contabilizava a seu favor as negociações realizadas entre os atingidos e a Eletrosul nas usinas de Itá e Machadinho. Quando as obras iniciaram, alguns se mostraram incrédulos, outros estavam resignados a aceitar o inevitável.

Um dos aspectos iniciais, perceptível aos moradores, foi a “morte do rio” (AGNOLIN, 2012; ZORNITTA, 2015), que afetou a vida dos pescadores profissionais artesanais que dele retiravam o sustento. Tomam-se, em especial, duas categorias: camponeses e pescadores – mas deixando explícito que não são as únicas atingidas.

O evento do enchimento do lago foi assim descrito por uma pescadora artesanal:

Mas o rio era uma coisa, Deus do céu! É, terminou, praticamente terminou o rio, não existe mais. Nós já tinha se mudado pra cima, meu marido descia todos os dia medir lá, que quantia, um metro e meio, um metro e oitenta, que enchia por dia. [...] Mas ele chorava, chorou o dia que saiu de lá, chorou, tudo bem arrumadinho que nós tinha a morada lá. Ele sabe que ficou tudo debaixo da água. (PP12T2). (AGNOLIN, 2012, p. 86).

Se, outrora, as enchentes do rio Uruguai eram atrativas para os cidadãos, que se deslocavam em caravanas para observar as águas em fúria, no enchimento do lago, carros de urbanos deslocavam-se para observar e registrar em fotografia a subida irreversível das águas. Uns observavam as águas como fato inusitado. Agricultores e pescadores, ao contrário, com sensibilidade comunitária, lamentavam o desaparecimento do rio e da paisagem que eram engolidos pelas águas. Marcas de luto. Os relatos apontam o caso de um pescador que, em outubro 2010, repetiu o ritual da demarcação das enchentes, assinalando, de tempos em tempos, a subida das águas. Trabalho de Sísifo, porque o marco era encompassado pelo volume de água sem reversão.

Outro fato que chamava a atenção eram os riachos que corriam em sentido contrário em razão do represamento. (CASARIL, 2015, p. 31).

As surpresas em relação às águas do lago recém-formado ficaram expressas nas visitas de famílias de agricultores e ribeirinhos realizadas às antigas moradas: quando do início do enchimento e quando já estavam encobertas pelo lago. Recordam-se da perda de orientação, pela vastidão das águas, encobrindo as referências anteriores. Lembram-se da cor esverdeada das águas, dos cheiros, dos odores fétidos oriundos das matérias submersas em decomposição.

Em que pesem divergências e discordâncias em relação ao valor de indenização, item abordado a seguir, um dos ressentimentos dos agricultores e pescadores é dirigido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Explicita-se: ao ser indenizado, o agricultor tinha facultada a retirada de tábuas da moradia e galpões dentro de um prazo determinado. Caso não o fizesse, o imóvel era desmanchado pela empreendedora para evitar ocupação considerada indevida. No entanto, não era permitida a retirada de madeira nativa ou plantada, sob pena de ser caracterizado crime ambiental. As árvores ficavam sob vigilância do Ibama, órgão governamental fiscalizador da área ambiental.

Como se verá adiante, ação civil pública foi impetrada para que empreendedora e Ibama retirassem as árvores da área a ser inundada, o que não ocorreu. Perceber a recusa da extração da madeira e constatá-la encoberta pelas águas foi interpretado como um ato de violência, e cabia a pergunta: Quem estaria cometendo crime ambiental? O insólito, nesse caso, foi a perda da madeira alagada, que viria a contribuir para a eutrofização da água.

A institucionalização do Pacuera, instrumento que define os locais de acesso ao lago e determina o que pode, ou não, ser feito em seu entorno, não estava no cômputo dos problemas a serem enfrentados pelos moradores e autoridades municipais. Esses sabiam que parte das áreas desapropriadas formaria o lago, e outra, mata ciliar, mas não tinham a informação de que todo o entorno do lago seria uma Área de Preservação Ambiental (APP), de propriedade da empresa Foz do Chapecó Energia S.A. e sob a tutela dos órgãos ambientais (Polícia Ambiental, Fatma e Ibama).

A elaboração do Pacuera ficou a cargo da Foz do Chapecó, mas a aprovação ficou com o Ibama. Até o momento, o uso do entorno do lago não está liberado, ressalvados alguns pontos de acesso já consolidados, como na área do Goio-En, que integra o perímetro urbano do Município de Chapecó. Enquanto ambientalistas comemoram a medida de 30m do entorno do lago na área urbana e 100m na área rural, agricultores e ribeirinhos têm enfrentado sérias adversidades. Alguns já foram notificados judicialmente e condenados a pagar multas pelo fato de seus animais se apascentarem nas gramíneas e beberem água do lago. O Ministério Público passa a fazer o papel de guardião do bem público, mas de preservação ambiental, com acesso disciplinado, cuja compreensão não é acessível aos agricultores e ribeirinhos. Mesmo na estiagem de 2013, municípios viram-se limitados no uso do lago para abastecimento da agricultura.

As ações da UHE Foz do Chapecó constituem-se em agenda multiplex, no sentido utilizado por Gluckman (1962). Se, inicialmente, a atenção estava focada na definição do local do canteiro de obras e delimitação do reservatório, prolonga-se o período de retirada e negociação com os moradores. Como assinala Baron (2012), as disputas pela expressão de veracidade dos cadastros realizados entre prepostos do Consórcio Energético Foz do Chapecó e o Ibama (2007) se fizeram sentir. Atendendo a reivindicações do MAB, em 2002, realizou-se o cadastramento, incluindo famílias não contempladas anteriormente. Apesar de haver um cadastro de 2.474 famílias proprietárias e não proprietárias, unicamente 1.516 foram parcial ou totalmente atendidas. Atualmente, nas diversas comarcas, a Foz do Chapecó Energia é acionada por mais de 600 famílias.

Cabe lembrar que, no comitê de negociação, o MAB não foi interlocutor. Para tal, foi instituída uma associação, nominada de Associação Mista dos Atingidos (Amista), à qual coube assento na mesa de negociação.

3 Comunidades atingidas

Geógrafos e sociólogos discorrem acerca da definição e dos elementos constitutivos das comunidades rurais. No Sul do Brasil, entre as populações rurais descendentes de alemães, italianos e poloneses, um dos elementos constitutivos da comunidade é a igreja. Para além das propriedades tangíveis, definir uma comunidade significa computar quantos membros estão filiados àquela igreja, fator que pode servir de exclusão aos não integrantes. Em torno da igreja organizam-se os demais equipamentos, como: área de lazer, cemitério, campo de futebol, cancha de bochas, pavilhão comunitário e outros. A comunidade é construída social e materialmente pelos moradores, que depositam os tijolos para erguer o salão comunitário, dão-lhe sentido e se sentem efetivamente associados.

O alagamento dos equipamentos comunitários, além de fragilizar os laços sociais, em muitos casos, opõe religiosos – aqueles investidos de poderes sagrados – e associados leigos no que concerne à decisão dos rumos a tomar a respeito dos bens, sejam dos bens sagrados, que constituem a ossatura dos cultos, seja do seu destino material, uma vez que os membros serão divididos. Sociedades que se apresentavam como modelo de cristandade, da noite para o dia, tornam-se belicosas, jogando leigos contra aqueles investidos de poderes sagrados com acusações pouco abonadoras.

Os associados da comunidade tinham o direito de levar uma boa parte do patrimônio [da comunidade], até para ter uma boa lembrança, né? Que a comunidade de Sanga Rosa, no caso, nunca mais. Cobriu de água e tchau. É que nem ter morrido um pai de família, aquele pai não volta mais. (Entrevistado M 2). (CASARIL, 2015, p. 31).

Parte dos camponeses e ribeirinhos recebeu indenização pelas terras inundadas e migrou tentando reorganizar suas relações comunitárias – mas nem sempre o conseguiram. Estudo de Rocha (2011) esmiúça a preferência pela remuneração pecuniária nas indenizações, ao contrário do ocorrido na Hidrelétrica de Itá.

Grande parte reinseriu-se em comunidades já existentes, levando suas experiências com acolhidas diversas. As relações são capital intangível nas comunidades quando construídas, vivenciadas e estabelecidas. Mesmo que ocorram pequenas rugas entre os moradores, eles se unem mediante os *outsiders* e em situações adversas. Quando em novo contexto, não se transladam as relações coletivas, tão somente a experiência vivida naquele local. No novo contexto, aquele que chega torna-se sempre um *outsider*, que requer passar pelos ritos de instituição.

No entanto, aqueles que permaneceram e foram afetados indiretamente pelas águas, com fração de terras inundadas, mas com as benfeitorias rurais intactas, indenizados pelas perdas, ressentem-se em duas dimensões: pela perda de parte das terras, quando foi o caso, e pela perda dos vínculos comunitários. Não foi só o rio que morreu, a comunidade também pereceu. Mesmo construídos ou reconstruídos, os equipamentos públicos não mais agregam os moradores. Isso é observável, principalmente, quando são estabelecidos vínculos de cunho religioso, quando comunidade equivale a associados da capela, da igreja. Exemplos apontados por Locatelli (2014) são as comunidades de Sanga Rosa e de Bonito, onde diminuiu o número de associados.

A reconstrução das relações comunitárias é um dos pontos frágeis, seja daqueles que migraram, seja daqueles que permaneceram; essas relações não são passíveis de mensuração e indenização. Não que os agricultores desconheçam as relações desencantadas do mercado, mas o “encantamento dos vínculos” não estava à venda.

Os equipamentos comunitários foram, literalmente, construídos socialmente ao longo do tempo. Carregavam as marcas do tempo e dos moradores. Em certas comunidades afetadas parcialmente pelos empreendimentos hidrelétricos, foram construídos equipamentos comunitários novos, pouco utilizados pelo reduzido número de moradores remanescentes. Entre esses, há sintomas de depressão, de solidão e outros de ordem psicossomática. A alteração compulsória do modo de vida, a quebra dos vínculos vicinais, comunitários e de organização de trabalho realizado há décadas levamos a categorizá-los, para além da condição de atingidos,¹ mas como vítimas do desenvolvimento.

São vítimas os pescadores e moradores – dentre esses, essencialmente, os agricultores que não perderam as terras, mas perderam as comunidades. O avanço da água desestruturou fisicamente as comunidades rurais, fazendo com que uma fração dessas migrasse, e outra permanecesse. Aos que permaneceram, mesmo que houvesse contrapartida pela perda de equipamento comunitário, como igreja ou pavilhão, com a construção de novos restou inviável reunir o número suficiente de sócios. A retirada compulsória de parte das comunidades agrava o quadro de diminuição da população rural verificado nos dados dos últimos censos demográficos.

4 Vítimas do desenvolvimento

Os Projetos de Infraestrutura de Grande Escala (PGEs), a exemplo da UHE Foz do Chapecó, inserem-se na arena desenvolvimentista do Estado brasileiro, executada por um consórcio de empresas. “Consórcios são um meio que as corporações têm para otimizar o uso de diferentes redes que precisam ser ativa-das para realizar diferentes objetivos econômicos e políticos.” (RIBEIRO, 2012, p. 211).

No campo antropológico, a categoria desenvolvimento é polissêmica. Independentemente da concepção adotada, podemos recorrer a Bourdieu (2005) quanto à noção de campo econômico como seara de disputas, na

¹ Como expressa Rocha (2011, p. 387), “no Brasil, pela sua diversidade geográfica e cultural, é difícil um consenso em torno do termo ‘atingido por barragem’.” Esse autor analisa a expressão como construção processual que precisa ser compreendida em cada caso específico, atentando-se, no entanto, para as possíveis relações com outros casos conhecidos. Não faremos, neste trabalho, uma “tipologia” dos atingidos pela UHE Foz do Chapecó; apenas nomearemos alguns desses sujeitos (grupos, comunidades) e mediadores que intervêm nos conflitos.

qual os agentes estão dotados desigualmente dos capitais em jogo. Por conta de seus enormes impactos ambientais e sociais, os PGEs mostram claramente o desequilíbrio das relações de poder entre populações locais e *outsiders* desenvolvimentistas. Nessa esteira, Zhouri e Oliveira (2007) apontam à premência, a *inevitabilidade* invocada pelos gestores dos megaempreendimentos, que deixam às populações locais uma única alternativa: a adesão.

Vale recuperar a analogia traçada por Ribeiro (2012, p. 197), inspirado no conhecido preceito durkheimiano de que a religião é a sociedade adorando a si própria, logo, desenvolvimento poderia ser a ex-pansão econômica adorando a si mesma. Para tal, tornar-se-ia necessário conhecer o “sistema de crença que subjaz a essa devoção, assim como as características do campo de poder que a sustenta”.

Como campo, o do desenvolvimento é composto por agentes multiplex dos capitais nacional, internacional, de grupos empresariais, de consultores, de instituições multilaterais, de agências não governamentais e governamentais, que ora concorrem entre si e noutros momentos aliam-se. Vale a ressalva estabelecida por Ribeiro:

Os atores e instituições menos poderosos são grupos locais vulnerabilizados por iniciativas de desenvolvimento. Iniciativas que destroem as relações entre povos indígenas, seus territórios e culturas – como os reassentamentos realizados para construir represas – fornecem o cenário mais óbvio de vulnerabilidade de populações locais vis-à-vis “desenvolvimento”. (2012, p. 200).

Os projetos hidrelétricos da bacia do rio Uruguai constituíram-se na matriz cepalina do desenvolvimento e crescimento econômicos. No período de 1967 a 1990, as ações de planejamento e desenvolvimento foram coordenadas centralmente pelo Ministério do Interior, sob a responsabilidade da Superintendência de Desenvolvimento da Região Sul (Sudesul). Segundo Goulart et al. (2015), esses projetos foram criados, a fim de elevar o padrão de vida das populações da região e integrá-la na economia nacional.

A exemplo do que já foi dito, ocorreram ações do Consórcio Canambra, de empresa canadense, que prospectou o leito do rio Uruguai, mostrando a possibilidade de instalação de 22 hidrelétricas na sua bacia. Os

projetos de grande escala, como o de Itá e Machadinho (REIS; CATULLO; CASTELLS, 2005), já enfatizavam o fornecimento de energia para o crescimento econômico do Sul do Brasil e a inevitabilidade de tais obras.

A UHE foi construída e amparada na política estatal do PAC, que promoveu a retomada do planejamento e a execução de grandes obras de infraestrutura. (BRASIL, 2015). O setor hidrelétrico trabalha na perspectiva desenvolvimentista; expressa-o nos documentos dos Ministérios, como os Planos Decenais. O Plano Decenal 2015-2024 do Ministério de Minas e Energia prevê a construção de 22 UHEs – a de São Roque, no rio Canoas, e a de Itapiranga, no rio Uruguai, situadas na bacia do rio Uruguai. (BRASIL, 2015, p. 84).

Crescimento e desenvolvimento não são sinônimos, jamais o foram. As obras, quando construídas, foram e são projetadas no intento de visar ao desenvolvimento da região ou do País. Aos refratários e àqueles que se opõem, é designado o epíteto estigmatizante de “guardiães da miséria”. (ZHOURI; OLIVEIRA, 2007). Apesar de o País ser signatário da Convenção 169 da OIT, que assegura o direito de oitiva livre e esclarecida aos povos tradicionais e indígenas, quando da construção de grandes obras, isso não se efetiva. Ao contrário, foi necessária a mediação da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos para garantir o direito de existência nos documentos e perante a Foz do Chapecó Energia dos pescadores e dos Kaingangs. (RENK; WINCKLER, 2015, no prelo).

As categorias sociais são gestadas historicamente. Um exemplo disso ocorre com a de “refugiado do desenvolvimento”. Segundo Magalhães Santos (2007), na década de 1980, mais precisamente em 1985, a categoria “refugiados do ambiente” foi reconhecida pela ONU, numa analogia à categoria de “refugiado”, de amplo reconhecimento pela instituição e pelo Direito Internacional já há algumas décadas. A Comissão Mundial de Barragens (CMB) criou a categoria “vítimas de empreendimentos”, a partir daquela já existente na ONU, a de “refugiado”. Nessa ocasião, em 1985, a ONU, por meio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), nominava esse segmento, por “ecorefugiados”, isto é, aqueles deslocados por grandes transformações ambientais, de causas naturais ou humanas, independentemente do argumento desenvolvimentista.

Posteriormente, em 1997, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) incluiu os atingidos por catástrofes ambientais decorrentes de programas de desenvolvimento – e não apenas da ação da

natureza – no debate sobre os deslocamentos forçados. (SANTOS, 2007, p. 82; NÓBREGA, 2011). O deslocamento humano compulsório passou do foro ambiental do PNUMA para o ACNUR (órgão específico que protege os refugiados), o que acentua o grau de importância da matéria. As megaobras, dentre as quais a indústria barrageira, produzem os “refugiados do desenvolvimento”.

Embora a categoria “atingido” tenha entrado na pauta dos megaprojetos de forma mais ampla, dizendo respeito não só a quem sai, mas também a quem permanece, poderíamos trabalhar com a perspectiva da condição de *atingido*, extrapolando a dimensão patrimonial. Aceitamos que os empreendedores nem sempre reconhecem essa dimensão material e, quando o fazem, o cálculo dos prejuízos mensuráveis pode ser o menor. A patrimonialização é tangível e negociável, mas os capitais intangíveis – o modo de vida, as dimensões culturais, a rede de sociabilidade, a vida comunitária, a perda da paisagem na qual foram socializados e estavam envolvidos –, mesmo com a fúria das águas, não são recuperáveis, tampouco passíveis de serem reconstruídos do mesmo modo. Poderíamos dizer que, em alguns casos, como o dos agricultores que permanecem e têm as comunidades cindidas, mesmo que essas sejam reconstruídas materialmente, há uma patologização do social. A exemplo do descrito por Bourdieu (2003), há um sentimento de mal-estar nas comunidades.

As populações vítimas do desenvolvimento também deveriam ser incluídas na discussão dos projetos, como propõe a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para os povos indígenas e populações tradicionais, no sentido de que se faça a oitiva informada e de boa-fé. Fazer a oitiva não significa atender aos anseios da população ouvida; no entanto, deixar de ouvir os afetados e limitar ao centro do poder a decisão de uma obra que implica a remoção ou a alteração da vida das pessoas e comunidades traz inúmeros malefícios. Também, essa atitude não se reveste dos princípios da transparência e de uma comunicação entre as partes. Sabe-se que os códigos comunicacionais não são unívocos; exemplo pode ser visto, em Costa (2013), no caso de Sobradinho.

Como assegura Baron,

os projetos não nascem dos anseios da população, fazendo com que se torne “atingida”, por deslocamentos compulsórios, indenizações das benfeitorias e terras, consideradas justas ou

não, pela perda do usufruto dos rios que servem de pesca, lazer e ponto de referência na vida dessas comunidades. Cabe, inicialmente, reconhecer que há conflitos antagônicos em relação à apropriação e outorga das águas, da necessidade ou não da obra, e dos interesses divergentes entre os atores envolvidos, direta e indiretamente, ou seja, aqueles considerados e que se consideram como atingidos. (2015, no prelo).

Também se incluem nas vítimas do desenvolvimento aquelas pessoas que, de boa-fé, acreditaram nos *royalties* que a obra geraria e nos benefícios materiais proporcionados às comunidades. Retorna-se aos processos de cercamento das águas sem direito ao uso.

Referências

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. *Declaração de São José para Refugiados e Pessoas Deslocadas*. São José, 5-7 dez. 1994. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

AGNOLIN, Gilberto. *Identidade e cultura pesqueira no rio Uruguai*: trecho alagado pela UHE Foz do Rio Chapecó. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Unochapecó, Chapecó, 2012.

BARON, Sadi. *UHE Foz do Chapecó: estratégias, conflitos e o desenvolvimento regional*. 2012. Dissertação (Mestrado em Dinâmicas Regionais e Políticas Sociais) – Unochapecó, Chapecó, 2012.

_____. UHE Foz do Chapecó: o pós-barragem e os impactos nas comunidades ribeirinhas. In: DAL MAGRO, Marcia (Org.). *Impactos socioambientais da UHE Foz do Chapecó*. Chapecó: Argos, 2015. No prelo.

BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. O campo econômico. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 4, n. 6, 2005.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 3 out. 2015.

CASARIL, Moisés. *Percepções socioambientais dos agricultores remanescentes atingidos após a instalação da Foz do Chapecó*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Unochapecó, Chapecó, 2015.

CATULLO, Maria Rosa; COUN, Elisabeth. Estudios de impactos sociales en el Mercosur: procesos relocalizatorios, nuevos espacios urbanos y reconstrucción de redes de relaciones sociales. *Quadernos de Antropologia Social*, n. 15, p. 49-69, 2002.

GLUCKMAN, Max. Les rites de passage. In: _____ (Ed.). *Essays on the ritual of social relations*. Manchester: Manchester University Press, 1962.

HOBBSAWM, Eric. *Os trabalhadores: estudos sobre o operariado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

LOCATELLI, Carlos. *Comunicação e barragens*. O poder da comunicação das organizações e da mídia na implantação de hidrelétricas. Florianópolis: Insular, 2014.

SANTOS, S. M. S. M. *Lamento e dor: uma análise socioantropológica do deslocamento compulsório provocado pela construção de barragens*. Belém: Ed. da UFPA, 2007.

COSTA, Ana Luiza M. *Uma retirada insólita*: Rio São Francisco: Barragem de Sobradinho. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ/IPPUR, 2013.

NOBREGA, R. S. Os atingidos por barragens: refugiados de uma guerra desconhecida. *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, ano XIX, n. 36, p. 125-143, jan./jun. 2011.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 8 dez. 2014.

REIS, M. J.; CATULLO, R. M.; CASTELLS, Alicia N. G. Ruptura e continuidade com o passado: bens patrimoniais e turismo em duas cidades relocalizadas. *Cuadernos de Antropologia Social*, n. 21, p. 71-89, 2005.

RENK, A.; AGNOLIN, G.; WINCKLER, S. Como peixes fora-d'água: o caso dos pescadores profissionais artesanais da UHE Foz do Chapecó. *Antropológicas*, Niterói, v. 37, n. 2, 2014a.

RENK, A.; BARON, S.; WINCKLER, S. Estratégias da UHE Foz de Chapecó na arena no hidronegócio. In: LOCATELLI, C. (Org.). *Barragens imaginárias: a construção de hidrelétricas pela comunicação*. Florianópolis: Insular, 2014b.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Redes e ideologia no campo do desenvolvimento. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais*. Brasília: ABA, 2012. p. 86-108.

ROCHA, Humberto José. Configuração social e suas implicações na negociação para a instalação da UHE Foz do Chapecó. Curitiba: Reunião de Antropologia do Mercosul, 2011.

_____; PASE, Hemerson Luiz. O conflito social e político nas hidrelétricas da Bacia do rio Uruguai. *RBCS*, v. 30, n. 88, jun. 2015.

ROTHMAN, Franklin Daniel. *Vidas alagadas: conflitos socioambientais licenciamentos e barragens*. Viçosa: UFV, 2008.

SANTOS, Silvio Coelho dos; REIS, Maria José (Org.). *Memória do setor elétrico na Região Sul*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2002.

THOMPSON, Edward. *A formação da classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. v. I.

WINCKLER, S.; RENK, A. Entre promessas e incertezas: conflitos no uso e ocupação do entorno do lago da Barragem da Foz do Chapecó Energia. Recife: *Antropológicas*, v. 25, n. 2, 2014.

ZHOURI, Andrea e OLIVEIRA, Raquel. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. Campinas: *Ambiente & Sociedade*, v. X, n. 2, 2007.

ZORNITTA, Lindacir. Percepção socioambiental dos pescadores atingidos pela Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó. 2015. Dissertação (Mestrado) – Unochapecó, Chapecó, 2015.

Ondas eletromagnéticas e o impacto na saúde humana

Electromagnetic waves and the impact on human health

Simone Murta Cardoso do Nascimento*

Resumo: Ambientes permeados por campos eletromagnéticos é uma realidade em quase todas as aglomerações humanas. O impacto na saúde ainda é uma incógnita, embora diversos grupos estejam se dedicando ao seu estudo. Há pessoas que afirmam que têm a saúde impactada pela exposição a ondas eletromagnéticas, mas o quadro de sintomas ainda não é reconhecido como uma doença pela Organização Mundial da Saúde. Por outro lado, a Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer classificou as ondas eletromagnéticas como fator possivelmente cancerígeno. Ainda que não haja consenso entre os cientistas sobre se há relação entre a exposição a campos eletromagnéticos e alteração no quadro geral de saúde das populações, há consonância no sentido de que estudos devem ser incentivados e aprofundados. A falta de certeza científica não impede a produção e comercialização de equipamentos que utilizam ondas eletromagnéticas. A mesma incerteza não pode, então, justificar a falta de implementação de medidas preventivas.

Palavras-chave: Meio ambiente. Ondas eletromagnéticas. Princípio da precaução. Saúde.

Abstract: Environments permeated by electromagnetic fields is a reality in almost all human settlements. The health impact is still unknown, although several research groups are dedicating themselves to their study. There are people who claim to have their health affected by exposure to electromagnetic

* Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduada em Direito pela mesma instituição. Pesquisadora em Bioética Socioambiental do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID/ESDHC. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Graduada em Psicologia pela PUC Minas. Advogada e Psicóloga.

waves, but to their symptoms are still not recognized as a disease by the World Health Organization. Nevertheless, the International Agency for Research on Cancer classified the electromagnetic waves as a possibly carcinogenic factor. Although there is no consensus among scientists about whether there is a relationship between exposure to electromagnetic fields and changes in the overall health of the population, there is consonance in the sense that studies should be encouraged and deepened. The lack of scientific certainty does not prevent the production and sale of equipment that uses electromagnetic waves. The same uncertainty can not, therefore, justify the failure to implement preventive measures.

Keywords: Environment. Electromagnetic waves. Precautionary principle. Health.

Introdução

Uma condição ambiental, criada pela ação técnica do homem, na qual a sociedade moderna está inserida e é dela cada vez mais dependente, provoca intensa divergência entre os cientistas em relação ao impacto na saúde humana. Trata-se do campo eletromagnético que permeia quase todas as aglomerações humanas. Vive-se, hoje, em um ambiente dominado por ondas eletromagnéticas oriundas da telefonia celular, das redes sem fio, de aparelhos de diagnóstico e mesmo de aparelhos de micro-ondas, de modo que se torna premente a análise do impacto nas condições gerais de saúde das populações.

O vínculo entre saúde e condições ambientais é conhecido há tempos e não causa qualquer espanto quando se faz a relação entre ar e água poluídos e o surgimento de diversas doenças, nem entre um desastre ambiental e o aparecimento de quadros mórbidos nas populações afetadas. E é sabido que até mesmo produtos utilizados corriqueiramente, como pesticidas e agrotóxicos, impactam a saúde. A relação entre meio ambiente equilibrado e sadia qualidade de vida é, portanto, um vínculo amplamente reconhecido, debatido e, ainda que de maneira incipiente, protegido. O que tem sido pesquisado é se o ambiente, permeado por campos eletromagnéticos, pode ser prejudicial à saúde.

É uma questão que ainda não conta com um consenso entre os pesquisadores. De um lado, se posicionam aqueles que afirmam que não há certeza científica que aponte na direção da existência de uma relação entre exposição a campos eletromagnéticos e surgimento de quadros mórbidos; de outro, estão aqueles que consideram os indícios atuais como

satisfatórios para o prosseguimento dos estudos na área. Envolvidos estão milhões de pessoas que, muitas vezes, à sua revelia, estão expostos à radiação.

1 Campos eletromagnéticos

O *National Institute of Environmental Health Sciences* (NIEHS),¹ elenca os campos elétricos e eletromagnéticos como agentes ambientais passíveis de estudos pertinentes à relação entre meio ambiente e saúde humana. Estão, portanto, no rol de agentes ambientais estressores. Agentes ambientais estressores incluem desde produtos químicos até partículas e energia dispersos no ambiente a que os seres humanos estão expostos e que podem causar efeitos adversos à saúde.

O NIEHS define campos elétricos e magnéticos como áreas invisíveis de energia, muitas vezes referidas simplesmente como radiação.² Os campos eletromagnéticos são tipicamente caracterizados pelo comprimento de onda ou frequência e divididos em uma de duas categorias radioativas: não ionizante, que contém radiação de baixo nível, geralmente percebido como inofensivo aos seres humanos, e ionizante que compreende radiação de alto nível e tem o potencial de causar dano celular e no DNA. Radiação não ionizante está presente em fornos de micro-ondas, computadores, redes sem fio (*Wi-Fi*), celulares, dispositivos *Bluetooth*, linhas de energia e ressonâncias magnéticas. Radiação ionizante está presente na luz ultravioleta, nos raios X e em alguns raios Gama.³

Em relação ao impacto dos campos eletromagnéticos na saúde humana, o NIEHS informa que, durante a década de 1990, a maioria das pesquisas se focava em exposições a frequências extremamente baixas, decorrentes de fontes de energia convencionais, como linhas de energia,

¹ O NIEHS, é um dos 27 institutos e centros de pesquisa que compõem os Institutos Nacionais de Saúde (NIH), ligado ao Departamento de Saúde e Serviços Humanos (DHHS) dos EUA. A missão do NIEHS é descobrir como o ambiente afeta as pessoas, a fim de promover uma vida mais saudável. Disponível em: <<http://www.niehs.nih.gov/health/topics/agents/emf/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

² “Radiações são ondas eletromagnéticas ou partículas que se propagam com determinada velocidade. Contêm energia, cargas elétrica e magnética. Podem ser geradas por fontes naturais ou por dispositivos construídos pelo homem. Possuem energia variável desde valores pequenos até muito elevados”. FIOCRUZ. *Radiação*. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/lab_virtual/radiacao.html>. Acesso em: 24 ago. 2015.

² NIEHS. *Electric & Magnetic Fields*. Disponível em: <<http://www.niehs.nih.gov/health/topics/agents/emf/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

³ Idem.

subestações elétricas, ou eletrodomésticos. Embora alguns desses estudos tenham demonstrado uma ligação possível entre intensidade do campo e aumento do risco para leucemia infantil, as descobertas indicam que essa associação seria fraca.

Nos dias atuais, na era dos telefones celulares, roteadores sem fio e dispositivos de GPS portáteis (fontes conhecidas de radiação), muitas preocupações a respeito de uma possível conexão entre campos eletromagnéticos e efeitos adversos à saúde ainda persistem, embora as pesquisas atuais continuem a apontar à mesma associação fraca. Além disso, os poucos estudos que têm sido realizados em adultos mostram nenhuma evidência de ligação entre exposição a campos eletromagnéticos e câncer em adultos, como leucemia, câncer no cérebro ou de mama.⁴

Contudo, e o que é mais interessante é que o NIEHS recomenda educação continuada sobre formas práticas de reduzir a exposição a campos eletromagnéticos, ou seja, embora não se tenha confirmado cientificamente a relação entre alteração na saúde e exposição a campos eletromagnéticos, há indicação de que os estudos, nessa área, devam prosseguir. Não há comprovação de um possível impacto na saúde, mas o instituto aconselha que a exposição a campos eletromagnéticos seja reduzida e a pessoas informadas de como poderiam fazê-lo.

2 Impactos na saúde humana

Alguns indivíduos alegam sentir desconforto quando expostos a ondas eletromagnéticas. As queixas envolvem dores de cabeça e pelo corpo, problemas de pele, fadiga, problemas digestivos, náuseas, dentre outros. Em certos casos, o incômodo é tanto que as pessoas vivem em ambientes adaptados para bloquear ondas ou optam por abandonar emprego e família para viver em completo isolamento ou em locais livres de qualquer tipo de magnetismo, como a chamada “zona livre de ondas de rádio”, nos Estados Unidos, que tem 33 mil km², onde não há celulares e nenhuma conexão de internet funciona em razão dos diversos telescópios que operam na área.⁵

⁴ BBC. Pessoas sensíveis a ondas eletromagnéticas fogem de celulares e wi-fi. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/09/110913_video_magenticas_mm.shtml> Acesso em: 18 ago. 2015.

⁵ Exemplo é o Site *Protect your family from EMF pollution*, criado por um portador da condição relacionada à hipersensibilidade eletromagnética e que apresenta diversos *links* e depoimentos referentes ao assunto. Mais informações no *site*: <<http://www.emfanalysis.com/ehs/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

Contudo, o grupo de sintomas por eles relatado não guarda correlação com qualquer outra doença conhecida e descrita até o momento.

A esse quadro de sintomas dá-se o nome de hipersensibilidade eletromagnética [*Electromagnetic Hypersensitivity*] (EHS), doença que não é reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e cuja existência divide a comunidade científica. Há, contudo, posicionamentos de diversos grupos de pessoas leigas⁶ que se reúnem para trocar experiências e buscar compreender a relação entre os sintomas que sentem e as ondas eletromagnéticas.

Embora não seja reconhecida como uma doença, a EHS é estudada em países como Canadá, Estados Unidos e Suécia (o primeiro a reconhecer), já em 1995, como um comprometimento funcional, uma condição mais leve que a deficiência, que significa que parte do corpo daquela pessoa não está exercendo suas funções corretamente.⁷

A OMS não admite que os sintomas relatados por pessoas que se consideram eletrossensíveis sejam realmente causados pelos aparelhos da vida moderna, dentre os quais o celular, sob o argumento de que não há base científica que relacione os sintomas de EHS à exposição a campos eletromagnéticos.⁸

Em informe datado de 2005, a OMS noticia que alguns estudos foram realizados em indivíduos que apresentaram sintomas relacionados à EHS. O objetivo era provocar os mesmos sintomas sob condições controladas de laboratório. Tais indivíduos foram expostos a campos eletromagnéticos similares aos que os pacientes atribuíam serem a causa de seus males. A maioria dos estudos indicou que indivíduos com EHS não conseguem detectar a exposição a ondas eletromagnéticas com mais precisão do que indivíduos não portadores da condição. Os estudos demonstraram, então, que os sintomas não foram correlacionados à exposição eletromagnética.⁹

⁶ MARCOLINI, Barbara. Hipersensibilidade eletromagnética: a alergia invisível. *O Globo*, 7 maio 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/hipersensibilidade-eletromagnetica-alergia-invisivel-12405734>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

⁷ Idem.

⁸ OMS. Organização Mundial da Saúde. *Electromagnetic fields and public health: electromagnetic hypersensitivity*. Dez. 2005. Disponível em: <<http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/en/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

⁹ Idem.

Tem sido sugerido que os sintomas sentidos por algumas pessoas consideradas como portadoras de EHS podem surgir de fatores ambientais alheios ao ambiente permeado de ondas eletromagnéticas¹⁰ ou de fatores psicológicos e psiquiátricos preexistentes. Acredita-se, também, que, nas pesquisas das quais participaram indivíduos que se consideram hipersensíveis a campos eletromagnéticos tenham desenvolvido o efeito *nocebo*, que corresponde à tendência que algumas pessoas apresentam de se sentirem mal quando pensam que tenham sido expostos a algo perigoso.¹¹

As conclusões apresentadas pela OMS foram que a EHS se caracteriza por uma variedade de sintomas não específicos, que variam de indivíduo para indivíduo, cujos sintomas são reais e podem variar muito em sua gravidade. Qualquer que seja sua causa, a EHS pode ser um problema incapacitante para o indivíduo afetado. A condição não tem critérios diagnósticos claros e não há base científica para vincular sintomas de EHS à exposição a ondas eletromagnéticas. Além disso, a EHS não configura um diagnóstico médico e nem está claro que representa um único problema médico.¹²

A própria OMS, contudo, coordena um projeto internacional¹³ cujo objetivo é identificar as necessidades de investigação e coordenar um programa mundial de estudos sobre campos eletromagnéticos, a fim de permitir uma melhor compreensão dos riscos à saúde associados com a exposição a tais campos, com especial ênfase sobre as eventuais consequências à saúde, decorrentes da exposição a ondas de baixa frequência,¹⁴ aquelas originadas do uso de equipamentos corriqueiros como

¹⁰ RUBIN, James; WESSELY, Simon. Better call saul: is electromagnetic hypersensitivity a real health risk? *The Guardian*, 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/science/shortcuts/2015/feb/15/better-call-saul-electromagnetic-hypersensitivity-real-health-risk>> Acesso em: 19 ago. 2015.

¹¹ OMS. *Electromagnetic fields and public health: electromagnetic hypersensitivity*. Dez. 2005. Disponível em: <<http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/en/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

¹² Trata-se do *The International EMF Project*. Disponível em: <<http://www.who.int/peh-emf/project/en/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

¹³ OMS. *Electromagnetic fields and public health – Electromagnetic hypersensitivity*. Dez. 2005. Disponível em: <<http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/en/>> Acesso em: 19 ago. 2015.

¹⁴ A classificação da IARC divide os fatores e as substâncias analisados em cinco grupos:

Grupo 1 – Carcinogênico para humanos, com 117 agentes classificados;

Grupo 2A – Provavelmente cancerígeno para os seres humanos, com 74 agentes;

Grupo 2B – Possivelmente Carcinogênicos; 287 agentes;

Grupo 3 – Não classificável quanto à sua carcinogenicidade para seres humanos, 503 agentes, e

Grupo 4 – Provavelmente não carcinogênico para humanos, com 1 agente. Fonte: *International Agency for Research on Cancer*. Disponível em: <<http://monographs.iarc.fr/ENG/Classification/index.php>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

telefone celular. Ou seja, a OMS não reconhece, no presente momento, a relação entre exposição a campos eletromagnéticos e o surgimento do grupo de sintomas denominado EHS, mas a própria organização coordena e estimula estudos, a fim de aprofundar o conhecimento nesse aspecto.

Ainda que não se tenha, até o momento, reconhecido a hipersensibilidade eletromagnética como uma doença, a preocupação com possíveis impactos das ondas eletromagnéticas persiste em outros campos de estudo.

A Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer [*International Agency for Research on Cancer*] (IARC), ligada à OMS, classificou, em 2013, os campos eletromagnéticos de radiofrequência, que inclui campos eletromagnéticos de telefones sem fio, como possivelmente cancerígeno para os seres humanos.¹⁵

A classificação da IARC inclui as radiações eletromagnéticas no mesmo grupo do chumbo, lítio, cobalto e do pesticida DDT – reconhecidamente carcinogênicos – e recomenda que, enquanto não houver mais resultados, se restrinja, ao máximo, a exposição das pessoas a radiações eletromagnéticas.¹⁶ O que é mais surpreendente é como essa classificação não causou nenhum impacto nos governos, sob a ótica de perpetrar medidas de saúde pública preventivas,¹⁷ ou mesmo no incentivo aos estudos científicos na área e à ampla discussão com a sociedade civil.

Um pouco antes, em 2012, um grupo de cientistas e especialistas independentes se reuniu para discutir possíveis riscos de tecnologias sem fio e campos eletromagnéticos à saúde humana. O grupo, que recebeu o nome de “BioInitiative 2012”,¹⁸ é composto por 29 profissionais da área médica e especialistas de dez países (Suécia, EUA, Índia, Itália, Grécia, Canadá, Dinamarca, Áustria, República Eslovaca e Rússia).

O objetivo era estudar os crescentes problemas de saúde decorrente da exposição crônica a campos eletromagnéticos e radiação de radiofrequência na vida cotidiana de milhões de pessoas ao redor do mundo.

¹⁵ MARCOLINI, Barbara. Hipersensibilidade eletromagnética.; a alergia invisível. *O Globo*, 7 maio 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/hipersensibilidade-eletromagnetica-alergia-invisivel-12405734>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Fonte: <<http://www.bioinitiative.org/media/spread-the-word/>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

¹⁸ BioInitiative 2012: *A rationale for biologically-based exposure standards for low intensity electromagnetic exposure*. Disponível em: <<http://www.bioinitiative.org/media/spread-the-word/>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

O estudo contempla o risco de apresentar tumores cerebrais a partir de telefones celulares; de causar danos ao DNA e aos genes; de efeitos negativos sobre a memória, a aprendizagem, e comportamento, a atenção; perturbações no sono; câncer e doenças neurológicas como o Mal de Alzheimer. O grupo analisou também efeitos sobre fertilidade e reprodução, os efeitos do *wireless* no desenvolvimento do cérebro do feto e da criança e os efeitos das salas de aula com tecnologia sem fio em crianças e adolescentes.¹⁹

O estudo é detalhado, e as conclusões são apresentadas por áreas relacionadas aos diversos aspectos estudados. Especificamente em relação a redes sem fio, o relatório final traça um alerta de que o lançamento contínuo de tecnologias e dispositivos sem fio, com comércio sem restrições, coloca a saúde pública global em risco, a menos que novas advertências de precaução para sua utilização sejam implementadas.²⁰ Adverte, também, que as normas de segurança às populações sensíveis terão de ser fixadas em níveis mais específicos do que para populações de adultos saudáveis. As populações sensíveis incluem o feto em desenvolvimento, os bebês, as crianças, os idosos, os portadores de doenças crônicas preexistentes e aqueles com sensibilidade elétrica desenvolvida (EHS).²¹ A hipersensibilidade eletromagnética, então, é considerada, ainda que não reconhecida como uma doença.

O estudo de 2012 indica que a situação é muito pior do que a de 2007, e, mesmo assim, as pessoas ao redor do mundo têm muito mais exposição diária do que há cinco anos (quando foi feito o primeiro estudo pelo grupo – o chamado “BioInitiative 2007”). Há muito mais exposição involuntária e é quase inevitável fugir dela, mesmo para as pessoas que optam por viver longe dos efeitos de radiação. Formas seguras de comunicação por linha fixa de telefone estão sendo eliminadas sem acordo, ou mesmo, sem o conhecimento do público em geral. Não há informação para os consumidores (etiquetas de advertência em telefones celulares, por exemplo, foram derrotadas por grupos de *lobby* da indústria de telecomunicações).²²

Até agora, o que se tem em relação a possíveis efeitos danosos de ondas eletromagnéticas na saúde são indícios. O relatório *BioInitiative* indaga se o que a ciência hoje sabe é suficiente para a implementação de

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

medidas preventivas e corretivas. Em resposta, afirma que há mais evidências do que é preciso²³ e, assim, a pesquisa sobre o possível impacto dos campos eletromagnéticos na saúde deve ser estimulada e aprofundada.

Mesmo com organizações e grupos internacionais se posicionando no sentido de se estudar mais detalhadamente o vínculo entre os campos eletromagnéticos e as alterações na saúde humana, a sociedade civil, a imprensa e o Poder Público permanecem silentes, em uma espantosa e preocupante passividade.

3 Poluição eletromagnética e o princípio da precaução

Os campos eletromagnéticos, especialmente aqueles relacionados à comunicação sem fio, configuram uma condição ambiental que, a depender dos resultados de pesquisas científicas, pode ser considerada como poluição.²⁴ Especialmente nos grandes centros urbanos, tal condição é ensejada pelo uso dos celulares e pelas chamadas estações rádio-base (ERBs), que configuram um conjunto de antenas transmissoras e receptoras estruturadas em torres, postes e suportes, que recebem e emitem sinais através de ondas, cujo funcionamento dá-se através de radiofrequência ou micro-ondas, que produzem uma radiação não ionizante.²⁵⁻²⁶

²³ O conceito legal de poluição é encontrado na lei que trata da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938, de 1981, que traz no art. 3º, inciso III, que poluição consiste “na 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”. Considerando a possibilidade de impacto dos campos eletromagnéticos na saúde, é pertinente enquadrá-los em um tipo de poluição nos termos das alíneas “a” e “e” do referido dispositivo legal. **BRASIL. Lei 11.934, de 5 de maio de 2009.** Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

²⁴ BATISTA, Roberto Carlos. Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário-ambiental e a incidência do princípio da precaução. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, USP, v. 7, ns. 1-3, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79965>> Acesso em: 25 ago. 2015. p. 13.

²⁵ Radiação não ionizante “não chega a provocar lesões ou desintegração físicas, pois não tem a capacidade de romper com as moléculas de ADN, mas ensejam aumento de temperatura, podendo afetar a saúde humana. Na faixa de tais radiações, os campos eletromagnéticos (CEM), que variam de 0Hz a 300kHz, são considerados de baixa frequência (como é o caso das linhas de transmissão de eletricidade); aqueles que variam de 300kHz a 300 GHz são considerados de alta frequência (como é o caso das ERBs)”. Idem.

²⁶ BATISTA, Roberto Carlos. Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário-ambiental e a incidência do princípio da precaução. *Revista de Direito Sanitário*, USP, São Paulo, v. 7, n. 1-3,

A preocupação com a poluição eletromagnética, contudo, não se restringe ao ambiente urbano. A corrida entre as empresas de prestação de serviços de comunicação leva, cada vez mais longe, a todas as cidades e lugarejos, torres e equipamentos. Assim, poucos serão aqueles que “escaparão” das ondas eletromagnéticas. A situação mais grave, por óbvio, encontra-se nos centros urbanos, onde a demanda é maior, e inúmeras antenas se espalham entre casas e prédios.

Ainda que a ciência não possa, hoje, confirmar se há (ou não) impactos na saúde, relacionados à exposição à poluição eletromagnética, tal fato não justifica a omissão do Poder Público e da sociedade civil em discutir a matéria e em buscar medidas protetivas para os eventuais atingidos. O conveniente silêncio, quebrado apenas por grupos esparsos de cientistas e por pessoas que se consideram vítimas dos campos eletromagnéticos, atende aos interesses de um segmento de mercado bilionário e em expansão em todos os continentes.

A falta de certeza científica é o cerne do chamado princípio da precaução. No caso em pauta, a certeza é buscada para subsidiar ações protetivas do meio ambiente e controlar a exposição da população a campos eletromagnéticos.

O princípio da precaução, informa a doutrina, foi concebido na Alemanha, na década de 1970, sob a denominação de princípio da prevenção (*Vorsorgeprinzip*), adquirindo sua formulação atual e sua consolidação na década seguinte. O princípio tinha como pressuposto uma ideia de planejamento e engajamento seguro na luta contra a poluição, apesar das incertezas dos males causados ao meio ambiente. O princípio da precaução tomou forma e força especialmente a partir de documentos internacionais de proteção ambiental.²⁷⁻²⁸

2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79965>>. Acesso em: 25 ago. 2015. p. 23.

²⁷ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio 92 ou Eco 92, traz expresso como princípio 15 que “com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2015.

²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional Comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Cris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Org.). *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 58-59.

De acordo com o princípio da precaução, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas protetivas do meio ambiente. Conforme informa Sampaio,²⁹ por muito tempo, a verdade científica configurou o parâmetro legitimador para a intervenção do homem na natureza. No entanto, a verdade da ciência deve ser cuidadosamente analisada antes de justificar determinada atividade humana, que possa causar dano ao ambiente, dando-se abertura à prudência ou a cautela decisória diante da incerteza do dano ambiental. Trata-se de um princípio semanticamente aberto, no qual impera a dúvida sobre o impacto de qualquer atividade humana e a adoção de medidas para proteger o meio ambiente, e, via reflexa, a saúde humana. “Em linhas gerais, o princípio da precaução corresponde ao dever de cautela para com os riscos incertos cientificamente, gerados por uma determinada atividade ou empreendimento”.³⁰ Tem-se, portanto, como fulcro do princípio da precaução, a não necessidade de efetiva comprovação dos diversos ramos da ciência para subsidiar as medidas protetivas do meio ambiente.

Há duas concepções no princípio da precaução: uma forte, que exige “prova absolutamente segura de que não haverá danos para além dos previstos para a liberação de uma nova tecnologia”, e uma concepção fraca que “leva em consideração os riscos, os custos financeiros e os benefícios envolvidos na atividade, partindo, em regra, de uma ética ambiental antropocêntrica responsável”. É a concepção fraca que prepondera entre os teóricos.³¹

Aqueles que defendem que os estudos científicos até agora não demonstraram uma correlação direta entre a exposição aos campos eletromagnéticos e alterações na saúde, e, portanto, não há motivos de preocupação, estão ancorados na concepção forte do princípio da precaução, que atende aos interesses da indústria de comunicação sem fio e outras baseadas na emissão de ondas eletromagnéticas.

²⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 369, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473>>. Acesso em: 28 set. 2015.

³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Cris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Org.). *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-62.

³¹ *Ibidem*, p. 63.

O princípio da precaução não defende uma política de *risco zero*, apenas exige que seja dada a devida importância à proteção da saúde pública e do meio ambiente de tal forma que, antes mesmo de se considerar a possibilidade de riscos, deve-se perquirir sobre a necessidade efetiva da atividade.³²

A razoabilidade, nesses termos, impõe-se como um critério valorativo e de juízo de adequação acautelatórios entre as informações disponíveis sobre a atividade e o dano, tanto no que diz respeito à sua ocorrência, quanto ao pertinente ao grau de certeza de seus reflexos sobre o ambiente e a saúde humana, e a necessidade de assunção social do risco.³³

A necessidade e a aceitação social dos equipamentos que emitem ondas eletromagnéticas ou que delas dependem para seu funcionamento (veja-se o número de aparelhos celulares em uso, as casas que possuem fornos micro-ondas e os diagnósticos médicos que dependem de ressonâncias magnéticas) estão efetivamente comprovadas. O risco, contudo, deve continuar a ser analisado e, na medida do possível, minimizado.

Entretanto, vale considerar que “é no mínimo ingênua a ideia de que cabe exclusivamente à ciência a definição do que é risco, sua quantificação e a delimitação de quando ele ocorre”, pois “o embasamento científico não é seguro, a ponto de se afirmar, positivamente, mas somente pela refutabilidade e mutabilidade. A delimitação do risco, para ficar dentro de critérios científicos, deve poder ser falseada, o que acaba com muitas pretensões de certeza”.³⁴

³² Ibidem, p. 64-65.

³³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 359-360, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473>>. Acesso em: 28 set. 2015.

³⁴ MATOS, Ines; KOIFMAN, Sergio. Contribuições para a discussão sobre o estabelecimento de limites de exposição populacional e ocupacional a CEM de baixa frequência. In: *Poluição eletromagnética -saúde pública, meio ambiente, consumidor e cidadania: impactos das radiações das antenas e dos aparelhos celulares*. *Caderno Jurídico*, São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 3, v. 6, n. 2, p 107, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/poluicao_eletromagnetica.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Assim, precaução, no sentido de proteção ambiental, vinculada ao combate à poluição eletromagnética, significa minimizar riscos já identificados, mesmo que não de forma conclusiva.³⁵ Ou seja,

O Princípio de Precaução é definido como uma política de manejo de riscos, aplicada em circunstâncias que apresentam alto grau de incerteza científica, refletindo a necessidade de atuar para evitar um risco potencialmente sério, sem esperar os resultados de novas investigações. De acordo com essa definição, esse Princípio é orientado para o risco, no sentido de requerer uma avaliação deste, inclusive com considerações de custo-benefício, sendo, claramente, destinado à elaboração de respostas provisórias a ameaças de sério risco potencial, até que dados adequados estejam disponíveis para soluções com maior base científica.³⁶

O princípio da precaução é, portanto, “um novo modo de pensar sobre a proteção ambiental ou a proteção à saúde pública, e a permanência da exposição a situações e a agentes de risco a longo prazo”.³⁷ É um princípio que nos desafia a fazer mudanças fundamentais no modo como são permitidos e controlados os danos, desafios esses que, trarão grandes ameaças às agências de governo e aos poluidores e vão, provavelmente, encontrar resistência poderosa. A precaução é baseada, sobretudo, no princípio de que não se deve expor pessoas e o meio ambiente a danos, se não for necessário fazê-lo.³⁸

Contudo, e principalmente em razão de todas as instituições que estudam os bioefeitos de ondas eletromagnéticas na saúde indicarem a necessidade de mais pesquisas na área, a produção, a comercialização e o

³⁵ Idem.

³⁶ DODE, Adilza Condessa; LEÃO, Mônica Maria Diniz. Poluição ambiental e exposição humana a campos eletromagnéticos: ênfase nas estações rádio base de telefonia celular. In: Poluição eletromagnética: saúde pública, meio ambiente, consumidor e cidadania: impactos das radiações das antenas e dos aparelhos celulares. *Caderno Jurídico*, São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 3, v. 6, n. 2, p. 134. abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/poluicao_eletromagnetica.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

³⁷ Idem.

³⁸ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética à civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. da PUCRio, 2006. p. 21.

uso dessas tecnologias devem estar embasadas em uma ética da responsabilidade.

A questão ética, a que Jonas alude como “ética da responsabilidade”, corresponde aos limites que os próprios homens, nos papéis de pesquisadores e produtores, têm que ter internalizados para evitar que suas práticas ultrapassem o limite da busca de benefícios à produção de malefícios. Benefícios, comodidade e praticidade estão, por certo, vinculados aos equipamentos que utilizam ondas eletromagnéticas. É preciso, contudo, que se tenha em mente a devida prudência em relação às consequências, especialmente àquelas que impactem a saúde.

4 Ética e responsabilidade

Jonas³⁹ aduz que o atual contexto técnico-científico, resultado da ação humana, impõe novo escopo ético, que, por meios voluntários, impede que o saber e o produzir humanos se transformem em uma desgraça para o próprio homem, já que a tecnologia de uma grande promessa se transformou em ameaça. Utensílios e ferramentas criados para promover a adaptação do ser humano ao meio onde vive, protegê-lo e facilitar suas atividades, tornaram-se verdadeiros perigos à sua própria saúde.

O conhecimento moderno, aliado à técnica, fez surgir novo problema ético: a imprevisibilidade das ações humanas. O que se produz, hoje, as ações e os equipamentos de agora têm efeitos tanto no presente quanto no futuro que são ainda desconhecidos. As consequências no meio ambiente e na saúde humana poderão ser sentidas no curto e no longo prazos, e os cientistas não têm como prever quais serão e como impactarão a vida, humana ou não, na Terra.

Daí que é premente, como cerne da ética contemporânea, a prudência. Quando não há possibilidade de previsão, quando ainda não se tem a certeza de que a tecnologia posta à disposição das pessoas é livre de influências negativas, que se atue com prudência. A prudência, sob a ótica da responsabilidade, deixa de ser uma virtude opcional como em outras circunstâncias e se torna o cerne do agir moral.⁴⁰

³⁹ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUCRio, 2006. p. 88.

⁴⁰ SGANZERLA, Anor. *Natureza e responsabilidade: Hans Jonas e a biologização do ser moral*. 2012. Tese (Doutorado) – UFSCar, São Carlos, 2012, p. 61. Disponível em: <<http://www.dfmc.ufscar.br/uploads/publications/510809101bcd1.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

É, então, premente, que as alterações na concepção ética acompanhem a evolução técnica que o homem alcançou, visto que

o poder tecnológico aumentou a capacidade de intervenção sobre o meio ambiente, sobre os poderes de criação e de destruição, alterando desde as estruturas genéticas dos seres vivos até os grandes ciclos do planeta. Para Jonas, a ampliação do poder humano em consequência do poder da técnica, exige uma responsabilidade na mesma proporção, ou seja, quanto maior o poder, maior terá que ser a responsabilidade. A consciência do perigo presente no poder tecnocientífico exige uma nova forma de pensar a realidade atual.⁴¹

Há que se considerar, como alerta, que

o aumento do poder da ação humana, potencializada pelo poder tecnológico, e estimulada pela ideia de progresso, mudou a força e a intenção de nossas ações, o que exige a necessidade de um novo paradigma ético, fundado na responsabilidade, para fazer frente a esse excessivo poder humano. O desenvolvimento do poder tecnológico ampliou a ação humana, mudando a essência das nossas ações. E justamente por causa dessa mudança que se exige um novo paradigma ético baseado na responsabilidade.⁴²

Ainda tomando de empréstimo os ensinamentos de Jonas, a civilização, hoje envolvida e dependente da tecnologia, demanda uma ética que possa contemplar a esfera do imediato, da subjetividade e daquilo que aí se encontra. O homem está em mudança contínua, e seu produto se refere a coisas novas, que ainda não existem. Assim, é impossível “imitar a sabedoria dos antigos fundada na ideia de continuidade da realidade e das coisas do mesmo modo que elas se apresentam no presente”.⁴³

⁴¹ Ibidem, p. 62.

⁴² Ibidem, p. 179-189.

⁴³ SGANZERLA, Anor. *Natureza e responsabilidade*: Hans Jonas e a biologização do ser moral. 2012. Tese (Doutorado) – UFSCar, São Carlos, 2012. p. 14. Disponível em: <<http://www.dfmc.ufscar.br/uploads/publications/510809101bcd1.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

Embora Jonas proponha a heurística do medo para tratar a questão da responsabilidade do homem diante das consequências de seus atos, de seus produtos, enfim, da tecnologia por ele criada, a perspectiva que se impõe é a de prudência e responsabilidade como atinentes à ética da vida para a vida.

Contudo, é adequado que se tenha em mente que

a ética da responsabilidade jonasiana constituiu-se como uma referência para inspirar e legitimar as medidas, especialmente políticas, para fazer frente aos perigos e ameaças que recaem sobre a existência e a essência da humanidade e da natureza decorrentes do processo técnico-científico.⁴⁴

O homem e a técnica, numa relação progressiva de autorreforço, na qual o homem descobre e modifica o mundo, a si mesmo e inventa mais e mais equipamentos e comodidades, impulsionando novas descobertas e conquistas, cria uma situação na qual “não é possível negar que paulatinamente nos tornamos prisioneiros de processos que nós mesmos deslançamos”.⁴⁵

O agir prudente e, portanto, ético, é ameaçado pela existência de interesses outros, especialmente econômicos e políticos que podem, eventualmente, desviar objetivos, mascarar resultados e impor processos e procedimentos que alteram o rumo da técnica humana, especialmente a voltada a promover o bem-estar da humanidade. A técnica e a tecnologia passam a atender a interesses de produção e acumulação de capital, afastando-se do intuito primeiro de promover o bem-estar do homem que as criou.

Informa Jonas⁴⁶ que “a esperança é uma condição de toda ação, pois ela supõe ser possível fazer algo e diz que vale a pena fazê-lo em uma determinada situação”. Esperança, em última instância, de que os benefícios da técnica e do seu resultado, a tecnologia, sejam sempre preponderantes em relação aos eventuais malefícios.

⁴⁴ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUCRio, 2006. p. 350.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 351.

⁴⁶ *Idem*.

Ética da responsabilidade, que corresponde à perspectiva que Jonas adota, no entanto, inclui o medo como fator de balizamento das ações humanas. Não se trata, contudo, de um medo paralisante nem vinculado à incerteza e imprevisibilidade do resultado das ações. Trata-se do medo como condição da ação responsável, assumindo-se “a responsabilidade pelo desconhecido, dado o caráter incerto da esperança”, pois “o medo que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos aconselha a não agir, mas aquele que nos convida a agir”.⁴⁷ Um agir controlado e responsável.

A responsabilidade, assim como entendida por Jonas,

é o cuidado reconhecido com relação a um outro ser, que se torna “preocupação” quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade. Mas o medo está presente na questão original, com a qual podemos imaginar que se inicie qualquer responsabilidade ativa: o que pode acontecer a ele, se eu não assumir a responsabilidade por ele? Quanto mais obscura a resposta, maior se delinea a responsabilidade. Quanto mais no futuro longínquo situa-se aquilo que se teme, quanto mais distante do nosso bem-estar ou mal-estar, quando menos familiar for o seu gênero, mais necessitam ser diligentemente mobilizadas a lucidez da imaginação e a sensibilidade dos sentidos.⁴⁸

A ciência é capaz de produções cujos efeitos são, pela própria ciência, desconhecidos. Isto é, o que é hoje conhecido como um fator que trará benefícios ao homem (produtos industrializados, equipamentos e maquinário) pode ocasionar malefícios ainda desconhecidos, especialmente para o ambiente no qual vive e, via de consequência, para sua saúde. O que se espera é que a mesma habilidade de gerar conhecimentos possa ser usada para prever resultados e propor medidas protetivas. Ademais, o acúmulo de conhecimentos já permite que alguns redirecionamentos sejam

⁴⁷ Ibidem, p. 352.

⁴⁸ Conforme o disposto no *caput* do art. 225 da Constituição da República de 1988, *in verbis*: “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. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

feitos na trajetória da técnica humana. Exemplos são a necessidade de redução de combustíveis fósseis, o controle mais eficaz da quantidade de metais pesados dispersos no ambiente, e a proibição do uso de produtos e equipamentos potencialmente patogênicos.

5 A tutela do meio ambiente equilibrado em relação aos campos eletromagnéticos

O meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito fundamental.⁴⁹ Portanto, é incumbência do Poder Público monitorar e controlar as condições ambientais permeadas por ondas eletromagnéticas, ainda que não se tenha, até o momento, certeza científica sobre o impacto na saúde humana.

O princípio da precaução se faz presente nos incisos IV e V, do §1º, do art. 225 da Constituição Federal⁵⁰ e pela adoção dos tratados internacionais no plano nacional.⁵¹

A Lei 11.934, de 5 de maio de 2009, foi editada com o escopo de definir limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. O objetivo é estabelecer os limites para a exposição humana a tais campos, restritos ao funcionamento de estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuários e de sistemas de energia elétrica nas faixas de frequências até 300GHz (*gigahertz*), radiação não ionizante, portanto, visando a garantir a proteção da saúde e do meio ambiente. A lei define que serão seguidos os limites estabelecidos pela OMS como compatíveis com a manutenção da saúde humana em termos estabelecidos pelo órgão regulador.

⁴⁹ Constituição da República de 1988. [...] Art. 225, IV – “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. (Idem).

⁵⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 369, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473>>. Acesso em: 28 set. 2015.

⁵¹ ANATEL. *Exposição a campos eletromagnéticos*. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=&codItemCanal=1173&codigoVisao=\\$visao.codigo&nomeVisao=\\$visao.descricao&nomeCanal=Radiofrequ%C3%Aancia&nomeItemCanal=Exposi%C3%A7%C3%A3o%20a%20Campos%20Eletromagn%C3%A9ticos&codCanal=296](http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=&codItemCanal=1173&codigoVisao=$visao.codigo&nomeVisao=$visao.descricao&nomeCanal=Radiofrequ%C3%Aancia&nomeItemCanal=Exposi%C3%A7%C3%A3o%20a%20Campos%20Eletromagn%C3%A9ticos&codCanal=296)>. Acesso em: 23 set. 2015.

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), é o órgão regulador responsável pela normatização dos sistemas de comunicação, que abrange um setor em vertiginoso crescimento e que requer uma atenção especial em relação a possíveis impactos na saúde. A Anatel informa que o uso dos serviços de telecomunicações se intensificou nos últimos anos, o que ampliou a necessidade do uso de radiofrequências e, por conseguinte, da instalação de torres de radiocomunicação espalhadas pelas cidades. Tal fato gerou uma preocupação na população sobre riscos à saúde associados à exposição humana a ondas eletromagnéticas de radiofrequência. Ressalta, contudo, que não há evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos, abaixo dos limites estabelecidos, cause efeitos adversos à saúde, de acordo com os estudos desenvolvidos pela OMS.⁵²

A Resolução 300 da Anatel define os níveis de Restrições Básicas que são as restrições à exposição a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos variáveis no tempo, baseadas, diretamente, em efeitos conhecidos à saúde, por faixas de radiofrequência. A definição dos limites é baseada em estudos científicos, que são estabelecidos à população em geral, e cujo desrespeito impactaria a saúde.⁵³

Com base especialmente no princípio da precaução, medidas devem ser empreendidas para que eventuais riscos à saúde sejam evitados ou, ao menos, minimizados. Esse foi o argumento que subsidiou uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa é transcrita:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – INSTALAÇÃO DE ANTENA DE TELEFONIA MÓVEL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – DISSENSO NA LITERATURA MÉDICA – RISCOS PARA SAÚDE HUMANA – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – REQUISITOS PRESENTES. As questões atinentes ao meio ambiente sadio e ao direito à saúde não estão suscetíveis de serem expostas a qualquer tipo de risco, sendo certo que presente dissenso na literatura médica quanto aos possíveis efeitos maléficos da radiação não-ionizante, advinda das antenas

⁵² ANATEL. Resolução 303, de 2 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/17-2002/128-resolucao-303>>. Acesso em: 28 set. 2015.

⁵³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0718.07.001441-7/001. **Relator(a): des.(a) Nilo Lacerda. Data de Julgamento:** 6/8/2008. **Data da publicação da súmula:** 14/8/2008.

de telefonia móvel, mesmo quando obedecidos os limites impostos pela Anatel, à luz do princípio da precaução, deve ser deferida a medida antecipatória, para paralisação da sua instalação.⁵⁴

No caso analisado, o magistrado tomou como base o princípio da precaução, na sua concepção forte, a fim de sobrestar a instalação de equipamento que poderia causar danos à saúde. O dissenso, na literatura médica, ou a falta de certeza científica foi reconhecida pelo julgador e considerada como suficiente para a medida impetrada.

A atuação do sistema jurídico, portanto, não pode estar ancorada unicamente na observância da certeza científica. Ainda que essa não exista, há que se considerar a demanda social por uma resposta. Exemplo disso advém de decisão da Corte francesa que concedeu pensão por invalidez a uma mulher que afirma sofrer de uma alergia debilitante em vista de radiação eletromagnética de aparelhos utilizados cotidianamente, como telefones celulares.⁵⁵

A francesa Marine Richard alega ser portadora de EHS, que, embora não seja reconhecida como um transtorno médico na maioria dos países, incluindo a França, afeta diversas pessoas que afirmam que a exposição aos telefones móveis, roteadores Wi-Fi, televisores e outros aparelhos causam-lhe desde um leve desconforto a uma incapacidade geral.⁵⁶ A decisão da Corte francesa, por certo, estabelece significativo precedente para outras pessoas acometidas de EHS.

Como já mencionado, a OMS lista a EHS como uma condição, mas afirma que não há “nenhuma base científica” para vincular os sintomas da exposição eletromagnética a uma doença. No entanto, a Suécia e a Alemanha a classificam como uma doença profissional.⁵⁷

⁵⁴ THE GUARDIAN. *French court awards woman disability grant for 'allergy to gadgets'*. 27 ago 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2015/aug/27/french-court-awards-woman-disability-grant-for-allergy-to-gadgets>>. Acesso em: 28 set. 2015.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 373, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Assim, mesmo que exista uma incerteza científica quanto aos riscos advindos de uma atividade, “devem ser trazidos o máximo possível de dados e elementos para o processo de decisão. Ou seja, a incerteza científica leva à exigência de apreciação de todas as variáveis e estudos já existentes e, ainda, dos argumentos sociais”.⁵⁸ Afinal, “uma sociedade democrática não pode ser aquela que se pauta por decisões de eruditos, mas é uma sociedade que aceita as posições diversas e que, no jogo democrático, admite concessões em prol da cautela e, assim, garante igualmente a todos as liberdades fundamentais”, pois “o risco não é construído apenas sobre bases científicas, mas sobre bases sociais”.⁵⁹

Tendo (ou não) sido reconhecidos pela ciência como impactante na saúde humana, os efeitos dos campos eletromagnéticos devem ser amplamente estudados e discutidos com a sociedade e eventuais usuários, para que se decida, democraticamente, a pertinência de utilização irrestrita ou a necessidade de se circunscrever a produção e comercialização de produtos que utilizam tal tecnologia.

Considerações finais

Embora os estudos científicos que tratam da relação entre um ambiente permeado por ondas eletromagnéticas e alterações na saúde, até o momento, não tenham se firmado em um sentido ou outro, ou seja, não são conclusivos em relação ao impacto na saúde, são consonantes no sentido de que mais estudos devem ser implementados e aprofundados.

As tecnologias relacionadas a ondas eletromagnéticas fazem, e farão, parte da realidade contemporânea cada vez mais incisivamente. Há que se cuidar, portanto, para que os níveis considerados seguros sejam respeitados, com regulamentação e fiscalização eficazes por parte do Poder Público. Há, ainda, baseado na ética de responsabilidade, que sejam sopesadas a necessidade e a utilidade, os benefícios e os custos, sem, contudo, cair em um pensamento simplista.

Aqueles que, por ventura, manifestam algum desconforto relacionado à exposição a ondas eletromagnéticas merecem atenção e respeito, ainda que, no presente momento, a condição não seja reconhecida como doença. Nesse aspecto, merece aplauso a decisão da Corte francesa que reconheceu

⁵⁸ *Ibidem*, p. 376-377.

o possível impacto na saúde e concedeu benefício a uma pessoa afetada. Ainda que, no futuro, os sintomas alegados pela francesa sejam comprovadamente relacionados com outra síndrome, a sua situação atual foi contemplada, e seu direito a uma vida digna, respeitado.

A certeza científica, por certo, é fator direcionador nas tomadas de decisão, inclusive, as pertinentes ao sistema jurídico. Contudo, não pode ser o único parâmetro. Há outras fontes de conhecimento que podem e devem ser consideradas.

Muito há, ainda, que se compreender sobre os resultados da ação humana, especialmente no que tange à intrincada relação entre condições ambientais e saúde. A técnica produtiva está um passo à frente no conhecimento das suas consequências. Tal reconhecimento, no entanto, não significa que a técnica deva ser refreada, mas apenas mais acuradamente observada.

Produção, comercialização e utilização de tecnologias devem, necessariamente, estar vinculadas à prudência, à cautela e à responsabilidade, cerne da ética atual.

Referências

ANATEL. *Resolução 303*, de 2 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/17-2002/128-resolucao-303>>. Acesso em: 28 set. 2015.

ANATEL. *Exposição a campos eletromagnéticos*. Disponível em: <[http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=&codItemCanal=1173&codigoVisao=\\$visao.codigo&nomeVisao=\\$visao.descricao&nomeCanal=Radiofrequ%C3%Aancia&nomeItemCanal=Exposi%C3%A7%C3%A3o%20a%20Campos%20Eletromagn%C3%A9ticos&codCanal=296](http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=&codItemCanal=1173&codigoVisao=$visao.codigo&nomeVisao=$visao.descricao&nomeCanal=Radiofrequ%C3%Aancia&nomeItemCanal=Exposi%C3%A7%C3%A3o%20a%20Campos%20Eletromagn%C3%A9ticos&codCanal=296)>. Acesso em: 23 set. 2015.

BATISTA, Roberto Carlos. Poluição eletromagnética: telefonia celular, risco sanitário-ambiental e a incidência do princípio da precaução. *Revista de Direito*

Sanitário, USP, São Paulo, v. 7, n. 1-3, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79965>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BBC. *Pessoas sensíveis a ondas eletromagnéticas fogem de celulares e Wi-Fi*. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/09/110913_video_magneticas_mm.shtml>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BIOINITIATIVE 2012. *A rationale for biologically-based exposure standards for low intensity electromagnetic exposure*. Disponível em: <<http://www.bioinitiative.org/media/spread-the-word/>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

BRASIL. *Lei 11.934*, de 5 de maio de 2009. Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

BRASIL. *Lei 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/L6938.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

DODE, Adilza Condessa; LEÃO, Mônica Maria Diniz. Poluição ambiental e exposição humana a campos eletromagnéticos: ênfase nas estações radiobase de telefonia celular. In: *Poluição eletromagnética -saúde pública, meio ambiente, consumidor e cidadania: impactos das radiações das antenas e dos aparelhos celulares*. *Caderno Jurídico*, São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 3, v. 6, n. 2, p. 121-138, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/poluicao_eletromagnetica.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

FIOCRUZ. *Radiação*. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/lab_virtual/radiacao.html>. Acesso em: 24 ago. 2015.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. da PUCRio, 2006.

MARCOLINI, Barbara. *Hipersensibilidade eletromagnética: a alergia invisível*. *O Globo*, 7 maio 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/hipersensibilidade-eletromagnetica-alergia-invisivel-12405734>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

MATTOS, Ines; KOIFMAN, Sergio. Contribuições para a discussão sobre o estabelecimento de limites de exposição populacional e ocupacional a CEM de baixa frequência. In: Poluição eletromagnética -saúde pública, meio ambiente, consumidor e cidadania: impactos das radiações das antenas e dos aparelhos celulares. *Caderno Jurídico*, São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ano 3, v. 6, n. 2, p. 99-118, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/poluicao_eletromagnetica.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0718.07.001441-7/001. **Relator(a):** Des.(a) Nilo Lacerda. **Data de Julgamento:** 6/8/2008. **Data da publicação da súmula:** 14/8/2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SILVA, Marcela Vitoriano e. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 355-380, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/473>>. Acesso em: 28 set. 2015.

NIEHS. *Electric & Magnetic Fields*. Disponível em: <<http://www.niehs.nih.gov/health/topics/agents/emf/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

OMS. *Electromagnetic fields and public health – Electromagnetic hypersensitivity*. Dezembro 2005. Disponível em: <<http://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs296/en/>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2015.

RUBIN, James; WESSELY, Simon. Better Call Saul: is electromagnetic hypersensitivity a real health risk? *The Guardian*, 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/science/shortcuts/2015/feb/15/better-call-saul-electromagnetic-hypersensitivity-real-health-risk>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Cris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37-111.

SGANZERLA, Anor. *Natureza e responsabilidade: Hans Jonas e a biologização do ser moral*. 2012. Tese (Doutorado) – UFSCar, São Carlos, 2012. Disponível em: <<http://www.dfmc.ufscar.br/uploads/publications/510809101bcd1.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

THE GUARDIAN. *French court awards woman disability grant for 'allergy to gadgets'*. 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2015/aug/27/french-court-awards-woman-disability-grant-for-allergy-to-gadgets>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Regularização fundiária em áreas de
conservação: análise da legislação
ambiental e seus reflexos nas
populações locais vulneráveis e no meio
ambiente entre 2000-2010 no
reservatório *Billings*
impacto na saúde humana

Land regularization in permanent protected areas:
*environmental legislation analysis and consequences
in vulnerable local populations and environment
between 2000-2010 at Billings reservoir*

Paulo Santos de Almeida*
Iohana Cristina Nogueira Silva**

Resumo: O contexto urbano do Município de São Paulo apresenta diversos conflitos de uso e ocupação do solo, causados, principalmente, pela ocupação irregular de áreas de risco ou de proteção ambiental. Essas ocupações irregulares são decorrentes da expansão urbana e dos mecanismos de segregação espacial. Nesse sentido, este Projeto de Formatura teve o intuito de investigar de que modo a legislação ambiental-urbanística brasileira trata a regularização fundiária nas Áreas de Preservação Permanente (APP) e, para tanto, foi selecionada como área de estudo a parcela do reservatório *Billings* que está localizada no Município de São Paulo. Verificou-se que a legislação ambiental-urbanística brasileira entende que o direito fundamental à moradia é mais relevante do que o princípio de intocabilidade das APPs, quando essa área é ocupada, mesmo de maneira irregular, pois entende-se que em não havendo risco de segurança para essa população, a regularização fundiária de interesse social apresenta as ferramentas necessárias à

* Professor Doutor na Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH) da Universidade de São Paulo (USP). Professor no Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade (PPG-S) e no curso de Bacharelado em Gestão Ambiental, na disciplinas: Direito Ambiental e Resolução de Problemas – *Problem Based Learning* – GA (RP-GA).

** Graduanda em Bacharelado em Gestão Ambiental pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo.

recuperação da qualidade ambiental, ainda que parcialmente. Portanto, não coloca em risco a população e não reforça o modelo de urbanização excludente, além de mitigar os passivos ambientais decorrentes das ocupações humanas por meio de seus dispositivos e exigências legais.

Palavras-chave: Área de Preservação Permanente. Cidade sustentável. Regularização fundiária. Represa *Billings*. Uso do solo.

Abstract: The urban context the Municipal District of São Paulo displays various land-use conflicts, caused mainly by the irregular occupancy of protected or risk areas. These irregular occupancies are due to urban expansion and to the spatial segregation mechanisms. In this sense, the present Graduation Project has the purpose of inquiring how the Brazilian urbanistic and environmental legislation manage the land regularization issues in protected areas. Therefore, by the meaning of area selection, the Billings reservoir, which is located in Municipal District of São Paulo, has been selected as the study area. The research concluded that the environmental legislation plead that the fundamental right of habitation is more relevant than the untouchability of protected areas, once this area is already occupied even illegally, for the law interprets that in the absence of risk for the population, land regularization can be a mean for environmental recovery, even though partially. Therefore, land regularization do not reinforce the excluding urbanization model and also can be a mean for environmental recovery due to its legal demands and instruments.

Keywords: Permanent Protected Area. Sustainable city. Land regularization. Billings reservoir. Land use.

Introdução

Um dos desafios mais evidentes para os atuais e futuros gestores é aplicar o conceito de desenvolvimento sustentável em áreas urbanas, visto que essas apresentam os mais altos níveis de emissão de poluentes e gases de efeito estufa, além do consumo exacerbado e espacialmente concentrado de recursos e bens naturais. Sob esse ponto de vista, o processo de urbanização deve ser gerido adequadamente, uma vez que a projeção é que a base urbana existente triplique entre 2000 e 2030, sendo que 90% dessa expansão ocorrerá em países em desenvolvimento.¹

¹ ALUSI, A. et al. *Sustainable cities: oxymoron or the shape of the future?* Harvard: Harvard Business School Organizational Behavior Unit Working Paper n. 11-062; Harvard Business School Technology & Operations Mgt. Unit Working Paper n. 11-062. 2011.

O conceito de sustentabilidade urbana é assim explanado por Jacobi:

A ideia de sustentabilidade implica a prevalência da premissa de que é preciso definir limites às possibilidades de crescimento e delinear um conjunto de iniciativas que levem em conta a existência de interlocutores e participantes sociais relevantes [...]. Uma política de desenvolvimento para uma sociedade sustentável não pode ignorar nem as dimensões culturais, nem as relações de poder existentes e muito menos o reconhecimento das limitações ecológicas, sob pena de apenas manter um padrão predatório de desenvolvimento.²

A urbanização acelerada e a falta de planejamento urbano trazem diversos impactos à sociedade e ao meio ambiente, além de evidenciar conflitos sobre o uso e a ocupação do solo urbano. Um dos conflitos mais comuns, na interface entre meio ambiente e urbanização, é a ocupação irregular de Áreas de Preservação Permanentes (APPs), o qual se configura como uma inadequação fundiária, habitacional e ambiental.

Na cidade de São Paulo, os assentamentos em APPs mais notáveis são aqueles que circundam os reservatórios de abastecimento da Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), as represas *Billings* e *Guarapiranga*, justamente por suas dimensões significativas. O reservatório *Billings* é considerado uma das principais fontes de abastecimento da cidade de São Paulo, suprimindo a necessidade de água para milhões de pessoas. Segundo Carvalho,³ esse corpo hídrico tem sofrido impactos significativos devido ao despejo de efluentes industriais e domésticos, ao desmatamento, à erosão e ao uso irregular do solo.

Nesse contexto, uma pergunta de pesquisa foi elaborada para os fins desta pesquisa: “Como a legislação ambiental brasileira, em suas definições, trata a regularização fundiária em APPs e qual é o impacto da dinâmica da expansão urbana e das políticas públicas ambientais em função do meio ambiente equilibrado, no entorno do Reservatório *Billings*?”

² JACOBI, P. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cadernos de Pesquisa*, n. 118, p. 191-198, mar. 2003.

³ CARVALHO, L. R. de et al. Cyanobacterial occurrence and detection of microcystin by planar chromatography in surface water of Billings and Guarapiranga Reservoirs, SP, Brazil. *Rev. Bras. Bot.*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 141-148, mar. 2007.

A problemática da presente pesquisa está voltada aos passivos ambientais decorrentes de políticas públicas ambientais e urbanísticas e da falta de planejamento urbano, assim como a legislação que rege essas esferas sociais. A relevância da análise proposta tem, em seu cerne, a preocupação com a manutenção dos serviços ecossistêmicos decorrentes da preservação de áreas de amortecimento de corpos hídricos e mananciais, além de acesso à habitação digna e ambientalmente segura, que é garantido por lei.

Desse modo, o presente trabalho tem o intuito de analisar de que modo a legislação ambiental-urbanística brasileira trata a regularização fundiária nas APPs; com foco nos assentamentos localizados em áreas de mananciais e amortecimento de corpos hídricos, especificamente na parcela do Reservatório *Billings* localizada na cidade de São Paulo.

Para tanto, foram elaborados objetivos específicos, a fim de desdobrar o tema de forma mais clara e objetiva, com o intuito de investigar e coletar dados sobre o histórico e o processo atual de regularização fundiária na Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos Alto Tietê (UGRHI-6), com foco no reservatório *Billings*; analisar e criticar as definições de excepcionalidade para intervenções ou supressões em APPs propostas pela Res. Conama 369/2006, as quais são baseadas nos conceitos de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental.

Além disso, há o objetivo de comparar as influências e os reflexos desta Res. 369/2006 na Lei 13.579/2009, para o desenvolvimento de uma política público-ambiental no Estado de São Paulo, a partir de indicadores de desenvolvimento sustentável e de critérios socioambientais citados nessa lei, portanto segurança e saneamento ambientais.

1 Metodologia

A presente pesquisa tem natureza aplicada, envolvendo interesses locais. Quanto aos seus objetivos, tem caráter descritivo, visando a caracterizar as implicações da legislação ambiental-urbanística brasileira nas populações que ocupam áreas de APPs, sendo seu ponto focal o entorno do reservatório *Billings*, em São Paulo, no intervalo de tempo entre os censos demográficos de 2000 e 2010.

A delimitação da área de pesquisa foi feita com base no interesse local do Município de São Paulo, sendo analisados, especificamente, os Distritos de Cidade Dutra, Parelheiros, Grajaú e Marsilac.

A pesquisa foi dividida em três etapas:

a) *Fase inicial*: levantamento dos dados.

No que condiz à Fase I, foi feita uma pesquisa quali-quantitativa, e, como técnica de pesquisa, foi realizada uma pesquisa documental-bibliográfica, com utilização de dados secundários. Para os dados referentes à legislação, as bases de dados utilizadas foram as plataformas dos Governos Federal, Estadual e Municipal, portanto as páginas oficiais do Planalto, da Câmara dos Deputados e da Câmara Municipal de São Paulo.

Para os demais dados, a pesquisa buscou amparo principalmente em teses, dissertações e artigos disponíveis em bibliotecas virtuais tais como nas bases *SciELO*, *Scopus*, *Dedalus* e *SIBi* (Sistemas Integrado de Bibliotecas Universidade de São Paulo), além de revistas e publicações científicas. Foram utilizados dados disponibilizados pela Prefeitura de São Paulo, pelas Secretarias de Habitação Estadual e Municipal de São Paulo e pelo Sistema de Informações para Habitação Social na Cidade de São Paulo e pelo Comitê da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê.

Além disso, foram utilizados dados disponibilizados pelo Atlas de Desenvolvimento Humano no Brasil (ADHB), que engloba o Atlas do Desenvolvimento Humano nos Municípios (ADHM) e o Atlas do Desenvolvimento Humano nas Regiões Metropolitanas (ADHRM). Esses Atlas foram desenvolvidos em parceria: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Fundação João Pinheiro (FJP).⁴

O ADHB foi criado como uma plataforma de consulta ao Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) baseado em dados extraídos dos Censos Demográficos de 1991, 2000 e 2010. O IDHM, por sua vez, é uma adaptação da metodologia do IDH Global ao contexto brasileiro e à disponibilidade de indicadores nacionais. No entanto, utilizam-se as mesmas dimensões do IDH Global, sendo elas: educação, renda e longevidade.⁵

O diferencial do ADHRM é que seus dados foram extraídos para Unidades de Desenvolvimento Urbano (UDHs), que são recortes espaciais delimitados de modo a gerar áreas com maior homogeneidade do ponto de

⁴ ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. *Metodologia*. Disponível em: <atlasbrasil.org.br>.

⁵ ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. *Metodologia*. Disponível em: <atlasbrasil.org.br>.

vista das condições socioeconômicas, do que as áreas de ponderação do IBGE. As UDHs foram desenvolvidas com o propósito de retratar as desigualdades intrametropolitanas de forma mais contundente. Portanto, essa forma de recorte espacial foi selecionada para os fins desta pesquisa, pois representa a menor unidade para qual há dados relevantes e disponíveis.

Nessa primeira fase, o levantamento bibliográfico baseou-se nos trabalhos de autores de diferentes áreas do conhecimento, como Whately – autora que apresentou uma caracterização extensiva da região da Represa *Billings*. Além de Whately, os trabalhos da autora Maricato serviram como base para elucidar a questão acerca da habitação no Brasil, sendo que seu conceito de cidade informal explana de forma adequada a situação presente ao redor da *Billings*.

b) *Fase intermediária*: sistematização e compilação dos dados;

Para a Fase II serão utilizados artifícios de sistematização de dados quali-quantitativos, como tabelas e gráficos, com o intuito de fornecer os dados de maneira concisa e adequada para fomentar as discussões propostas para a fase seguinte.

Durante a segunda fase da pesquisa, foram selecionadas as UDHs contidas nos distritos analisados, sendo que sua denominação foi adaptada para os fins desta pesquisa, com o intuito de facilitar a compreensão, conforme o quadro 1:

Quadro 1 – Unidades de Desenvolvimento Humano

Nome da UDH conforme o Atlas do desenvolvimento Humano no Brasil (nome adaptado da UDH*)

Cidade Dutra: Autódromo de Interlagos (Cidade Dutra 1*)

Cidade Dutra: Escola Estadual Deputado Aurélio Campos (Cidade Dutra 2*)

Cidade Dutra: Escola Municipal de Ensino Fundamental Doutor Afrânio de Mello Franco (Cidade Dutra 3*)

Cidade Dutra: Escola Municipal de Ensino Fundamental Doutor Miguel Vieira Ferreira (Cidade Dutra 4*)

Grajaú: Escola Estadual Professor Jacob Thomaz Itapura de Miranda (Grajaú 1*)

Grajaú: Escola Municipal de Ensino Fundamental Professora Eliza Rachel Souza (Grajaú 2*)

Grajaú: Rua Benedito Pereira de Araujo (Grajaú 3*)

Grajaú: Escola Estadual Vicente de Paulo Dale Coutinho Gal Exe (Grajaú 4*)
Marsilac/Capivari/Monos (Marsilac*)
Parelheiros: Cemitério Parelheiros (Parelheiros 1*)
Parelheiros: Centro Educacional Unificado Parelheiros (CEU) (Parelheiros 2*)
Parelheiros: Escola Estadual Doutor Mario Lopes Leão (Parelheiros 3*)
Parelheiros: Escola Estadual Leda Guimarães Natal (Parelheiros 4*)
Parelheiros: Escola Estadual Professor Mário Arminante (Parelheiros 5*)
Parelheiros: Escola Estadual Senador Alexandre Marcondes Filho (Parelheiros 6*)

Fonte: Disponível em: <atlasbrasil.org.br>.

c) *Fase final*: interpretação dos dados, discussão, averiguação dos resultados e divulgação.

Na *Fase III*, a interpretação dos dados se baseou nos indicadores de vulnerabilidade, habitação e IDH propostos pela Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo de São Paulo. O indicador de vulnerabilidade abarca situações de risco social, como analfabetismo e situação de famílias que estão abaixo da linha de pobreza; o indicador de habitação retrata aspectos como características dos domicílios e acesso a serviços básicos urbanos; já o IDH procura captar o nível de desenvolvimento humano alcançado em uma localidade.⁶

2 O reservatório *Billings*

A Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) abriga quase metade da população do Estado, portanto, conciliar sustentabilidade do uso do solo, que impõe limitações de alteração dos ecossistemas locais, com as demandas econômicas e sociais, especialmente de moradia, requer um planejamento complexo.⁷

A Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* é uma sub-bacia da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, a qual compõe a Unidade de Gerenciamento de Recursos Hídricos 6 (UGRHI-6). O reservatório encontra-se localizado na porção sudeste da RMSP, sendo que sua

⁶ PREFEITURA DE SÃO PAULO. Plano Municipal de Habitação Social da Cidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

⁷ SÃO PAULO (Estado). *Billings*. Secretaria do Meio Ambiente/Coordenadoria de Educação Ambiental. São Paulo: SMA/CEA, 2010. Disponível em: <www.ambiente.sp.gov.br>.

drenagem abrange, parcialmente, os Municípios de São Paulo, Diadema, Ribeirão Pires, Santo André e São Bernardo do Campo, além de abarcar integralmente o Município de Rio Grande da Serra.⁸

No município de São Paulo, o Reservatório é circundado pelos Distritos de Cidade Dutra, Parelheiros, Grajaú e Marsilac. Estes Distritos estão distribuídos em duas subprefeituras, sendo que Cidade Dutra e Grajaú pertencem à subprefeitura Capela do Socorro e os Distritos de Parelheiros e Marsilac pertencem à subprefeitura de Parelheiros.⁹

Segundo a Prefeitura de São Paulo, a população residente nos quatro distritos supracitados somava, aproximadamente, 700 mil habitantes em 2010.¹⁰ A área correspondente a esses distritos compreende os Braços Cocaia, Bororé e Taquacetuba e se encontra inserida em sua totalidade na Área de Proteção e Recuperação de Manancial – *Billings* (APRM-B), definida pela Lei 13.579/2009.¹¹

Criado artificialmente em 1925, com o intuito de gerar energia elétrica às principais indústrias de São Paulo, atualmente, a represa tem um espelho-d'água de, aproximadamente, 100km², e produz 4,8 mil litros de água potável por segundo.¹² A expansão urbana causou o aumento da ocupação irregular ao redor da represa durante as décadas de 1970 e 1980. Por representar uma alternativa barata e fora do mercado, porém ainda próxima do adensamento urbano, as áreas protegidas ao redor da *Billings* foram gradualmente ocupadas por loteamentos informais e irregulares, dando origem a favelas e bairros irregulares.¹³

⁸ BEDESCHI, L. A regularização fundiária como diretriz de recuperação ambiental de Áreas de Preservação permanente nas cidades. 2012. Tese (Mestrado em Direito) – PUCSP, São Paulo, 2012. Disponível em: <www.sapientia.ucs.br/handle/5867>.

⁹ SECRETARIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO. População Recenseada, Taxas de Crescimento Populacional e Densidade Demográfica no Município de São Paulo, Subprefeituras e Distritos Municipais. s/d.

¹⁰ SECRETARIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO. População Recenseada, Taxas de Crescimento Populacional e Densidade Demográfica Município de São Paulo, Subprefeituras e Distritos Municipais. s/d.

¹¹ SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B).

¹² SABESP. Os 85 anos da represa *Billings*. Agência de Notícias. S/d. Disponível em: <www.sabesp.com.br>.

¹³ WHATELY, M.; SANTORO, P.F.; TAGNIN, R. A. Contribuições para a elaboração de leis específicas de mananciais: o exemplo da *Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008. p. 11.

A partir de então, há conflitos com relação ao bombeamento das águas poluídas dos rios Tietê e Pinheiros, porém somente em 1989 o bombeamento foi restringido a situações emergenciais, como risco de enchentes.¹⁴ Além do passivo associado ao bombeamento de águas poluídas, o uso e ocupação irregular dessa área de manancial foram fomentados pela desigualdade de acesso à moradia, em conjunto com o descaso do Estado, aumentando a degradação ambiental na região.

A capacidade estimada de abastecimento comportada pelo reservatório é de cerca de 4, 5 milhões de pessoas, porém sua capacidade máxima não é utilizada devido à poluição das águas em algumas porções do reservatório, principalmente nas porções circundadas por ocupações irregulares que despejam efluentes domésticos diretamente na represa.¹⁵

Um estudo realizado em 2003 apontou que a principal ameaça para a região é a expansão desordenada da ocupação urbana, seguida pelos impactos previstos para a construção do Trecho Sul do Rodoanel. O Rodoanel é o anel rodoviário que circunda a RMSP, com o objetivo de interligar as dez rodovias que chegam a São Paulo e aliviar o tráfego de automóveis dentro dos limites do município, possuindo uma extensão total de 180km.¹⁶ Esse rodoanel, em seu Trecho Sul, adentra os limites da área de proteção dos mananciais, portanto foi significativamente considerado no estudo realizado, durante o qual, foram produzidos mapas temáticos identificando áreas prioritárias para conservação e recomendação de ações.¹⁷

No período entre 1989 a 1999, as áreas urbanas, localizadas na Bacia da represa *Billings* apresentaram um crescimento de 31,74%, sendo que uma parte bastante significativa dessa expansão se deu em área de ocorrência de Mata Atlântica. Essa região está protegida pela “Lei de Mananciais” desde a década de 1970, porém a inoperância da fiscalização

¹⁴ SÃO PAULO (Estado). Constituição (1989). Constituição do Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 5 out. 1989.

¹⁵ SÃO PAULO (Estado). *Billings*. Secretaria do Meio Ambiente/Coordenadoria de Educação Ambiental. São Paulo: SMA/CEA, 2010.

¹⁶ SÃO PAULO (Estado). Rodoanel Mário Covas. Secretaria de Logística e Transportes, s/d. Disponível em: <www.rtransportes.sp.gov.br>.

¹⁷ WHATELY, M. (Org.). *Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para a conservação, recuperação e uso sustentável da Bacia Hidrográfica da Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

gerou uma situação de impunidade, resultando num quadro de degradação ambiental crescente.¹⁸

Entre os anos de 1978 e 1998, o Cadastro de Ocorrências e Sanções do Departamento do Uso do Solo (DUSM) registrou quase mil ocorrências em desacordo com a legislação de proteção ambiental na Bacia Hidrográfica da *Billings*. (SMA, 1999). Apesar de essa região representar apenas 25,65% da área total dos Municípios de São Paulo, Diadema, São Bernardo do Campo, Santo André, Rio Grande da Serra e Ribeirão Pires, no período entre 1991 e 1996, o crescimento populacional na região represou 50,56% do crescimento da população total nesses municípios.¹⁹

No início dos anos 1990, a Prefeitura iniciou uma política de regularização fundiária em massa de loteamentos irregulares no município, no entanto, devido às restrições legais, as áreas de mananciais não poderiam receber obras de infraestrutura, mantendo a situação precária e inadequada de moradia. Segundo o Plano Municipal de Habitação 2003, dentre a população residente em áreas de mananciais (Bacia da *Billings* e Bacia da Guarapiranga) há uma proporção maior – duas vezes superior – de moradores de favela quando comparado com a média da cidade. Do total de moradores em áreas de mananciais, aproximadamente 27% moram em loteamentos irregulares de baixa renda, e 21% moram em favelas, de modo que pouco mais de 48% da população residente nessas regiões encontra-se em situação de inadequação habitacional.²⁰

3 Legislação

Um dos artifícios legais mais utilizados quando se discorre sobre meio ambiente é o art. 225 da CF/88, que afirma que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e é dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, uma vez que é assegurado como bem de uso comum, sendo essencial à sadia qualidade de vida. Concomitantemente, no art. 6º

¹⁸ CAPOBIANCO, J. P.; WHATELY, R. *Billings 2000: ameaças e perspectivas para o maior reservatório de água da Região Metropolitana de São Paulo: Relatório do Diagnóstico Socioambiental Participativo da Bacia Hidrográfica da Billings, no período 1989-99*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2002.

¹⁹ WHATELY, M. (Org.). *Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias para a conservação, recuperação e uso sustentável da Bacia Hidrográfica da Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

²⁰ WHATELY, M.; SANTORO, P. F.; TAGNIN, R. A. *Contribuições para a elaboração de leis específicas de mananciais: o exemplo da Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008. p. 11.

caput, a CF/88 ²¹ garante o acesso à moradia digna como um direito fundamental do ser humano, como configurado desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual discorre sobre os direitos humanos universais, aceito e aplicável em todas as partes do mundo.

Diante desses dois direitos da pessoa humana, os conflitos pela regularização fundiária em APPs baseiam-se na prevalência de um direito em detrimento de outro, além da questão referente à dignidade das moradias, que envolve condições de vida sadia e segurança, com localização adequada e não suscetível a desastres naturais.²² Ademais, a questão *sustentabilidade*, que tem sido fomentada mundialmente, é um ponto de controvérsia no que condiz com os conflitos fundiários urbanos.

Nesse aspecto, a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 – o Estatuto da Cidade – garante o direito a cidades sustentáveis, como verificado no art. 2º, inciso I, que assegura, para as presentes e futuras gerações, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer. Conforme o art. 2º da Lei Federal 10.257/2001, a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de *baixa renda* devem ser feitas com base no estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.²³

No contexto nacional, a proteção da vegetação nativa é regulada pela Lei 12.651 – Código Florestal,²⁴ que, em seu art. 1º, sanciona como objetivo o desenvolvimento sustentável. Essa lei estabelece normas gerais à proteção da vegetação, APPs e Áreas de Reserva Legal (ARLs), além de outras provisões.

O chamado Novo Código Florestal²⁵ sofreu críticas por determinadas parcelas da sociedade civil, principalmente no que concerne a três pontos-

²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

²² DIAS, D. S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre – RS. Ministério Público do Estado do RS, v. 1, n.1, jan. 2012. Disponível em: <www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca>.

²³ BRASIL. Lei 10.257, de 10 de junho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

²⁴ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

²⁵ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

chave: 1) a largura da mata ciliar; 2) a dimensão das APPs; 3) a anistia aos produtores rurais.²⁶ No que condiz às APPs, essa lei faz uma distinção entre a zona rural e a urbana, sendo que esta possui uma medida mais complacente quanto à largura da área a ser preservada. Para o caso específico do entorno de reservatórios-d'água artificiais, a Lei 12.651/2012 estabelece que a APP corresponde à faixa definida na licença ambiental do empreendimento. Porém, como a criação do Reservatório *Billings* antecede a essa lei, sua regulamentação é feita por meio de lei específica, que será discutida mais adiante.

A Resolução Conama 369, de 29 de março de 2006,²⁷ dispõe sobre a possibilidade de intervenção ou supressão de vegetação em APPs, em excepcionalidade, em casos de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental. Primeiramente, o conceito de *utilidade pública* inclui atividades de segurança nacional e proteção sanitária; atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente; obras de infraestrutura destinadas a serviço público de transporte e saneamento, além de implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes, inclusive para projetos privados de aquicultura.

Em seguida, o conceito de *interesse social* abarca atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa; exploração agroflorestal sustentável em pequena propriedade; implantação de infraestrutura pública destinada a esportes e lazer; e regularização fundiária de assentamentos humanos ocupados predominantemente por população de baixa renda em áreas urbanas consolidadas. Por fim, o conceito de baixo *impacto ambiental* abrange a abertura de pequenas vias de acesso; implantação de trilhas para desenvolvimento do ecoturismo; construção de moradia de agricultores familiares, de modo que o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores; e exploração agroflorestal e manejo florestal sustentável, desde que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa existente.²⁸

²⁶ OLIVEIRA, L. M.; KAWABUKO, F. S. Os possíveis impactos causados pelas mudanças do Código Florestal brasileiro na cobertura vegetal: exemplo de caso no Município de Varginha – MG. In: JORNADA CIENTÍFICA DA GEOGRAFIA 3., 2012, Alfenas-MG. *Anais...* Alfenas – MG, 2012.

²⁷ CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 369, de 28 de março de 2006. Diário Oficial da União, Edição Número 61, de 29/03/2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

²⁸ BRASIL. *Lei 12.651*, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências.

Tanto o Código Florestal como essa resolução amparam a possibilidade de intervenção em APPs nos mesmos conceitos. Apesar disso, as definições de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental são diferentes nessas duas normas. Apesar de haver significativas congruências entre os conceitos utilizados, a Res. Conama 369/2006 é mais ampla no conceito de utilidade pública, abrangendo mais situações do que o Código Florestal abarca. Já no conceito de interesse social, a situação é inversa, sendo que o Código Florestal abrange um número maior de situações que podem configurar determinadas intervenções ou supressões.

Para o caso específico da cidade de São Paulo, a Lei 16.050, de 31 de julho de 2014, o Plano Diretor Estratégico de São Paulo²⁹ (PDESP), em seu art. 1º, afirma que a Política de Desenvolvimento Urbano objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade; com o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado e diversificado de seu território, assegurando qualidade de vida a seus habitantes.

Nesse escopo, é posto que tanto a dimensão social – fundamental para garantir os direitos sociais para todos os cidadãos, especialmente o direito à moradia – como a dimensão ambiental – que é fundamental para garantir o equilíbrio necessário entre as áreas edificadas e os espaços verdes no interior da área urbanizada; e entre essa e as áreas preservadas e protegidas no conjunto do Município – devem ser consideradas na estratégia de ordenamento espacial, a fim de garantir um desenvolvimento urbano sustentável, conforme o art. 8º do PDESP.³⁰

Em 2009, foi promulgada a Lei 13.579,³¹ que define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do reservatório *Billings* (APRM-B). Dentre seus diversos objetivos, que convergem para o desenvolvimento sustentável, merecem destaque os que estão voltados às ocupações habitacionais no entorno da região. Há o objetivo de estabelecer instrumentos de planejamento e gestão capazes de

²⁹ SÃO PAULO (Município). Lei 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei 13.430/2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

³⁰ SÃO PAULO (Município). Lei 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei 13.430/2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

³¹ SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

intervir e reorientar os processos de ocupação, garantindo prioridade de atendimento às populações residentes na Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings*.

Além disso, há o intuito de propiciar a recuperação e melhoria das condições de moradia nos alojamentos de habitações ocupadas pela população, por meio da implementação de infraestrutura de saneamento ambiental, além de assegurar o acesso a equipamentos urbanos e comunitários e a serviços públicos essenciais. Contudo, para as áreas consideradas de risco ou de recuperação ambiental, é necessário garantir a implementação de programas de reurbanização, remoção e realocação da população, bem como a recuperação ambiental.³²

4 Áreas de Preservação Permanente

As APPs são definidas pela Lei 12.651/2012 (Código Florestal brasileiro),³³ como áreas protegidas, que podem ser cobertas (ou não) por vegetação nativa, as quais têm a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade. Além disso, essas áreas permitem o fluxo gênico da fauna e flora, protegem o solo e asseguram bem-estar às populações humanas.

As APPs são divididas em diversas categorias, segundo o art. 4º da Lei 12.651/2012, sendo, assim, discriminadas:

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água [...]; II – as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais [...]; III – as áreas no entorno dos reservatórios-d’água [...]; IV – as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d’água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica [...]; V – as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive; VI – as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; VII – os manguezais, em toda a sua extensão; VIII – as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; IX – no topo de morros,

³² SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base [...]; X – as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação; XI – em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.³⁴

Além das áreas descritas acima, há, ainda, outro tipo de APP – por ato do Poder Público, que está previsto no art. 6º do Código Florestal,³⁵ de modo que é possível instituir outras APPs declaradas de interesse público; por um ato do chefe do Executivo, com finalidades diversas, como conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamento de terras.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente, as APPs consistem em espaços territoriais legalmente protegidos, ambientalmente frágeis ou vulneráveis, que podem ser públicas ou privadas e urbanas ou rurais.³⁶ Em meio urbano, as APPs representam um mecanismo para prevenir consequências negativas da ocupação inadequada e irregular do solo, desse modo, protegendo as populações locais de exposição ao risco associado à habitação em áreas vulneráveis. As APPs são responsáveis por proteger o solo, prevenindo a ocorrência de acidentes ou desastres causados pela ocupação inadequada e irregular de encostas e topos de morros, além de proteger os corpos-d'água, evitando enchentes, poluição e assoreamento desses corpos hídricos.³⁷

Além disso, tais áreas promovem a manutenção da permeabilidade do solo e do regime hídrico, a fim de evitar inundações e enxurradas, possibilitando a recarga de aquíferos, incluindo reservatórios artificiais de abastecimento público, evitando o comprometimento do abastecimento público de água em qualidade e em quantidade.³⁸ Já no meio rural, a

³³ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

³⁴ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

³⁵ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

³⁶ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas de Preservação Permanente Urbanas. s/d. <Online>.

³⁷ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas de Preservação Permanente Urbanas. s/d. <Online>.

³⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas de Preservação Permanente Urbanas. s/d. <Online>.

manutenção das APPs e sua consequente manutenção da estabilidade dos ciclos hidrológicos e biogeoquímicos possibilita a continuidade de atividades agrícolas.³⁹

5 Discussões

A possibilidade de intervenções ou supressões em APP, como previsto na legislação ambiental-urbanística brasileira, demonstra uma priorização dos interesses sociais e econômicos em detrimento da intocabilidade inerente a essas áreas. É muito importante ressaltar que a priorização deve somente ocorrer nos casos onde não há alternativa locacional para intervenção, como no caso da regularização fundiária de interesse social.

A Res. Conama 369/2006, ao possibilitar intervenções em casos de utilidade pública, mais especificamente em casos de obras de infraestrutura de transporte, saneamento e energia, evidencia o conflito de direitos fundamentais e, nesse caso, opta por deixar o direito ao meio ambiente equilibrado em risco. Como visto, no caso da *Billings*, a obra do Rodoanel Trecho Sul é uma fonte significativa de degradação ambiental.

Em casos como o da Bacia da *Billings*, a ponderação entre os direitos deve ser feita de maneira participativa, integrando setores governamentais e a sociedade civil. Essa interação tende a aumentar a eficácia das medidas de recuperação ambiental aplicadas na região, uma vez que a população local se apropria de conhecimentos sobre a fragilidade ambiental, além de poder ajudar na fiscalização, por meio de denúncias, por exemplo.

Nos casos de ocupação irregular em APPs, a regularização fundiária de interesse social é excepcional e se justifica nos casos em que é possível promover saneamento ambiental e melhorias no quadro ambiental-geral, além de melhorias na infraestrutura urbana, voltada ao benefício da população local. A Lei 13.579/2009, em seu art. 3º, incisos IV e V,⁴⁰ visam a reverter o passivo ambiental na Bacia da *Billings*, integrando atividades de recuperação ambiental e urbanística, a fim de melhorar as condições de abastecimento do reservatório.

³⁹ BORGES, L. A. C. et al. Áreas de Preservação Permanente na legislação ambiental brasileira. *Ciência Rural*, Santa Maria, v. 41, n. 7, p. 1.202-1.210, jul. 2011.

⁴⁰ SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

A remoção da população somente é feita em caso de risco à segurança da própria população, como na possibilidade de deslizamento de terras ou enchentes, pois esse risco é incompatível com o objetivo de promover moradia digna. A regularização fundiária de interesse social reforça a possibilidade do alcance desse direito, servindo como instrumento para a própria população e também para caminhar em direção à cidade sustentável, com mobilidade e infraestrutura de cidade formal.

Verifica-se que a Lei 13.579/2009⁴¹ relaciona-se diretamente com a Res. Conama 369/2006, no que concerne ao estabelecimento de instrumentos de planejamento e gestão capazes de intervir e reorientar os processos de ocupação das áreas de proteção, ao passo que a possibilidade de regularização fundiária, proposta na Res. Conama 369/2006⁴² viabiliza a priorização das populações já residentes na Bacia Hidrográfica do Reservatório Billings, como pautado pela Lei 13.579.

A Res. Conama 369/2006, ao regular intervenções ou supressões em APPs – mediante a autorização do órgão ambiental-municipal, por meio de licenciamento – difere da Lei 13.579/2009 porque se concentra em ações planejadas e passíveis de controle estatal, enquanto a Lei 13.579/2009 mostra-se como um meio de mitigar um passivo ambiental que ocorreu pela ineficácia da fiscalização do Estado.

A Lei 13.579/2009⁴³ pressupõe que o direito à moradia da população já instalada na APP é mais relevante que a manutenção da intocabilidade da APP. Porém, não descarta a importância do meio ambiente equilibrado, de modo que estabelece instrumentos de compensação ambiental, monitoramento e avaliação da qualidade ambiental, além de projetos de recuperação do ambiente. No que condiz ao direito à cidade sustentável, a Lei 13.579/2009 reforça o acesso à estrutura das cidades formais.

A área de estudo mostrou um desenvolvimento que mostra congruência com o objetivo de se alcançar a cidade sustentável, uma vez que o direito à cidade sustentável é garantido pelo art. 2º, inciso I do Estatuto da Cidade.⁴⁴ Todas as UDHS analisadas apresentaram um aumento

⁴¹ SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

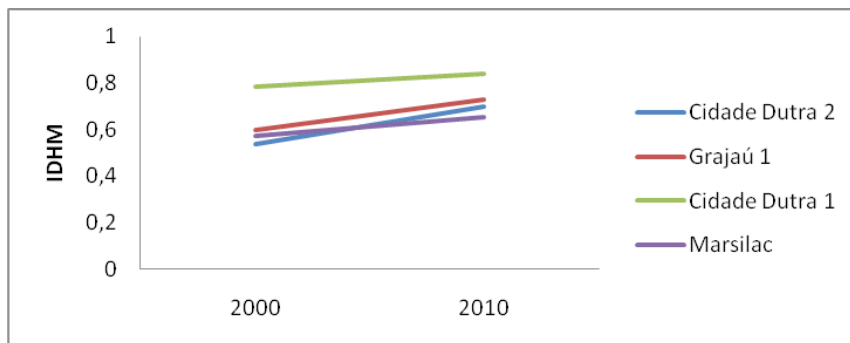
⁴² CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 369, de 28 de março de 2006. Diário Oficial da União, Edição Número 61, de 29/3/2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

⁴³ SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B).

⁴⁴ BRASIL. Lei 10.257, de 10 de junho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

no IDHM, mostrando congruência com os indicadores nacional e municipal. A UDH Cidade Dutra 2 foi a que apresentou a melhoria mais significativa nesse indicador, seguida pela UDH Grajaú 1. Já os menores índices de evolução do IDHM ocorreram nas UDHs Cidade Dutra 1 e Marsilac, como é possível observar no Gráfico 1:

Gráfico 1 – Variação do IDHM por UDH

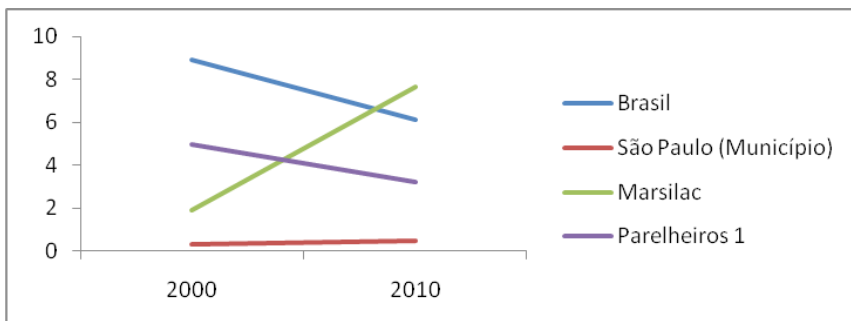


Fonte: Elaborado pela autora.

Em relação ao desenvolvimento para os indicadores *saneamento e vulnerabilidade*, a porcentagem de pessoas em domicílios com abastecimento de água e esgotamento sanitário inadequados entre 2000 e 2010 diminuiu nacionalmente. No entanto, no Município de São Paulo, houve um aumento nessa inadequação sanitária, provavelmente devido à expansão urbana não planejada e informal, como verificado no item 3.1. Já na área de estudo, houve melhoria nas condições de saneamento em 5 UDHs, enquanto outras seis apresentaram piora.

A UDH Marsilac foi a que apresentou maior índice de agravamento da situação de inadequação sanitária, seguida pelas UDHs Parelheiros 4, 6 e 5. Já as UDHs que apresentaram melhoria mais significativa nesse quesito foram as UDHs Parelheiros 1, 2 e 3, além a UDH Grajaú 2 que merece destaque por ter zerado o índice de inadequação sanitária, conforme o Gráfico 2:

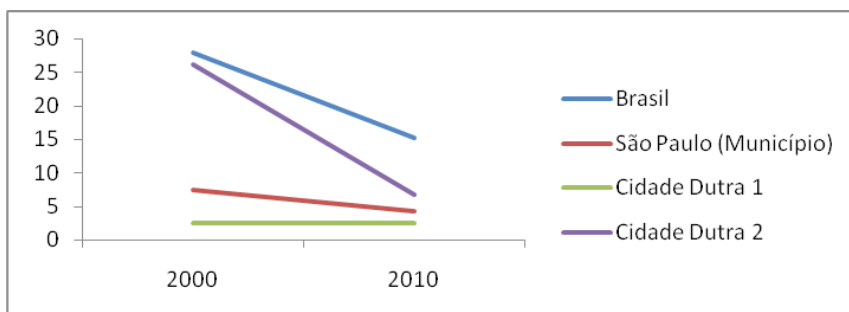
Gráfico 2 – Porcentagem de inadequação nos serviços de água e esgoto



Fonte: Elaborado pela autora.

Para os índices de pobreza, houve melhoria em todas as UDHs, exceto na UDH Cidade Dutra 1, que apresentou um pequeno aumento no índice de pobreza. Em compensação, a UDH Cidade Dutra 2 apresentou o índice de melhoria mais significativo, seguida pela UDH Grajaú 1 e as UDHs Parelheiros 1, 2 e 3. Vale destacar que a diminuição percentual apresentada pela UDH Grajaú 1 supera a apresentada em termos nacionais. No nível municipal, a diminuição do percentual equipara-se às UDHs que não foram destacadas acima, portanto, essas UDHs estão na média do Município, como verificado no Gráfico 3.

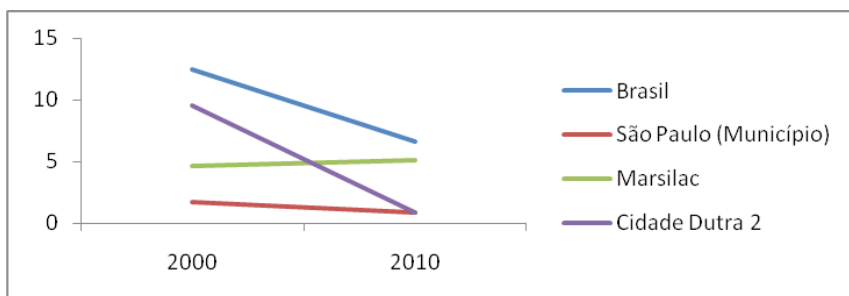
Gráfico 3 – Porcentagem de pobreza



Fonte: Elaborado pela autora.

Já para o índice *extrema pobreza*, a situação é semelhante, uma vez que todas as UDHs também apresentaram queda no índice de extrema pobreza, exceto a UDH Marsilac que apresentou um pequeno aumento nesse índice. A UDH Cidade Dutra 2 destaca-se por apresentar a maior variação percentual nesse período, seguida pelas UDHs Parelheiros 1, 2 e 3. Estas últimas apresentaram uma variação percentual próxima da nacional, que é bastante superior à variação percentual apresentada pelo Município de São Paulo, como visto no Gráfico 4.

Gráfico 4 – Porcentagem de extrema pobreza

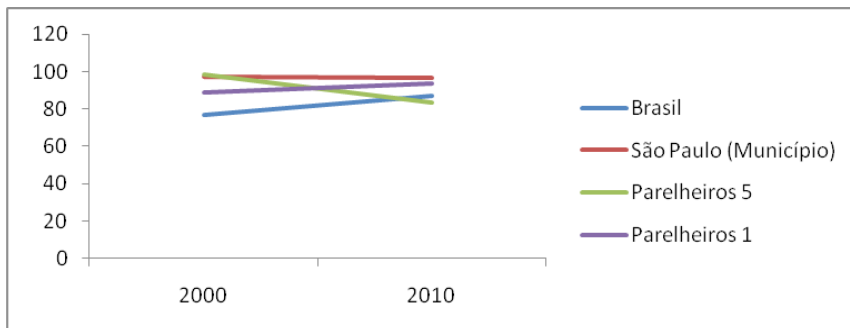


Fonte: Elaborado pela autora.

Novamente, a grande maioria das UDHs analisadas apresentou melhoria no índice de domicílios com coleta de lixo, exceto pelas UDHs Marsilac e Cidade Dutra 3 e 4. A maior variação percentual foi verificada na UDH Grajaú 4, superando a variação percentual nacional. Vale destacar também as UDHs Grajaú 1 e 2 e Parelheiros 4, 5 e 6 por apresentarem o índice máximo para esse indicador.

O Município de São Paulo apresentou uma queda na porcentagem da população em domicílios com banheiro e água encanada, caminhando na direção contrária do desenvolvimento apresentado no país de modo geral. Na área de estudo, das 14 UDHs com dados disponíveis para comparação, 10 apresentaram diminuição nesse índice, expressando congruência com o Município, como mostra o Gráfico 6.

Gráfico 6 – Porcentagem de domicílios com banheiro e água encanada



Fonte: Elaborado pela autora.

A UDH Parelheiros 5 foi a que apresentou a maior variação percentual negativa nesse índice, chegando a quase 15 pontos percentuais. Essa grande variação ocorreu também nas UDHs Parelheiros 4 e 6, seguidas pela UDH Marsilac que também revelou redução significativa no índice de pessoas em domicílios com banheiro e água encanada. Já as UDHs Parelheiros 1, 2 e 3 foram as unidades de análise que apresentaram maior evolução neste índice, porém tal evolução ainda se manteve 5 pontos percentuais abaixo da variação ocorrida em termos de nível nacional.

A partir desses parâmetros, é possível observar que a UDH Marsilac apresenta os piores índices de desenvolvimento, devido ao agravamento das condições de vida em 4 dos 6 indicadores analisados no período de 2000 a 2010. Essa situação pode ser em decorrência de novas ocupações irregulares, as quais ainda não apresentam condições adequadas de moradia, causando deterioração nos índices de desenvolvimento nessa espacialidade.

A UDH Cidade Dutra 2 apresentou os melhores índices de evolução em três dos seis indicadores, o que tende a indicar que essa espacialidade tem sofrido impactos positivos das políticas públicas de habitação e disponibilização de infraestrutura. De modo geral, é possível depreender que as espacialidades apresentaram desenvolvimento no período entre 2000 e 2010, mas comparado ao avanço nacional, ainda há um hiato a ser preenchido.

No que concerne ao objetivo de alcançar cidade sustentável, como entendida pelo Estatuto da Cidade⁴⁵ – representada pelo direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos e ao trabalho e lazer – a análise proposta constata que há indícios de que a população localizada na área de estudo está exposta a vulnerabilidades sociais, além de fazer parte de um passivo ambiental que deve ser mitigado, a fim de alcançar o desenvolvimento e a sustentabilidade na região.

Considerações finais

A partir da análise dos resultados apresentados neste projeto de formatura, verificou-se como o histórico de ocupações irregulares na área de estudo afetou o desenvolvimento local, trazendo passivos ambientais e sociais, como verificado em alguns dos indicadores utilizados. Nesse contexto, verifica-se que a regularização fundiária de interesse social atua como uma ferramenta para alcançar o direito à moradia digna e, simultaneamente, reforça a importância do meio ambiente equilibrado através das exigências legais de mitigação, compensação e recuperação necessárias para sua realização. Nos casos em que essa regularização fundiária de interesse social ocorre em APPs, a fiscalização e o monitoramento da região é tão importante quanto a regularização em si e seus benefícios em termos de infraestrutura. O monitoramento adequado e a fiscalização rígida impedem que a regularização fundiária, no local, incentive mais ocupações irregulares com o propósito de aproveitar os benefícios provenientes dessa regularização.

A legislação ambiental-urbanística brasileira entende que o direito fundamental à moradia é mais relevante do que o princípio de intocabilidade das APPs, quando essa área é ocupada mesmo que de maneira irregular, pois se entende que, em não havendo risco de segurança para a população, a regularização fundiária de interesse social apresenta as ferramentas necessárias à recuperação da qualidade ambiental, embora parcialmente.

Depreende-se que a ocupação irregular da Bacia Hidrográfica da *Billings* foi proveniente da inoperância da fiscalização por parte do Estado, uma vez que há legislação de proteção ambiental para essa região desde a

⁴⁵ BRASIL. *Lei 10.257*, de 10 de junho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

década de 1970. Além da falta de fiscalização, o mercado imobiliário excludente e a alta demanda por moradias próprias foram as principais forçantes do processo de ocupação dessas áreas por uma população vulnerável e de baixa renda.

A análise dos parâmetros apresentados à área de estudo indica que, mesmo com legislação ambiental específica vigente, ainda há um hiato significativo para o alcance do desenvolvimento sustentável, reafirmando a característica de vulnerabilidade da área em questão. A análise ressalta que a regularização fundiária de interesse social tem a função de integrar os direitos à moradia e ao meio ambiente equilibrado; portanto, se espera que a área apresente melhorias na qualidade de vida das populações locais, nas próximas décadas, em decorrência da Lei 13.579/2009. A política público-ambiental do Estado de São Paulo tende a se desenvolver e convergir para a Res. Conama 369/2006, como verificado por meio da Lei 13.579/2009, utilizando a regularização fundiária de interesse social, entre outros instrumentos, a fim de alcançar a cidade sustentável.

Verificou-se que, entre as UDHs analisadas, a UDH Marsilac se destaca por apresentar uma curva de desenvolvimento incongruente com o restante, chamando a atenção à possibilidade de esse fato decorrer de novas ocupações irregulares, portanto é preciso atenção incisiva do Poder Público.

Por fim, conclui-se que a hipótese inicial 2 aproxima-se mais da realidade, ao passo que a regularização fundiária de interesse social em APPs prioriza o direito à moradia e interesses sociais em detrimento da preservação integral das áreas. No entanto, não coloca em risco a população e não reforça o modelo de urbanização excludente, além de mitigar os passivos ambientais decorrentes de ocupações humanas por meio de seus dispositivos e exigências legais.

Referências

ALUSI, A.; ECCLES, R. G.; EDMONDSON, A. C.; ZUZUL, T. Sustainable cities: oxymoron or the sShape of the future? Abr. 2011. Harvard Business School Organizational Behavior Unit Working Paper N. 11-062; Harvard Business School Technology & Operations Mgt. Unit Working Paper N. 11-062. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1726484>>. Acesso em: maio 2015.

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. Metodologia. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/metodologia/construcao-das-unidades-de-desenvolvimento-humano/>. Acesso em: nov. 2015.

BEDESCHI, L. A regularização fundiária como diretriz de recuperação ambiental de Áreas de Preservação Permanente nas cidades. 2012. Tese (Mestrado em Direito) – PUCSP, São Paulo, 2012.

BORGES, L. A. C. et al. Áreas de Preservação Permanente na legislação ambiental brasileira. *Ciência Rural*, Santa Maria, v. 41, n. 7, p. 1.202-1.210, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cr/v41n7/a5611cr4051.pdf>> Acesso em: out. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de junho de 2001. Dispõe sobre a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: maio 2015.

BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa e dá outras providências. <Online> Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm> Acesso em: jul. 2015.

CAPOBIANCO, J. P.; WHATELY, R. Billings 2000: ameaças e perspectivas para o maior reservatório de água da Região Metropolitana de São Paulo: Relatório do Diagnóstico Socioambiental Participativo da Bacia Hidrográfica da *Billings* no período 1989-1999. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2002. 72p. Disponível em: < <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/56.pdf>>. Acesso em: nov. 2015.

CARVALHO, L. R. de et al. Cyanobacterial occurrence and detection of microcystin by planar chromatography in surface water of Billings and

Guarapiranga Reservoirs, SP, Brazil. *Rev. Bras. Bot.*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 141-148, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-84042007000100014 &lng=en&nrm=iso>. Acesso em: jul. 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução 369, de 28 de março de 2006. Brasília: Diário Oficial da União, Ed. n. 61, de 29/3/2006. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res06/res36906.xml>>. Acesso em: jun. 2015.

DIAS, D. S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica do CEAF*, Porto Alegre – RS: Ministério Público do Estado do RS, v. 1, n.1, jan. 2012. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art1.pdf>. Acesso em: jun. 2015.

JACOBI, P. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cadernos de Pesquisa*, n. 118, p. 191-198, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>>. Acesso em: jul. 2015.

MMA. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas de Preservação Permanente Urbanas. s/d. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/%C3%A1reas-de-prote%C3%A7%C3%A3o-permanente>> Acesso em: out. 2015.

OLIVEIRA, L. M.; KAWABUKO, F. S. Os possíveis impactos causados pelas mudanças do Código Florestal brasileiro na cobertura vegetal: exemplo de caso no Município de Varginha – MG. In: JORNADA CIENTÍFICA DA GEOGRAFIA 3., 2012, Alfenas-MG. *Anais...* Alfenas – MG, 2012.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Plano Municipal da Habitação Social da Cidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.habisp.inf.br/theke/documentos/pmh/pmh_versao_outubro_2011_pdf/PMH_outubro_2011.pdf>. Acesso em: jan. 2016.

SABESP. Os 85 anos da Represa *Billings*. Agência de Notícias, s/d. Disponível em: <[http://www.sabesp.com.br/CalandraWeb/CalandraRedirect/?db=&docid=79B27DEE3C53E2F2832576F50052351A&proj=Agencia Notícias&pub=T&temp=4](http://www.sabesp.com.br/CalandraWeb/CalandraRedirect/?db=&docid=79B27DEE3C53E2F2832576F50052351A&proj=Agencia%20Noticias&pub=T&temp=4)>. Acesso em: jul. 2015.

SÃO PAULO (Estado). *Billings*. Secretaria do Meio Ambiente/Coordenadoria de Educação Ambiental. São Paulo: SMA/CEA, 2010. <Online> Acesso em: jul. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13579-13.07.2009.html>> Acesso em: jul. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Constituição (1989). Constituição do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 5 out. 1989. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm>. Acesso em: 12 out. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Rodoanel Mário Covas. Secretaria de Logística e Transportes, s/d. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/rodoanel>>. Acesso em: jan. 2016.

SÃO PAULO (Município). Lei 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei 13.430/2002. Disponível em: <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/PDE-Suplemento-DOC/PDE_SUPLEMENTO-DOC.pdf>. Acesso em: abr. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Lei 13.579, de 13 de julho de 2009. Define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais da Bacia Hidrográfica do Reservatório *Billings* (APRM-B). Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13579-13.07.2009.html>>. Acesso em: jul. 2015.

SECRETARIA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO URBANO. População recenseada, taxas de crescimento populacional e densidade demográfica no Município de São Paulo, Subprefeituras e Distritos Municipais. s/d. Disponível em: <http://infocidade.prefeitura.sp.gov.br/htmls/7_populacao_recensea_dataxas_de_crescimento_1980_10745.html>. Acesso em: out. 2015.

WHATELY, M.; SANTORO, P. F.; TAGNIN, R.A. Contribuições para a elaboração de leis específicas de mananciais: o exemplo da *Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2008.

WHATELY, M. (Org.). Avaliação e identificação de áreas e ações prioritárias à conservação, recuperação e uso sustentável da Bacia Hidrográfica da *Billings*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/10149.pdf>>. Acesso em: nov. 2015.

Discrecionalidade administrativa e licença ambiental

Administrative discretion and environmental license

Caroline Ferri Burgel*
Gabriel da Silva Danieli**
Leonardo da Rocha de Souza***

Resumo: O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que deve ser providenciado antes do desenvolvimento de atividades consideradas, potencial ou efetivamente, poluidoras. As etapas do licenciamento ambiental fundamentam a decisão do órgão ambiental a respeito da concessão de licença ambiental. No entanto, a licença ambiental não parece ter uma necessária vinculação às etapas do procedimento de licenciamento, o que pode resultar na inefetividade da proteção ambiental. Dessa forma, os objetivos deste artigo são analisar a natureza jurídica da licença ambiental e verificar se existem hipóteses em que a decisão administrativa precise se vincular aos resultados do licenciamento ambiental. A análise da natureza jurídica da licença ambiental é reforçada com uma pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) para verificar o posicionamento daquele tribunal em relação ao tema. Com essa pesquisa, pretende-se observar como

* Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) com área de concentração em Direito Ambiental. Bacharel em Direito pela UCS. Bacharel em Administração pela UCS. Bolsista de iniciação científica BIC/UCS (2015-2016). Bolsista Capes (2017-atual). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa CNPq “Ambiente, Estado e Jurisdição” (Alfajus). *E-mail:* cfburgel@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) com área de concentração em Direito Ambiental. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado – *lato sensu* – em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bolsista (taxista) Capes (2017-atual). Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”. *E-mail:* gabriel.danieli.adv@gmail.com

*** Pós-Doutor em Direito pela UFRGS. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Bacharel em Direito pela Unisinos. Licenciado em Ciências Sociais pela Ulbra. Especialista em Ética e Filosofia Política (UCS). Diplomado pela Escola Superior da Magistratura (Ajuris). Procurador-Geral do Município de Caxias do Sul. Professor-Adjunto na UCS, com atuação na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito como membro do corpo permanente. Pesquisador no Grupo de Pesquisa CNPq “Cultura Política, Políticas Públicas e Sociais”. *E-mail:* leorochasouza@gmail.com

o STJ tem decidido em relação ao ato administrativo de concessão de licença ambiental e sua discricionariedade, para que se possa utilizá-la como instrumento de efetiva proteção ambiental.

Palavras-chave: Direito Administrativo Ambiental. Licença ambiental. Discricionariedade. Ato administrativo. Gestão ambiental.

Abstract: Environmental licensing is an administrative procedure that must be provided prior to the development of activities considered potentially or effectively polluting. The stages of environmental licensing are based on the decision of the environmental body regarding the granting of the environmental license. However, the environmental license does not appear to have a necessary link to the stages of the licensing procedure, which may result in the ineffectiveness of environmental protection. Thus, the objectives of this paper are to analyze the legal nature of the environmental license and to verify if there are any hypotheses in which the administrative decision needs to be linked to the results of environmental licensing. The analysis of the legal nature of the environmental license is reinforced with a jurisprudential research in the Superior Court of Justice to verify the position of that Court in relation to the subject. With this research, we intend to observe how the Superior Court of Justice has decided in relation to the administrative act of granting the environmental license and its discretionarity, so that it can be used as an instrument of effective environmental protection.

Keywords: Environmental Administrative Law. Environmental license. Discretionary. Administrative act. Environmental management.

1 Introdução

O Direito Ambiental detém reconhecida importância na sociedade atual, de modo que há quem diga, inclusive, que hoje se vive em um Estado de Direito Ambiental e ecológico,¹ sendo necessário, assim, que as normas já existentes sejam utilizadas de forma correta para que, de fato, se efetive a proteção ao meio ambiente.

A Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, determinou, em seu art. 10, 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, dependem de prévio licenciamento ambiental”. Essa exigência foi regulamentada pela Resolução 237/1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que dispõe sobre a

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para licenciamento ambiental.

Realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), com seu posterior relatório, cabe ao órgão executor emitir um ato administrativo denominado “licença ambiental”. Por meio desse ato administrativo, o órgão ambiental “estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor [...] para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades” que utilizem bens ambientais ou tenham possibilidade de poluir ou degradar o meio ambiente.²

Embora preveja o § 1º do art. 4º da referida resolução que o órgão executor deverá levar em consideração o exame técnico e os pareceres dados pelos órgãos ambientais, não existe vinculação da decisão final a esses estudos, ou seja, trata-se de uma decisão *a priori* discricionária. Essa ausência de vinculação, tendo em vista que nem sempre existirá um comprometimento do administrador público para com a preservação ambiental, pode dar ensejo a um ato formalmente legal de licenciamento ambiental, mas que pode não ser considerado materialmente eficaz, por não haver garantia de que promoverá proteção ambiental.

Em razão dessa lacuna legislativa, diversas vezes, há concessão de licenças ambientais que são, até mesmo, contrárias ao EIA, além de outros casos em que as recomendações condicionais para desenvolvimento da atividade não são impostas na decisão que concede licença ambiental. Dessa forma, faz-se necessária uma análise acerca de uma das características do ato administrativo que concede (ou não) a licença ambiental, qual seja, a sua discricionariedade, pois, com essa definição, será possível chegar-se aos seus pressupostos intrínsecos.

Realizada essa definição, pretende-se, neste artigo, verificar se é possível, independentemente de se tratar de um ato vinculado ou discricionário, que a licença ambiental sirva como instrumento de efetiva realização do interesse público concernente à proteção ao meio ambiente. Após estabelecida a base teórica da análise, são analisadas decisões proferidas pelo STJ, buscando-se verificar o entendimento jurisprudencial pátrio a respeito da vinculação ou discricionariedade do administrador público ao expedir o ato administrativo da licença ambiental.

² Resolução Conama 237/1997, art. 1º, II.

2 Discrecionalidade e vinculação da licença ambiental

A sociedade vem desenvolvendo seu conhecimento acerca das questões necessárias à manutenção da vida e ao constante desenvolvimento humano sustentável. Uma das facetas inafastáveis do desenvolvimento humano sustentável³ diz respeito à proteção ambiental, notadamente porque o homem precisa da natureza para a manutenção da vida.

No Brasil, esse reconhecimento sobre a importância do meio ambiente tem se traduzido, muitas vezes, em uma profusão de normas “sobre meio ambiente, sem nenhuma preocupação com sua efetividade, eficácia e cientificidade”.⁴ Apesar da quantidade de normas, há que se ter em consideração que o sistema ambiental brasileiro conta com uma estrutura que apresenta potencial de proteção ambiental, e um dos instrumentos legalmente previstos para essa proteção é o licenciamento ambiental, cujo objetivo é analisar a possibilidade de um empreendimento potencialmente degradador do meio ambiente ter sua licença concedida pelo órgão ambiental.

O licenciamento ambiental está previsto na Lei 6.938/1981, regulamentado pela Resolução 237/1997 do Conama, que apresenta as definições necessárias, de modo que o licenciamento é composto pelo EIA e pela licença ambiental.⁵ Embora a avaliação de impacto ambiental já

³ Adota-se, neste artigo, o conceito tridimensional de desenvolvimento sustentável segundo o qual “o Princípio do Desenvolvimento Sustentável é composto essencialmente de três dimensões, quais sejam, econômica (permitir o crescimento econômico), social (garantir a qualidade de vida), e ambiental (preservar a natureza)”. (STEINMETZ, Wilson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. O conceito jurídico do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. In: RECH, Adir Ubaldo; MARIN, Jeferson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) *Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 77-96.)

⁴ RECH, Adir Ubaldo. Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico: instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, p. 97-136.

⁵ “O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), como parte integrante do processo de avaliação de impacto ambiental, foi inspirado no Direito americano (*National Environmental Policy Act – NEPA*, de 1969) e introduzido em nosso Direito Positivo, de forma tímida, pela Lei 6.803, de 2.7.1980, que ‘dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição’.” (MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 199.) No tocante ao procedimento de licenciamento ambiental, nas palavras de Milaré e Benjamin, “é um procedimento do qual fazem parte o EIA, o RIMA, o ‘relatório de ausência de impacto ambiental significativo’ (RAIAS) e a licença ambiental propriamente dita”. (MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 89).

estivesse prevista antes da Constituição Federal de 1988 (CF/88), “não havia qualquer disposição expressa que confirmasse a necessidade de sua realização antes do desenvolvimento de atividades que pudessem causar alterações no meio ambiente”.⁶

O licenciamento ambiental é necessário sempre que uma atividade possa ser ofensiva ao meio ambiente. Para verificar esse potencial ofensivo, é necessário um estudo técnico ambiental prévio, que gere um relatório de impacto ambiental. Com base nesse relatório, são apresentadas as conclusões do procedimento administrativo e, posteriormente, a concessão, ou não, de licença ambiental.

Como ensina Milaré:

O objetivo central do Estudo de Impacto Ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apotegma: *é melhor prevenir do que remediar (miex vaut prevenir que guérir, para os franceses, ou, como dizem os italianos, è meglio prevenire che rimanere scolatti)*.⁷

Entretanto, não existe necessidade de vinculação da decisão que concede, ou não a licença ambiental às conclusões do licenciamento ambiental – notadamente do EIA e de seu respectivo relatório –, o que pode representar um absurdo contrassenso. Ora, se a decisão acerca de licença ambiental não estiver vinculada às conclusões do procedimento de licenciamento ambiental, trata-se, *a priori*, de um ato discricionário, sujeito à conveniência e à oportunidade do administrador, embora, como se passa a analisar, existam entendimentos em sentido contrário.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*, 2011. p. 200. “Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.” (op. cit., p. 511).

Para embasar o presente estudo, primeiramente, deve-se buscar definir se a licença ambiental é um ato vinculado ou discricionário. Nesse intuito, se inicia apresentando a definição de discricionariedade para, posteriormente, aplicar-se essa definição ao licenciamento, e licença ambiental e a seus componentes.

Definindo o que é um ato discricionário, não cabem maiores digressões sobre suas características, uma vez que a doutrina especializada já se debruçou suficientemente sobre o tema. Nesse sentido, é clara a doutrina de França:

A discricionariedade administrativa é a expressão de que o Estado possui capacidade de evoluir e de desenvolver-se ao momento de superação de questões sobre o melhor caminho a seguir. Assim, ao conceder a oportunidade de se estabelecer a melhor resposta a ser apreendida em suas escolhas públicas, a lei e os valores que conformam o direito estabelecem abertura para que os gestores públicos possam manter a sustentabilidade do sistema jurídico.⁸

Para uma clara definição de discricionariedade, busca-se o magistério de Di Pietro para definir o que vem a ser um ato discricionário por se entender que se trata de uma conceituação mais bem-delineada, de forma que a autora dispõe que, quando o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa,

a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de

⁸ FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172. Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que “a discricionariedade não é poder da administração, tampouco se insere como ato administrativo, é antes um dever da administração, em vista de que erradamente os institutos do Direito Administrativo foram articulados em torno da ideia de poder, quando o correto seria estruturá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15).

oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.⁹

Definido sinteticamente (mas suficientemente para os fins deste trabalho), o que é um ato administrativo discricionário, deve ser analisado o ato administrativo de concessão (ou não) de licença ambiental, passando-se, como disposto, pelo procedimento de licenciamento ambiental. Nesse procedimento inclui-se o EIA, que não se confunde com ato administrativo concessivo, ou não, de licença ambiental, de modo que sequer o integra, embora o limite. “Sendo momento preparatório da decisão, o EIA orienta, informa, fundamenta e restringe, mas, tecnicamente falando, não a integra como um dos elementos internos. É parte do procedimento decisório, mas não é componente interior da decisão administrativa.”¹⁰ Assim, não há uma vinculação entre licença ambiental e resultados do EIA, que orienta as conclusões do procedimento de licenciamento ambiental.

Porém, embora a licença ambiental seja um ato formalmente discricionário, têm surgido vozes dissonantes que a consideram ato administrativo materialmente vinculado à proteção ambiental:

Deve-se observar que na atividade administrativa discricionária o vínculo normativo é incompleto e, naquilo que pode ser completado para a tomada da decisão, a administração não é livre arbitrariamente, porque a “vinculação do ato discricionário não está apenas no fim (legal)”, mas “também no meio, por força dos princípios da objetividade, imparcialidade e proporcionalidade, na criteriosa complementação dos pressupostos, que só pode ser aquela que sirva da melhor realização do interesse público”.¹¹

Assim, a licença ambiental não seria um ato administrativo-discricionário por estar vinculado à finalidade pública – sempre intrinsecamente ligada, em última análise, ao próprio princípio orientador da atividade administrativa de interesse público –, bem como a elementos

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221.

¹⁰ MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

¹¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998 apud GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

formadores do próprio ato, tais como: a competência, a forma e a finalidade. No entanto, nos parece que esses argumentos não são suficientes para considerar a licença um ato administrativo vinculado, pois todos os atos administrativos estão vinculados ao interesse público e legalmente adstritos às formalidades que os permeiam.

Na verdade, com a devida permissão, o que ocorre é uma incorreção técnica apresentada por autores que, preocupados em preservar o meio ambiente (e descrentes na boa-fé do administrador), acabam por denominar de *vinculado* um ato que é, sim, discricionário, buscando, assim, retirar da autoridade competente o poder de agir contrariamente ao interesse público. Isso porque, conforme tradicionalmente se aprende em Direito Administrativo, mesmo em atos discricionários, os atributos da competência, da forma e da finalidade estão sempre vinculados. Só permanecem na margem de escolha do gestor público o objeto e o motivo.¹²

Há quem disponha, inclusive, tratar-se de uma espécie híbrida, conforme Milaré, para quem, “por coerência, o correto seria considerar a licença ambiental como uma nova espécie de ato administrativo, que reúne características das duas categorias”.¹³ Também deve ser manifestada a discordância com tal entendimento, pois a licença ambiental, tal como todos os demais atos discricionários, tem sua vinculação adstrita somente à forma, à competência e à finalidade.

É de ser perceber, então, que o ato administrativo da licença ambiental, não estando vinculado a qualquer norma em concreto, tampouco ao próprio resultado do procedimento de licenciamento ambiental, apresenta todas as características de um ato administrativo discricionário. Entretanto, é importante mencionar que o fato de ser um ato discricionário não implica, necessariamente, um menor respeito ao interesse público que o fundamenta, isto é, à proteção ambiental, até mesmo porque os atos administrativos não conferem à Administração Pública margem de escolha em relação à finalidade.

Mesmo que o ato tido por discricionário tenha seu mérito (isto é, conveniência, oportunidade, justiça e equidade) permeado por uma escolha feita pelo administrador público dentre várias possíveis, tal liberdade não é

¹² Ver, a respeito (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulre Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 110).

¹³ MILARÉ. *Direito do Ambiente*, 2011, p. 518.

absoluta. Essa noção torna possível a utilização de licença ambiental como um instrumento capaz de dar efetividade à proteção ambiental. Mesmo nos atos administrativos comuns, a discricionariedade não significa total liberdade ao administrador público, porque, como referido, ainda restam limitações ao agir da Administração em relação à competência, à forma e à finalidade. “Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.”¹⁴ Assim, “em outras palavras, toda discricionariedade somente existirá vinculada aos princípios, havendo, por conseguinte, barreiras sistemáticas e constitucionais à discricção revogatória”.¹⁵

O ato discricionário não representa uma liberdade total do administrador, mas uma “apresentação legal de dois caminhos possíveis a serem seguidos e, de acordo com o caso concreto, um deles será o melhor a ser realizado. A opção (escolha, liberdade ou faculdade) não está no administrador”.¹⁶ Portanto, um ato discricionário não é absolutamente livre, pois, apesar de o gestor público poder analisar as razões relativas à oportunidade, à conveniência, à justiça e à equidade, ainda assim, deverá ser subsumido a elementos que o vinculam, quais sejam, a competência, a forma e a finalidade.

E é no atributo vinculado da licença ambiental denominado *finalidade* que se encontra a força para torná-la um instrumento de efetivação dos fins ambientais constitucionalmente previstos. A licença ambiental, não obstante seja um ato discricionário, tem por escopo a proteção ao meio ambiente. Assim, se a licença ambiental afasta-se dos estudos realizados durante o licenciamento ambiental e representa decisão que prejudica o meio ambiente, a finalidade do ato administrativo não seria alcançada. Como a licença ambiental é um ato administrativo discricionário, devem ser ponderadas pela autoridade competente a oportunidade, a conveniência, a justiça e a equidade, de modo a escolher, analisados tais fatores, o caminho que melhor represente o interesse coletivo.

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 221.

¹⁵FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999., p. 38.

¹⁶FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

Por certo, sempre que houver uma solicitação de licença ambiental, haverá um conflito entre o direito do particular de exercer sua atividade econômica (traduzido no princípio da livre-iniciativa)¹⁷ e o direito da população de ter um ambiente ecologicamente equilibrado (representando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).¹⁸ Em ocorrendo essa tensão, devem ser sopesados os interesses envolvidos, de forma que os princípios deverão permear a questão na máxima medida possível, sem que, contudo, signifiquem a invalidade um do outro. Nesse sentido, Alexy afirma que

se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, e que os princípios com o maior peso têm precedência.¹⁹

Não se pode esquecer que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado representa o interesse coletivo, ao passo que o interesse de construir, por vezes, representará um interesse limitado a determinados indivíduos, devendo o administrador levar em consideração essa precedência do interesse coletivo-ambiental. Dessa forma, quando as etapas realizadas durante o procedimento de licenciamento ambiental

¹⁷ 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; [...]. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁸ 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. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-94.

apontarem à necessidade de negar a licença, a autoridade competente deverá agir dentro desses limites.

Porém, essa limitação não ocorre por ser um ato administrativo vinculado, ou mesmo híbrido,²⁰ mas porque a inobservância desse resultado redundaria em uma ofensa ao interesse público coletivo – finalidade máxima do ato administrativo –, nesse ponto representado pela necessária proteção ao meio ambiente.

O interesse público, por ser um princípio que norteia a atividade pública, deve estar presente na análise do ato a ser realizado, especialmente quando discricionário. E, nos dizeres de Alexy,

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.²¹

Ademais, retomando a ideia de que o fato de ser um ato administrativo não torna a decisão acerca da concessão da licença ambiental necessariamente prejudicial à proteção ambiental, pode-se imaginar um caso onde existam indícios de que o meio ambiente será degradado, embora o procedimento de licenciamento ambiental tenha sido concluído sem conseguir demonstrar concretamente a potencial ofensa. Em tal hipótese, fazendo uso do princípio da precaução, e com vistas ao melhor interesse público,²² poderá o administrador optar, discricionariamente, por não conceder licença ambiental – ou concedê-la sob determinadas condições –, de forma que o meio ambiente, também nesse caso, será preservado.

Nesse sentido, entendem Marchesan, Steigleder e Capelli que,

muito embora as conclusões oriundas do estudo prévio de impacto ambiental não vinculem a decisão administrativa com relação ao licenciamento da atividade pretendida, elas constituem

²⁰ MILARÉ. *Direito do Ambiente*, p. 518.

²¹ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

um limite à liberdade de atuação do Poder Público. Isso significa que o administrador público poderá optar por uma solução distinta daquela proposta pelo RIMA, desde que tal decisão seja devidamente motivada e justificada. No entanto, a adoção de solução contrária à proteção do meio ambiente implicará a ilegalidade da obra ou atividade.²³

Não faz sentido que um ato administrativo, mesmo que discricionário, deixe de observar os princípios norteadores do agir administrativo, notadamente o interesse público:

Portanto, sem sentido a concepção de um controle que confunda a discricionariedade com a escolha ou avaliação mediante o uso de critérios exclusivamente políticos do administrador (sem fundamento no Direito), quando tudo recomenda, em sistemas democráticos, devam ser evitados ou coibidos atos desta natureza, isto é, de exclusividade política, dado que os atos políticos, por definição, somente alcançam o estatuto de democráticos se recíproca e teleologicamente controláveis à base da ordem jurídica.²⁴

No Estado Democrático, a discricionariedade dos atos administrativos e judiciais está “de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico”.²⁵ Nesse ponto, discorda-se dos ensinamentos de Antunes e Gavião Filho, que afirmam que a discricionariedade, após o procedimento de licenciamento ambiental, restaria reduzida a zero.²⁶

²² Leciona DI PIETRO: “No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que, em dois sentidos, se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 223).

²³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

²⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 41.

²⁵ FREITAS, Juarez de. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 145.

²⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 236-237 apud GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

Caso se aceite que a discricionariedade da licença ambiental seja reduzida a zero, após a apresentação dos resultados do procedimento de licenciamento ambiental, será impossível ao administrador a proteção ambiental em casos em que tenha sido o procedimento administrativo mal-estruturado, ou mesmo quando esse apresentar resultados inconclusivos. Em tais casos, somente com o uso da discricionariedade será possível à autoridade competente, visando ao interesse coletivo e utilizando o princípio da precaução, determinar que a licença seja deferida somente sob determinadas condições ou mesmo que não seja concedida.

Por óbvio, não se está a defender a arbitrariedade do administrador. Porém, é possível uma análise das questões envolvidas no âmbito da dúvida, de forma que, em sendo essa razoável, poderá ensejar indeferimento da licença ou concessão sob determinadas condições, mesmo que não estejam previstas nos resultados do licenciamento ambiental. E isso significa que não é possível reduzir-se a zero a discricionariedade do administrador público competente para análise da licença ambiental, sob pena de deficiente proteção ambiental.

Somente se o administrador público tomar para si a responsabilidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado será possível o alcance do interesse coletivo envolvido na questão. Disso depende a “força normativa da Constituição ambiental” que somente é possível “se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida das suas decisões”.²⁷ Com isso, “em caso de dúvidas hermenêuticas relativas à interpretação de uma norma, há de se escolher, dentre os sentidos possíveis, aquele que resultar numa proteção ecológica acrescida”,²⁸ o que quer dizer que a discricionariedade pode representar, inclusive, um importante fator em favor do meio ambiente, desde que nas mãos de uma autoridade com ele comprometida.

Há que se dizer que os atos administrativos devem observar, sempre, o princípio da motivação, que, nos dizeres de Di Pietro,

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos [Polytechnical Studies Review]*, v. VIII, n. 13, p. 12, 2010.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.²⁹

Assim, a motivação vem a ser a consequência final do EIA. Só ela tem condições de demonstrar, claramente, que o administrador levou em conta – como determina a CF/88 – as preocupações ambientais”.³⁰ Isso exige que a Administração Pública deixe claro “os interesses que serão promovidos pelo ato; quais serão os meios empregados pelo ato; quais são as causas da produção do ato e, principalmente, qual é nexa causal existente na relação desses fatores para a legitimação do ato”.³¹

Porém, essa motivação deve ser utilizada em favor da sociedade, isto é, deve ser no sentido de justificar os atos administrativos conforme os princípios fundamentais que norteiam a atuação pública, em especial, o interesse público, e não contrariamente aos interesses da população. Assim, “o órgão administrativo ambiental [...] deve atuar de modo a melhor realizar o interesse público”,³² pois

se a conclusão do estudo de impacto ambiental e do relatório de impacto ambiental é no sentido da não-execução do projeto pretendido, a decisão administrativa do órgão ambiental competente não poderá ser outra senão negar o licenciamento ambiental do empreendimento. Não difere disso a hipótese em que o estudo de impacto ambiental conclui pela viabilidade do projeto, desde que executado conforme determinadas alternativas.³³

²⁹ DI PIETRO. *Direito Administrativo*, p. 82.

³⁰ MILARÉ; BENJAMIN. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental*, p. 69.

³¹ FRANÇA. *Controle da Administração Pública*, p. 174.

³² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 111.

³³ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 116-117.

Contudo, se deve repisar que a razão pela qual não pode o administrador decidir contrariamente aos estudos ambientais deve-se à necessária observância do interesse público que serve de fundamento à sua atuação, e não, ao fato de ser a licença ambiental um ato vinculado, pois, caso contrário, seria impossível a efetiva proteção ambiental em hipóteses nas quais os resultados do licenciamento ambiental não pudessem demonstrar, com concretude, o risco ambiental, quando também estaria vinculada a autoridade, e o meio ambiente restaria desguarnecido de proteção.

Dessa maneira, entende-se que a licença ambiental trata-se de um ato discricionário, não sendo tal conclusão necessariamente ruim para o meio ambiente. Porém, para que sirva de instrumento efetivo de proteção ao meio ambiente, o administrador deve estar comprometido com a efetiva proteção ambiental, devendo ter por critério, ao agir, a busca pela maior proteção ao meio ambiente possível, pois, somente assim, estará cumprido o objetivo de sua atuação, qual seja, a defesa do interesse público.

Realizada essa revisão de literatura e firmadas as bases teóricas deste artigo, passa-se à análise da posição do STJ a respeito do assunto, verificando-se em que medida esse tribunal considera a licença ambiental um ato discricionário ou vinculado.

3 A posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a discricionariedade e a vinculação da licença ambiental

Objetiva-se extrair da pesquisa jurisprudencial realizada a apreciação e o posicionamento do STJ em relação às questões levantadas anteriormente. O caminho percorrido na busca e análise das decisões está contido na metodologia que precede as análises. Os acórdãos são identificados de acordo com a própria forma de identificação do STJ e com subtítulos para melhor visualização dos documentos e de seu conteúdo.

Faz-se uma análise breve de cada decisão para adentrar no tema em específico a partir de cada uma, a saber, o posicionamento do STJ em relação ao ato de concessão de licença ambiental e sua vinculação às conclusões do licenciamento. A análise se dá quanto ao controle judicial sobre essa decisão administrativa, se é considerada discricionária ou vinculada e se cabe ao Poder Judiciário apreciá-la ou não.

3.1 Metodologia

Para se chegar às decisões ora analisadas, se perseguiu o caminho através do sítio eletrônico do STJ,³⁴ através dos campos Jurisprudência > Pesquisa > Jurisprudência do STJ. Na área “Pesquisa Livre” foram utilizados os seguinte termos de referência: [Licença adj ambiental e discricionariedade ou discricionário]; [Licença adj ambiental e discricionariedade]; [(Licença adj ambiental) e (ato adj vinculado)]; [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)]; e, por fim, [licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)].

Para uma melhor visualização do percurso, cabe uma breve identificação dos termos utilizados. Ao inserir o dado *adj* entre uma palavra e outra, significa que a segunda palavra estará logo após a primeira. Ao separar as palavras com *e*, é possível encontrá-las em qualquer local do documento, no entanto, se pesquisar licença *e* ambiental, foram encontrada maiores dificuldades em identificar acórdãos referidos estritamente à licença ambiental, uma vez que *licença* e *ambiental* são termos utilizados sob diversos signos e composições. Ao alocar os termos entre parênteses, se isola tal composição de termos. No caso das expressões de pesquisa [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)], se não estivessem isoladas em parênteses as palavras *ambiental* e *ato*, se confundiriam, incluiria na pesquisa esses termos de forma aleatória no corpo do acórdão. Quanto ao \$ utilizado no último termo de pesquisa citado e, inclusive, porque contém as decisões que serão objeto de análise, significa que qualquer variação contida na palavra que o possui será identificada no corpo do acórdão, como por exemplo, a palavra *Licenc\$*, as palavras que a pesquisa busca podem ser *licenciamento*, *licença*; ou, a palavra *discricionar\$*, então, se pode encontrar as palavras *discricionário*, *discricionariedade*, etc.

Os termos inseridos no campo *pesquisa livre* foram explorados entre as datas: 14/6/2017 e 15/6/2017. Foram obtidos resultados com grande quantidade de decisões que não se referiam ao objeto de pesquisa, e outros em que nenhum acórdão foi encontrado. Assim, se percebeu que a melhor alternativa à pesquisa jurisprudencial foi encontrada utilizando-se os termos “licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)”. Seguem os resultados obtidos para cada termo:

³⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

1. [Licença adj ambiental e discricionariedade ou discricionário]: 1.316 acórdãos encontrados;
2. [Licença adj ambiental e discricionariedade]: 1 acórdão encontrado;
3. [(Licença adj ambiental) e (ato adj vinculado)]: nenhum acórdão encontrado;
4. [(Licença adj ambiental) e (ato adj discricionário)]: nenhum acórdão encontrado; e
5. [licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$)]: 15 acórdãos encontrados.

O último apresentou resultados passíveis de análise e em pertinência com o tema pretendido; logo, neste artigo, é realizada a análise de 15 acórdãos encontrados a partir da pesquisa nos seguintes termos: licenc\$ adj ambiental e (discricionari\$ ou vincula\$).

Não se delimitou data de início ou fim. A pesquisa aconteceu nos dias 14 e 15 de junho de 2017, com posterior análise mais específica das decisões atinentes ao objeto de pesquisa.

Das 15 decisões analisadas, 7 não entram especificamente no mérito da pesquisa presente e, por isso, foram descartadas para fins de análise.³⁵

³⁵ As decisões descartadas são assim identificadas e acompanhadas do motivo do descarte:

1. AgInt na SLS 2212/MA (Trata-se de questões processuais, constatando-se que o Tribunal não tem competência para deliberar acerca de matéria constitucional. Não diz respeito ao tema em questão. Decisão fora do âmbito da análise pretendida.)

2. AgInt no AgRg no REsp 1392873 (Trata-se de ação contra o superintendente do IBAMA, solicitando a autorização para continuidade das atividades, em razão da demora do órgão em responder ao pedido de renovação da licença ambiental. No entanto, o recurso não é acolhido por falta de prequestionamento. Em que pese tenha sido improvido o agravo interno, o Tribunal se manifesta em concordância com o juízo *a quo*, que determinou a continuidade das atividades, para que não houvesse prejuízo em face da mora do órgão ambiental e, pela falta de prazo estipulado por lei. Portanto, decidiu em um sentido um pouco contrário às outras decisões em análise, visto que o STJ tem se manifestado no sentido da realização dos instrumentos de proteção ambiental, justamente pela sua finalidade, para concessão ou renovação da licença. Nesse caso o Tribunal não considera que paralisar as atividades até que se verifique as conclusões do procedimento do licenciamento seja necessário. Em observação ao que decidiu em outros casos, a tendência seria a manutenção da suspensão das atividades e a determinação de um prazo para que o órgão ambiental realizasse o licenciamento. Não entra no mérito da pesquisa em questão.)

3. AgRg no AREsp 823087/PE (Agravo interposto em razão de multa aplicada pelo IBAMA de forma desproporcional, sem observar os requisitos legais para aplicação. Decisão descartada por não dizer respeito ao tema proposto nesta pesquisa.)

As 8 decisões restantes tratam de concessão ou renovação de licença ambiental e abordam o tema em questão, a saber, a discricionariedade do ato administrativo consubstanciado na licença ambiental.

São objeto de análise os seguintes acórdãos: REsp 1616027/SP, AgRg no AREsp 476067/SP, REsp 1330841/SP, RMS 34494/MT, REsp 1279607/PR, AgRg no REsp 522799/SC e MC 5639/SC. A análise dos acórdãos segue o seguinte caminho: identificação do recurso ao qual se refere o acórdão, a identificação do órgão julgador e do ministro relator do processo, a data de julgamento e publicação, a identificação das partes, o estudo da motivação processual e a abordagem do tema em comentário.

4. REsp 1292994/RS (Decisão diz respeito à Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fito de desativar estação de rádio base, pertencente à ré Claro S/A, que estaria em desacordo com as exigências legais. A proximidade dessa estação das pessoas locais não seria medida segura para a saúde da coletividade, diante da influência que as ondas eletromagnéticas exercem sobre as pessoas. Discute-se ao longo do acórdão a competência para deliberar acerca do objeto de tutela, visto que em primeira instância o juízo declinou da sua competência, para determinar competente a Justiça Federal em virtude da legislação federal que “dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos” (Lei 11.934/2009). O relatório não aborda diretamente o objeto do presente artigo, tampouco sobre discricionariedade ou vinculação de ato administrativo. No entanto, insta mencionar que se trata de apreciação de legalidade, sobre legislação que busca maior proteção ambiental de atividade efetivamente danificadora ao meio ambiente, com consequências às pessoas. Portanto, a sua inobservância constitui a obrigatoriedade do controle judicial por vias de proteção ao ambiente e à coletividade, e conduz o dever de a Justiça decidir pela interrupção da atividade. Não entra no mérito da presente pesquisa.)

5. RMS 25267 / MT (Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em face do Secretário Estadual de meio ambiente, em razão de revisão de licenças ambientais de áreas que contêm recursos florestais. O recurso não provido por falta de direito líquido e certo, visto que o autor não apresentou “titularidade de domínio e posse da área tida como sobreposta pela autoridade coatora.”. Não se aprofunda o estudo neste acórdão por se tratar de uma revisão da licença ambiental, sem adentrar no mérito da pesquisa em questão.)

6. AgRg no REsp 711405/PR (O acórdão versa sobre a competência de fiscalizar dos entes federativos, ainda que a competência para licenciar seja de outro. Não será objeto de análise por não tratar, especificamente, do tema em estudo.)

7. EREsp 439456/SP (O acórdão inicia pela afirmação da tentativa do legislador conciliar o direito da população ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o segmento produtivo. A discussão gira em torno da queimada em atividades agropastoris. No caso em análise, foram realizadas queimadas em palhas de cana-de-açúcar sem a licença ambiental, mesmo sendo uma atividade que polui a atmosfera. Foi reconhecida a ilicitude do ato, com a respectiva condenação de não fazer. Em termos específicos não adentra no tema da pesquisa proposta, mas percebe-se a inclinação do Poder Judiciário em determinar a proteção ao meio ambiente.)

3.2 Análise das decisões

Neste tópico, são analisadas as decisões encontradas, deixando de lado os aspectos processuais e se concentrando nos aspectos que dizem respeito à licença ambiental como ato administrativo.

a) Controle jurisdicional prévio ao procedimento de licenciamento

Salienta-se que o presente recurso não trata do controle judicial do ato administrativo que concedeu a licença, mas é interessante trazer tal análise por ser um controle prévio à concessão de licença ambiental. Trata-se de recurso especial impetrado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), tendo como recorridos o Ministério Público Federal e a União. No voto do relator, consta a tese principal da recorrente:

A recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não possui interesse processual para ajuizar Ação Civil Pública que visa a impedir a implantação do “Projeto de Obras de Aproveitamento dos Rios Capivari e Monos” – voltado ao abastecimento da região metropolitana de São Paulo –, tendo em vista que ainda não finalizado o licenciamento administrativo. Em outras palavras, sustenta que, sem a expedição de licença ambiental, as obras não terão início, motivo pelo qual carece o *Parquet* de interesse de agir, já que sem utilidade e desnecessária a tutela judicial.

Os julgadores de primeiro e segundo grau entenderam que o Ministério Público Federal possui interesse de agir ao pleitear a interrupção do procedimento de licenciamento, pois a obra a ser licenciada realizaria aproveitamento de recursos hídricos de terras indígenas sem autorização do Congresso Nacional. Diante do descumprimento desse requisito, o Poder Judiciário pode examinar de forma preventiva, interrompendo o licenciamento em andamento, para que se exija seu cumprimento. O ministro Antônio Hermann Benjamin, em seu voto, destaca que “o interesse de agir do *Parquet* e de outros legitimados da Ação Civil Pública independe de finalização do licenciamento e da expedição da respectiva licença ambiental”. A eficácia da ação judicial está justamente no “impedimento

ou mitigação de ameaça de degradação ambiental porvindoura” não se podendo aguardar a degradação ambiental para, depois, fazer o “enfrentamento de prejuízo já ocorrido”.

A autorização do Congresso Nacional é uma exigência legal que vincula a concessão da licença. Essa exigência relaciona-se ao atributo da forma (ou formalidade) do ato administrativo, atributo esse que é vinculado e não discricionário. Além disso, a apreciação do Poder Judiciário, de forma antecipada, antevê a possibilidade de anulação do licenciamento. Atua, portanto, de forma preventiva; do contrário (segue o voto do relator), “drenar-se-ia a relevância profilática do próprio Poder Judiciário, relegando-se a jurisdição ao infecundo e ineficiente papel de simples gestor de perdas consumadas e até irreversíveis para o meio ambiente e a saúde pública”. Estaríamos, assim, diante de “um juiz de danos, constrangido a somente olhar para trás, em vez de um juiz de riscos, capaz de proteger o futuro e sob seu influxo realizar justiça preventiva e precautória”. Com essa análise prévia, permite-se que a Administração Pública corrija o vício, economizando tempo em prol da sociedade e do ente público.

O cerne da questão encontra-se, segundo o acórdão, na proteção ambiental que decorre desta exigência: o Tribunal presume que a deliberação do Congresso Nacional para que autorize (ou não) a obra, permitirá melhor proteção do meio ambiente.³⁶ A ausência do requisito legal tornaria inviável a execução da obra pretendida, de forma que a Administração Pública teria apenas a opção de conceder licença ambiental. Se realizasse o oposto disso, estaria realizando um ato discricionário vicioso.

O acórdão também se manifesta acerca do próprio ato administrativo da licença ambiental e de seus elementos intrínsecos. Além dos pressupostos externos (condicionantes), o STJ analisa se o ato está dentro ou fora dos parâmetros legais. No caso em análise, verifica que, se a licença ambiental fosse concedida sem autorização do Congresso Nacional, estaria ausente um pressuposto de validade. Segue trecho do voto do relator, abordando o ato administrativo:

³⁶ Como já aventado neste artigo, Milaré (*Direito do Ambiente*, p. 200) também se manifesta em relação ao papel preventivo do Direito Ambiental, acompanhando o entendimento da Turma julgadora.

Sabe-se que, assim como outros atos administrativos, a licença ambiental apresenta elementos/requisitos essenciais e internos – verdadeiros órgãos vitais, que compõem o corpo e a genética do ato, por assim dizer – que vinculam sua existência per se (p. ex., sujeito competente e conteúdo/objeto lícito), além de pressupostos de fato ou de direito externos ao ato e condicionantes de sua prática (p. ex., exigência constitucional de prévia aprovação pelo Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos e exploração de riquezas minerais em terras indígenas). Ora, o licenciamento ambiental, como todo procedimento no âmbito da Administração, submete-se ao princípio da moralidade administrativa, que estaria frontalmente violado caso o Poder Público insistisse em realizá-lo quando carecer de competência para tanto, for ilícito seu conteúdo/objeto ou se achar ausente pressuposto de fato ou de direito até para seu início mesmo, muito mais para seu prosseguimento.

Logo, se interpreta a posição da Turma julgadora que o licenciamento que não observa pressupostos legais e fáticos, que incidem na busca pela proteção ambiental, afeta o princípio da moralidade e promove o desvio de finalidade. E, se o ato administrativo desvia-se da finalidade, está descumprindo outro atributo vinculado, em relação ao qual, por óbvio, a Administração Pública não tem margem de escolha. Vale dizer: não discricionariedade em relação à finalidade do ato administrativo.³⁷ No acórdão, a posição defendida é que a concessão de licença, sem a observância do quesito legal, levaria o administrador público a agir de forma arbitrária, desviando-se da finalidade do ato administrativo. O relator se manifesta da seguinte forma em seu voto:

Ademais, à medida que se procede ao licenciamento apenas para inglês ver, para usar expressão coloquial, pratica-se gravíssima transgressão ao propósito normativo do instituto – razão da providência do legislador constitucional e infraconstitucional – , defeito que o tinge, na prática, com a pecha de desvio de poder ou de finalidade, conseqüentemente eivado de nulidade.

³⁷ SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 112-117.

O recurso especial restou improvido, decidindo-se que o Poder Judiciário pode apreciar o tema de forma preventiva, o que leva, até mesmo, à economia de tempo da Administração Pública, “valor precioso a quem se preocupa em não retardar atividades e obras socialmente relevantes”. Com isso, o STJ optou por corrigir o procedimento do licenciamento, para não esbarrar em vício de nulidade ao término.

b) Ilegalidade da licença ambiental que não considerou a medida menos gravosa ao meio ambiente

A próxima decisão trata do controle judicial sobre o ato administrativo que autorizou licença ambiental, sem considerar a medida menos gravosa. Essa decisão foi proferida em sede de agravo regimental em recurso especial,³⁸ tendo como agravante o Estado de São Paulo, agravado o Ministério Público e interessado o Condomínio Portal da Vila Inglesa. O órgão ambiental do Estado de São Paulo havia autorizado a construção de uma cerca de alvenaria ao redor do condomínio, quando o laudo havia orientado a instalação de mourões de madeira, por consistirem em menor impacto ambiental.

A decisão em análise reforça e esclarece a ideia de atuação do Poder Judiciário em relação à concessão de licença ambiental e sua finalidade. Mais uma vez, apesar da discricionariedade da licença ambiental, a Administração Pública não pôde concedê-la em detrimento da proteção ambiental, pois estaria atingindo a finalidade do ato administrativo, que é um atributo vinculado. Como consta na decisão, a Administração deve “identificar, dentro da análise casuística dos fatos, qual é a opção a ser implementada de modo a salvaguardar o meio ambiente”. Se não o fez, o Poder Judiciário pode “imiscuir-se no mérito do ato administrativo, ainda que discricionário, para averiguar os aspectos de legalidade do ato, mormente quando as questões de cunho eminentemente ambientais demonstram a incúria da Administração em salvaguardar o meio ambiente”.

Isso porque a licença ambiental deve ter como objetivo a proteção ambiental, o que deve levar o administrador a observar o estudo e o relatório de impacto ambiental, atendendo às alternativas neles contidas. Se um

³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 476067/SP. Relator: min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/05/2014, DJ-e 28/05/2014.

laudo técnico contém medida menos gravosa ao ambiente, a discricionariedade ficaria reduzida a zero,³⁹ e o órgão ambiental não teria outra escolha a não ser acatá-lo.

Nesse sentido, Gavião Filho entende que não há discricionariedade do ato administrativo nesses casos. Se aplicada a discricionariedade, o órgão poderia tender tanto à proteção ambiental quanto à ponderação entre o comando constitucional de proteção e a viabilidade do empreendimento, atendendo a princípios desenvolvimentistas e de livre-iniciativa. Por isso, é inflexível ao adotar a teoria da discricionariedade reduzida a zero (cunhada por Hartmut Maurer, na obra *Elementos de Direito Administrativo alemão*), ao compreender que essa discricionariedade não deve existir na licença ambiental, pois dá vazão à possibilidade de o Poder Público não decidir com vistas à proteção ambiental.⁴⁰

c) Dispensa irregular do Estudo de Impacto Ambiental para atividade de extração de cascalho para aproveitamento na construção civil

Esse acórdão⁴¹ aborda a dispensa do EIA para atividade de uma mineradora, em recursos especiais interpostos pelo Estado de São Paulo e pela Rio Branco Mineradora e Construtora Ltda. A atividade realizada pela mineradora consiste na extração de cascalho para aproveitamento na construção civil. No procedimento de licenciamento, foi dispensada a realização do EIA, ficando a mineradora com o encargo, apenas, de apresentar Relatório de Controle Ambiental (RCA). Esse encargo foi descumprido, ou seja, as medidas de mitigação dos prejuízos causados não foram observadas, bem como não foi cumprido o Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental firmado posteriormente. Consequentemente, o acórdão recorrido decidiu pela nulidade do licenciamento e a exigência de novo procedimento com a devida realização do EIA/Rima.

³⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁰ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 107-108.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1330841/SP, Relatora: min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, DJ-e 14/08/2013.

O Estado de São Paulo alega que o acórdão recorrido está equivocado e, portanto, viola os dispositivos legais a seguir mencionados, ao determinar novo procedimento de licenciamento com a devida realização do EIA/Rima. Defende que “o Relatório de Controle Ambiental foi apresentado na Agência Ambiental da Cetesb, o que desobrigou o órgão estadual de exigir a realização do EIA-Rima”. Argumenta que o Judiciário não tem competência para deliberar acerca de ato discricionário e de competência do Estado, pois geraria desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Insta mencionar, ainda, que a empresa mineradora alegou que a interferência judiciária e o tempo transcorrido para a solução desse impasse prejudicaram o funcionamento das atividades, gerando uma “paralisação injusta de suas atividades [que] já dura 6 anos, ‘arcando com todos os ônus do ato inconsequente que sofre’”, com prejuízo à continuidade de sua atividade, à sua subsistência e ao emprego de famílias.

A dispensa do referido instrumento não condiz com o que prevê a legislação, pois as atividades mineradoras estão sujeitas a licenciamento, ainda mais diante do impacto ambiental. A Resolução Conama 001/1986,⁴² no art. 2º, inciso IX, expressa a necessidade de EIA/Rima à atividade de extração de minério. O art. 2º dessa resolução “apresenta um catálogo de atividades e empreendimentos que obrigatoriamente estão condicionados ao procedimento de estudo de impacto ambiental, hipóteses em que se acha configurado o direito *definitivo* ao procedimento administrativo de estudo ambiental”, devendo ser considerado como “integrante do conjunto de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental ao ambiente”.⁴³

Essa previsão normativa é um reforço à necessidade de realização do estudo ambiental, que também está prevista na Resolução Conama 237/1997, Anexo I, que traz um rol de atividades sujeitas ao licenciamento, e, dentre elas, está a atividade das mineradoras. Essa previsão acabou trazendo divergência entre autores sobre a obrigatoriedade de licenciamento para essas atividades. O rol constante no Anexo I da referida resolução, ao utilizar a palavra *sujeitas*, criou uma interpretação divergente na doutrina, fazendo com que uma parte entenda como exemplificativo, enquanto a

⁴² Art. 2º. Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: [...] IX – Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração. [...]”.

⁴³ GAVIÃO FILHO. *Direito fundamental ao ambiente*, p. 98.

outra parte compreende ser de observação obrigatória, ou seja, as atividades constantes no rol devem se sujeitar a licenciamento.

Mas, quando se analisa a CF/88, art. 225, inciso IV, percebe-se que ela determina a realização do EIA “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. Assim, mesmo que a atividade de minério, expressa na Resolução Conama 237/1997 fosse exemplificativa, deveria servir para reforçar a ideia de o órgão público dever realizar o licenciamento, com respeito aos devidos processos que o constituem, para que o estudo prévio levante as possíveis interferências no ambiente. Deveria ser óbvia a conclusão de que a presença da atividade de minério no Anexo I na Resolução Conama 237/1997 vincula a Administração Pública a exigir o EIA/Rima nesse caso.

O STJ entende que a Resolução Conama 237/1997 determina o EIA/Rima para tais atividades. Contudo, ao analisar o art. 3^o⁴⁴ da resolução, nota-se que o parágrafo único confere ao órgão competente a possibilidade de deliberar acerca do cabimento do estudo e do relatório, que podem ser substituídos por outros estudos ambientais que sejam apropriados ao empreendimento ou à atividade. Mas isso só deveria ocorrer se comprovado ficasse que “a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente”.

A decisão de primeira instância, que foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 3^o Região, determinou a nulidade da licença ambiental, exigindo que se fizesse novo procedimento de licenciamento com a correta realização do estudo e do relatório de impactos ambientais, já que a empresa havia firmado Termo de Recuperação Ambiental e não o cumpriu. Logo, se houve necessidade de tal termo, há como interpretar que houve impacto ambiental. Portanto, o que ensejou tal mandamento se embasou no descumprimento do Termo de Recuperação Ambiental.

Uma das consequências levantadas no acórdão sobre o impacto ambiental diz respeito às atividades realizadas em local próximo de terras indígenas. Na Ação Civil Pública, o Ministério Público Federal alude ao

⁴⁴ “Art. 3^o. A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo procedimento de licenciamento.”

fato de que a extração de cascalho altera o curso do rio, o que impede a atividade pesqueira. Em relação a tal alegação, a mineradora responde que a área não pertence aos indígenas, portanto, não há que se considerar. A empresa não faz o levantamento das consequências para a aldeia e suas atividades, deixando de levar em conta que a atividade proposta afeta o meio de subsistência dessas pessoas e seu modo de vida. Claramente, se pode aventar direitos fundamentais que estão sendo tolhidos ou ameaçados nesse cenário.

Como descrevem os autores Sidney Guerra e Sérgio Guerra,⁴⁵ o licenciamento e o que o compõe foram criados para mitigar prejuízos ao meio ambiente, e aqueles que pretendem alçar atividades que possam comprometer qualquer dos aspectos que envolvam o ambiente e o que o constitui, devem se reportar ao Estado para requerer autorização, por meio de um plano de preservação ambiental, bem como o levantamento das incertezas e condicionantes, se for o caso. A presente análise leva ao seguinte questionamento: Está certo o Estado ao dispensar o estudo e o relatório de impacto ambiental?

No cenário que se apresenta, ao considerar as consequências ao ambiente, à pesca, ao modo de vida de um povo que tem uma cultura a preservar, no mínimo deveria ocorrer a participação da aldeia indígena nesse procedimento de licenciamento. Além disso, “para que sejam compatibilizados os dois pilares que envolvem a sustentabilidade, a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, mister que o Poder Público possa se manifestar sobre estes interesses que, por vezes, se apresentam como antagônicos”.⁴⁶ Em suma, para apuração dos impactos ambientais, no caso da atividade da mineradora, o estudo impreterivelmente deveria ter sido realizado, para, posteriormente, se determinar sua utilização (ou não) e quais medidas se ajustariam.

No acórdão em análise, o STJ não se manifesta acerca da dispensa do EIA/Rima por serem matérias contidas em resoluções “normas insuscetíveis de apreciação em sede de recurso especial por não se inserirem no conceito de lei federal”, como consta no voto do relator: “Verificar se na hipótese seria ou não caso de dispensa do estudo de impacto ambiental é questão que refoge ao âmbito do recurso especial, tendo em vista implicar

⁴⁵ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação* de acordo com a Lei Complementar 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

⁴⁶ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental*, p. 79.

a análise das resoluções que regulamentam a Lei 6.938/81, normas que não se inserem no conceito de lei federal.”

De qualquer forma, o STJ acaba enfrentando a discricionariedade da licença ambiental:

Com efeito, a hipótese em análise não encerra uma conduta discricionária. No caso de a atividade ser considerada efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **a Constituição Federal determina que se realize o prévio estudo de impacto ambiental.** Assim, não há escolha quanto à realização ou não do estudo, caracterizada a possibilidade de significativa degradação ambiental, a realização do EIA é obrigatória, tendo em vista a necessidade de preservação do meio ambiente.

É possível perceber o posicionamento do STJ de forma clara nesse trecho, que se coaduna com o entendimento aqui posto, no sentido da obrigatoriedade da realização de estudo ambiental. A decisão acaba por concluir que a atividade pretendida afeta o ambiente, ainda que o Estado de São Paulo não considere a atividade como de significativo impacto ambiental. Consta no voto da relatora: “Assim, não há escolha quanto à realização ou não do estudo, caracterizada a possibilidade de significativa degradação ambiental, a realização do EIA é obrigatória, tendo em vista a necessidade de preservação do meio ambiente.”

E de forma bem-explicita levanta uma questão relevante, que está contida em interrogação em destaque no seguinte trecho:

A questão está, então, na parte da norma que possui conteúdo indeterminado⁴⁷ – *o que é atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente?* A resposta a essa pergunta cabe ao Estado Administração, porém, a conclusão a que chegar não está imune ao reexame do Judiciário, a quem compete a análise da subsunção do fato à norma, utilizando-se, nas hipóteses de indeterminação de conceitos, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁴⁷ Sobre o assunto, ver AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. 7, p. 151-164, 2015.

De fato, não se pode afastar o ato administrativo discricionário do controle jurisdicional, mesmo que o controle mínimo necessário para impedir a atuação da Administração Pública enseje o descumprimento dos comandos constitucionais,⁴⁸ pois “os valores constitucionais devem nortear o exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado da sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos”.⁴⁹

Na decisão em análise, pode-se observar o agir discricionário indevido do órgão estatal e a atuação do Judiciário sobre esse agir em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O que determinou o novo procedimento de licenciamento não foi somente os impactos ambientais, mas também o descumprimento do Termo de Recuperação Ambiental, que levou à conclusão de que o caso em análise não trata simplesmente de atividade com significativo impacto ambiental, mas de atividade realizada com danos já apurados.

Se a Administração Pública não utiliza a discricionariedade administrativa nos limites da legalidade e da proteção ambiental, está utilizando esse atributo de forma inadequada. Um ato administrativo discricionário que não observa a coletividade, é passível de controle do Poder Judiciário por estar eivado de ilicitude. A atuação discricionária do administrador permite o sopesamento da proteção ambiental e do viés econômico, mas não pode permitir que o Poder Público se utilize de meios ou subterfúgios para que o último prepondere.⁵⁰

d) Concessão de licença ambiental vinculada à apresentação de certidão de legitimidade de origem do imóvel

O próximo acórdão analisado é um recurso ordinário em mandado de segurança⁵¹ movido por Osvaldo Tetsuo Tamura contra o Estado de Mato Grosso. O procedimento de licenciamento em questão diz respeito à

⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53-54; SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 118.

⁴⁹ KRELL. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*, p. 54.

⁵⁰ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental*, p. 98-99.

⁵¹ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34494/MT, Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 5/3/2013, DJ-e 11/3/2013.

licença ambiental única para áreas rurais. O recorrente alega que solicitou ao órgão competente licença ambiental única em atendimento ao art. 10 da Política Nacional do Meio Ambiente. Contudo, o órgão solicitou, como requisito legal expresso na Portaria 028/2008, a certidão de legitimidade de origem do imóvel.

O recorrente opõe-se a tal exigência e aponta que a referida portaria não possui respaldo em lei, sem condições, portanto, de alterar, restringir ou adicionar direitos. Assim, defende que, para a simples comprovação da origem e legitimidade do imóvel, bastaria que houvesse o contrato de compra e venda em conjunto com as certidões de registro imobiliário para fins de comprovar a posse de boa-fé que a lei exige. Em suas contrarrazões, o Estado se contrapõe ao argumento do autor e menciona que existem outros processos de licenciamento com interessados que se dizem titulares da mesma área. Além disso, o recorrente não teria comprovado a posse mansa e pacífica. Também demonstra que está prevista em decreto estadual, a necessidade de certidão de comprovação da origem do imóvel. O Ministério Público Federal considera correta a exigência feita pelo órgão ambiental, de forma que seu descumprimento deve impedir a renovação ou prorrogação de licença ambiental.

O STJ não deu provimento ao recurso por entender que não houve ilegalidade na exigência feita pelo órgão ambiental que pode ser depreendida da legislação estadual sobre licenciamento. Também entende o STJ que, até mesmo no âmbito da competência discricionária do administrador público, poderia ocorrer a exigência de documentação para comprovação de determinado requisito que se apresente como componente do licenciamento para justificar a concessão de licença ambiental.

O Código Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso, no art. 19, expressa que a Secretaria Estadual do Meio Ambiente (Sema) é competente para expedir licença ambiental única para exploração das seguintes atividades: exploração florestal, desmatamento e atividades agrícolas e pecuárias nos termos de regulamento específico. No acórdão recorrido, o tribunal *a quo* entendeu pela legalidade da portaria, em razão da discricionariedade do órgão competente, que lhe permite optar (ou não) pela concessão de licença ambiental, em virtude da oportunidade e conveniência atribuídas ao ato administrativo. Inclusive, a Administração Pública pode deliberar tanto acerca da concessão quanto da revisão das licenças anteriormente deferidas.

O STJ se posiciona da mesma forma que o tribunal *a quo*, entendendo que

em verdade, até mesmo desnecessária a edição da Portaria n. 28/2008 para que se exigisse a comprovação da posse ou da propriedade da área rural objeto do pedido de licenciamento, conforme se nota do § 2º do art. 19 da Lei Complementar n. 38/1995, mormente porque a conferência da área a ser licenciada é atribuição do órgão ambiental, em face do seu poder de polícia.

Ainda, o STJ entende que está expressa a vinculação da concessão de licença ambiental à Certidão de Legitimidade de Origem, que se constitui na obrigatoriedade da apresentação desse documento para comprovar propriedade. O recorrente não apresentou esse documento, juntando, apenas, contrato de compra e venda e registros no nome de proprietários antigos, não sendo suficiente à comprovação do direito pleiteado.

Na presente análise, é possível notar que o exercício discricionário da administração se deu em estabelecer um requisito não vinculado diretamente à proteção do meio ambiente. Se extrai o fato de que a administração está dentro das suas atribuições, no entanto, ao passar à análise dos fatos em si, a comprovação da titularidade do imóvel nada tem a ver com a preservação daqueles recursos contidos nas áreas que pretendiam licença ambiental. Assim, a correção (ou não) da extração dos recursos naturais não foi objeto de análise.

e) Inafastabilidade do controle jurisdicional sobre ato administrativo discricionário de dispensa de realização de Estudo de Impacto Ambiental

Trata-se de recurso especial⁵² interposto pelo Ministério Público Federal contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), tendo como partes interessadas a Associação Indígena Tekone Mboguata (Aite), a Companhia Docas do Maranhão (Codomar) e a União.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 6/12/2011, DJ-e 13/12/2011.

O acórdão em apreciação decorre de agravo de instrumento ajuizado pela associação indígena em ação movida pela mesma, com a pretensão de, em sede de tutela antecipada, que o Ibama conceda licenciamento ambiental somente após criterioso estudo e relatório de impacto ambiental à atividade realizada pelo DNIT. A referida atividade consiste no derrocamento de rochas subaquáticas localizadas no rio Paraná. O DNIT defendia que cabia ao Ibama, no exercício da sua discricionariedade, determinar a necessidade (ou não) do EIA/Rima e, nesse exercício, entendeu ser necessário apenas o Relatório de Controle Ambiental (RCA).

Sobre o controle judicial da questão, a Turma do STJ entende que apenas em casos de decisões políticas e excepcionais não cabe a análise judicial, até mesmo em virtude da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). E sobre a declaração do DNIT de que a administração goza de alta discricionariedade, o tribunal argumenta que, se assim fosse, seria difícil o controle dos atos administrativos. Portanto, não cabe ao administrador total liberdade nas escolhas, ainda que se trate de ato discricionário, pois, quando não observados os critérios do ato administrativo discricionário, eles se tornam arbitrários. Por isso, esses critérios que compõem a formação do ato discricionário podem ser objeto de apreciação judicial.

A discricionariedade da Administração Pública deve servir para que haja ponderação e razoabilidade nos seus atos, de forma a se chegar à melhor alternativa ao ambiente, já que a finalidade do instrumento de proteção ambiental, o licenciamento, tem esta idéia: proteger, preservar, manter um ambiente ecologicamente equilibrado na medida do possível. Nesse sentido, a turma julgadora entende que, assim como compete ao Ibama a avaliação da necessidade do EIA/Rima, compete ao Poder Judiciário apreciar as conclusões a que chegue a referida autarquia.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (que proferiu a decisão recorrida) acolhe a tese do DNIT, entendendo que o órgão ambiental ao qual foi solicitado o licenciamento dispensou o EIA/Rima e determinou apenas que se realizasse o RCA dentro de sua competência discricionária. A orientação do STJ vai no sentido de reforma do acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, para que se manifeste sobre a necessidade compulsória do EIA/Rima, como sustenta o recorrente, ao invés de declarar que não cabe ao Poder Judiciário examinar atos que são de discricionariedade administrativa.

Desse modo, o STJ manifesta que o TRF da 4ª Região deve apreciar se considera a necessidade (ou não) do EIA/RIMA, julgando o agravo de instrumento no sentido de concordar (ou não) com a substituição pelo Relatório de Controle Ambiental no caso concreto. Nota-se que a discussão da decisão se restringiu ao controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. Ademais, a dispensa do EIA, quando tal instrumento pode demonstrar quais são as alternativas adequadas à finalidade que se tem, é uma afronta ao direito ao meio ambiente equilibrado.

f) Concessão de licença ambiental negada em área de preservação permanente

f.1) AgRg em Recurso Especial 522.799/SC

O acórdão seguinte refere-se ao Agravo Regimental no Recurso Especial⁵³ tendo como partes a agravante Imobiliária Iguazu Ltda. e o agravado Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). O recurso especial foi interposto contra decisão que não concedeu licença ambiental a empreendimento imobiliário localizado em Área de Preservação Permanente (APP). A imobiliária agravante possui empreendimento em local que, segundo alega, não era considerado de preservação permanente, razão pela qual entende que deveria ser permitida sua construção, “visto que inexistente no local vegetação fixadora de mangues, bem assim inexistente qualquer ato do Poder Público que tenha declarado o imóvel em questão como de preservação permanente”.

A agravante ainda alega que a resolução do Conama que regulamenta a área de restinga não tem força de lei e, conseqüentemente, não há necessidade de observá-la. Por fim, diz ter direito adquirido, pois a execução da obra estava aprovada desde 1979 pela Fundação do Meio Ambiente (Fatma) órgão ambiental do Estado de Santa Catarina.

O Ibama demonstrou que a área pretendida é APP, sendo legítima a não concessão de licença ambiental. Ainda, o último levantamento da Fatma definia que a área era composta de restinga, não tendo a agravante apresentado prova em contrário.

⁵³ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no em Recurso Especial 522.799/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/08/2007.

Como a matéria do recurso especial importava em análise da matéria fática que dependia de análise de prova, o STJ entendeu que não poderia se manifestar em virtude da vedação contida na Súmula 7/STJ. De qualquer forma, mesmo não apreciando de forma direta a matéria, o STJ se posiciona ao lado das decisões anteriores, ainda mais porque restou provado que a área pretendida pelo empreendimento é APP, atendendo correta a decisão do Ibama de não conceder licença ambiental, atendendo à sua finalidade ao identificar uma área regulamentada e passível de proteção ambiental.

f.2) Medida Cautelar 5.639/SC

No mesmo caso da decisão analisada no item f.1 acima, a Imobiliária Iguazu Ltda. ingressou com Medida Cautelar inominada⁵⁴ contra o Ibama e a Fatma, com o objetivo de restabelecer os efeitos da concessão de licença ambiental para dar continuidade ao empreendimento pretendido.

A Primeira Turma do STJ entendeu, em relação à medida cautelar, que não estavam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, necessários ao seu provimento. Não se aprofunda muito na análise do presente caso, visto que já relatado o objeto de tutela da requerente e suas tentativas de dar continuidade ao projeto desde o ano de 1979. Relata que, por falta de recursos financeiros, precisou inativar a execução do projeto e, ao retomar, não restou provada a possibilidade de concessão de licença ambiental, já que, no exercício de sua competência, o órgão ambiental declarou APP, portanto, objeto de proteção ambiental.

A apreciação do STJ no que lhe competia apreciar, se direcionou às conclusões de manter as decisões do TRF da 4ª Região, tendo em vista a inclinação pró meio ambiente, sem ponderar e determinar medidas condicionantes, mas inviabilizou a execução do projeto.

f.3) AgRg na Medida Cautelar 5.639/SC

O presente acórdão tem relação direta com os dois últimos casos analisados, consubstanciando-se em recurso⁵⁵ contra a não concessão de medida cautelar analisada no item f.2. A agravante reforça que a área onde pretende desenvolver sua atividade não é APP, mas o STJ entende que o

⁵⁴ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. MC 5.639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/5/2003, DJ-e 2/6/2003.

⁵⁵ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Medida Cautelar 5.639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ-e 24/3/2003.

órgão ambiental já comprovou que há vegetação restinga no local, não sendo possível a concessão de licença. Em relação ao agravo regimental, o STJ nega provimento pelas mesmas razões já discutidas no recurso especial e na medida cautelar ajuizadas pela agravante.

4 Considerações finais

A licença ambiental pode ser considerada uma importante ferramenta à proteção efetiva do meio ambiente, por ser um instrumento capaz de impedir ou mitigar a degradação ambiental perpetrada por atividades ou empreendimentos, impondo-lhes condicionantes para sua realização. Há uma divergência doutrinária a respeito da natureza da licença ambiental como ato administrativo: enquanto parte da doutrina a considera ato administrativo discricionário, vem surgindo juristas que, no afã de resguardar o meio ambiente, entendem que a licença ambiental é um ato que deve estar vinculado aos resultados do EIA.

É importante destacar que o fato de ser a licença ambiental um ato administrativo discricionário não deve redundar em prejuízo à proteção ambiental, uma vez que, não existindo discricionariedade absoluta, sempre o ato administrativo deverá observar sua finalidade: o interesse público. E, como não poderia ser diferente, o interesse público de um instrumento jurídico previsto em uma lei de proteção ambiental é a garantia do meio ambiente equilibrado, de forma que, sempre que não observada a preservação do meio ambiente (em detrimento dos demais interesses envolvidos), ocorrerá um desvio de finalidade, e o ato será nulo.

Assim, o ato administrativo que concede licença ambiental é discricionário justamente para possibilitar à autoridade competente – que deve, sempre, estar comprometida com a preservação do meio ambiente – tomar a melhor medida possível sem descuidar da proteção ambiental. Dessa forma, mesmo quando não houver certeza quanto aos riscos envolvidos, poderá ser utilizado o princípio da precaução e preservado o meio ambiente para além das medidas apontadas no Rima.

Como visto neste artigo, é possível notar que o STJ entende ser discricionário o ato administrativo de concessão de licença ambiental. E isso não impede que seja realizado o controle judicial dos atos, pois a ferramenta ambiental não pode ser utilizada como mero preenchimento de requisito pela Administração Pública.

Em breve síntese do posicionamento do STJ, por meio das decisões analisadas, é possível concluir que o ato discricionário possui critérios que precisam ser observados sob pena de ser um ato arbitrário, que não produzirá efeitos por não atender à legalidade. A apreciação judicial preza pela finalidade do ato. Com isso, ao apreciar um procedimento de licenciamento e suas conclusões acerca da concessão de licença, a finalidade (a proteção ambiental) deve estar vinculada ao ato do administrador. Por certo, ele possui discricionariedade para avaliar as melhores medidas, no entanto, essa discricionariedade deve estar dentro dos parâmetros que permitirão o controle da viabilidade das escolhas do órgão gestor.

Para tanto, o STJ se manifesta fortemente contra a “alta discricionariedade” do administrador por entender que dificulta o controle dessa decisão, que pode vir a ocasionar atos arbitrários e justificados por essa discricionariedade alargada. Nesse sentido, ao apreciar o ato administrativo de concessão de licença, entende que é possível, sim, a apreciação jurisdicional do ato discricionário, se esse não atende à sua finalidade ou aos parâmetros que o constituem e o permitem.

Isso possibilita concluir que, sobre o licenciamento e a concessão de licença ambiental, o STJ entende que tem por finalidade a proteção ambiental. A exigência de requisitos durante o procedimento de licenciamento ambiental (condicionantes, medidas de viabilidade, Termos de Ajustamento de Conduta, Relatórios de Controle Ambiental, Planos de Recuperação Ambiental, EIA/RIMA) não podem significar meras formalidades; não podem ser apenas uma série de etapas a serem seguidas se não tiverem o condão de influenciar na concessão (ou não) de licença ambiental. Mas também não podem representar fundamentos para se decidir contra a proteção ambiental, qualidade de vida ou proteção aos direitos humanos, para atender aq interesses econômicos, políticos ou ideológicos.

Entende-se que a discricionariedade do administrador deve permanecer se for para escolher uma medida mais protetiva ao meio ambiente. Caso contrário, o administrador público estaria adstrito a laudos técnicos que apontassem à viabilidade de empreendimentos, sem poder decidir o contrário em prol do meio ambiente. Estaríamos diante de uma ditadura dos técnicos, que, ao emitir seus laudos, estariam já decidindo, sem permitir ao gestor uma escolha diferente.

Além disso, deve-se manter a discricionariedade nos atributos do motivo e do objeto do ato administrativo, permitindo ao administrador

decidir o que está realizando (objeto) e por que está realizando (motivo). Conferir essa liberdade de escolha ao administrador significa permitir que ele decida entre duas medidas que protejam o meio ambiente de forma similar. Essa liberdade não significa permitir arbitrariedades, pois uma escolha contrária ao meio ambiente estaria, até mesmo, descumprindo o que preceitua a nossa Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.

AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. 7, p. 151-164, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

BRASIL. Lei 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo Regimental no Recurso Especial 1392873/AL, Relator: Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/8/2016, DJ-e 1º/2/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discrionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Medida Cautelar 5639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17/12/2002, DJ-e 24/3/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=0&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 823087/PE, Relator: Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 7/4/2016, DJ-e 18/4/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 476067/SP, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/5/2014, DJ-e 28/5/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no em Recurso Especial 522799/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/8/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no recurso especial 711405/PR, Relator: Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2009, DJ-e 15/5/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. EREsp Embargos de Divergência em Recurso Especial 439456/SP, Relator: Min. José Delgado, Primeira Seção, julgado em 8/8/2007, DJ-e 27/8/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. MC 5639/SC, Relator: Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/5/2003, DJ-e 2/6/2003. Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1292994/RS, Relatora: Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/8/2013, DJ-e 30/8/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/12/2011, DJ-e 13/12/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1616027/SP, Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/3/2017, DJ-e 5/5/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp 330841/SP, Relatora: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6/8/2013, DJ-e 14/8/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34494/MT, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/3/2013, DJ-e 11/3/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RMS Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25267/MT, Relatora: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/5/2009, DJ-e 9/6/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=licenc%24+adj+ambiental+e+%28discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

discricionari%24+ou+vincula%24%29&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO &l=10&i=10>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos [Polytechnical Studies Review]*, v. VIII, n. 13, p. 7-18, 2010.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 237, de 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Philip Gil. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Juarez de. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 25. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulre Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: RT, 2011.

MILARÉ, Edis; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: RT, 1993.

RECH, Adir Ubaldo. Direito Ambiental, políticas públicas e desenvolvimento socioeconômico: instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul: Educs, p. 97-136. Disponível em: <<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/E-book-Direito-ambiental-sociedade.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

STEINMETZ, Wilson; CARVALHO, Márcio Mamede Bastos de; FERRE, Fabiano Lira. O conceito jurídico do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro: por um conceito adequado e operativo. In: RECH, Adir Ubaldo; MARIN, Jeferson; AUGUSTIN, Sérgio (Org.) *Direito Ambiental e Sociedade*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 77-96. Disponível em: <<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/E-book-Direito-ambiental-sociedade.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

A responsabilidade civil decorrente do uso e da produção de agrotóxicos no Brasil

The civil liability arising out of the use and production of pesticides in Brazil

Daniela Gomes*
Humberto Zilli Serraglio**

Resumo: Por intermédio do presente artigo, busca-se avaliar a possibilidade jurídica de responsabilização civil solidária do Estado brasileiro, como agente regulador e fiscalizador da produção de agrotóxicos, diante da legislação ambiental, em conjunto com as empresas multinacionais produtoras de agrotóxicos, levando-se em consideração atos comissivos e/ou sua omissão. Nesse sentido, ante o que preceitua o art. 225 da Carta Maior, bem como a legislação infraconstitucional-ambiental, considera-se que o uso em grande escala de agrotóxicos é fator que contribui para a degradação do meio ambiente natural e ocasiona riscos à saúde, acarretando danos que demandam uma constante fiscalização e a aplicação de punições às empresas poluidoras. Para enfrentar tal questão, adota-se o método dedutivo, utilizando-se a legislação ambiental, artigos científicos e jurisprudências que auxiliem na elucidação da questão discutida e na compreensão da necessidade de implantação de um sistema que não danifique o meio ambiente, ou seja, um sistema de cultivo sustentável.

Palavras-chave: Agrotóxicos. Desenvolvimento sustentável. Responsabilidade civil.

Abstract: Through this article is sought to evaluate the Brazilian State's joint and civil responsibility as supervisory and regulatory agent of pesticides production chain, against Brazilian Environmental Law, together with multinationals companies that produce pesticides, considering acting and/or

* Doutora em Direito pela Estácio de Sá (Unesa). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Docente da graduação em Direito da Faculdade Meridional (Imed). Advogada.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). Advogado.

omitting behaviors. In this picture, according to article number 225 of Brazilian Constitution, just like infra-constitution environmental Brazilian law, it is considered that the use of pesticides in great scale causes major health problems on the population and assists the environmental degradation, harm that demands a constant State's surveillance as like the application of severe penalties to these companies. To face such issue, the deductive method is adopted, using the Brazilian environmental law and its principles, scientific studies and the jurisprudence assistance to clarify the problem discussed and in the understanding of the need for the deployment of a system that does not damage the environment, a system of sustainable cultivation.

Keywords: Pesticides. Sustainable development. Civil responsibility.

Introdução

O modelo democrático brasileiro, apesar de se basear em uma Constituição em que consta um capítulo exclusivamente destinado à proteção do meio ambiente, na prática, não prioriza a sustentabilidade socioeconômica, pois incentiva o desenfreado acúmulo de capital material, o consumo exacerbado e os ditames da obsolescência programada e perceptiva. Esses são fatores que, inegavelmente, têm impacto nocivo no meio ambiente, influenciando na saúde da população e impedindo que as gerações futuras possam desfrutar de um ambiente equilibrado, conflitando com a previsão do texto constitucional voltado à preservação ambiental. Sem dúvida, este modelo não deve ser perpetuado, uma vez que sua inviabilidade material, isto é, a maneira como a exploração dos recursos ambientais se sobrepõe à sustentabilidade ambiental, não permite o exercício da democracia em seu pleno sentido.

Já dizia a autora americana Dra. Rachel Carson, na década de 1960, em seu ensaio *Primavera silenciosa* (*Silent spring*), que os Estados Unidos da América encontrava-se, cada vez mais, destruído pela ação do homem, defasando a qualidade de vida de plantas, animais e seres humanos em benefício do enriquecimento de poucos. É atuação desastrosa do ser humano que destruiu ecossistemas inteiros, sendo que uma das principais causas de poluição de lagos, rios e mares, bem como envenenamento de animais, já naquela época, eram os agrotóxicos, comumente chamados de defensivos agrícolas.

Nesse sentido, o tema *responsabilidade civil*, em decorrência dos danos ambientais causados pelo uso desenfreado de agrotóxicos, mostra-se extremamente atual e contemporâneo, uma vez que o Estado, como

agente regulador e fiscalizador, no exercício de seu Poder de Polícia, deixa a desejar. Apesar disso, quando o ente público não cumpre devidamente seu papel, seja por ação, seja por omissão, deixando o meio ambiente à deriva, quando sua função é preservá-lo e protegê-lo, conforme disposto no art. 225 da nossa Constituição, ele também deve ser responsabilizado. Por esse viés, é importante demonstrar que existem instrumentos jurídicos que podem ser utilizados, a fim de que haja responsabilização solidária entre Estado e multinacionais fabricantes de agroquímicos, tendo em vista que aquele não cumpre sua função fiscalizadora corretamente, enquanto esse claramente não se importa com a preservação do meio ambiente.

1 Definição de agrotóxico e sua utilização

Há anos existe, uma discussão sobre o uso indiscriminado de agrotóxicos na agricultura. Tal debate evidencia-se não somente em solo brasileiro, pois se pode perceber que se trata de um problema generalizado, atingindo escala mundial. É situação peculiar que chama a atenção, pois, além da aplicação desmedida de defensivos agrícolas e da poluição do ambiente natural, grande parte dos danos passa livre aos olhos dos órgãos competentes que realizam a fiscalização. Isto é, aqueles que deveriam ser responsabilizados, simplesmente, não o são, por diversos fatores, entre eles, o forte poder político da bancada do agronegócio no Congresso Nacional e na Câmara dos Deputados e o incentivo à produção e ao uso desmedido desses produtos.¹

Dessa forma, cabe ressaltar, inicialmente, que o conceito de *defensivo agrícola* (também chamado de agrotóxico), é ambíguo, pois dá a ideia de que seu uso aumenta a produtividade nas lavouras e combate as pragas inerentes à agricultura em larga escala.² Não é novidade que existam

¹ SILVÉRIO, Lara. *Bancada do Agronegócio deve aumentar em um terço*. Câmara dos Deputados, Rádio Câmara. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/475926-BANCADA-DO-AGRONEGOCIO-DEVE-AUMENTAR-EM-UM-TERCO.html>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

² Quanto ao termo *agrotóxicos*, convém salientar a tramitação do Projeto de Lei do Senado 680, de 2015, que, além de alterar a Lei 7.802/1989, dispendo sobre pesquisa, experimentação, produção, embalagem e rotulagem, transporte e armazenamento, comercialização, propaganda, utilização, importação e exportação de agrotóxicos, propõe a substituição da palavra *agrotóxico* por *fitossanitário*, sob a justificativa de que o termo *agrotóxico* é utilizado de maneira ardilosa para denegrir a qualidade da produção rural brasileira e, também, de modo a adequar o texto da lei ao das normas vigentes no Mercosul.

discussões sobre a (in)efetividade desses produtos no modelo agrícola atual, principalmente pela questão dos riscos envolvidos em seu manuseio. No entanto, de certo modo, a Constituição Federal (CF/88) e a legislação infraconstitucional tentam trazer uma definição, a fim de elucidar tais questões, fazendo-a de forma genérica.

A CF/88, no capítulo dedicado ao meio ambiente, precisamente no art. 225, parágrafo 1º, inciso V, ao disciplinar que todos têm o direito-dever ao meio ambiente equilibrado, ressalta que incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Ao comentar tal artigo, Fiorillo salienta que as técnicas, os métodos e as substâncias mencionadas no texto constitucional “referem-se notadamente aos agrotóxicos, em face da importância da manutenção de um padrão de produtividade, apesar de comprometer a saúde humana de forma direta e, de forma indireta, alterar a biodiversidade do solo e das águas pela aplicação de pesticidas”.³

Especificamente a Lei Federal 7.802/1989, em seu art. 2º, revela um conceito pouco mais preciso de agrotóxico ao evidenciá-lo como sendo “os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais” com o escopo de “alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos”, bem como todas e quaisquer “substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, desseccantes, estimuladores e inibidores de crescimento”.

Ainda, acerca do Decreto 4.072/2012, que regulamenta a Lei dos Agrotóxicos e a competência para fiscalizar, Fiorillo ressalta a importância do mesmo, destacando que o tal decreto “cuida tanto da competência particular como conjunta vinculada aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Meio Ambiente e Saúde” estabelecendo, em seu art. 95, “o denominado Comitê Técnico de Assessoramento para Agrotóxicos, viabilizando a atuação harmônica dos órgãos encarregados de avaliar todas as questões vinculadas aos agrotóxicos”.⁴

³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 278.

⁴ *Ibidem*, p. 279.

Destarte, torna-se evidente que o Brasil, em sua legislação infraconstitucional, deixou de utilizar o conceito *defensivo agrícola*, que distorce o conceito, pois em nada defende ou protege o solo e o meio ambiente. Foi acolhida, portanto, a nomenclatura *agrotóxico*, colocando em relevo a presença de produto perigoso em sua constituição química.

No século XVIII, com o advento da Revolução Industrial e a migração da população rural para as cidades, houve a necessidade de suprir a alta demanda alimentícia advinda destes centros. Para isso, fez-se necessário que o modelo agrícola da policultura, predominante na época, fosse drasticamente modificado e se passasse a utilizar o método de monocultura, que consiste no cultivo de determinado produto em larga escala, e que demanda o uso de defensivos agrícolas devido ao aparecimento de pragas decorrentes da perda de diversidade da fauna e flora. Associado a isso e à rotação de culturas, o avanço tecnológico da agricultura viveu seu pior momento quando o surgimento de pestes e doenças prejudicaram grande parte das lavouras, não havendo métodos eficazes para sua exterminação, impedindo um sadio desenvolvimento das plantas e, conseqüentemente, não era suprida a demanda criada pelo aumento populacional. Desse modo, iniciaram-se pesquisas para o desenvolvimento de técnicas de proteção das culturas e o extermínio das pragas. Soluções essas que, em um primeiro momento, não se mostraram muito eficazes. No entanto, a partir da década de 1940, a indústria desses agentes químicos teve uma trajetória exemplar, atingindo, em 1950, um patamar de prestígio, o qual adveio de lugar incomum, mais especificamente, da Guerra do Vietnã.⁵

Deve-se ressaltar, portanto, que os avanços nessa área foram impulsionados pelas duas Grandes Guerras Mundiais e da Guerra do Vietnã, posteriormente adaptados à produção de agentes químicos com a finalidade de combater pragas e doenças. Nesse sentido, deve ficar claro que a Guerra do Vietnã foi de extrema importância à indústria agrícola e à utilização em larga escala de agrotóxicos. Isso tudo porque os Estados Unidos, ao entrar em conflito com o Vietnã, para ter sucesso em sua empreitada, fez uso de um defensivo agrícola altamente tóxico chamado “Agente Laranja”, que causava o desfolhamento das plantas e, conseqüentemente, deixava os soldados vietnamitas expostos pela perda de sua camuflagem natural.⁶

⁵ BORGES FILHO, Epaminondas Luiz. *Impactos ambientais ocasionados pelo uso de defensivos agrícolas*: a escassez de pesquisas no Programa Nacional de Pesquisa Agropecuária Brasileiro. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL, 42., 2004, Cuiabá, MT. *Anais...* Cuiabá, 2004.

⁶ Idem.

No mesmo patamar, Lucchesi disserta:

1. Os agrotóxicos começaram a ser usados em escala mundial após a Segunda Grande Guerra Mundial. Muitos deles serviram de arma química nas guerras da Coreia e do Vietnã, como o conhecido “agente laranja”, desfolhante que dizimou milhares de soldados e civis, além de ter contaminado rios e mares e seres vivos presentes nos ambientes em que foi jogado. 2. Nos anos 50, os agrotóxicos, juntamente com os fertilizantes e as máquinas agrícolas, foram os promotores da chamada “Revolução Verde”. Era a chegada impactante da tecnologia à produção agrícola que prometia acabar com a fome no mundo. Embora tenha sido muito eficiente em aumentar a produção agrícola, o mundo viria a perceber que as populações famintas haviam aumentado desde os anos 50 até os dias atuais. Isso sem contar a poluição química e os envenenamentos dos agricultores, consumidores e dos alimentos.⁷

Com o sucesso na utilização desses agentes químicos nas guerras, teve início o uso desproporcional nas lavouras, os quais cumpriam seu papel, exterminando grande parte das pragas e doenças, em detrimento da saúde daqueles que eram expostos a eles e da qualidade dos alimentos. Ao passar dos anos, principalmente a partir das décadas de 50 e 60, aliadas ao crescimento demográfico em proporções geométricas, a base da agricultura, em larga escala, foi formada, e uma enorme quantidade de danos ambientais começou a ser notada, chamando a atenção da comunidade internacional.⁸

Com isso, soou o primeiro alerta à humanidade por meio da escritora, bióloga e pesquisadora norte-americana, Dra. Rachel Carson, que, no ano de 1962, publicou seu livro, alertando sobre os efeitos devastadores do uso imoderado de defensivos agrícolas. Foi através de sua obra que se iniciou um debate mais profundo sobre os efeitos da mão humana no meio ambiente e a perda das propriedades naturais da terra conforme sua

⁷ LUCCHESI, Geraldo. *Agrotóxicos: construção da legislação*. Consultoria Legislativa/Câmara dos Deputados, 2005. p. 3.

⁸ BORGES FILHO, Epaminondas Luiz. *Impactos Ambientais ocasionados pelo uso de defensivos agrícolas: a escassez de pesquisas no Programa Nacional de Pesquisa Agropecuária Brasileiro*. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL, 42., 2004, Cuiabá, MT. *Anais...* Cuiabá, 2004.

contaminação. Outrossim, o principal agrotóxico sobre o qual a autora escrevia e alertava era o dicloro-difenil-tricloroetano (DDT), um pesticida barato e altamente eficiente em curto prazo, mas que, no longo prazo, produzia efeitos devastadores à saúde humana. No Brasil, por exemplo, foi difundida a informação de que para fazer uso *correto* desse pesticida, o agricultor deveria usar o próprio braço dentro do recipiente, facilitando a mistura. Anos depois, com o uso contínuo dos pesticidas, começaram a aparecer os sintomas naqueles que utilizavam determinada técnica, havendo registro de uma quantidade significativa de mortes.⁹

No Brasil, além do consumo desnecessário de grande quantidade desses produtos, há, ainda, sua incorreta aplicação, pois aqueles que a fazem geralmente têm nível de escolaridade e conhecimento restritos, tendo pouca noção dos riscos, ficando expostos a problemas de saúde e, inclusive, à morte por intoxicação. Certamente, a questão é complexa, tendo em vista o envolvimento de questões externas ao tema, implicando, diretamente: matéria de soberania nacional, autossuficiência de alimentos, corporativismo, dívida externa, entre outros.

Com o passar dos anos, o consumo e a utilização desses produtos só têm aumentado, não só pela necessidade criada pelos agricultores, incentivando o seu uso, como também pela enorme quantidade de dinheiro que essa indústria move. Multinacionais como *Monsanto, Dow e Bayer*, mesmo envolvidas em vários processos judiciais em razão dos danos causados por seus produtos químicos, continuam a produzi-los desenfreadamente. No Brasil, não há uma legislação consolidada que envolva uma definição clara e precisa de agrotóxico, sua utilização, órgãos de fiscalização, requisitos para produção e venda, entre outros.¹⁰

Os dados mostram que, nos últimos anos, o Brasil se tornou o maior consumidor de agrotóxicos do mundo, com uma fatia de 19% do mercado mundial e mais de um bilhão de litros despejados em terras brasileiras, ultrapassando os Estados Unidos, que detêm um total de 17% desse mesmo

⁹ CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1969. p. 28-47.

¹⁰ Por outro lado, em matéria de danos à saúde humana, qual seja a responsabilização de empresas produtoras de cigarro, frequentemente é reconhecida a responsabilidade, ainda que os consumidores, em pleno exercício de seu livre-arbítrio e autonomia, tenham escolhido consumir o produto, como é o caso concreto demonstrado no Acórdão 70028843514, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. De outra banda, não há relatos de indenização decorrente do consumo de produtos cultivados com agrotóxicos, sendo que, nesses casos, o consumidor não possui autonomia para optar por produtos livres de tais defensivos agrícolas.

mercado. Por que tanto? A resposta coincide com o crescimento das regiões de monocultura (soja, milho, cana, algodão e arroz), as quais avançam deliberadamente sobre ecossistemas inteiros, áreas de proteção ambiental e biomas até então intocados pelo agronegócio, como a Amazônia e o Cerrado brasileiro. Como se não bastasse dominar o mercado mundial, outro dado que assombra também decorre da negligência brasileira, visto que, nos últimos dez anos, o mercado mundial de agrotóxicos cresceu 93%, número já expressivo, enquanto o mercado brasileiro cresceu impressionantemente 190%.¹¹

Constata-se, de fato, que a dimensão do problema é, indubitavelmente, preocupante, uma vez que há deliberado e massivo controle da agricultura industrial (ou agronegócio) sobre a agricultura familiar, não havendo previsão de mudança. Por conseguinte, mesmo havendo claras evidências de que quase a totalidade dos alimentos consumidos no mundo (cerca de 80%) provém da agricultura familiar, os defensores do uso desses produtos insistem na necessidade de seu uso para suprir a demanda alimentícia.

Porquanto, mesmo com uma vasta coletânea de dados citando os malefícios causados por esse tipo de agricultura, não basta se ater ao viés ambiental, mas também trazer à tona o viés social, que se traduz em benefícios na qualidade de vida da população em geral e no retorno financeiro aos pequenos produtores. Verifica-se, desse modo, que há evidente desinteresse dos órgãos estatais em implantar um sistema que aborde esses dois lados, por mais benéfico que seja, pois demandaria enorme injeção de capital financeiro, bem como mudança em todo o modo de produção alimentar brasileiro e na reestruturação legislativa, econômica e social.

Assim, resta claro que, na medida em que tais produtos são usados indevidamente, incumbe ao Poder Público fazer seu controle esua fiscalização, o que, atualmente, não ocorre de forma satisfatória. Evidentemente, há lacunas a serem preenchidas devido à omissão dos órgãos estatais em desenvolver um sistema eficiente de controle, que resida na necessidade de elaborar uma legislação adequada e exclusiva, para, assim, haver a possibilidade de uma análise minuciosa desse problema.

¹¹ ANVISA; UFPR. *Relatório sobre mercado e regulação de agrotóxicos*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b064b7804c1890a395-ccd5dc39d59d3e/Semin%C3%A1rio+ANVISA+Mercado+e+Regula%C3%A7%C3%A3o+de+Agrot%C3%B3xicos+2012+%5BSo+mente+leitura%5D.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Legislação internacional e brasileira sobre agrotóxicos

Inicialmente, cabe destacar que, os danos ambientais decorrentes da atividade agrícola (cuja base reside no plantio de culturas com auxílio de produtos químicos) sofreram significativo aumento, e a comunidade internacional passou a dar a devida atenção ao tema. Por consequência, o Direito teve que se adaptar, evoluindo para estabelecer conceitos que abrangessem todos os fenômenos advindos dessa nova tecnologia.

Então, um grande passo foi dado quando foi realizada a I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em 1972, em Estocolmo – Suécia, na qual representantes de diversos países abordaram a questão do desenvolvimento aliado à sustentabilidade, tema que antes não estava em pauta. A formulação dessa noção teve como estopim a necessidade de adequar problemas ambientais e sociais aos interesses empresariais. Portanto, foi redigido um documento que, em nível global, enumerou uma série de princípios comuns que ofereceram ao mundo estímulos e orientação para preservar e melhorar o meio ambiente humano, sendo essa uma declaração a ser seguida de acordo com a legislação de cada nação, uma vez que foi a primeira tentativa de preterir o ganho econômico em razão da preservação do meio ambiente.¹²

Mesmo com o passar dos anos e apesar da constante degradação do ambiente natural, não houve a criação de uma legislação ou tratado em nível internacional que abrangesse toda a questão referente a agrotóxicos. Isto é, um documento normativo que, com base em levantamento de dados estatísticos, tornasse obrigatórias a regulamentação e a efetivação de medidas eficazes à redução do uso desses produtos, bem como um estudo para novo modelo de agricultura a ser implantado. Por mais utópico que seja, é dever dos organismos internacionais ligados às áreas de saúde, desenvolvimento, agricultura, meio ambiente e direitos humanos, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização para Alimentação e Agricultura (FAO) e a Organização das Nações Unidas (ONU), apresentar não somente diretrizes a serem seguidas, mas aplicar punições aos países que não sigam, em um prazo preestabelecido, tais estipulações. Dessa maneira, é de fundamental importância destacar a falta de legislação internacional sobre o uso de agrotóxicos.

¹² ONU. Organização das Nações Unidas, 1972. *Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano*. Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 mar. 2015.

No Brasil, o cenário é, em parte, distinto, pois há uma quantidade significativa de legislação sobre defensivos agrícolas, por exemplo, a Lei 7.802/1989, que traz seu conceito; o Decreto 4.072/2012, que regulamenta a competência da fiscalização; a Lei 9.294/1996, que dispõe sobre seu uso e propaganda, entre outras. Em um primeiro momento, parece haver vasta legislação no ordenamento jurídico brasileiro acerca de agrotóxicos, aspecto claramente falacioso, pois as normas supracitadas definem somente particularidades, mas nada referem sobre os impactos e danos que o uso indiscriminado desses podem causar, ou seja, sequer há uma preocupação que leve em conta o princípio da prevenção ou da precaução.

Claramente, o Legislativo brasileiro repassou o que deveria ser sua responsabilidade para órgãos do Poder Executivo, isto é, a responsabilidade de legislar passou a ser de instituições como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Nacionais Renováveis (Ibama), o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), entre outros. Não obstante, a legislação punitiva está voltada aos produtores rurais, utilizadores dessa tecnologia, quando deveria ter seu foco na punição de empresas produtoras e no ente estatal que não providenciou a devida fiscalização. Destarte, a questão também perpassa diretamente a aplicação da legislação atual, que, quando aplicada devidamente, ocorre de modo repressivo, ou seja, a partir de sanções e multas impostas pelo Poder Judiciário. É um modelo que pouco resolve, pois atola o Judiciário com processos demorados e também pouco faz em relação à saúde humana e ao local já contaminado.

Ainda: é evidente que a ausência de legislação gera inúmeros problemas, tendo em vista que, quando se fala em normas sobre agrotóxicos e aplicação de princípios ambientais, traz-se à tona questões de segurança nacional, incentivos fiscais, desenvolvimento sustentável, saúde humana, entre outros. No entanto, aliada à criação de uma legislação, há a possibilidade de se rediscutir os modelos hoje adotados, que visivelmente não funcionam, como, por exemplo, a incapacidade de aliar crescimento econômico e sustentabilidade, sendo que, em caso de não ocorrência dessa associação, não se pode falar sequer em desenvolvimento; pelo contrário, há retrocesso.

Teoria do risco aplicada à utilização de agrotóxicos

As teorias do risco, atreladas que estão ao instituto da responsabilidade civil, auxiliam no embasamento teórico da indispensabilidade da reparação do dano, possuindo significativa relevância em assuntos ligados ao meio ambiente. Aqui não há que se falar em desastres naturais, mas em alterações nocivas ocasionadas pela atuação do homem. Destruição de ecossistemas inteiros, poluição de lençóis freáticos, lagos, rios e do solo, crescimentos industrial e populacional desenfreados, alto consumo energético e agravamento do aquecimento global são só alguns exemplos dos incontáveis danos causados pelo ser humano.

Nesse cenário, é importante ressaltar que a teoria do risco divide-se em outras duas subcategorias, quais sejam: a teoria do *risco criado* e a teoria do *risco integral*. Com base nisso, de modo a demonstrar como essas teorias se aplicam à questão dos agrotóxicos, parte-se à análise da *teoria do risco criado*. Nas palavras de Pereira, “se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado”. Assim, o simples caso fortuito não exime o agente. Somente esse estará liberado se ocorrer acontecimento de força-maior.¹³

Dessa forma, entende-se por risco criado aquele resultante de qualquer atividade, inclusive das praticadas em razão da profissão, desde que crie um perigo ou exponha alguém ao risco de dano. Ressalta-se, também, que, nessa teoria, a ação em si não está interligada a um benefício ou vantagem, mas conectada apenas à atividade em si, de acordo com o disposto no art. 927 do Código Civil. Então, em que pese o exercício da atividade ser benéfico ou lucrativo para quem o desenvolve, a reparação dos danos que esse agente causa se constituirá em complemento dos rendimentos procurados. Nesse sentido, é papel dos princípios da prevenção e da precaução impor que, diante da ocorrência de algum dano durante o exercício da atividade, haverá presunção de causalidade entre o risco e o dano efetivamente produzido. Doutra banda, caso não haja nexos causal entre o dano e a atividade reproduzida, inexistente responsabilização e obrigação de indenizar. Deve, portanto, ser comprovada tal relação, de modo que o

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 270-284.

suposto causador eximir-se-á da responsabilidade, desde que provada alguma das excludentes dessa, elencadas como culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro ou caso fortuito ou força-maior nos termos do Código Civil brasileiro.

De outro modo, a teoria do risco integral é, sem dúvida, a mais utilizada pelos tribunais, tendo em vista a dificuldade de fazer a conexão entre nexos causal e fato ocorrido no dano ambiental. Por conseguinte, o Poder Judiciário passou a considerar a constituição de um risco para a vida e o meio ambiente suficiente para acarretar responsabilidade pelos danos causados pela atividade. Sendo assim, Ferraz salienta que

não deve haver uma grande preocupação em relacionar a atividade do agente como prejuízo. Basta que, potencialmente, a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico para que se inverta imediatamente o ônus da prova, para que imediatamente se produza a presunção de responsabilidade, reservando, portanto, para o eventual acionado o ônus de procurar excluir sua imputação.¹⁴

Depreende-se, portanto, que o fenômeno da culpa, pelo fato da constante modernização dos institutos jurídicos, não possui caráter tão expressivo como antigamente. Sua irrelevância é verificada facilmente pelo advento da industrialização de atividades, isto é, a modernidade diminui seus efeitos sociais, não sendo mais necessária sua prova. Por esse ângulo, prevalece o entendimento de que, no Direito Ambiental, é necessária a reparação, pelo simples fato de existir a atividade que causou o prejuízo, sendo dispensável a análise de culpa do agente.

Diferentemente da *teoria do risco criado*, a presente hipótese sequer admite a exclusão da culpabilidade do agente pela demonstração de alguma das excludentes de responsabilidade já citadas. No entanto, é essencial não se confundir com a responsabilidade derivada da mera existência de atividade, ou seja, assunção de risco integral é inconfundível com responsabilidade por fato de terceiro, que necessita estar expressa em lei, não podendo haver sua presunção.¹⁵

¹⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 174.

¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 207-208.

Destarte, vale frisar que a Carta Maior adota a teoria do risco integral no caso do art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, que discorre sobre a responsabilidade civil por danos nucleares, advertindo que compete à União tal responsabilidade “independentemente de culpa”. À vista disso, fato notório que se observa é a adoção expressa dessa teoria pela CF/88 em conjunto com a Lei 6.453/1977.

Isto posto, há um último aspecto a ser apontado, tratando-se da ocorrência de abrandamento do nexo causal, bastando que seja demonstrada a existência do prejuízo para o qual o risco da atividade exerceu uma interferência decisiva, aplicando-se pura e efetivamente a responsabilidade objetiva civil. Assim sendo, embora exista similitude entre as teorias, sua diferença é bastante sutil. Enquanto na primeira há necessidade de comprovação do nexo causal da atividade e do dano, definindo-se, dessa maneira, o sujeito a ser responsabilizado, na outra, toda e qualquer pessoa que tenha relação com o empreendimento poderá ser responsabilizada.

Por fim, se acredita ser mais coerente a aplicação da teoria do risco integral em matéria de responsabilidade pela utilização de agrotóxicos, tendo em vista a dificuldade de apontar somente um responsável, ainda que se trate de danos em curto prazo. Ainda mais difícil se torna a tarefa quando se discute a responsabilidade pelos prejuízos em longo prazo, pois há uma série de externalidades negativas de difícil determinação.

Responsabilidade civil-ambiental solidária entre Estado e empresas fabricantes de agrotóxicos

A responsabilização decorrente de dano ambiental é um instrumento jurídico relevante, uma vez que trata da possibilidade de penalizar e apenar pessoa física ou jurídica que acarrete, por ação ou omissão, dano ao meio ambiente e à saúde humana, em três distintas esferas: administrativa, civil e penal, conforme previsão do art. 225, parágrafo 3º da CF/88, que ressalta: “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”. Nesse íterim, levando-se em consideração que a teoria objetiva também se encontra prevista no art. 14, parágrafo 1º da Lei Federal 6.938/1981, bem como predomina nas decisões dos tribunais brasileiros, parte-se à análise da responsabilização solidária do Estado em conjunto com as empresas produtoras de agrotóxicos.

De início, é importante ressaltar que a responsabilização dos entes públicos ocorrerá quando for apurada sua omissão na tarefa de fiscalizar o meio ambiente, ao passo que, se houver efetiva atuação do poder estatal, com exercício do Poder de Polícia, desnecessário será falar em omissão e, conseqüentemente, em responsabilização estatal. Apesar disso, também existe responsabilidade por ação praticada pelos entes públicos, se, de algum modo, concorreu, através de sua conduta, para o resultado danoso, por exemplo, autorizando procedimento que não deveria. Seria inconcebível que a lei obrigasse os sujeitos privados a cumprir o disposto na ordem jurídica, mas atribuisse à Administração Pública o poder de fazer o que bem entender, não cumprindo o disposto na legislação. Trata-se de indisponibilidade do interesse público, mecanismo que impede o ente estatal de se omitir quando existe necessidade de sua atuação.

Por essa lógica, depreende-se que o Estado possui o poder-dever de atuar em prol dos interesses coletivos, promovendo a defesa do meio ambiente, inclusive, utilizando-se do Poder de Polícia mencionado. Assim, quando o Estado se omite, verificando-se também a ocorrência de dolo ou culpa, bem como de negligência, imprudência ou imperícia no cumprimento de seu dever legal, também deve haver responsabilização, aplicando-se, nesse caso, a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco integral.

Nesse sentido, nota-se que uma quantidade significativa de danos ambientais é desencadeada pela inadequada ou ausente fiscalização por parte do ente público competente. Da mesma forma, quando se fala em omissão da Administração Pública direta ou indireta, necessariamente, se traz à tona o conteúdo do art. 37, parágrafo 6º da Carta Magna, que ressalta que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A partir disso, infere-se que a responsabilização do Estado em si não está vinculada ao artigo supra, como alguns doutrinadores entendem; muito pelo contrário, pois, como se pode perceber, quem depreende de culpa previamente demonstrada são os agentes vinculados à Administração Pública, os quais têm responsabilidade civil subjetiva, nos moldes da teoria do risco criado. Distintamente dos servidores públicos e mesmo considerando as controvérsias da doutrina brasileira, a responsabilização do Estado é sempre objetiva, tendo em vista que a jurisprudência brasileira já se posicionou nesse sentido, utilizando-se do princípio do poluidor-pagador

como base teórica e dos arts. 3º, IV, combinado com o art. 14, § 1º da Lei 6.938/1981 e, ainda, com o art. 225, § 3º da CF/88, deixando de lado o ensinamento do art. 37, § 6º supracitado. Destarte, é esse o entendimento adotado no presente artigo. Entende-se, pois, haver injustiça quando não se responsabiliza aquele que tem o dever constitucional de defender a coletividade e o meio ambiente, mesmo que não tenha concorrido diretamente à ocorrência do dano. De fato, parece ser a teoria do risco integral a mais plausível, para que haja verdadeira mudança no panorama ambiental brasileiro.

Não obstante, parece ser indigno e irresponsável deixar de atribuir responsabilidade ao causador de dano ambiental quando o objetivo do texto constitucional é justamente conferir à tutela ambiental vital importância. O intuito do legislador constitucional, positivado no art. 225, foi precisamente incumbir ao Erário a defesa e a preservação desse para a coletividade, inclusive às futuras gerações. Assim, corrobora Ferraz “em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha senão a malha realmente bem-apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental”.¹⁶

Por fim, demonstrada a questão da possibilidade de incumbir responsabilidade solidária ao Estado e às empresas produtoras de agrotóxicos, visto que ambos são tratados, respectivamente, de poluidores indiretos e diretos, observado o princípio do poluidor-pagador e a teoria do risco integral, destaca-se a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores, visando a evidenciar como o tema *responsabilidade solidária* em matéria ambiental vem sendo tratado.

À vista disso, necessário é demonstrar a uniformização sobre o tema no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, desde já, cabe destacar o belíssimo acórdão proferido pelo STJ, responsabilizando o Estado objetiva e solidariamente como poluidor direto, no Recurso Especial 1.071.741/SP, que é, inegavelmente, um dos julgados brasileiros mais importantes nessa matéria:

¹⁶ FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil pelo dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 49/90, p. 49, 1979.

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. **DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO.** ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. **ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE).** **CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA.** LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. [...] **13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.** [...] **15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).** [...] Recurso Especial provido. (Recurso Especial nº 1071741/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, Julgado em 24/3/2009). (Grifo nosso).

Como se pode observar, o STJ se posiciona firmemente em relação à objetividade da responsabilização do ente público quando da ocorrência de degradação do meio ambiente. Assim como discorrido no presente trabalho, o fato de o Estado ser responsabilizado dessa maneira se dá pelo objetivo que o legislador quis imputar ao texto constitucional em se tratando

de questão ambiental. Fica claro, portanto, que esse Tribunal Superior apoiou-se, precisamente, nessa questão, discorrendo sobre a função incumbida ao ente público que é preservar o ambiente às presentes e futuras gerações.

Desse modo, é oportuno comprovar o mesmo entendimento do STF, a fim de esclarecer que, entre esses tribunais, inexistem divergências quando se trata de responsabilização objetiva do Estado. Assim, em decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, infere-se:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Legitimidade ad causam. Controvérsia infraconstitucional. 3. Direito Administrativo. **4. Responsabilidade civil do Estado. Perigo de dano ambiental. Depósito de agrotóxicos em local inapropriado. Periclitacão da saúde pública e do ambiente.** 5. Ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. Controvérsia decidida com base nas legislações Federal e local. Incidência do Enunciado 280 da Súmula desta Corte. **Leis federais 6.938/81 e 7.802/89; Lei estadual 12.493/99. Precedentes. 6. Dever do Estado de prevenção e reparação dos danos causados ao ambiente. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 559622/PR, Segunda Turma, STF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 6/8/2013). (Grifo nosso).

A partir disso, deduz-se que o posicionamento do STJ e o do STF não divergem quando se trata de matéria vinculada ao Direito Ambiental, mais especificamente, sobre a responsabilidade do Estado de reparar danos ambientais, pelos quais foi responsável direto ou indireto. Esse cenário claramente retrata um fato notório ao Direito Ambiental, uma vez que a uniformização da jurisprudência é substancial para que exista, de certa forma, segurança jurídica.

Assim sendo, cabe igualmente destaque à jurisprudência acerca da responsabilidade civil das empresas que produzem agrotóxicos, uma vez que são diretamente responsáveis pela poluição de ecossistemas inteiros, entre outros danos colaterais. Por esse motivo, segue precedente

jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTOXICAÇÃO COM PRODUTO. PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE. ART. 12 DO CDC. PENSIONAMENTO. 1. DANO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. É cediça a responsabilidade objetiva do fabricante do produto que não oferece a segurança que dele se espera, proclamada no § 1º do art. 12 do CDC. Caso em que restou demonstrada nos autos a incapacidade laborativa do autor, decorrente da exposição a produto agrotóxico, fabricado pela ré, cuja embalagem não trazia informações adequadas e suficientes sobre a utilização e riscos, indicando, inclusive, baixa toxicologia, quando em verdade, conforme se constatou, o produto causa mais males à saúde do que se previa. Inversão do ônus da prova ocorrida no curso da instrução processual, não impugnada pela ré. Prova oral que atesta o uso, pelo autor, de todos os equipamentos de proteção necessários. Culpa exclusiva da vítima não evidenciada. Dever de indenizar reconhecido. Sentença de procedência mantida por seus próprios fundamentos. [...]. (Apelação Cível nº 70016598203, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 8/3/2007). (Grifo nosso).

De fato, compreende-se que as normas jurídicas, sendo um conjunto de preceitos genéricos e abstratos, não são perfeitas e mais ainda, sabe-se que a simples positivação de direitos, deveres e garantias não resolve todos os infortúnios. No entanto, em que pese a responsabilização decorrente do uso abusivo de agrotóxicos não ter previsão expressa na legislação brasileira, a jurisprudência já vem entendendo que há uma responsabilidade objetiva solidária entre Estado e fabricantes, baseada na teoria do risco integral. Ainda assim, é impreterível a iminência de uma legislação ambiental acerca de agrotóxicos e de suas externalidades, preenchendo as lacunas deixadas pela ínfima legislação existente sobre o tema.

Conclusão

O tema *responsabilidade civil* ante a problemática que envolve agrotóxicos no Brasil vem estimulando relevantes discussões interdisciplinares, uma vez que, ao longo dos anos, estão sendo difundidos posicionamentos contrários ao uso indiscriminado desses produtos, pautados pela necessidade de uma agricultura sustentável. De tal forma que, investigar um conteúdo tão pertinente e atual é tarefa árdua. Primeiramente, em razão da abrangência do tema enfrentado, e, segundo, porque os questionamentos que foram aqui suscitados demandam uma leitura detalhada do tema, para além do que foi abordado, ou seja, prioritária deveria ser a preocupação em evitar danos ao meio ambiente e à saúde humana.

Em que pese inexistir legislação específica sobre o controle do uso de agrotóxicos no Brasil, questão imprescindível a ser pensada para os próximos anos, ressaltou-se que a legislação ambiental brasileira evidencia a possibilidade jurídica de responsabilização ante a danos ao meio ambiente e à saúde humana, advindos da utilização imoderada de agrotóxicos. Assim, se concluiu que o uso indiscriminado de agrotóxicos no cultivo de gêneros alimentícios, além de ser responsável pela poluição das águas, contaminação de alimentos e animais, é prejudicial à qualidade de vida, de tal forma que os benefícios de seu uso contrastam diretamente com os danos ambientais causados, destoando da ideia de um desenvolvimento verdadeiramente sustentável.

Ademais, respeitando a proposta da presente investigação, foram avaliadas as teorias: *teoria do risco criado* e *teoria do risco integral* aplicando-as à controvérsia sobre insumos agrícolas. Desse modo, importa mencionar que se considerou a teoria do risco integral como a que melhor satisfaz as finalidades do Direito Ambiental brasileiro. Ou seja, visto que o objetivo primordial da Carta Maior é resguardar o meio ambiente às presentes e futuras gerações, nada mais correto do que imputar aos responsáveis diretos e indiretos o dever de reparar e/ou indenizar os danos causados.

Não obstante isso, também se buscou entender como e quando pode ocorrer a responsabilização dos fabricantes de agrotóxicos em regime de solidariedade com o ente público. Analisaram-se as três esferas de responsabilização: administrativa, civil e penal, destacando-se as características da responsabilidade civil. Assim sendo, verificou-se a

possibilidade jurídica de responsabilização objetiva dos dois sujeitos, visto que o ente público é pessoa jurídica capaz de causar dano ao meio ambiente (por ação ou omissão). Dessa forma, arrolou-se jurisprudência do STF e do STJ, que confirmaram o entendimento firmado neste artigo.

Por fim, a preocupação com o meio ambiente no Brasil, apesar de a legislação ambiental ser da década de 80, está cada vez mais presente no cotidiano dos cidadãos brasileiros a partir da conscientização e sensibilização acerca da necessidade de se proteger o meio ambiente. Nesse sentido, é importante evidenciar que a preservação do meio ambiente e a possibilidade de uma sociedade norteada pelo desenvolvimento sustentável exigem muito mais do que somente o equilíbrio dos ecossistemas; exigem uma reflexão coletiva sobre aquilo que se pretende deixar como legado às futuras gerações.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. UFPR, 2012. *Relatório sobre mercado e regulação de agrotóxicos*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b064b7804c1890a395-c c d 5 d c 3 9 d 5 9 d 3 e / S e m i n % C 3 % A 1 r i o +ANVISA+Mercado+e+Regula%C3%A7%C3%A3o+de+Agrot%C3%B3xicos+2012+ %5BSomente+leitura%5D.pdf? MOD=AJPERES>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BORGES FILHO, Epaminondas Luiz. *Impactos ambientais ocasionados pelo uso de defensivos agrícolas: a escassez de pesquisas no Programa Nacional de Pesquisa Agropecuária Brasileiro*. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL, 42., 2004, Cuiabá, MT. *Anais...* Cuiabá, 2004.

CARSON, Rachel. *Primavera silenciosa*. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil pelo dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 49/90, p. 49, 1979.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUCCHESI, Geraldo. *Agrotóxicos: construção da legislação*. Consultoria Legislativa/Câmara dos Deputados, 2005.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano*. Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 mar. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVÉRIO, Lara. *Bancada do Agronegócio deve aumentar em um terço*. Câmara dos Deputados, Rádio Câmara. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/475926-BANCADA-DO-AGRONEGOCIO-DEVE-AUMENTAR-EM-UM-TERCO.html>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O Direito Ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Normas editoriais

Submissão: prazo, endereço e outras informações:

- a. Os trabalhos serão recebidos em qualquer tempo, em edital contínuo, escrito por até três autores cada artigo (serão aceitos apenas artigos completos; não serão aceitos resumos, resenhas ou ensaios). Os textos deverão ser submetidos eletronicamente, após cadastro no *site* da revista: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental>.
- b. A contribuição deverá ser inédita e não estar sendo avaliada para publicação por outra revista.
- c. Os arquivos para submissão deverão estar em formato Microsoft Word 6.0 ou superior e não poderão ultrapassar 2 MB.
- d. Para a aceitação dos trabalhos, serão observados critérios de adequação à publicação, qualidade científica atestada pelo Conselho Editorial e por processo anônimo de avaliação por pares – *blind peer review* –, além do cumprimento das normas de formatação de artigos estabelecidas por este Edital e normas da ABNT.¹
- e. Figuras e tabelas deverão ser inseridas no texto, não no fim do documento nem como anexos.
- f. O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhuma colaboração que lhe seja enviada nem a devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas. Os trabalhos podem sofrer alterações editoriais não substanciais (reparagrafações, correções gramaticais e adequações editoriais).

¹ Avaliação de artigos submetidos – *blind peer review* –: os artigos submetidos à revista passam por uma avaliação prévia realizada pelo Conselho Editorial, verificando sua adequação à linha editorial da revista e à temática proposta. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *blind peer review*. O prazo para a elaboração do parecer é de 15 a 30 dias. Recebido o parecer, esse é encaminhado para o autor do artigo, a fim de que tome ciência do conteúdo do parecer, para que, se for o caso, incorpore as modificações sugeridas e, posteriormente, seja novamente remetido à revista. Os autores terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação do parecerista.

g. A aprovação dos textos implica cessão imediata e sem ônus dos direitos de publicação na *Revista Direito Ambiental e Sociedade* (RDAS), que terá exclusividade para publicá-los em primeira mão. O autor continuará a deter os direitos autorais para publicações posteriores.

h. Cada autor (e coautor) receberá um exemplar da edição na qual seu artigo foi publicado.

Não haverá remuneração pelos trabalhos.

i. Os conceitos e as informações contidos nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Das normas de formatação dos trabalhos:

Normas gerais:

- Idioma: português ou espanhol (neste caso, dispensável é a tradução para o português);
- De 15 a 20 laudas;
- Folha de tamanho A4;
- Espaçamento entrelinhas 1,0 cm;
- Fonte *Times New Roman*, tamanho 12 (citações diretas acima de 3 linhas em tamanho 10, com recuo de 4 cm da margem);
- Margens superior e esquerda em 3 cm;
- Margens inferior e direita em 2 cm;
- Parágrafos de 1,5 cm da margem;
- Estrutura: título (em português ou espanhol, com necessária tradução para o inglês), resumo (em português ou espanhol, com a necessária tradução para o inglês), palavras-chave (em português ou espanhol, com a necessária tradução para o inglês), sumário (em português ou espanhol, com necessária tradução para o inglês), introdução (necessária), desenvolvimento, considerações finais (necessárias), referências e sites consultados;
- Citações em notas de rodapé (nunca em *autor-data*);
- Tópicos omissos neste item deverão seguir as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Título e subtítulo:

O título e os subtítulos devem ser grifados em negrito. O título deverá estar todo em caixa-alta, centralizado, nas versões: português ou espanhol e em inglês. Os títulos das divisões e subdivisões dos textos deverão ser escritos em letra minúscula, em negrito e numerados de forma progressiva (não sendo numeradas a introdução, as considerações finais e as referências).

Identificação do(s) autor(es):

O texto não poderá conter qualquer identificação do(s) autor(es), SOB PENA DE O ARTIGO SER DESCLASSIFICADO. Os dados de identificação do(s) autor(es) – OMITIDOS NO TEXTO SUBMETIDO – deverão ser lançados em folha de rosto do artigo (em página anterior àquela do início do texto – no mesmo arquivo). Os dados de identificação são: nome completo de cada autor; e-mail de cada autor; telefone e endereço completo de cada autor; profissão de cada autor; titulação acadêmica máxima e IES (e UF) da titulação de cada autor; IES de vinculação de cada autor (se houver vinculação), bem como a UF da IES.

Resumos e palavras-chave:

Os artigos devem conter *resumo* em português ou espanhol e *abstract* (de até 800 caracteres cada um, com espaço), bem como *palavras-chave* em português ou espanhol e *keywords* (máximo de cinco palavras cada, separadas por ponto, com iniciais maiúscula).

Sumários:

Os artigos devem conter *sumário* em português ou espanhol e a necessária tradução para o inglês.

Idiomas aceitos:

Os trabalhos poderão ser escritos em português ou espanhol (sem necessidade de tradução para outro idioma).

Citações:

As citações diretas de até três linhas serão feitas entre aspas, no mesmo parágrafo. Acima de três linhas, devem ser feitas em novo parágrafo, com recuo de 4 cm a partir da margem esquerda, sem aspas, em tamanho 10, espaçamento entrelinhas simples, e depois de dois-pontos. Locuções em língua(s) estrangeira(s) e destaques deverão ser redigidos tão-somente em itálico, nunca em negrito e/ou sublinhado.

Notas de rodapé e referências:

Notas explicativas e referências (bibliográficas ou *sites*) deverão ser inseridas no fim de cada página (por meio de notas de rodapé). Não use o sistema *autor-data*. Todas as fontes utilizadas, diretas e indiretas, deverão ser mencionadas tanto nas notas de rodapé como também nas referências (no fim do artigo, depois das considerações finais), em ordem alfabética, iniciando pelo sobrenome do autor, com o título da obra ou periódico sem negrito nem itálico (o título de periódicos ou de obras organizadas deverão estar em itálico), de acordo com as normas estabelecidas pela ABNT. Recomenda-se que somente as obras efetivamente citadas devem aparecer nas referências.

